



Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

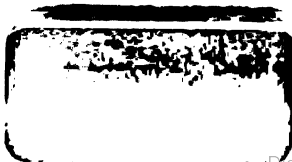
Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>

Fredericus Petrus De Harpe
Sublinga Senis Aprilis 1773



Fredericus Cesar De' Harpa
Subano Mensis Aprilis 1773

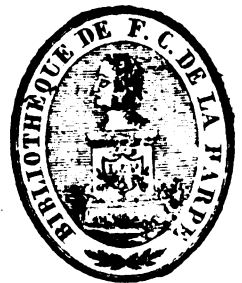
SAMUELIS STRYKII, JC.
CONTINUATIO
TERTIA
USUS MODERNI
PANDECTARUM,

A
Libro XXIII. usque ad XXXVIII.

OPUS POSTHUMUM
EDITUM

A
BEATI AUCTORIS
FILIO UNICO

JO. SAMUELE STRYKIO, JC.
EDITIO VII. REVISA ET EMENDATA,



CUM GRATIA ET PRIVILEGIIS
SACRÆ CÆS. MAJESTATIS; POTENTISSIMORUM RE-
GUM POLONIÆ AC BORUSSIÆ NEC NON ELECTO-
RUM SAXONIÆ ET BRANDENBURG.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, Printed by Google
SUMTIBUS ORPHANOTROPHEI, M DCC XXXVII.

ILLUSTRISSIMO ET EXCELLENTISSIMO
DOMINO

DN. MARQUARTO
LUDOVICO,

LIBERO BARONI DE PRINTZEN,
POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ
MINISTRO STATUS INTIMO,

ORDINIS REGII AQUILÆ NIGRÆ
EQUITI,

REGII PALATII PRÆFACTO,

CONSISTORII PRÆSIDI, ATQUE RERUM
ECCLESIASTICARUM ET FEUDALIVM
DIRECTORI,

PRÆFACTO COMITATUS RUPPINENSIS
ET TERRÆ BELLINENSIS,
CETERA.

UT ET

ILLUSTRISSIMO ATQUE EXCELLENTISSIMO
D O M I N O
DN. JOHANNI MAU-
RITIO,
LIBERO BARONI DE BLASPIL,
POTENTISSIMI BORUSSIÆ REGIS MINISTRO
STATUS INTIMO,
RERUMQUE BELLICARUM DIRECTORI
ET COMMISSARIO GENERALI,

CURATORIBUS ACADEMIÆ
SUMMIS.

DOMINIS SUIS GRATIOSISSIMIS
FELICITATEM.



meritatis non immerito ac-
cusari possem, Viri Illu-
strissimi & Excellentissi-
mi, quod audeam concate-
natos vestros pro bono pu-
blico labores interrumpere, nisi & singu-
laris Vestra atque rara erga omnes huma-
nitas, & insignis plane gratia, qua bea-
tum parentem meum, dum in vivis erat,
complexi estis, animum mihi addidisset,
spemque fecisset, non ægre Vos laturos
esse, si hoc beati parentis mei opus
posthumum, Illustrissimis Vestris nomi-
nibus inscriberem ac dedicarem. Tanta
enim fuerunt, Illustrissimi Domini, inde-
functum Gratiae ac Favoris Vestri docu-
menta, ut nullum plane inveniam justum
redhostimentum. Accipite ergo, Gra-
tiosissimi Domini, hoc, levissimum licet,
munus chartaceum, in grati animi si-
gnum & tesseram devotæ mentis, cum
pretiosiora offerre non liceat. Id tantum

X 3

sub-

submississimis expetens precibus, ut aliquid tantum illius favoris & patrocini, quo beatum parentem meum dignati estis, in me quoque, tanquam filium & heredem ejus unicum, derivare, haud gravatim, velitis, qui non minori veneratione illustrissima Nomina Vestra ad cineres usque colere non desinam

VESTRORUM ILLUSTRISSIMORUM
NOMINUM.

devotissimus client

JO. SAMUEL STRYKIUS.



IO. SAMUELIS STRYKII JC. PRÆFATIO.



Accipe hic, benevole Lector, ex manibus
meis, opus diu multumque hæcenus de-
sideratum ab erudito orbe, continuatio-
nem scilicet *Usus moderni ff.*, a beato patre meo
editi. Optandum equidem fuisset, ut ipsi beato
viro licuisset, hoc opus propria manu proprioque
calamo perficere, quod & optarunt omnes eruditi,
qui propterea, simul ac mortis ejus nuncius ad eos
pervenit, dolorem suum de obitu beati viri magno
numero & verbis & litteris contestati sunt. At enim
vero, placuit divinæ providentiæ & bonitati, Virum,
tot laboribus, quos ad divini nominis gloriam, ju-
sticiæ restorationem & totius orbis litterarii emolu-
men-

mentum promovendum suscepit, pressum ac omnibus pene viribus destitutum, ad æternam evocare quietem, ipsumque pro tot laboribus exantlatis, cœlesti ornare corona. Prævidit id beatus vir, nec enim mors ipsi improviso contigit, atque adeo satis intellexit, se hoc opus nullo modo perficere posse; hinc, uti per totam vitam id præcipue egit, ut publico prodesset, etiam de medio cogitavit, ut desiderio multorum satisfieri possit. Inde cum jam totius operis fundamenta posuerit; duobus viris doctissimis commisit, ut illi ea amplificarent, plenius deducerent, interjectis variis præjudiciis & responsis, quorum insignem numerum jam ipse collegerat. Id quod intra anni spatium, & quod excurrit, peractum est, atque sub nomine continuationis tertiæ & quartæ nunc prodit. Diversitatem quidem Styli facile cognoscet lector. Interim tamen nihil hic reperitur, quod non menti beati parentis mei conveniat, ut adeo ipse jure meritoque pro Auctore habendus, ceu & in ejus nomine omnia conscripta. Ceterum quæ alias in præfationibus, ad commendandum opus fusissime præmitti solent, iis ego nunc plane supersedeo, cum opus hoc nulla commendatione egeat. Benevolus lector tantum illa sphalmata typographica, quæ per incuriam irreperunt, benevole corrigat.

PAN-



PANDECTARUM
LIB. XXIII.

TIT. I.

DE

SPONSALIBUS.

§. I.



ponsalia describit Florentinus JC. *L. 1. ff.* Sponsalia quid
b. r. quod sint MENTIO & REPRO- fiat?

MISSIO futurarum nuptiarum; ubi licet *mutuam repromissionem* substituendam vel Hotomannus, clariora tamen verba Florentini sunt, quam illa, quæ Hotomannus substituenda censuit. Imo in specie moribus Germaniæ illa verba

conveniunt, si *mentionem* capiamus für die Anwerbung, quæ vel a sponso ipso, vel per missos in hunc finem proxenetas, expeditur; Repromissionem vero für die Zusage, quæ vel ab ipsa sponsa, vel Parentibus aut Curatoribus ejus sponso exponitur; qua subsecuta, demum nascitur *sponsalitia obligatio*.

§. II. Ex quo simul patet, facta licet *mentionem* vel Deficiente re-
interpellatione apud patrem de filia sibi in matrimo- promissione
Confin. III. A nium deficient
sponsalia.

nium elocanda, si ab hoc nondum secuta repromissio, liberam discedendi licentiam sponso competere, utut causam pœnitentiæ allegare nequeat, unde in casu obveniente sequentem in modum respondimus: Habt ihr auf des Mevii Tochter eine ehliche affection geworfen, und da ihr von derselben eine Gegen-Lieb verspüret, ihr bey dem Vater und Mutter durch zwey abgesendete gute Freunde eure Christliche intention entdecken und um die Tochter ordentlich Anwerbung thun lassen; worauf Mevius sich der Anwerbung und zu seinem Hause tragender affection halber bedancket, und darbey bezeuget, daß er an eurer Person kein Mißfallen hätte, er könne sich aber in so wichtiger Sache so fort nicht resolviren, sondern er bäte, ihm auf 14. Tage Bedenckzeit zu gönnen, alsdann solte er eine gewisse resolution erhalten. Da ihr nun besorget, es möchte die Antwort nicht beyfällig, sondern vielmehr abschlägig erfolgen, und ihr dadurch in Schimpf gerathen, so habt ihr vor Ablauf der 14. Tage dem Mevio wissen lassen, daß er sich ferner in Überlegung dieser Sache nicht bemühen dürfte, weil ihr euch eines andern bedacht, und eure Gedanken auf eine andere Person gerichtet hättet; So bald ihr nun Mevio solches wissend gemacht, ist derselbe voller Unmuths geworden, und hat wider euch bey dem Fürstl. consistorio eine Klage ad consummationem matrimonii angestellt. Ob nun wohl Mevius für sich anführet, daß ihr um seine Tochter ordentlich angehalten, auch dabey eure gegen sie tragende ehliche Liebe durch die abgeschickte Personen bezeugen lassen, Mevius auch euch seine Tochter noch nicht versaget, sondern nur in solcher importanten Sache eine kleine dilation verlanget, welche bey solchem ehlichen Anbringen keinem Vater zu versagen ist, eure abgeschickte Frey-erberber auch ihnen diese Bedenck-Zeit nicht mißfallen lassen, und daher es das Ansehen gewinnet, daß ihr die Zeit erwarten und von Mevio die resolution alsdann einholen sollen, welche, daß sie eurer intention gemäß, mit einem erfreulichen Ja-Wort erfolgen würde, Mevius sancke versichert. Weil aber dennoch die von euch gefehene Anwerbung an und vor sich keine Verbindung machen können, indem ihr hiedurch dem Mevio nur eure intention eröffnen,

und

und das Ja-Wort erbitten wollen, und da Mevius deshalb Bedenkzeit verlanget, auch gleichgestalt solche Frist zu fernerer Überlegung nicht versaget werden können, massen, wie sonst in negotiis judicialibus besant ist, quod dilatio uni parti concessa, etiam alteri communis sit, *L. petenda 6. C. de tempor. resitut. L. ult. C. de fruct. § lit. Expens. Et ibi Dd.* solches auch in dilatione extrajudiciali statt finden müsse, und ihm der Mevius zu imputiren, daß er nicht so fort seinen Consensum ertheilet, und also durch seine reprobation das vinculum obligationis sponsalitiæ befestiget, weil bis dahin die Sache nur in terminis tractatum bestanden, woraus keine obligation entstehen kan. Gerhard. *de conjug. §. 130. in med. vid. Tr. de Diffus. Sponsal. Sect. 1. §. 26.* und daß nunmehr Mevius vorwendet, er sey mit dem Ja-Wort parat gewesen, solches zu späte geschiehet, da ihr bereits zurück getreten. So seyd ihr daher von der angestellten Klage zu absolviren. **B. R. W.**

§. III. Insignis autem differentia Juris Romani & Germanici ex eo adparet, quod illo jure specialis quædam actio pro consummandis sponsalibus data non fuerit, cum enim non *solenni stipulatione*, sed *simplici pacto* contraherentur, non poterat exinde alia, quam quæ ex pacto nascitur, dari actio: Atqui vero hæc plane inefficax erat, unde etiam dissentendi vel a sponsalibus recedendi libertas desponsatis indulgeta, *L. 1. C. de Sponsal.* etiamsi arrharum nomine aliquid datum sit, nam & hoc casu arrharum dispendium tantum imminebat discedentibus *L. 5. C. d. t.* Verum in nostris Consistoriis hæc longe aliter se habent: postquam enim pactorum efficacia ad producendam actionem jam antiquitus in Germania obtinuit, suffragante jure Canonico in *C. 1. X. de pact.* illam obligandi vim, quam maxime in sacro hoc negotio agnoverunt, & si non actionem ex sponso, certe *implorationem* Consistorii admiserunt pro consummando

Quæ actio ex sponsalibus nascatur?

matrimonio. Vid. quæ dixi in *Tr. de Dissens. Spons. Sect. 1. §. 15. & 16.* An autem nexus ille tantus sit, ut nec mutuo consensu resilire possint sponsi, in eo praxis Consistoriorum admodum variat, cujus controversiæ rationes pro & contra proponi solitas proposui & ex professo excussi in *Tr. de Dissensu Sponsal. Sect. 2. & 3.* de quo infra agendi locus erit.

An pœna
Sponsalibus
moribus ad-
jici possit ?

§. IV. Hoc quoque prætereundum non est, jure Civili nec facultatem a sponsalibus discedendi ademptam esse, licet pœna in casum pœnitentiæ adjecta sit, per *L. Titia 134. pr. ff. D. V. O.* id vero mirum, quare Jus Canonicum hanc sententiam approbaverit in *c. Gemma 29. X. de Spons.* Sanchez. *de matrimonio L. 1. disp. 30.* cum tamen diversis fundamentis utrumque jus nitatur. Jus civile concessit generaliter libertatem a sponsalibus recedendi; Jus Canonicum urget illorum consummationem; cur ergo pro majori validitate non admittit pœnam? Conf. Brouwer *de jure Connub. L. 1. c. 24. n. 26. in fin.* Certe moribus nostrorum Consistoriorum, si pœna adjiceretur, illa omnino præstanda foret, cum & ex officio temere discessuris pœnam imponere valeat Consistorium. *Mev. P. 3. decis. 383. n. 7. & P. 6. decis. 359.*

Sponsalia moribus sunt vel de præsentibus, vel de futuro.

§. V. Jure Romano sponsalia omnia de futuro esse adparet ex *L. 1. ff. b. r.* Sed Jure Canon. inventa est distinctio, quod alia sint de *præsenti*, alia de *futuro*, *c. 3. X. de Spons. duor. & pen. X. b. r.* diversitas ex verbis inquiritur, prout illa verbis vel *præsenti* vel *futuri* temporis concepta: Verum cum hæc diversitas germanico idiomati non quadret, distinctionem hanc primitus impugnare cœpit Lutherus, in *libello von Ehesachen, Tom. VI. Witteberg. fol. 260.* Postea tamen tolerari posse illam distinctionem dicit, si *sponsalia de futuro* reputentur illa, ubi

ubi consensus sub certa conditione suspensus; ubi vero pura promissio, ibi esse sponsalia de præsentis. Fateor tamen, non ubi vis ad verba futuri temporis respexisse Canonistas, sed potius, an in præsentis mox matrimonium promitteretur. Quando itaque Innocentius III. in c. *Præterea* 2. X. de spons. sequentem in modum disponit: *Præterea hi, qui de matrimonio contrahendo pure & sine omni conditione fidem dederunt, commonendi sunt, & modis omnibus inducendi, ut præstitam fidem observent*: postea tamen Pontifex in eodem Cap. illis permittit, quod ad instar sociorum fidem sibi datam remittere possint. Hunc textum Canonistæ ad unum omnes referunt ad sponsalia de futuro, cum tamen ex sententia Lutheri, & omnium Consistoriorum, imo & Jctorum Evangelicorum confessione, hæc sint de præsentis, quia consensus adest purus & nulla conditione suspensus. Ut ergo hæc distinctio tam moribus, quam Juri Canonico recte applicetur; ita dicendum existimo: Aut consentiant in futura sponsalia, aut in futuras nuptias; aut in præsens matrimonium: illa sunt sponsalia de futuro, ista de præsentis; secundum mores nostros: Hæc de præsentis, secundum Jus Canonicum, & de his verum est, quod sint ipsum matrimonium, quæ cum jam plene a nobis exposita sint in *Tr. de Dissens. Sponsal. Sect. 1. §. 20. & seqq.* eo nos remittimus.

§. VI. Præterea jure Romano sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia l. 4. pr. b. r. nihilque interest, utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat, l. 7. pr. b. r. utrum per se & coram, an per internuncium, vel per epistolam vel per alium hoc factum sit l. 18. b. r. Unde apparet, ad sponsalia de jure Romano nec testes, nec alia solennia re-

An hodie nudus consensus sufficiat ad sponsalia?

Tertium prae-
sentia hodie
necessaria est.

quiri, in quo nec jus Canonicum a jure Romano recedit *c. 1. X. de despons. clandest.* At enim vero secundum Ordinationes consistoriales plerorumque locorum ad validitatem sponsaliorum testes requiruntur, quae publica hoc intuitu dicuntur, & clandestinis opponuntur, quae remotis arbitris ineuntur. *Mev. ad jus Lubec. Lib. 1. Lauterbach. in Colleg. b. 1. §. 11. Brunnem. de jure Ecclesiast. Lib. 2. c. 16. §. 12. Carpz. Jurispr. consist. Lib. 2. def. 32.* Atque hujusmodi sponsalia secundum ordinationes Ecclesiasticas sunt ipso jure nulla, adeo, ut si vel maxime pars refractaria illa negare non possit, exceptionem clandestinitatis tamen opponat; nihilominus illa pro nullis sint declaranda. *Heigius P. 1. qu. 22. n. 33. Carpz. P. 4. C. 20. def. 7. & in Jurispr. Consist. Lib. 2. def. 33. Richter P. 1. decis. 8. n. 49. & 53.* Sic enim in ordin. *Elect. Sax. Tit. von Ehesachen rubr. von Ehegelöbnissen* expresse cavetur: *Wo auch zwei Personen, so beyderseits keine Eltern haben, sich ohne jemandes Beyseyn mit einander in Ehegelöbniß eingelassen, so soll dasselbe für ein heimlich Gelöbniß gehalten, und da sich beyderseits gleich dazu bekennen, für unbündig erkant werden. Similiter in augustissimi regis nostri renovata constitutione von Verlöbnissen und Ehesachen §. 11. testes ad validitatem sponsaliorum requiruntur. Ita enim ibi: Anlangend diejenigen Personen, so beyderseits keine Eltern haben, jedoch aber sui juris und majorennnes seyn, soll deren Verlöbniß, wenn selbige ohne jemandes Beyseyn getroffen, auch für ein heimliches Gelöbniß gehalten und für unbündig erkant werden. Et infinitum foret, omnium locorum ordinationes hic adducere, quo necessitatem testium praescripserunt.*

De qualitate
testium in
sponsalibus
adhibendo-
rum.

§. VII. Sicuti porro jus Romanum testes ad validitatem sponsaliorum non requirit, ita quoque eorum qualitatem & habilitatem hic non determinat, sed

sed hæc quoque ex Ordinationibus Ecclesiasticis colligi debet. Duo ad minimum requiri generaliter dixerim, cum ordinarie Ordinationes *testium* mentionem faciant; quando autem in plurali numero testium mentio injicitur, ad minimum duo adesse debent, *l. 12. ff. de testibus*, imo quod publice fieri debet, hoc de sua natura plurimum requirit præsentiam. Hoc intuitu in Saxonia reprobantur sponsalia & clandestinis annumerantur, quæ uno teste præsentate contracta sunt. Carpz. *Lib. 11. Jurispr. Confist. def. 34.* Sic etiam in *Ordin. Magdeb. c. 37. von Ehegelöbniß §. 15.* talia sponsalia annullantur his verbis: Wenn 3wo Personen, welche ihrer Eltern durch den Tod beraubet worden, auch nicht mehr unter der Vormundschaft seyn, sich ohne jemandes Beyseyn, oder auch nur in Gegenwart eines Zeugens, mit einander in ein Ehegelöbniß einzulassen sich unterfangen würden, so soll dasselbe für ein heimliches ungültiges Verbündniß fernere gehalten, und wenn sie sich schon beyderseits dazu bekennen, dennoch so ferne unkräftig seyn, daß beyde Personen solch ihr Fürhaben durch öffentliches Verlöbniß vor zween ehelichen Manns-Personen freywillig erwiedern und bekräftigen. Sic itaque in ducatu Magdeburgico testes qualescunque non sufficiunt, cum feminæ inhabiles sint, quæ *alias de jure civili ad probandum æque admittuntur, ac quidem masculi.* Scilicet in sponsalibus, hodiernis moribus, testes non *ad nudam probationem* interveniunt, quod vel inde constat, quia in horum defectu sponsalia etiam tunc invalida sunt, si vel maxime de his ex propria confessione maris & feminæ satis constet, quod haud admittendum esset, si ob solam probationem intervenirent testes. Magis itaque honestatis externæ & solennitatis gratia interveniunt testes in sponsalibus, quo casu regulariter quoque de jure Civili masculi requiruntur. Farinacius *de Testibus qu. 59. n. 55.* Unde etiam

etiam alia inhabilitas, quæ alias testibus obest in testimonio dicendo, hic non attenditur, prout nec in testamentis ejus ratio habetur §. 9. 10. *I. de testam. ordin.* adeoque hic admittuntur affines, proxenetæ, domestici, cognati. *Mev. P. 8. Decif. 38.* imo in quibusdam Ordinationibus Ecclesiasticis eorum præsentia præcise requiritur. Sic in renovata *Ordin. de anno 1693.* serenissimorum Ducum Brunsvicensium Rudolphi Augusti & Antonii Ulrici ita cavetur: *Wenn sie keine Eltern oder Vormünde haben, sollen sie zum wenigsten in Gegenwart einiger ihrer nächsten Anverwandten, und auch dreyer oder zweyer ehrbarer Männer und Zeugen, die Leute auf dem Lande aber mit Zuziehung ihres Pastoris und Seel-Sorgers, in einige Verlobniß sich einlassen; da aber etwa aus erheblichen und unabwendlichen Ursachen mit der Verlobung geilet, und der Anverwandten, Vormünder oder des Priesters præsentia und Anwesenheit nicht erwartet werden mögen, so soll dennoch, so bald als möglich, und zum längsten innerhalb 14. Tagen, denenselben, wie auch der Obrigkeit des Orts in Gegenwart und mit Benennung der Zeugen, davon eröffnet und Nachricht gegeben, und deren und der Obrigkeit Einwilligung eingeholet werden.* *E contrario in tractu Hannoverano juxta constitutionem JOANNIS FRIDERICI de anno 1672.* alterutrum sufficit, vel præsentia duorum triumve masculorum vel consensus Magistratus. Similiter quoque per editum *pænale Hamburgense de anno 1672.* sponsalia aliter valere nequeunt, quam si in cognatorum & curatorum præsentia contracta fuerint.

Ad probanda
sponsalia
masculi non
requiruntur.

§. VIII. Ceterum alia est ratio contrahendorum, alia probandorum sponsaliorum legitime contracturum. Potest enim non raro contingere, ut sponsalia ad aliquod temporis spatium differantur, nec statim consummatio matrimonii subsequatur, interim ta-
men

men habiles testes, qui illis adfuerunt, moriantur, & postea de validitate eorum lites eveniant, hoc casu possunt etiam probari per alios testes. Inde quamvis mulieres in quibusdam locis inhabiles sint, quando de *contrahendis* sponalibus agitur; admittuntur tamen, quando de *probandis sponalibus* quæstio movetur, cum hæc regulariter in causis matrimonialibus non arceantur. Farinacius *de testibus* qu. 59. n. 33. Jo. Campeg. *de testibus regula* 125. Interim quamvis alias affines, domestici & cognati habiles sint in contrahendis sponalibus; sunt tamen inhabiles, ubi ad probationem vocantur, quia hoc casu tales testes requiruntur, qui non sunt suspecti, seu qui alias sunt omni exceptione majores. Cyprian. *de jur. Connub. c. 14. §. 1. seqq.* Nicolai *de divort. & repud. c. 1. n. 50. seqq.* Mev. *P. 8. decis. 38. n. 5.* Carpz. *in Jurispr. Consist. Lib. III. def. 43. n. 15.* Quod si tamen veritas aliter haberi non possit, quod maxime in *causis domesticis* contingere potest, etiam hi admittendi sunt. Carpz. *cit. l. n. 17.* Nicolai *cit. l. n. 51. seqq.*

§. IX. Ceterum ubi Ordinationes Ecclesiasticæ *speciatim* testium præsentiam non requirunt, puto standum esse jure communi, quod ad validitatem sponaliorum testes non sint necessarii. Neque enim rationes, quas Carpz. *Lib. 2. Jurispr. Consist. def. 32.* adducit, arguunt necessitatem testium de jure communi, nec ex natura negotii ipsius illa fluit, sed tantum *bonestatem* evincunt, quæ tamen non semper juris necessitatem involvit, si legis deficiat dispositio. Et quamvis negare nequeam, plura incommoda ex clandestinis desponsationibus dependere, illa tamen tantum *sudent*, non *necessitant*, & illud unice demonstrant, tutius & securius agi, si testes adhibeantur, quod in quibuscun-

Consjn. III.

B

que

Quid dicendum, si status deficiant?

que aliis negotiis magni momenti ad instar alicujus *causæ* commendari solet; ubi non raro contingit, ut quidem non deficiat jus, sed probatio. *L. duo sunt Titii 30. ff. de testam. tutel.* Sæpe etiam justa causa subesse potest, quare non consultum sit, coram testibus sponsalia contrahere, sed ad aliquod tempus ea differre expediat. Equidem cum hodie plerumque causæ matrimoniales ex jure Canonico decidentur, confugere solent ad *tit. X. de clandestina despons.* Verum observandum est, rubricam quidem *de desponsatione* esse formatam, sed nigro plane non convenire, quod, ceu omnes textus docent, *de clandestino matrimonio* loquitur, quale est, quod contrahitur absque debita proclamatione & non intervenientibus paranymphis, tanquam testibus necessariis. Id enim ab antiquo obtinuit inter Christianos, ut nuptiæ apud Ecclesiam publice indicari debuerint, secundum Tertull. *de pudicit. c. IV.* ubi ita: *hinc penes nos occultæ quoque conjunctiones, id est, non prius apud Ecclesiam professæ, juxta mæchiam & fornicationem judicari periclitantur.* Unde etiam, si de sponsalibus hujusmodi, quæ absque testium præsentia a personis sui juris contracta sunt, ex confessione partium, vel litteris constat, ligant omnino, & effectus suos habent. Sanchez. *de Matrim. l. 1. d. 12.* Brunnem. *de jur. Eccles. Lib. 2. cap. 16. §. 12.* Schneidew. *de Instit. de nupt. P. 1. de sponsal. n. 23.* Heig. *P. 1. qu. 22. n. 28.* Præjudicio hoc confirmat Richter *P. 1. decis. 8. n. 42.* his verbis: *Waffen denn auch, bewehrter Rechtslehrer Meynung nach, die heimliche Ehe. Verlöbniße so schlecht hin für unbündig keinesweges zu achten, wenn kein ander eheliches und öffentliches Verlöbniß, welchem durch die vorhero beschene heimliche Verlobung ein Abbruch oder Verhinderung zugezogen werden wolte oder könnte, vorhanden. Imo illud eo magis dicendum est, si sponsalis quidem absque testibus contracta, sed*
postea

postea confessione coram testibus facta confirmata sunt, prout pronuntiavimus Menk. Majo 1698. in causa H. K. contra M. L. his verbis :

Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß Beklagens Principalin zu Vollenziehung der mit Christian Köbran getroffenen Ehe-Verlobung nicht zuzulassen, sondern sie ist, die mit H. K. getroffene Ehe-Verlobung vermittelst Priesterlicher Copulation zu vollenziehen schuldig und dazu anzuhalten. B. N. B.

Rationes decidendi.

Obwohl Beklagter vorwendet, daß die ersten Sponsalia, so seine Principalin mit H. K. getroffen, ohne Zuziehung einiger Zeugen geschehen, und daher pro clandestinis zu achten, welche aber in concursu sponsaliorum denen publicis etiam posterioribus nachgesetzt werden. *Cap. 2. X. de clandest. despons.* Joach. a Beust. *de spons. c. 14.* Brochm. *loc. de conjug. qu. 25.* Hingegen M. L. nach der mit H. K. heimlich getroffenen Eheverlobung sich mit C. R. öffentlich verlobet, und es daher das Ansehen gewinnet, daß die ersten Sponsalia allerdings für ungültig zu achten, und nur die letztern durch Priesterliche Copulation zu vollenziehen, zumalen, da auch C. R. so wohl als die Wittib, sich gerichtlich erkläret, einander nicht zulassen.

Diweil aber dennoch M. L. nicht nur geständig, daß sie sich mit H. K. zum ersten heimlich versprochen, sondern auch solches Versprechen gegen C. L. C. Q. und des Uhrmachers Frau, als die Köhling deshalb befragen lassen, wiederholet *fol. Act. 8.* und bey den meisten Rechts-Gelehrten ausgemacht, quod confessione in praesentia testium facta, convalescant sponsalia clandestina. Heig. *quest. illustr. P. 1. qu. 22. n. 32.* Joach. a Beust. *d. tr. c. 26.* Joseph. Mascard. Menoch. *de Arbit. Jud. qu. 1. 2. cas. 103. n. 12. de prob. concl. 131. n. 4.* Hiebey auch vor allen Dingen zu erwegen, daß M. L. nachdem ersten Versprechen H. K. den Versuch schlaf verstattet, in welchem Fall bekannt, quod sponsalia clandestina concubitu confirmata praeferranda sint posterioribus publicis. *Cap. 30. X. de spons. Carpz. Jurispr. Confist. Lib. 2. def. 69. ibidem*

citatus Luth. n. 14. Gerhard. loc. de conj. f. 146. Brunner. Jur. Eccl. Lib. 2. cap. 16. §. 10. Und nicht hindert, daß sie sich bereden lassen, von H. K. abzustehen (den sie doch anfangs nicht lassen wollen *söl. ad 6. §. 7.*) und C. R. zu ihrem künftigen Ehemann zu erwählen; Indem solche Wahl ihr iezo keines weges zu statten kommen mag, da H. K. ein jus *quæsitum* erhalten, welches ihm *sine causa iusta* nicht zu benehmen. So sind wir dahero beschehenor massen zu sprechen bewogen worden, iedoch bleibet die im vorigen Bescheide gesezte Strafe der 6. Thlt. in Kräften, dieweil in dem Punct der Bescheid nicht geleutert, und wir dahero darüber nicht sprechen können.

An Curatoris
consensus ne-
cessarius sit?

§. X. Porro de jure Romano ad sponsaliorum validitatem non requiritur consensus *curatorum*, uti constat ex Rescripto Severi & Antonini, relato in *l. 20. ff. de nupt.* ubi ita: *ad officium curatoris administratio pupillæ pertinet: nubere autem pupilla suo arbitrio potest.* Conf. *l. 8. C. de nupt.* Curatoris enim consensus tantum necessarius est, quando tale negotium peragendum est, quod patrimonium minoris concernit; *l. 3. C. de restit. in integr.* ubi vero tantum obligant personam suam, vel factum nudum in conventionem positum est, obligantur etiam sine curatorum consensu. Quod vero de honestate intervenire debeant, uti *Carpz. cit. l. def. 47.* consentit, facile quidem concedo, sed tamen propterea nullum vitium sponsalibus contrahitur, si illi non fuerunt adhibiti. Prout respondimus in Facultate juridica Almaz Fridericianæ Mens. Mart. 1698.

Auf die 4. Frage erachten wir vor Recht. Obwol nach Anleitung des *juris civilis*, wenn eine unmündige Jungfer, so weder Vater noch Mutter hat, ausgestattet werden soll, der Curatorum Consens mitzunehmen ist: *per L. in Conjunct. 20. C. de nupt.* dieses auch per ordinationes Consistoriorum an unterschiedlichen Orten erfordert

bert wird: Gerhard. *de Conjug.* §. 94. *Paul. Cypræus de Spons.* c. 6. §. 9. Weil aber dennoch das jus civile nur von dem casu redet, si puella ex pluribus sponsis matrimonium simul ambientibus aliquem eligere nolit, quod tunc curatorum arbitrium adhibendum, per verba *d. L. 20. si puella cultu verecundiæ propriam noluerit voluntatem depromere.* Brouwer. *de jure Connub.* Lib. 1. c. 14. n. 13. & 14. und die necessitas adhibendi consensum Curatorum & Agnatorum noch nicht überall eingeführet, vielmehr ohne ihren Willen und consens gültige Sponsalia geschlossen werden mögen. Carpz. *Jurispr. Eccl.* Lib. 2. def. 46. Und gesetzt, daß solche necessitas adhibendi illorum consensum lege aliqua consistoriali an einem Orte eingeführet wäre, dennoch solcher consens keine weitere expression nöthig haben würde, wenn die curatores die Verlobung gewußt, und derselben nicht widersprochen, sintemal auch; wenn die Eltern annoch selbst im Leben gewesen, bekant ist, quod etiam tacitus consensus parentum in nuptiis filiarum sufficiat. *L. in Sponsal.* 7. §. 1. ff. *de spons.* Cap. *qui tacet.* 43. X. *de R. J.* in 6to. nam & votum filiz Deo factum, si pater illud cognoverit & tacuerit, subsistit *Num.* 30. v. 4. Carpz. *Jur. Eccles.* Lib. 2. def. 42. n. 2. So erscheinet hieraus so viel, als wann die curatores, die die Verlobung gewußt, derselben aber nicht contradicirt, oder sie zu verhindern gesucht, solches favore matrimonii pro consensu sufficienti billig zu erklären sey.

§. XI. Ceterum in hoc articulo Ordinationes ecclesiasticæ quandam hinc inde induxerunt mutationem, ut in quibusdam locis etiam talia sponsalia pro invalidis habeantur, quæ sine consensu curatorum

Usus hodie-
nus.

contracta sunt. Sic enim in *edicto pœnali* Hamburgensi de anno 1676. cavetur: Daſerne iemand, er ſey fremd oder einheimiſch, Bürger oder Inwohner dieſer Stadt, eine getraute oder ungetraute Perſon, Eheweib, Witwe oder Jungfrau, weſ Jahren und Qualität er oder ſie ſeyn mögen, ohne Vorwiſſen, Willen und völlige Beliebung der Eltern, Vormünder oder nechſten Bluts; Freunde beydes von Vater und Mutter, in Ehegelöbniſſen zu ziehen ſich unterfangen, und ſelbe reſpective mit ihrem oder ohne ihren Willen, es ſey um unehrlicher oder ehrlicher Liebe, ihres habenden Geldes halber, oder was ſonſten die Urſachen ſeyn können, entführen, ſelbe ihm heimlich und öffentlich, vor oder nach der Verkuppelung oder Entführung, in oder auſſer der Stadt, von ordentlichen oder fremden Predigern, ſich trauen laſſen würden, daß ſolche Handlung, ob ſolche Partheyen ſich gleich eyndlich verknüpfet, als an ſich nichtig, kraftlos und von keinen Bürden, auf ſummarisches Ausrufen ſo fort dafür erklâret, und für keine Ehe geachtet noch gehalten, ſondern alles zunichte und dieſer Verordnuna nach ungültig und unbündig caſiret, und das Gelübde vernichtet werden ſolle. Non ſine ratione hoc eſſe conſtitutum, facile liquet; eſt enim hoc negotium, quod in ſponſalibus peragitur, magni momenti & ingentis præjudicii, adeoque majori cum deliberatione ſuſcipiendum, ac quidem alia negotia. Illud vero præterea ſingularè, & durum eſſe videtur, quod in adducto pœnali edicto præterea gravior & quidem hæc pœna adjecta ſit, quod curatores illis neq̄ dotem conſtituere, nec rationes reddere aut reliqua ſolvere teneantur, ſed potius bona proximioribus eorum agnatis ſint reſtituenda, prævia

ra.

rationum redditione. Sed & in Marchia Curatorum consensus necessarius est, vigore *Ord. Confist. March. tit. 59. ibi*: Es sollen die Verordnete unsers consistorii solche Ehe, die ohne Beyseyn redlicher Leute vollzogen, vielmehr aber die, welche von Personen, so unter ihrer Eltern, Bluts, Freunde und Vormünder Gehorsam und Gewalt noch seyn, ohne derselben Vorwissen geschehen, wenn die gleich bezeuget werden, für unkräftig und unbündig erkennen. *Conf. Schepliz ad consuet. March. P. 1. tit. 2.* De praxi Lubecensi & aliorum locorum statutis consulendus est Mevius *ad jus Lubecense Lib. 1. tit. 4. art. 4. n. 4. seqq.*

§. XII. Singularem vero dispositionem juris Magdeburgici hic præterire non possum, in quo quidem Curatorum consensus requiritur, sed eo modo, *quo jure communi hac de re cautum est.* Sic enim in *ord. polit. c. 37. §. 11.* Was auch alhier von der Kinder Gehorsam gegen ihre leibliche Eltern in Eh. Versprechungen von uns geordnet worden, das wollen wir auch von denen Vater- und Mutter-losen Wäysen gegen ihre verordnete und bestätigte Vormündere und nächsten Anverwandten, Bluts-Freunde, gleichwol auf solche Masse und Weise, wie es die gemeinen Rechte besagen, gemeinet und verstanden haben. Hic clare quoad sponsalia orphanorum requiritur consensus tutorum & agnatorum; sed tamen cum hac limitatione & restrictione: *prout jura communia hunc consensum requirunt.* At vero hætenus evictum est, de jure communi nec agnatorum nec curatorum consensum requiri, nisi tantum de honestate; ergo similem in modum quoque hæc dispositio intelligenda videtur. Aperte enim
in

Quid in Ducatu Magdeburgico circa Curatorum consensum obtineat?

in l. 8. C. de nupt. dicitur: *in copulandis nuptiis nec cognatorum, nec affinium ulla auctoritas intervenire potest, quod etiam de curatore in l. 20. ff. de nupt. disponitur.* Respexisse videtur serenissimus legislator ad l. in conjunctione 20. C. de nupt. ubi de filia ita: *Si vero utroque orba- ta parente, sub curatoris defensione constituta sit, & inter honestos competidores matrimonii oriatur forte certamen, ut quaratur, cui potissimum puella jungenda sit? si puella cultu verecundia propriam noluerit voluntatem de- promere, coram positis propinquis judici deliberare permis- sum est, cui melius adulta societur.* Hic (1) supponitur, posse adultam, licet curatores habeat, sibi eligere mari- tum: interim (2) si lis sit, cuinam potius ex competito- ribus jungenda sit, posse illam se declarare coram pro- pinquis; utrum vero ad hoc teneatur, non præcipi- tur, & ita hoc juxta l. 8. C. de nupt. intelligendum est: denique si illa nolit eligere, statuere potest judex, cui nubat. Ast ita secundum hæc nulla necessitas adhi- bendorum curatorum in jure Magdeburgico adesset. Nihil ergo superest, quam ut dicamus, de pupillis tan- tum textum intelligendum esse, quemadmodum etiam tantum mentio tutorum, *der Vormunden* & in §. 12. *der Pflēgbefohlenen* injicitur. Jam vero ex l. 1. C. de nupt. liquet, tutorum consensum ad sponsalia pu- pillorum necessarium fuisse, cum Imperatores ita dis- ponant: *cum de nuptiis puella quaritur, nec inter tuto- rem & matrem & propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium Præsidis provincia necessarium est,* conf. Brunnem. ad cit. l. 1. Idem quoque non obscure colligitur ex l. 6. ff. de spons. licet Carpzov. Lib. 11. Ju- rispr. Eccles. def. 46. n. 6. dissentiat. Unde etiam in §. 12. *Ordin. polit. Magdeb.* ulterius disponitur, quod si

tu-

tutores sponsalia pupillorum in suam propriam utilitatem, vel alias illegitime perficere conentur, consistorium intervenire & consensum tutorum ex officio supplere debeat, prout suo modo *in cit. l. 1.* dispositum esse diximus. Ex quo simul patet, quod non statim, quæ de pupillorum sponsalibus disposita sunt, trahi debeant ad minores, prout in simili casu pronuntiavimus *Mens. Mart. 1698.* hoc modo: **Die 5te Frage betreffend, erachten wir für Recht: Ob wohl allem Ansehen nach das Wort Vormündere hieselbst, da de nuptiis gehandelt wird, in sensu generali zu verstehen, indem bekant, quod impuberes nuptias contrahere nequeant, pubertate autem tutela finiatur. pr. Instit. quibus mod. sur. fin.** Weil aber dennoch bekant, quod impuberes sponsalia contrahere possint, *L. 14. ff. de Sponsal. r. 2. X. de Despons. Impub.* die Lübeckische Consistorial-Berordnung auch expresse von Verbödnissen redet, nicht aber von ehlicher Vertrauung, dergleichen statuta pœnalia auch oben ad quæst. 2. angeführten Rechten nach nicht zu extendiren, sondern zu restringiren, zu geschweigen, daß dergleichen statutum, quod puella non debeat contrahere matrimonium absque consensu Curatorum vel aliorum propinquorum, einiger Meynung nach gar nicht gültig ist, quia impedit libertatem matrimonii & ipsi possunt differre matrimonium, quo eo diutius pecunia puellæ uti valeant: *Joach. a Beust. de Jure Conub. P. 1. c. 21.* So halten wir davor, daß das Wort Vormünder die Curatores hieselbst nicht begreife. **B. R. W.**

§. XIII. Postquam itaque in plerisque locis Germaniæ sponsalia rite celebrari non possunt absque testium vel propinquorum, vel denique alicubi etiam curato-

Contin. III.



C

Utrum hodie
sponsalia rite
inter absentes
contrahantur?

ratorum consensu, gravissimum subnascitur dubium, utrum hodie juxta *l. 4. §. 1. & l. f. b. r.* adhuc absenti absens desponderi possit, forsitan per epistolam, vel procuratorem, juxta *cap. ult. de procur. in 6.* Gravissima enim obstaculo dubitandi, quod, cum hodie de essentia sint testes, itaque in plurimis locis masculi, non amplius nudus consensus juxta *l. 4. pr. b. r.* sufficiat, & ita nec inter absentes sponsaliorum constitutio valeat, cum negotium inter absentes fieri non possit, quod personarum presentiam aliamque solennitatem requirit. Sed recte contrarium defendit pluribus rationibus Nicolai *de repud. & divort. c. 1. n. 37. seqq.* qui omnes ejusmodi ordinationes restringendas esse existimat ad sponsalia inter presentes contracta, quippe in quibus demum commode testes intervenire possunt. Cum enim hæ constitutiones sint correctoriæ juris communis, stricte quoque sunt interpretandæ, ne plus corrigant, quam quoad dispositio ipsa patitur. Quod si autem indistincte testium presentia necessaria foret, tolleretur simul omnis facultas, sponsalia inter absentes per epistolam vel per procuratorem contrahendi, quod tamen nullibi disertis verbis prohibitum est. Et ita in supremo judicio Dresdensi judicatum esse, idem *n. 48.* testatur. Ceterum si presentes sint personæ in eodem loco, & per proxenetam sponsalia contrahant, non puto, ea antea valida esse, antequam coram testibus postea corroborentur & repetantur.

De sponsalibus
inter proprios
homines.

§. XIV. Valide etiam hodie sponsalia celebrantur inter proprios homines, ita ut eorum matrimonia legitimis annumerari soleant, de quo *tit. seqq.* Interim tamen moribus hodiernis libertas priorum hominum admodum

modum restricta est, ut pro lubitu sponsalia inire non possint, sed in plerisque locis Pomeraniæ & Westphaliæ consensus domini requiratur, adeo ut, hoc deficiente, sponsalia sint ipso jure nulla, prout Facultas hæc Juridica ante biennium, & quod excurrit, pronunciavit. Conf. Mev. *Von Abfolgung der Bauersleute. qu. 2. n. 160.* Dn. Hertius *de hominibus propriis sect. III. §. 4.* Interest quippe domini propter proprietatem in eos, ne quascunque personas uxores ducant. Inde Lehmann in *Chron. Spir. Lib. II. c. 20.* Die andere Beschwerff ist, daß den leibeigenen Manns- und Weibs-Personen nicht frey gestanden, sich, wie sie gewolt, zu verheyrathen, sondern haben bey ihres gleichen bleiben, das ist, ein Leibeigener an eine Leibeigene unter seiner Herrschaft, und hingegen eine leibeigene Weibs-Person an einen leibeigenen Mann, so ihrem Herrn zugethan, sich ehelich bestatten müssen, es hätten denn die Herrn beyderseits, unter denen die Leibeigene gewesen, ein anders bewilliget und zugelassen.

§. XV. Ad validitatem sponsaliorum de Jure Romano tantum requirebatur *patris* consensus, quamdiu liberos in potestate habebat, alioquin haud valebant. *pr. Inst. de nupt. l. 18. l. 25. l. 35. de rit. nupt. l. 11. de statu hom.* Et quia patria potestas fundamentum hujus necessitatis erat, inde emancipati liberi ad hunc consensum non adstringebantur, nec matris consensus sub *absoluta necessitate* requirebatur, quamvis regulæ honestatis utique postulabant, consensum matris reliquorumque ascendentium non negligere. Sic enim in *l. 25. de R. N. Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest.* Quoad *filiam* tamen emancipatam diversitas juriū obtinuit. Quod si enim adhuc minorennis erat, non poterat sine patris consensu, etiam si vel maxime ad secunda voca transiret, nuptias

Consensus patris tantum de Jure R. necessarius erat.

Hodie in genere
parentum.

inire *l. 18. C. de nuptiis* &, patre mortuo, matris quoque requirendum erat iudicium *l. 20. Cod. eodem*. Ergo post majorenitatem libere nubere poterat. Verum postquam Jus Canonicum in genere ob reverentiam, parentibus indistincte debitam, consensum parentum requisivit, universaliter in praxi invaluit, ut (1) non habeatur ratio *liberorum*, utrum sint sui, an emancipati, (2) *parentum*; nam post mortem patris, etiam matris & reliquorum ascendentium requiritur consensus, alioquin talia sponsalia vitio clandestinitatis laborant. Similiter & filia emancipata, quæ ad secunda vota transit, patris consensum impetrare debet. In *Constit. renov. de anno 1694.* augustissimi Regis nostri jus antiquum confirmatum, postquam hoc casu consensus patris non de *necessitate*, sed *bonestate* requiritur. Breviter, hodie non amplius respicitur ad patriam potestatem, sed ad debitum reverentiale. Vid. *dissert. altera de jure reverentiali membr. 9.* Cothman. *Vol. 1. Conf. 1. n. 686.* Carpz. *Lib. II. Jurispr. Eccles. def. 54.* Quodsi tamen pater & mater de liberorum sponsalibus differant, patris consensus præferendus est materno. Schepliz. *ad Consuet. March. P. 1. tit. 2. n. 9.* Conf. Arniszæus *de jure contub. sect. 10. n. 27.*

Ne quidem
sponsalia juramen-
ta valent, ne-
glecto consensu
parentum.

§. XVI. Sunt itaque Sponsalia, neglecto parentum consensu, nulla, adeo, ut nec subsistant, si vel maxime juramentum intervenerit, ne quidem de jure Canonico, ne fiant vinculum iniquitatis *c. 18. X. de Jurej.* Nec hoc casu possunt liberi consistorium implorare, ut patrem adigat ad legitimas dissentendi causas allegandas, cum solus contemptus *paterni consensus* sufficientem parentibus dissentendi causam præbeat. Carpz. *Lib. II. J. Eccl.*

J. Eccl. def. 57. Mevius ad Jus Lubec. Lib. 1. tit. 4. art. 2. n. 7. Et ita anno 1707. in Facultate nostra pronunciavimus, quod responsum cum plura alia notatu digna contineat, hic inferi placuit. Sejus S. S. Theologiæ & Philosophiæ Candidatus in quadam metropoli principia veritatis Theologiæ & Philosophiæ publice docuit, & subinde propter dona ingenii haud vulgaria nobilis cujusdam & Consiliarii, Mevii, favorem & fiduciam a deo sibi conciliavit, ut etiam prædictus consiliarius eidem Titiam filiam suam unigenitam, quatuordecim annorum puellam, ut ei rudimenta fidei & pietatis mediante catechisatione instillaret, & a mundi illecebris avocaret, committeret, & quavis data occasione singularem suum affectum erga prædictum Sejum declararet, præsertim cum animadvertisset, Titiam filiam suam tam egregios profectus per Seji manuductionem in Theologicis & morali doctrina fecisse. Propter hunc Mevii favorem & affectionem singularem, & Titiaæ animi dotes eximias, tantum amorem erga eam Sejus concepit, ut penitus sibi persuaderet, singulari Dei providentia se in Mevii & ipsius filiaæ cognitionem & penitorem amicitiam venisse. Interim tamen multæ rationes eum deterruerunt, ne patri amorem erga filiam manifestaret, inter quas non minimæ hæc fuerunt, quod Titia ex nobili stemmate esset nata, & præterea pater usum fructum bonorum maternorum adhuc haberet, quem forsân ægre in tam tenera filiaæ ætate esset dimissurus; atque inter tot difficultates constitutus tandem Sejus, præmissis ad Deum precibus, consilium cepit, Titiaæ amorem suum erga ipsam manifestandi, id quod cum fecisset, Titia ea, qua par est, modestia, primum hoc a se declinavit, deinceps, cum Sejus ulterius instaret,

Faci Species.

ad patris imperium provocavit; tandem post varias per intervalla temporum repetitas Seji instantias in matrimonium, si pater Mevius consentiret, consensuram promisit, eique, ut patris consensum imploraret, potestatem fecit; quam conditionem cum adhuc satis intempestivam & nimis duram Sejus haberet, de novo quidem consensum ejus expetiit, sed Ticia nihilominus semper consensum suum a patris voluntate suspendit. Inter hæc præterlapsi sunt fere novem menses, cum Sejus ex Belgio redux preces suas renovaret, & tandem ab ea consensum in matrimonium futurum impetraret, spe freta, patrem deinceps consensum suum non esse denegaturum, quæ sponsalia etiam juramento confirmaret, & post aliquod temporis proprio motu illam ipsam desponsationem literis sanguine rutilantibus obsignavit confirmavitque. Verum non diu hic amor mutuus occultari potuit, sed tandem in notitiam Mevii, patris Titiæ, pervenit, unde Sejus ipsemet statim Mevio consilium suum sincere manifestavit, & consensum ejus submisit expetiit. Verum prædictus Mevius hæc clandestina sponsalia se non tantum ægro accepisse animo, sed etiam nunquam in hoc matrimonium consensurum esse, contestabatur, asserendo, se jam filiam suam ante triennium alii desponsasse, de cetero Sejum filiam seduxisse, & loco catechisationis ad amorem pellexisse, neque filiam in tam tenera ætate constitutam consentire potuisse, quin imo hæc sponsalia clandestina secundum leges provinciales pro irritis habendas esse, & præterea se filiam ex nobili prognatam profapia alii quam æque nobili non posse in matrimonium dare, a quibus imputationibus se quidem Sejus purgare, reliquasque objectiones refellere studuit; sed nihil ab eo impe-

impetrare potuit. Interim Mevius filiam suam in Belgium deduxit, & redux factus firmiter in dissensu suo substitit, adeo, ut, cum Sejus de novo anxie instaret, satis acerbe & verbis admodum duris eum perstrinxerit, & alia incommoda graviora ei minatus fuerit. Ex hac itaque recensita facti specie sequentes nobis propositæ sunt quæstiones: (1) Annon hæc sponsalia jurata, in quibus patris consensus non exclusus, sed expresse ad opportunum tempus reservatus, etiam sæpe instanter, quanquam frustra, requisitus fuit, pro validis & indissolubilibus habenda sint, ut a neutra parte sine reatu perjurii, nec minus etiam ad instantiam causationemve Mevii, sine participatione ejusdem reatus & periculi animæ rescindi possint? (2) Annon metus hic juxta recensitas circumstantias, propter non factam requisitionem consensus paterni, justus haberi debeat, ita ut sufficiat, quod ex postfacto decenter requisitus, & post denegationem pro dato accipiendus sit? (3) Annon, si vel maxime in foro soli sponsalia hæc subsistere non possent, tamen omnino quoad obligationem internam in foro poli rata habenda sint? (4) An Titia per hæc sponsalia cum Sejo inita possit dici nupsisse indigno, & an patris Mevii objectiones contra illa motæ, & in facti specie recensitæ, attendendæ sint? (5) Annon potius, juxta constitutionem provincialem facti speciei annexam, omnes hæctenus a Mevio motæ objectiones penitus sopitæ & satis rejectæ sint, ita ut sponsalia hæc per benedictionem sacerdotalem sint consummanda, & denegatus consensus Mevii judicialiter suppleri debeat? (6) Annon Mevio omnis actio injuriarum denegari, e contra Sejo jus agendi contra Mevium & Titiam competere debeat, hoc etiam effectu, ut, quia puella in Hol-

Quæstiones.

lan-

Quæst. 1. & 2.
Rat. Dub.

landiam jam deducta est, illa interim sequestretur, & sub severissima pœna patri ceterisque consanguineis interdicator, ne puellam interim alii despondeant vel in matrimonium dent? (7) Annon, præter modo antea relata, adhuc quoque alia meliora iuris remedia pro Sejo contra Mevium & Titiam, (si forsan persuasionibus patris consanguineorumque aurem præberet) & alios quoscunque attentantes in hac causa dari & institui possint, & quænam qualiaque illa sint? Quod ad *primam* & *secundam* quæstionem attinet, quamvis objici posset, quod sponsalia hæc pro pure clandestinis non sint habenda, cum patris consensus semper exceptus & reservatus, nunquam vero exclusus fuerit, id quod tamen in clandestinis sponsalibus requiritur, præterea quoque justus metus desponsatos deterruisse videatur, quod non statim consensum patris requisiverint, cum Sejus facile prævidere potuerit, eo tempore adhuc Mevium consensum suum denegaturum esse, & sic consultius visum ipsi fuit, paululum adhuc differre consensus ejus requisitionem, & si vel maxime aliquid hic peccatum fuisset, tamen cogitandum esse, sponsalia hæc non esse simplicia, sed juramento firmata, quod salva salute æterna servari potest. *c. 26. & 28. X. de jurej.* & hoc operari, ut etiam actus, qui alias nullus est, subsistat & ex juramento obligationem capiat. *c. 28. X. de jurej. c. 2. de pact. in 6.* quin quod præterea Titia sanguine proprio fidem denovo firmaverit, & sic sæpissime consensum repetierit. At vero non leves contra Sejum hic militant rationes, præsertim hæc; quod puellam adhuc teneram, quæ ipsius informationi erat commissa, indefessis & sæpius per intervalla temporum repetitis precibus, tandem induxerit ad amorem sui contra parentis voluntatem, cujus.

Rat. Decid.

cujus dissenſum tamen, ut ipſe fatetur, omnino prævidere poterat, quo non attento, nihilominus per meſes plures puellæ conſenſum urſit, & tandem, ut ſexus muliebris fragilis eſt, præſertim in tam tenera ætate, ab ea conſenſum obtinuit, & ita revera patris conſenſum ſepoſuit; & licet Seius allegat, ſe non excluſiſſe, ſed tantum in opportunum tempus conſenſum reſervaviſſe, tamen interim haud debuiffet cum Titia ſponſalia inire, cum ſecundum iuris Canon. diſpoſitionem non aliter ſit legitimum coniugium, niſi ab his, qui ſuper ipſam feminam dominationem habent, & a quibus cuſtoditur, uxor petatur, & a parentibus & propinquieribus ſponſetur, *C. aliter 1. C. 30. q. 5.* & ſic, ſecundum iura divina & humana, conſenſus patris non reſervari aut poſtponi, ſed ante omnia ſtatim ab initio requiri debebat, quod cum non factum ſit, merito ſponſalia pro clandestinis habenda ſunt. vid. *Beuſt. de Sponſ. de matrim. n. 13.* Accedit, quod ex huiusmodi præpoſtero & inverſo proceſſu non poſſit non animus puellam decipiendi, aut ſaltem ſeducendi colligi, quem præterea iura averſantur; quæ ſuſpicio inde augetur, quod puella antea tam conſtanter Seio reſtiterit, & tandem, perſuaſionibus induc̄ta, conſenſum dederit, & denique iuramento & ſanguine ſuo firmaverit, quæ cautelæ inſolitæ & inſuetæ non leves ſuſpiciones doli alicuius ſecum trahunt: neque obſtat iurata hæc promiſſio, quæ, cum ſit contra leges, nihil operari poteſt, præſertim cum alias iuramentum hoc vinculum iniquitatis peſſimæ foret & reverentiam ex præcepto divino parentibus debitam læderet, qualia iuramenta nequidem iure Canonico aliquam efficaciam habent, cum ſecundum hoc tolerabilius iudicetur, iuramentum non

Contin. III.

D

im-

implere, quam, quod legibus prohibitum est, facere, *c. unusquisque 8. C. 22. q. 4. c. 2. 3. 4. 5. C. 22. q. 4.* quin etiam iuxta Hieronymum tribus modis iuramenta contracta solvenda sunt: primo, cum quis male iurat, secundo, cum quis incaute iurat, non putans hoc esse peccatum, tertio, si pueri vel puellæ in domo parentum se iuramento constrinxerint, patribus, postquam audierint, dissentientibus. *c. si quis 19. c. 22. qu. 4.* Et deinde cum iuramentum assumat omnes condiciones ex principali promissione, hoc quoque hic omnino attendendum, quoniam Titia nihil amplius promisit aut promittere potuit, quam quatenus in eius potestate fuit, de quo etiam in declaratione consensus sponsalitiis disertis verbis protestata est, & sic nec iuramentum eandem pure constringere potest, sed in effectu tantum sub conditione se obligavit, quæ condiciones, cum ex natura negotii fluant, etiam in iuramento subintelligi debent, licet ne quidem essent expressæ, & consequenter in iuratis sponsalibus tacita hæc conditio: *si parentes consenserint*, semper subaudiri debet *c. 25. X. de iurej.* hoc itaque postea cessante, sponsalia invalida sunt; neque etiam plus roboris sponsalibus conciliare potest, quod Titia sanguine suo fidem firmaverit, cum parum referat, utrum atramento, an sanguine suo fidem datam renovaverit, si de cetero vitium apertum in ipsa promissione adsit. Stryk. *de dissens. sponsalit. Sect. 4. c. 1. §. 35.* Ex quibus omnibus concludimus, sponsalia hæc esse invalida & nullam obligationem habere. Ex hisce nunc fluit decisio *quest. tertia*, quamvis enim certum sit, multa in foro soli admitti, quæ in foro poli aliter sunt diiudicanda, & in primis in iuramentis præcavendum sit, ne vel ansa periuriis detur, vel

vel alias nomen divinum profanetur: Quia tamen iam antea dictum est, hoc iuramentum esse peccati nutritivum, & adeo pietati convenientius esse, illa iuramenta non implere, in quorum executione non potest non peccari contra decalogi præceptum & contra pietatem, parentibus omni iure debitam, cum omne iuramentum his tribus comitibus, *veritate, iudicio & justitia* instructum esse debeat *Jer. IV. 2. c. 26. X. de jurej.* hinc concludimus, ne quidem in foro poli hæc sponsalia aliquam habere efficaciam. Quæstio quarta bimembris est, & inde primo examinandum, an Titia per hæc sponsalia possit dici nupsisse indigno? Ubi quidem obstare videbatur, quod Titia ex nobili prosapia prognata sit, Scius vero civicæ conditionis extiterit, & consequenter quodammodo respectu Titia pro indigno habendus videatur. Verum cum jura indignitatem magis ex sordido & vilissimo vitæ genere, vel infamia personæ cohærente, quam ex inæqualitate conditionis æstimare soleant, *Carpz. Jurispr. Eccl. Lib. 2. def. 62. n. 4.* cui etiam jura provincialia illius loci accedunt, quæ *expresse* volunt, inæqualitatem conditionis hic non esse attendendam, quibus rationibus etiam præterea praxis quotidiana accedit, cum non sit infrequens, puellas nobiles nubere viris plebejæ conditionis: Hinc judicamus, si præterea nullum aliud adesset vitium, nuptias has ob hanc causam a patre Mevio impediri non posse. Alterum membrum hujus quæstionis, an objectiones ceteræ a Mevio patre contra hæc sponsalia motæ attendendæ sint? ex hæcenus dictis suam decisionem per se petit: quamvis enim quædam objectiones admodum leves & nullius momenti esse videantur, veluti quod sponsalia a filia essent con-

Decisio quæstionis quartæ.

tracta, antequam fuerit admissa ad usum S. cœnæ, item quod ipse Mevius jam ante triennium filiam suam alii desponsaverit, & quod decus familiæ haud permetteret, ut Sejo posset filiam suam in matrimonium dare. Quia tamen vel hæc sola ratio, quod inscio & invito patre sponsalia hæc contracta fuerint, sufficere potest, uti supra ostensum, & præterea pater Mevius recte hac in re se fundet in jure divino, ubi Deus dicit: *Mulier si quippiam voverit & se constrinxerit juramento, quæ est in domo patris sui & in ætate ad huc puellari; si cognoverit pater votum, quod pollicita est, & juramentum, quo obligavit animam suam, & tacuerit; voti rea erit, quicquid pollicita est, & juravit, opere complebit. Sin autem statim, ut audierit, contradixerit pater, (uti etiam hoc casu factum est) & vota & juramenta ejus irrita erunt, nec obnoxia tenebitur sponsioni, eo quod contradixerit pater. Num. XXX, 4. seqq.* Quæ dispositio etiam sanæ rationi conveniens est; quod si enim tale juramentum valeret, per id ansa daretur liberis, quandoque vellent hanc cautelam in sponsalibus adhibendi, & sic patriæ potestati & consensui patris se subducendi, quod per absurdum videtur. Carpz. *Jurispr. Eccl. l. 2. def. 58. n. 14. 15.* Hinc omnino, has prædictas causas attendendas esse, judicamus. Quoad quæstionem quintam dicendum videbatur, per constitutionem provincialem obiectiones a Mevio motas plane removeri: asseritur enim ibidem, parentibus sua potestate ab utentibus non esse consentiendum, sed potius liberorum conscientis consulendum, & consequenter parentes requisitos consensum suum absque gravissimis rationibus denegare non posse, quæ hic cessare videntur. Ast vero cum in eo nullus patriæ potestatis abusus lateat, si, postquam liberi, spreto patris consensu, clandestini

Decisio quæ-
stionis quintæ.

destina sponsalia inierunt, & re non amplius integra consensum eius requirunt, sponsalibus illis consentire nolit. *Mev. ad Jus Lubec. Lib. 1. tit. 4. art. 2. n. 7. seqq.* & prædictæ constitutiones omnino præsupponant & requirant, debito modo & ordine patris consensum esse requisitum, quo casu demum pater absque gravi causa consensum denegare nequit, ceteroquin si hoc factum haud fuerit, sponsalia, etiam iurata, pro irritis secundum prædictam constitutionem iudicentur. Hinc arbitramur, sponsalia, non obstante constitutione provinciali, irrita esse. Quoad sextam quæstionem quidem expediendi iuris est, ubi metus & coactio metuenda est, deveniri posse ad sequestrationem puellæ, præsertim cum Mevius filiam suam forsan invitam in Belgium abduxisse videatur, ut eo fortius matrimonio huic resistat, *c. 14. X. de Spons.* præterea quoque sequestratio hæc ad hoc utilis esse videtur, ut Titia absque timore possit se declarare, utrum adhuc in eodem consensu persistat nec ne? Quia vero hoc tunc quidem obtineret, si pater adigi posset ad iustas dissentiendi causas edendas, id vero secundum hætenus dicta in præsentia casu haud possit locum invenire, cum vel solus neglectus consensus iustam dissentiendi causam præbeat, qui omnino ex eo colligitur, si clandestina liberi sponsalia inierint, *Mev. cit. l. Carpz. Lib. 2. Jurispr. Eccles. def. 30. n. 5.* & demum liberi tunc excusantur, si primo parentes adeant, eosque de assensu reverenter rogent, & hoc facto pater compelli possit ad iustas dissensus rationes edendas, *Mev. cit. l. n. 10.* quam viam etiam Titia, optimo sane consilio, semper Seio suasit, & constanter per novem fere menses in hoc proposito perstitit, sed Seius nunquam illam attendere voluit, quo ipso manifeste ab ordine, iure humano & divino præscripto, recessit.

Decisio sextæ
quæstionis.

Hinc sequestratio talis nullo modo hic locum habere potest. Ex quibus rationibus iam per se postulatum questionis ultimæ corrui, & Scio nullum ius agendi nec contra Mevium nec contra Titiam superesse apparet, & hoc iuri ac iustitiæ omnino congruum esse attestamus.

*Praxis l. 19.
de R. N.*

§. XVII. Alia est ratio, si parentes debito modo a liberis implorati fuerint, & nihilominus consentire recusaverint, hoc casu enim, secundum constitutionem Severi & Antonini, parentes per præconsules præfidesque provinciarum cogi poterant, liberos in matrimonium collocare & dotare *l. 19. d. R. N.* Nec hoc alienum est a praxi nostrorum temporum, quando re adhuc integra, nullis sponsalibus clandestinis contractis, liberi decenter imploraverint consensum parentum. Hoc casu enim Consistorium adire, & a patre desiderare possunt, ut vel iustas dissensus sui causas adferat, vel ad liberos in matrimonium collocandos & dotandos cogatur. Neque enim parentes potestate sua abuti debent in perniciem liberorum, quod tamen ut plurimum accidere solet, quando adsunt liberi prioris matrimonii, quorum bonorum maternorum usumfructum pater habuit; ad hunc enim retinendum quovis modo nonnunquam impedire solet, ne filia nubant. Cum itaque hoc modo parentes jure suo abutantur, Consistorium eis injungere potest, ut iustas dissensus causas allegent, de quibus cognoscit Consistorium, & si eas non sufficientes esse deprehenderit, defectum consensus paterni supplet. *Carpz. Lib. II. def. 53. Brunnem. de Jure Eccles. Lib. 2. cap. 16. §. 5.* Supponunt vero plerumque, ut liberi ad perfectam ætatem pervenerint, cum alioquin parentes juste dissentire possint. Justa ætas apud Romanos pubertas erat, hodie vero secundum mores Germanorum, quibus

bus in tam tenera ætate ad nuptias non confugere solemus, perfectior ætas necessaria videtur, id quod ex responso apud Richter. *decif. 8. n. 52.* apparet, ubi ita: Wenn die Kinder ihr rechtmäßiges Alter, als die Söhne ihr Männliches von 20. Jahren, und die Töchter ihr Mannbares von 18. Jahren allbereit erreicht, und zuvor die Eltern um ihren Consens zu ihrer Verehlichung im kindlichen Gehorsam und Demuth ersuchet, so ist alsdenn derjenige Vater oder Mutter, so in ihres Kindes Verehlichung ohne rechte Ursachen zu verwilligen sich verweigert, oder vergeblichen bloß allein mit der ihnen zustehenden Gewalt aufhält, solche der Kinder Ehegeldbniß zurück zu treiben, und eheliche Vollziehung zu hindern, nicht befugt. *Ætas hæc quidem non præcise determinata est, sed in Ord. Matrim. Saxon. punct. I. tantum dicitur: Wenn die Kinder ihre Jahre erreicht, quod etiam in aliis Ordinationibus supponitur: interim vix alia ætas intelligi vel supponi potest, cum in matrimoniis ineundis etiam prudentia regendi familiam consideretur, quæ vix ante istam ætatem adest; alioquin justa inde parentibus subnascitur contradicendi causa. Ad declarationem eorum, quæ dicta sunt, pertinet sequens Responsum, quod Mens. Maj. 1695. Facultas Juridica almæ Fridericianæ dedit.*

Sabt ihr schon vor etlichen Jahren, da ihr zu eurem Mannbaren Alter gekommen, bey eurem Vater angehalten, euch zu vergönnen, daß ihr euch in den Ehestand begeben möchtet, ihm auch deswegen unterschiedene Weibs-Personen vorgeschlagen, von welchen aber, weil er seinen Willen nicht darein geben wollen, ihr auch alsobald abgestanden, bis zulezt ihr mit eines Bürgers, Hans Ulrichs, Tochter in Bekantschaft gerathen, welche auch öfters in eures Vaters Haus gekommen, darauf sich zugetragen, daß, weil ihr und eure Schwester von eurer Stief-Mutter übel angesehen und hart tractiret worden, ihr euch zu besagtem Ulrich in sein Haus begeben, wornach euer Vater bey dem Churfl. Consistorio einkommen, und, nachdem er durch einen Eyd erhalten, daß ihr ihm von dieser Heyrath nichts gesaget, ein Bescheid erfolget, daß ihr euch Ulrichs Haus

Hauses gänzlich enthalten sollet. Habt ihr nachhero durch 2. ehrliche Männer euren Vater nochmalen begrüßen, und um seinen Consens inständigst anhalten lassen, und da dieser sich zu nichts bequemen wollen, ihr bey dem Ehursl. Consistorio nochmals einkommen und gebeten, daß euer Vater dahin angehalten werde, daß er causas dissensus allegire, oder in Entstehung dessen sein Consensus von dem Eöblichen Consistorio suppliret werden möge, welches Suchen gleicher gestalt von dem Ehursl. Consistorio verworfen, und euch abermals, das Haus zu meiden, anbefohlen worden; dabey ihr aber vermeynet, daß mit gutem Gewissen ihr von derselben Person nicht lassen könnet, und daheroh belehret seyn wollet: Ob euer Vater in diesem Falle wegen anfänglich nicht, nunmehr aber gesuchten Consensus iustam dissentiendi causam habe, oder ob nicht vielmehr ein Eöbl. Consistorium in Entstehung erheblicher Ursachen seinen Consensus ex officio zu suppliren befugt sey? Ob nun wol ausgemachten Rechtens, daß ein Vater nicht mag angehalten werden, rationes dissensus zu allegiren, wenn ein Sohn die Verlöbniß wider seines Vaters Wissen vollziehet, sondern der solus contemptus patris genug ist, daß ein Vater, zu Vollstreckung dergleichen Heyrath seinen Consens zu geben, verweigern kan, und daheroh scheinen möchte, daß in diesem Casu ihr dergleichen von eurem Vater zu begehren, nicht befugt, noch sein Consensus gestalten Sachen nach suppliret werden könne; Weil aber dennoch ihr nicht allein gleich Anfangs, da eure Intention auf andere gegangen, dem Vater davon Nachricht gegeben, und also die Præsumtion vor euch habet, daß ihr, in expressum contemptum eures Vaters und wider seinen Willen euch zu verloben, nicht willens gewesen, und wenn gleich solches mit des Ulrichs Tochter nicht geschehen, und also die mit derselben vorgenommene heimliche Verlobung ungültig gewesen, dennoch nachgehends, nachdem schon der vorige Actus von E. Eöbl. Consistorio pro nullo erkläret worden, ihr euch zu eurem Vater gewendet, und desselben Consensus durch 2. Mittels-Personen zu erhalten, sehr eifrig bemühet, und dadurch, daß ihr euch des kindlichen Respects nicht entziehen wollen, genugsam an den Tag gegeben, und über dem, da ihr die Verlassung dieser Person so sehr wider euer Gewissen zu seyn contestiret, zu befürchten, daß ihr da-

durch

durch in eine beständige Gewissens-Angst gesetzt werden möchte, und gleichwol ein Vater verbunden, für seiner Kinder Verheyrathung zu sorgen, und, da ihr euch gegen ihn völlig submittiret, sich hinwieder väterlich gegen euch zu bezeigen, zumal er nicht die geringste Ursach seines Dissensus vorwenden kan noch will, und in solichem Fall die neue Chur-Brandenburgische Constitution vom Verlöbniß de anno 1694. d. 5. Dec. §. 5. wenn ein Sohn dem Vater, dennoch auf der Anverwandten und anderer guten Freunde intercession sich noch gewinnen lassen will, die Sache des Consistorii arbitrio überlässet. So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß ein Edbl. Consistorium euren Vater, daß er causas dissensus fürwenden möge, anzuhalten, oder in Entstehung dessen seinen Consens zu suppliciren wohl befugt sey. B. R. W.

§. XVIII. Erat præterea differentia de jure Romano inter filiumfamilias & filiamfamilias. Illum pater cogere non poterat ad nuptias contrahendas, sed sponsalibus consentire debebat; *l. 11. 13. ff. b. t. l. 12. ff. de R. N.* Hæc vero facilius cogi poterat, cum etiam pater invitam filiam, durante potestate, despondere posset, & tunc solum dissentienti a patre licentia filix conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum pater ei elegerit *l. 12. §. 1. b. t.* Unde etiam textus, qui de dissentiu liberorum agunt, de filiisfamilias loquuntur: *L. 11. L. 13. b. t. l. 12. C. de nupt.* adeo autem rata firmaque erat desponsatio patris, ut, si morte præventus illam implere non potuerit, nihilominus patris destinatio effectum habere debuerit *l. 4. C. b. t.* Similiter durante patria potestate pater sponso nuncium mittere poterat & sponsalia dissolvere, invita filia *l. 10. ff. b. t.* Denique etiam testamento destinari poterant filixfamilias futuris nuptiis, uti apparet ex *L. 36. l. 66. ff. de R. N. l. 101. pr. de cond. & demonstr. l. 7. ad L. Jul. de adult.* Verum talem rigorem patriæ potestatis in foris nostris incogni-

Contin. III.

E

tum

Hodie etiam
filia consentire
debet Sponsa-
libus.

tum esse existimo, præfertim cum Jure Canonico hæc distinctio inter filios & filias sublata sit, & hujus quoque consensus in sponsalia requiratur. Inde etiam invaluit in jure canonico, ut tali casu, ubi parentes filiam minis inducere, imo cogere volunt, ad sponsalia ineunda, sequeretur puella, & in loco tuto collocetur, ubi libere animi sui sententiam exprimere possit, *ne alias per timorem dicat, sibi placere, quod odit, & sequatur exitus, qui de invitis nuptiis solet provenire*, ut dicitur in c. 14. X. de sponsal. Conf. Dn. Coccejus de sequest. feminar. c. II. §. 5. Unde hodie liberi absentes & ignorantes non obligantur ex sponsalibus a parentibus ipsorum nomine contractis, quod etiam ad patris destinationem in testamento factam applicandum, Carpz. Lib. II. Jurispr. Confist. def. 26. & 30. & consequenter nec hodie pater sponsalia filix legitime contracta pro suo arbitrio dissolvere potest. Conf. Brunnem. ad l. 12. b. t. n. 4. Quod si itaque femina ad contrahenda sponsalia aut matrimonium invita cogatur, totus actus nullus est. Quo pertinet casus sequens, quem in Facultate nostra Mens. Aug. 1699. habuimus: **Casus.** Hat Sempronius, ein Mann von etlichen 40. Jahren, um die Amaliam, eine Jungfrau von etwa 28. Jahren, ehlich angeworben, und obgleich Amalia nicht die geringste Zuneigung zu ihm getragen, so hat dennoch Sempronius ihre Mutter Meviam, den Stief-Vater Cajum, und den Bruder Barbarum durch sein Vorgeben, wie er nemlich bereits so ein vornehmer Mann wäre, auch in kurzen eine Raths-Stelle überkommen würde, dahin beredet, daß insonderheit die Mutter mit Bedrohung der Enterbung, Ausstossung aus dem Hause, und Beraubung aller gegebenen Kleider und Vermögens, der Bruder aber durch angedrohte Niederschießung, die Amaliam, aller protestationen, auch gegen den Sempronium von derselben gethanen ausdrücklichen Erklärung, daß sie ihn, ob sie gleich gezwungen würde, für ihren Mann

Wann nicht halten könnte, ungeachtet, sich mit Sempronio so fort ohne einige gegönnete Bedenk-Zrist ehelich zu versprechen gezwungen; Es hat auch nach geschähenem Verlöbniß, als die Amalia bey ihrer vorhin gegebenen Erklärung ihres Widerwillens gegen Sempronium beständig verblieben, der Stief-Vater Cajus, mit Zustimmung der Amalia Vormundes, wie auch eines Geistlichen, ihr ernstlich vorgestellt, daß sie nunmehr von dem Sempronio nicht wieder loskommen könnte, und als Mevia und Barbarus zugleich ihre Bedrohungen wiederholet, daß, im Fall Amalia den Sempronium beyrathen würde, sie dieselbe hinführo für ihr Kind und Schwester nicht halten wolten, hat Amalia zwar endlich sich mit dem Sempronio trauen lassen müssen, allein sie hat ihm doch bis diese Stunde eine eheliche Pflicht nicht geleistet. Ob nun-gleich es Anfangs das Ansehen haben möchte, als ob bey der Amalia nichts als nur ein blosser *metus reverentialis* gewesen, dieser aber die Ehe nicht ungültig machet, wenn hernach die Vollziehung des Verlöbnißes wirklich darauf erfolget, *si enim filiusfam. patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur, L. 22. ff. de Rit. nupt.* und denn alhie die Amalia nicht nur sich anfänglich mit Sempronio verlobet, sondern auch so gar hernach die Ehe durch die Priesterliche Einsegnung vollziehen lassen, *per qualem benedictionem sacerdotalem matrimonium perficitur, Carpov. Jurisprud. Eccles. l. 3. def. 76. n. 15.* eine volljogene Ehe aber wiederum nach Belieben zu trennen nicht frey gelassen ist, *cum, quos Deus conjunxit, homo separare nequitam debeat, Matth. 19. v. 6.* D. a. u. d. zu einer rechtmäßigen Ehe vor allen Dingen erfordert wird, daß beyderseits Personen ihre Einwilligung frey und ungezwungen dazu geben, *L. 11. ff. de Sponsal. l. 2. ff. de rit. nupt. c. 14. X. de Sponsal. cum consensu libero deficiente contrahus matrimonii nullus sit, Brunnem. de Jur. Eccles. l. 2. C. 16. §. 3. Carpov. Jpr. Eccles. l. 2. def. 27. § 30. licet juramentum accesserit, Carpov. l. c. def. 28.* in gegenwärtigem Fall aber Amalia in die Heyrath mit Sempronio niemalsn gewilliget, sonder iederzeit, so wol vor als nach dem vermeynten Verlöbniß und Vertrauung, aus-

Rat. dah.

Rat. decid.

drücklich gesagt, daß sie Sempronium niemals für ihren Ehe-Mann halten werde, auch dieselbe dazu, daß sie dennoch solches Verlöbniß und Vertrauung vor sich gehen lassen, durch die harte wiederholte Bedrohungen nicht allein der Mutter, sondern auch ihres Bruders und Stief-Vaters wider ihren Willen, indem sie sich von aller menschlichen Hülfz entblößet gesehen, gendthiget worden, solcher metus aber pro reverentia nicht angegeben werden mag, weil solcher nicht von dem Vater, von welchem doch so wohl L. 22. ff. de rit. nupt. als auch andere leges Romanæ reden, sondern von der Mutter hergekommen, und wann gleich die Furcht vor der Mutter auch pro metu reverentia zu halten wäre, dennoch alhie die grossen Bedrohungen der Amalia Bruder, daß er nemlich die Agniam gar niederschiesse wolte, mit dazu kommen, und gesagte Amalia in noch grössere Furcht und Schrecken gesetzt haben: hiernächst auch selbst bey dem metu reverentia a Patre illato zu mercken ist, daß selbiger nur a suadente admodum & urgente atque hortante, nicht aber a Patre vi aut minis cogente herkommen müsse, sintemal in dem letzten Fall der daher entstandene metus pro reverentia nicht weiter gehalten wird, Gothofred. ad d. l. 22. ff. de R. N. Brunnem. ad eand. n. 11. eine solche blosser adhortatio & suasio aber alhie nicht, sondern harte Bedrohungen von Enterbung, Ausstossung aus dem Hause u. d. g. vorgegangen, welche absonderlich bey der Amalia eher, als bey einem Mannes-Bilde eine Furcht zuwege bringen können, weshalb die Rechte disponiren, quod metus ex persona ejus, qui eum patitur, sit dijudicandus, L. 3. ff. ex quib. caus. maj. so wohl auch der metus reverentialis per spontaneam cohabitationem purgiret werden muß, wenn er die Ehe nicht unkräftig machen soll, c. 13. X. de Sponsal. c. 21. eod. Carpzov. l. c. Lib. 2. def. 29. n. 11. welches aber im gegenwärtigen Fall auch nicht geschehen, sondern dem Bericht nach Amalia dem Sempronio die Eheliche Pflicht bis diese Stunde nicht geleistet hat: ferner nach denen in hiesigen Landen eingeführten Kirchen-Ordnungen die Priesterliche Einsegnung zwar ad consummandum matrimonium erfordert wird, dieselbe aber an und vor sich selbst allein den Ehe-Stand nicht ausmachet, cum essentiam conjugii con-

consensus in societatem conjugalem producat, & hic (si præcesserit) tantum publice per adhibitionem benedictionis sacerdotalis postea confirmetur, Struv. S. J. C. Ex. 29. rhes. 26. Dannenhero wenn kein Consensus, wie hie, vorgegangen, auch keine Confirmation desselben erfolgen kan; endlich auch es der Göttlichen Heiligkeit sehr zu nahe geredet seyn würde, wenn man das dictum *Matth. 19. v. 6.* auf solche Fälle, da durch Gewalt und Drohungen einer den andern zu heyrathen genöthiget werden will, hinziehen wolte, da vielmehr gewiß ist, daß Gott dergleichen Verfahren äusserst hasset und nicht ungestraft lassen wird: So erscheint daraus allenthalben so viel, daß alles dasjenige, so zwischen der Amalia und dem Sempronio vorgegangen, für eine wahrhaftige und zu Recht beständige Ehe nicht zu halten sey. Auf die andere Frage *ic.* Hat Amalia, nach der geschenehen Vertrauung mit dem Sempronio, einige Vertraulichkeit mit einem und dem andern jungen Menschen unterhalten, Briefe mit ihnen gewechselt, sie auch wohl zuweilen des Nachts, weil sie solches des Tages wegen der bestellten Aufseher nicht thun dürfen, zu einem Gespräch zugelassen. Als nun Sempronius solches erfahren, ihme auch einige Briefe in die Hände gerathen, hat er solches der Obrigkeit denunciiret, welche deshalb eine ordentliche Inquisition wider Amaliam angestellet, bey welcher sich sonderlich zwey Zeugen hervor gethan, welche der Amalia in die Augen gesaget, daß sie in Abwesenheit des Sempronii mit jungen Leuten in die zwey bis drey Stunden auf ihrer Cammer gewesen wäre. D. n. g. dieses von Sempronio als eine Verlesung der ihm von der Amalia seinem Einbilden nach gebührenden ehelichen Treue ausgegeben werden will, auch sonst dergleichen ungewöhnliche nächtliche conversation einer Ehe-Frauen mit Mannes-Personen, auffer ihrem Ehe-Manne, eine starcke Muthmassung eines begangenen Ehebruchs abgiebet, wenn zumaln noch andere Anzeigungen, als hie die aufgefangene Briefe, so die Amalia mit jungen Leuten gewechselt, darzu kommen. D. a. u. d. kein Ehebruch seyn kan, wenn nicht vorhin eine rechtmäßige Ehe gewesen, und aber bey der vorgehenden Frage weitläufig ausgeführet worden,

Decisio.

Alia quaestio.

Rat. dab.

Rat. decid.

Daß alles dasjenige, so zwischen dem Sempronio und der Amalia vorgegangen, für eine wahrhaftige und zu Recht beständige Ehe, und folgendes Amalia für des Sempronii Ehe-Frau nicht gehalten werden könne, im übrigen aber, wenn eine auffer der Ehe lebende Weibes-Person die Schranken der Keuschheit mit einer andern auch ledigen Mannes-Person überschreitet, solches nicht weiter als auf eine simplicem fornicationem extendiret werden kan, wobey doch absonderlich der Amalia noch zu ihrer Entschuldigung dienen muß, daß sie ohn ihr Verschulden in diesen unglücklichen Zustand gerathen, und ihr ad restringendam cupidinem carnis an einen ihr anständigen Ehe-Mann sich zu verheyrathen nicht frey gestanden hat: So mag auch Amalia, wenn ihr gleich, daß sie mit fremden ledigen Manns-Personen conversiret, oder auch wirklich sich mit denselben vermischt hätte, erwiesen werden könnte, dennoch für eine Ehebrecherin nicht gehalten werden, sondern es ist dieselbe nur disfals mit einer willkührlichen Strafe anzusehen. **B. N. B.**

Decisio.

De consensu
divino ad
Sponsalia
Christiano-
rum.

§. XIX. Denique 'ad essentiam sponsaliorum a Christianis contractorum quidam requirunt consensum divinum. Ita enim Schilterus *in instit. Jur. Can. Lib. II. tit. 10. §. 10. Consensus divinus ad Sponsalia Christianorum ubique requiritur, tanquam conciliatoris primarii, auctore Salvatore Matth. XIX, 6.* Equidem negari nequit, sponsalia omnino auctore Deo esse ineunda, adeoque despondentes seriis precibus ejus implorare debere providentiam, ut cor eorum dirigere velit, ne imprudenter contra ejus voluntatem agant. Verum quia hic de obligatione externa sumus solliciti, dubito merito, an ejus omissio in foro externo possit producere effectus civiles, ut scilicet ex hoc capite sponsalia rescindi vel annullari queant, cum pleraque sponsalia, proh dolor! ita hodie sint comparata, ut a vero sine deflectant, & vel divitias, vel honorem, vel alium pra-

pravum affectum pro scopo habeant, unde tamen in foro externo non potest nasci justa causa dissolvendi sponsalia. Hoc ergo cujuscunque conscientiae committendum esse reor, an cum Deo hoc negotium satis arduum suscipere velit.

§. XX. Quemadmodum vero omnibus aliis negotiis conditio adjici poterat, ita quoque quæ sponsalibus adjecta, modo conditio honesta fuerit, valida fuerunt. Neque ab illis, pendente conditione, recedere integrum erat, cum non spem matrimonii fallere licitum fuerit, unde eventus expectari debebat. Idem etiam hodie juris esse neminem ambigere censeo. Sanchez *de matrim. Lib. 5. disp. 8.* Basil. Ponce *de Sponsal. Lib. 3. c. 13.* Inde possunt hodie Sponsalia sub conditione, bona fortunæ respiciente, iniri, adeo ut si illa deficiat, sponsalia quoque non obligent; quemadmodum Menf. Febr. anno 1697. pronuntiavimus hoc modo.

Hat J. W. H. um sich aus seinen Schulden zu retten, H. M. Tochter zur Ehe gesucht, und um dazu zu gelangen, sothanen H. M. daß er mehr nicht als etwa 1100. Thaler auf sein Väterliches Brauhaus schuldig sey, jedoch seine Wittgilt oder Ehren-Hülfe an 400. Thalern daran zu fordern hätte, durch andere beybringen lassen; Hat H. M. so wol in Gerichten als sonst, ob dieses sich also verhalte, sich erkundiget; jedoch den rechten Grund nie erfahren können, ausser daß er aus denen Fürstlichen Gerichten, daß die Schulden auf dem Hause sich wohl in die 14. bis 1700. Thlr. beliefen, Nachricht erhalten, und es hat H. M. daß er, wenn J. H. W. mehr nicht als 1700. Thlr. schuldig wäre, demselben seine Tochter nicht versagen wolle, sich erkläret: Hat J. W. H. hierauf, daß er mehr nicht schuldig sey, H. M. in öffentlicher Gesellschaft versaget, auf welche Condition dieser auch, daß J. W. H. das Jawort holen möchte, bewilliget, und es ist hierzu ein gewisser Tag

Conditiona-
ta Sponsalia
valent.

Casus

Rat. dub.

Rat. decid.

Tag ernennet, und so dann das Verlöbniß öffentlich, wiewohl ohne Wiederholung der berührten Condition, vollzogen worden, hat sich nachhero gefunden, daß J. W. H. mit weit höhern Schulden beladen sey, und lauter Unwahrheit sich bedienet, dahero H. M. demselben seine Tochter zu geben sich nunmehr weigert, und es will derselbe hierunter des Rechts belehret seyn. Ob nun wohl dasjenige, was von der desponsatæ Unmündigkeit in dem Berichte angeführet worden, in keine Consideration kommen möchte, in Betracht dieselbe das 12te Jahr bereit überschritten; und mithin die Pubertät erlanget; Hiernächst aus dem Jure Canonico bekant, daß der error circa accidentalia, dahin die bona fortunæ, als Reichthum und dergleichen gehören, dem Consensui sponsalicio nicht zuwider sey, sondern, desselben ungeachtet, die aufgerichtete Verlöbniß bey ihren Kräften bleibe; Ferner angeführet werden möchte, daß die von H. M. anfänglichen gesetzte Condition bey nachhero gehaltenen öffentlichen Sponsalibus nicht wiederholet, und also von sothaner Condition tacite abgewichen worden, in übrigen ohne dem der favor matrimonii haben will, daß mehr pro contrahendo als dissolvendo matrimonio ein Judex bemühet seyn soll; dahero dem Ansehen nach die quæstionitten Sponsalia nicht zu dissolviren seyn möchten. Die weil aber dennoch es auf einen blossen errorem alhier nicht ankommt, sondern derselbe in seinem Berichte anführet, daß bald anfänglich J. W. H. durch Verschweigung der Wahrheit das Verlöbniß zu erschleichen bemühet gewesen, und zu dem Ende nicht nur durch andere seinen Zustand ganz anders, als es wirklich gewesen, H. M. vorstellen lassen, sondern auch selbst, daß er mehr als 1700. Thlr. nicht schuldig sey, behauptlich versichert, und solcher gestalt mediante dolo denselben zu Ertheilung seines Consensus induciret, bewährte Rechts Lehrer aber dafür halten, auch denen Regela der gesunden Vernunft gemäß, daß ein Consensus dolo elicitus auch in causis matrimonialibus niemanden verbinden, noch derjenige, so dolose gehandelt, dadurch einigen Vortheil gewinnen könne, es möge nun dolus circa essentialia vel accidentalia conjugii begangen seyn. Hiernächst auch des Juris Canonici.

nonici Disposition ihren Abfall gewinnt, wenn ejusmodi bona fortunæ ausdrücklich per modum conditionis erfordert werden, und dann, dessen Bericht nach, H. M. seinen Consens, daß er seine Tochter J. W. H. geben wolle, und dieser das Ja-Wort abholen möge, anderer Gestalt nicht, als unter der Bedingung, wann J. W. H. mehr nicht als 1700. Thlr. schuldig wäre, ertheilet, auch wenig zur Sache thut, daß solche condition bey dem nachhero angestellten Verlöbniß nicht ausdrücklich wiederholet worden, weil genung, daß solche niemals aufgehoben, die Renunciatio auch nach Recht nicht präsumiret wird; ferner der favor matrimonii nicht zu mißbrauchen ist, noch deswegen Leute wider Willen zu zwingen seynd, wenn, allem menschlichen Vermuthen nach, nichts anders als eine unglückselige böse Ehe erfolgen kan, inmassen dann, dem angeführten Bericht nach, die Braut, so ohne dem hauptsächlich dem Vater zu Gefallen ihr Ja-Wort von sich gegeben, nunmehr bey verspürtem Betrug ihres Bräutigams das Gemüthe von ihm gewendet, im übrigen man hier nur in blossen Sponsalibus noch bestehet, welche leichter, als wenn die Ehe bereits vollzogen, zertrennet werden können; So erscheint daraus so viel, daß, wann H. M. daß er von J. W. H. dolose hintergangen worden, nicht weniger, daß er sein Versprechen ausdrücklich auf die Condition, wenn J. W. H. mehr nicht als 1700. Thlr. schuldig sey, gegründet habe erweisen möchte, die getroffene Sponsalia von dem geistlichen Gerichte für nichtig zu erklären, und hinwieder aufzuheben seyn. B. R. W.

Decisio.

§. XXI. Quodsi vero conditio turpis vel impossibilis Sponsalibus adjecta est, nullum dubium est de jure civili, illa plane invalida esse, postquam hoc generaliter in omnibus conventionibus, quorsum etiam Sponsalia Romani referebant, juris est. In hujusmodi actu etiam talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem *l. 31. ff. de Obl. & A.* Similiter & turpes conditiones vitiant obligationem *l. 26. l. 27. pr. ff. de V. Obl.* & sic quoque Sponsalia. Diverfa erat ratio ultimarum voluntatum, in quibus,

Modo Conditio possibilis fit.

Contin. III.

F

salva

falva dispositione, conditio pro non adjecta habebatur. Quamvis vero ab ultimis voluntatibus ad sponsalia fir-
 mum non possit duci argumentum, jus canonicum ta-
 men non dubitavit, dispositionem ultimarum volunta-
 tum circa hanc materiam ad sponsalia trahere, in *c. f. X.
 de condit. appof.* unde communiter Dd. concludere so-
 lent, in sponsalibus conditionem turpem pro non adje-
 cta haberi, idque volunt in favorem matrimonii rece-
 ptum esse. Besold. *in disc. de Nupt. c. 6. n. 7.* Harprecht.
ad Rubr. Instit. de nupt. n. 7. Engel. *in Colleg. Jur. Can. tit.
 de condit. appof. n. 8. sqq.* Gonzalez Tellez. *ad cit. c. f. n. 1.*
 ibique allegati. Si in praxin hujus jurium diversitatis
 inquirimus, res quidem non carere videtur dubio, post-
 quam Carpzovius *Lib. II. jurispr. eccles. def. 33.* pontificis
 doctrinam aperte defendit quoad praxin in foris prote-
 stantium, additque hanc rationem, *ut petulantia eorum,
 qui pudicitia imbecillis sexus insidias struunt, frenum inji-
 ciatur.* Verum ab hac sententia recte divortium facit
 Struvius *ex. 29. tb. 7.* existimans, potius inter prote-
 stantes standum esse decisioni Juris Civilis, nec improvide
 in hac causa sequendum pontificem. Manifesta enim
 adest disparitatis ratio inter obligationes & ultimas vo-
 luntates; ibi enim sibi imputet alter, quod conditionem
 impossibilem admiserit, & puriorem mentis declaratio-
 nem non urserit: At vero in ultimis voluntatibus copia
 contradicendi non datur, cum regulariter hæ herede
 vel legatario ignorante vel absente fiant. Accedit,
 quod in *d. cap.* non de sponsalibus, sed matrimonio sub
 conditione turpi contracto agatur. Conf. *Tr. de Dissensu
 sponsal. sect. II. §. 21. seqq.*

Ufus moder-
 nus.

Repudium a-
 pud Romanos
 liberum erat.

§. XXII. Tamdiu autem obligabant sponsalia
 apud Romanos, donec repudium intervenisset. Hoc
 enim

enim adeo liberum erat, ut etiam pater nomine filia, in sacris paternis constituta, sponso nuncium remittere & sponsalia dissolvere posset. *l. 10. ff. b. t. l. in f. de Divort.* Idem quoque desponsatis permissum fuit, ut constat ex *cit. l. 2. §. 2.* ubi JCrus ita: *In sponsalibus quoque discutiendis placuit, renunciationem intervenire oportere. In qua re verba probata sunt: conditione tua non utor.* Conf. *l. 1. C. de Sponsal.* Sic itaque apud Romanos sponsalia quoque unius dissensu dissolvi poterant, quod tamen non facile in foris nostris admittitur, ut late probatum est in *tr. de Dissens. Sponsal. sect. II.* Cum enim in praxi magis sequamur Jus Canonicum, quod non permittit, ut unius dissensu dissolvantur facile sponsalia, recte hodie libertas repudiorum minime toleratur. Interim optime monet pontifex in *c. requisivit 17. X. b. t. cum libera debeant esse matrimonia, monendam potius esse sponsam, quam cogendam, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere,* id quod calculo quoque suo approbat *Mev. P. 3. decis. 382.* Equidem refractarium absolute cogi posse, censet *Carpz. Lib. II. Jurispr. consist. def. 135.* quod admitti tunc quidem potest, si res non amplius fuerit integra, sed concubitus jam accesserit, quia ita sponsalia per concubitum transierunt in matrimonium, & consequenter non amplius quaestio de sponsalibus, sed de matrimonio continuando volvitur. Verum, si hunc casum exceperis, absoluta coactio decerni vix potest, sed aliis coercendus poenis, & alter ad praestandum interesse adstringendus est. Ex quo simul patet, hodie non privato arbitrio, uti quidem olim, sed auctoritate Consistorii talia sponsalia esse dissolvenda.

§. XXII. Multo magis vero olim mutuo dissensu dissolvi poterant, si bona cum gratia discederent *l. 2. l. 3.*

An mutuo dissensu dissolvi hodie possint?

l. 10. de divor. a quo non recedit Jus Canonicum, uti apparet ex *c. 2. X. b. 1.* quem textum quidem de sponsalibus de futuro intelligere solent, sed simul tamen cogitandum erat, nostra sponsalia de præsentibus, quatenus in foris protestantium ita vocantur, esse illa eadem, quæ jure canonico vocantur de futuro, h. e. *mentionem & reprobationem futurarum nuptiarum.* Interim contrariam sententiam plures defenderunt, eamque in consistoriis principum receptam esse censent, uti constat ex præjudiciis apud Carpozovium *Lib. 5. resp. 108.* Conf. Joach. a Beust. *de jure connub. P. 1. c. 58.* Petrus Heig. *P. 2. qu. 16. n. 4. seqq.* Arnifæus *de jur. connub. c. 6. sect. 3. n. 14. seqq.* Finckelth. *Obs. 42.* Verum rationes, quæ vulgo pro excludenda penitentia mutua adducuntur, admodum imbecilles sunt, uti latius demonstravi in *tr. de Diff. sponsal. sect. III. §. 16. seqq.* Ita enim sunt comparatæ, ut ubique principiis papalibus innitantur, quæ tamen a nostratibus improbata sunt. Falsum enim est, sponsalia esse matrimonium initiatum. Falsum est, sponsalibus majorem inesse vim & obligationem ac quidem aliis conventionibus, sed, sicuti hæc mutuo dissensu dissolvi possunt, ita quoque illa. Falsum est, hodie idem esse vinculum sponsaliorum ac matrimonii. Sed desino reliqua dissentientium fundamenta hic adferre, quæ *cit. l.* fusius examinata, & conculcata sunt. Interim in eo adhuc, etiam stante hac sententia, mores nostri a jure Romano abeunt, quod desponsatis privato ausu a se invicem discedere integrum non sit, sed adiri debeat iudex ecclesiasticus, cujus auctoritate intercedente mutuo dissensu dissolvantur sponsalia, omnis scandali, quod inde subnasci potuerit, evitandi causa, de qua præxi testantur Brouwer *de jur. connub. Lib. I. c. 25. n. 56. seqq.* Schilteri *exerc.*

exerc. 36. tb. 14. Nicolai de repud. & divorc. c. II. n. 8. Cypræus de jur. connub. c. 23. §. 11. n. 3. Hæc omnia vero secus erant de jure Romano, quo bona cum gratia, privata auctoritate, ab invicem discedere permissum erat. Tunc vero imprimis facilius hodie in dissolutionem sponsaliorum consistoria consentire debent, si mutua desponsatorum supervenerint inimicitia, & ex his mutuis dissensus natus sit, prout multoties pro dissolutione sponsaliorum fuisse pronunciatum, docet Nicol. *cit. tr. n. 18.* quemadmodum etiam in Facult. Jurid. Academiæ Fridericianæ hunc in modum M. Mart. 1696. pro dissolutione respondimus: Hat derselbe sich mit Srl. nach erlangter Bekantschaft in Ehe-Tractaten eingelassen, auch von ihr bald anfangs gute Versicherung ihrer Gegen-Liebe erhalten, und ungeachtet sie so fort nach solchem Versprechen ihren Willen, und zwar zu unterschiedenen malen geändert, und sich sehr wankelmüthig erwiesen, seynd doch mit deren Mutter Consens öffentliche Verlobnisse, vermittelst gewechselter Mahlschäße, zwischen ihnen getroffen worden: Hat nach diesem wider etliche mal ermeldte bey ereigneter Zusammenkunft sich, aller von seiner Seiten erwiesenen Liebkosungen ungeachtet, dennoch sehr kaltfinnig bezeigt, und vielmehr in seiner Gegenwart, so auch andere in acht genommen, gegen einen fremden Cavalier viel Freundlichkeit spüren lassen, und wiewohl dieselbe nichts desto minder ihrer Gewogenheit denselben hierauf von neuen versichert, auch als sie desselben gnädigen Herrschaft aufgewartet, auf Befragen, daß sie ihres Orts mit der Heyrath gar wohl zufrieden sey, sich vernehmen lassen, hat sie doch bey einem angestellten Ball abermal sich sehr widerwärtig gegen ihn erwiesen, und, als so wohl die Herrschaft als auch andere, die es wahrgenommen, derselben beweglich diesermwegen zugeredet, nichts anders geantwortet, als daß sie ihn nicht lieben könnte, und als ihre ferner etliche mal nicht nur deren Mutter, sondern auch andere Freunde Vorstellung gethan, ist sie doch beständig bey solcher ihrer Antwort beharret, hat auch zum öftern, daß, wenn sie ihn

Casus.

Rat. Aufz.

ja nehmen müste, sie ihm doch niemals eine ehliche Affection, noch auch ein besser tractament als bisher, erweisen würde, sich erklärt, wodurch die bey ihm vormals sich befundene Liebe ebenfalls erloschen, und er vielmehr einen grossen Abscheu vor sothaner Person bey sich spüret, und daher berichtet seyn will: Ob er nicht gedachte A. S. v. S. mit gutem Gewissen verlassen, und die getroffene Verlöbniß hinwieder zertrennet werden könne? Ob wohl die beständige und mit Vorwissen der Eltern öffentlich getroffene Verlobungen nicht leicht wieder aufgehoben werden können, wenn auch gleich beyde Theile hierzu geneigt, sondern vielmehr zu völliger Vollziehung der Ehe die Verlobten durch hinlängliche Zwangsmittel pflegen angehalten zu werden, und die von denen Dd. unter die zur Zertrennung hinlängliche Ursachen mit gerechnete zwischen denen Verlobten entstandene Uneinigkeit nicht von einem leichten Widerwillen, sondern von inimicitias capitalibus, dergleichen doch hier, wie es scheint, nicht anzutreffen, zu verstehen ist, hiernächst vor Gott die Ehe, wenn von beyden Theilen das Versprechen geschehen, schon ihre Richtigkeit hat, obgleich sonst weiter nichts dabey beobachtet worden; daher o scheinen möchte, daß um so viel weniger von solchem Versprechen mit gutem Gewissen abgewichen werden könne, und bey solcher Bewandniß derselbe die Zertrennung der getroffenen Verlöbniß zu suchen nicht befugt, sondern vielmehr seinem Versprechen nachzukommen, und in der Ehe, daß er den bey seiner Braut ideo verspürenden Eigensinn, zumal sie solchen schon mehrmals bereuet, durch Liebe und Bescheidenheit ändern könne, Fleiß anzuwenden schuldig seyn möchte. Die-

Rat. decid.

weil aber dennoch, vermöge der bey denen protestirenden Kirchen an einigen Orten hergebrachten Observanz, die Verlöbniß in solchen Fällen, da nichts anders, als eine unglückselige und ärgerliche Ehe vor menschlichen Augen zu vermuthen ist, von denen Consistoriis hinwiederum aufgehoben werden, obchon die Verlobten vor sich und aus eigener Macht davon nicht wieder zurücke treten können, und darunter auch die von dem einen Theile jederzeit erwiesene Kaltfinnigkeit und der unter ihnen entstandene Haß und Abscheu derer Gemüther sonder Zweifel mit zu rechnen, solche obser-

vanz

vanz auch in denen Rechten wohl gegründet, indem nicht zu glauben, daß Gott an solcher, zwischen widrigen Gemüthern, und da bey dem einen Theil keine wahre ungefärbte Segen-Liebe anzutreffen, aufgerichteten Verbindung einen Gefallen haben, und erfordern solle, daß nichts desto minder solche unglückselige Ehe, darinnen durch stete Eifersucht und Widerwillen die Ehegatten einander den Weg zur Hölle bahnen, vollzogen worden müste, und dann in gegenwärtigem Fall bald von Anfange desselben Braut keine rechte Liebe zu ihm getragen, und wiewohl sie etliche mal denselben ihrer Gemogenheit versichert, dennoch so wohl er, als andere leicht aus andern Umständen wahrnehmen können, daß es nur ein verstelltes Werck gewesen, und sie mehr Gunst gegen einen andern bey sich geheget, wodurch nichts anders als eine ärgerliche Ehe entstehen, auch zu sündlichen Dingen Anlaß gegeben werden kan, einige gegründete Hoffnung einer Besserung auch nicht zu machen, zumal die Braut der unverantwortlichen Reden: daß der Teufel alle Liebe bey ihr weggehohlet; sie ihm auch keine eheliche Liebe, noch ein besser Tractament erweisen, ja es noch schlimmer werden würde, sich ausdrücklich und beständig vernehmen lassen, alles nach mehrern Inhalt seines Berichts und der an uns gethanen Fragen; So ist derselbe daher, zu Verhütung größern Unheils, bey dem Consistorio um Aufhebung der getroffenen Ehe-Gelöbniß gezeigende Ansuchung zu thun wohl befugt, und hat sich einer erstreulichen Antwort, gestalteten Sachen nach, billig zu getrösten.

Decisum.

§. XXIV. Ceterum quæ ad concursum sponsaliorum spectant, & quæ in hac materia consistoriorum nostrorum praxis sit, nolo hic excutere, postquam id ipsum uberrime in *rr. de dissens. Sponsal.* factum est. Id tantum obiter adjicio, hodie quoque in sponsalibus arrhas solere intervenire, uti olim, majoris probationis gratia *l. 3. C. de spons.* sed duplex diversitas jurium hic occurrit: (I) quod de jure Romano, mortuo alterutro, superstes arrhas repetere possit, nisi causam, ut nuptiæ non celebrarentur, defuncta persona jam præbuerit.

Singularia jura circa arrhas.

Ju-

Jure hodierno plerique aliud obtinere, nec *cit. l. 3.* hodie receptam esse asserunt, ita, ut, morte interveniente, arrhæ accipientium maneat, nec ulla repetitio permittatur *Carpz. P. 3. C. 19. def. 13.* Conf. *Hahn. ad Wesenb. tit. de sponsal. n. 5.* *Simon de annul. pronub. rb. 32.* (2) si sponsalia vitio nullitatis laborant, restituntur itidem arrhæ *l. 5. C. b. Carpz. Lib. 2. Jurispr. eccl. def. 51.* Verum ubi dissolvuntur culpa desponsatorum, in pœnam arrhæ hodie illis auferuntur & consistorio cedunt. Et ita respondimus in Facultate Juridica *anno 1696. Mens. Martio.* Hiernächst aber bishero bey denen Evangelischen Fürsten und Ständen des Reichs hergebracht, daß, im Fall die getroffene Verlöbniß wieder zurück gehen, die gewechselte Mahl-Schätze dem Consistorio anheim fallen, und wiewol, daß denselben hiedurch zu ungütig geschehen würde, scheinen möchte, dennoch derselbe, daß er mit einer bald von Anfang her so wandelmüthig sich erwiesenen Person sich in Ehe-Verbündniß eingelassen, einiger massen ihm selbst bezumessen hat &c.

TIT. II.

DE RITU NUPTIARUM.

§. I.

De matrimonio proprio hominum.

Quemadmodum in sponsalibus moribus hodiernis: plura invaluerunt iura, ab institutis Romanis diversa, ita simili ratione circa matrimonia in multis recessum est a scitis iuris Romani. Olim inter servos non contrahebatur matrimonium iustum, quoad effectus iuris, sed tantum contubernium, quod tamen effectibus iusti matrimonii destitutum erat. Aliud tamen hodie obtinet in propriis hominibus. Quamvis enim hi, iure gentium considerati, servilis sint: con-

conditionis, attamen legitimarum nuptiarum jus habent, id quod juri canonico debetur, quo etiam servorum matrimonia censentur esse vera & legitima *s. s. X. de conjug. serv.* Jam vero constat, in praxi matrimonia nostra magis dijudicari secundum jus canonicum, quam civile, prout in terminis tradit Modestin. Pistor. *art. 2. consil. n. 2. seqq.* Et inde etiam liberos hodie in potestate sua habent, quoad effectus civiles, Stam. *de servit. pers. Lib. III. c. 17. n. 3.* & liberi sequuntur conditionem patris, non matris, etiamsi hæc libera sit. *Mev. P. 2. decis. 232.* Unde quamvis in quibusdam locis citra consensum domini nuptias inire prohibeantur, eo ipso tamen effectus alii legitimi matrimonii haut impediuntur, sicut nec in liberorum nuptiis, utut patris consensus in iis requiratur. *Conf. Philippi in usu pract. instit. Lib. I. tit. 10. eclog. 58. n. 3.*

§. II. Sic quoque ætas eorum, qui matrimonium inire desiderant, determinata est jure Romano, ut demum post pubertatem illud contrahere possint *pr. Inst. de nupt. l. 4. ff. b. s. l. 10. de condit. & demonstr.* Quamvis vero nec hodie post pubertatem adeptam matrimonia simpliciter prohibeantur, ita ut nec magistratus ea impedire possit, prout *Phil. cit. l. 1.* præjudicio comprobatur, negari tamen nequit, hujusmodi matrimonia, quæ in tam tenera ætate contrahuntur, minus prudenter iniri, cum præter ætatem etiam prudentia alendi uxorem & regendi familiam requiratur, prout recte monet *Dn. Hopp. in comm. ad Inst. b. s. in pr.* interest enim, ne ex festinatis nuptiis egestas inducatur in rempublicam, inde recte a magistratu prohiberi posse existimo. Neque hæc observatio omni caret usu; quando enim quaeritur, utrum Consistorium debeat dissentium pa-

Et a con-
gatorum.

Contin. III.

G

tris

tris supplere, maxime etiam ad hoc respiciendum est, an ex hac causa pater dissentiat, quod sponsus destituitur prudentia alendi uxorem & dirigendi familiam. Hinc in *Statut. Nordling. P. 3. tit. 1. §. 1.* ita cautum legitur: Nachdem E. E. Rath numehro eine gute Zeit her in dem Wercke und in der That befunden, zu was mercklichen Nachtheil, Schaden und Abgang gemeiner Stadt und Bürgerschaft das unzeitige Ehe-Verloben und Verheyrathen der unbedächtlichen Jugend ausgeschlagen, indem dergleichen Personen, ehe sie geroust, verstanden und erfahren, wie die eheliche Haushaltung und die häusliche Nahrung anzustellen und zu erhalten, sich zu Zeiten mit einander ehelich verlobet, und dadurch ihr zugebrachtes Heyraths-Güthlein liederlich und unnützlich verschwendet und hindurch gebracht, und sich auf gemeine Stadt und Hospital-Almosen verlassen, dieselbe beschweret und erschöpft: als ist E. E. Rath's ernstlicher Will, Meynung und Gebot, daß furohin keine Jungfrau unter oder weniger denn 20. Jahren, und ein junger Gesell 23. Jahren sich ehelich verloben und verheyrathen solle.

Sermon matrimonia nec hodie prohibentur.

§. III. Porro nec senum matrimonia prohibita esse, patet ex *l. 27. C. b. r.* ubi contra legem Juliam & Papiam masculis & feminis sexagenariis vel quinquagenariis Imperator matrimonium permittit, quamvis non negandum sit, plura incommoda ex senum conjugiiis oriri, quæ refert Tiraqu. *de LL. connub. Gl. 1. P. 6. n. 7. seqq.* Et hoc intuitu quidem dissuaderi solent, interim tamen admittuntur, si desistere nolint contrahentes. Merito tamen essent reprobanda & lege publica interdicens matrimonia juvenum cum vetula, quippe quæ honestatem publicam revera lædunt, quæ tamen in incundis nuptiis quoque esset attendenda *l. 42. b. r.* Constat enim, hujusmodi matrimonia non ex affectione conjugali iniri, sed folius plerumque lucri causa, unde tamen tristissimi solent sequi eventus. Ut enim non attri-

attingam, non raro insidiis variis hujusmodi matrimonia esse exposita, satis certe liquet, non solere illa adulteriis esse immunia, ad minimum tamen præsentissimum adulterii periculum in juvene adesse, quod omnino lege publica præcavendum esset.

§. IV. Porro satis constat, spadonum quidem matrimonia in jure nostro non reprobari, bene tamen castratorum seu evnuchorum. *l. 14. in f. de manumiss. vindicta l. 30. §. 1. de jur. dot. §. 9. f. de adopt. Nov. Leon. 98.* An vero hodie hæc permittenda, & si jam contracta, pro vero matrimonio habenda sint, gravissime & Theologi & JCI inter se contendunt, uti constat ex *tract. de evnuchi matrimonio* ab Hieronymo Delphino anno 1685. Hæc edito, & quæ circa hoc conjugium disputat Brucknerus in *decis. matrim. c. 11.* Nata hæc potissimum est controversia occasione matrimonii ab evnucho quodam A. 1667. in Saxonia contracti, quem in finem varia responsa edita sunt, quæ prælaudatus Delphinus collegit. Qui pro tolerantia hujusmodi matrimonii pugnant, huc potissimum confugiunt, quod hodie permittantur etiam senum & eorum matrimonia, qui procreare liberos non possunt, imo quod, qui scienter sterilem & ad concubium ineptum duxit, eam postea dimittere non possit *c. 4. X. de frigid. & malefic.* Unde hoc maxime tunc admittendum esse volunt, quando castrati vim passi, & sine voluntate & culpa sua ad finem matrimonii obtinendum inepti sunt. Zachias in *quæst. medico-legal. Tom. II. Lib. 9. tit. 3. q. 2. n. 2.* Verum enim vero hæc & aliæ plures rationes, quæ hic adferri solent, non obstant, quo minus prohibitioni juris communis insistendum sit. Tale enim matrimonium non tantum est contra regulas justitiae, sed etiam honesti, quod utrumque tamen in legibus at-

Nec hodie permittenda sunt evnuchorum matrimonia.

tendi debet *l. 42. pr. ff. b. t.* Et cum matrimonia senum, uti §. *antec.* dixi, satis exorbitantia sint, præsertim si juvenis vetulam ducit, inde ad consequentias non est procedendum; quæ enim in uno casu singulariter statuta, ad alium trahenda non sunt. *l. 14. ff. de legib. l. 32. §. fin. C. de appell. Alciat. resp. 8. Lib. 9. n. 32. Modest. Pistor. Vol. 1. conf. 9. n. 51. Vol. Marpurg. l. conf. 10. n. 33.* Sunt alia plura senum singularia jura, quæ tamen minus recte evnuchis applicari possunt, nec statim, quod in solatium senectutis indultum est, aliis permittendum, qui non eodem solatio digni sunt. Similiter quod de aliis impotentibus & frigidis adductum est, evnuchis vel ideo applicari nequit, quia & jure Romano spadones matrimonium inire poterant, quod tamen denegatum est castratis. Interim alia quæstio est, annon princeps tale matrimonium admittere possit, prævia dispensatione, quod tunc affirmandum esse censeo, si non sua voluntate & culpa inhabiles facti fuerunt, quale exemplum occurrit *in tit. tract. de evnuch. conjug. statim ab initio*, pro quo tolerando etiam respondit Consistorium Lipsiense.

De Matrimo-
nio cum Ju-
dæis.

§. V. Matrimonia Christianorum cum Judæis itidem interdicta esse, constat ex *l. 6. C. de jud. & calic.* Marquard. de Susannis *de judæis P. 2. c. 3. n. 3.* Kitzel *synops. jur. matrim. c. 3. theor. 17.* quo jure etiam hodie utimur. Adeo vero commixtio Christiani cum Judæa prohibita est, ut pœna adulterii in illam sit constituta, quæ cum capitalis sit, quæstio hic oritur, an hoc iure quoque hodie utamur? Et quamvis non desint, qui hunc rigorem servandum esse censeant, in praxi tamen contrarium receptum, ut non mortis pœna, sed mitior pro arbitrio iudicis dicatur. Prosper Farinac. *P. 5. oper. crim. qu. 139. n. 2.* Carpz. *prax. crimin. qu. 76. n. 66. § 9.*
Nec

Nec maiorem favorem habebant matrimonia cum hæreticis contracta, tam de iure Romano, quam canonico, quia hæretici extorres erant, & ita quorumlibet iurium incapaces. Verum cum hæc ratio deficiat inter protestantes, prohibitio quoque cessat, & proinde ubi hæretici tolerantur, legitimum quoque contrahunt matrimonium, sicuti aliorum quoque iurium capaces sunt, veluti testamenti factionis &c. Arque hoc eo magis admitendum est in tribus illis religionibus, instrumento pacis approbatis, cum in his omnis imputatio hæreticæ pravitatis quoad effectus civiles cesset. conf. Carpzov. *Lib. II. Jurispr. Eccl. def. 6. seqq.*

Vel hæretici.

§. VI. Ulterius de iure Romano olim prohibitum erat matrimonium inter senatores, & alios maxima præfulgentes dignitate, cum humili & abiecta femina, sicuti humiles quoque uxores nobiliores ducere prohibebantur *l. 16. pr. l. 23. l. 27. l. 34. §. f. l. 42. §. r. l. 43. §. 10. l. 44. l. 47. l. 49. ff. b. r. l. 3. C. eod. l. 7. de incest. nupt. l. r. C. de nat. lib.* Rationes huius prohibitionis ex Livio & Dione adducit P. Ærodius *Lib. IV. rerum judic. sit. 15. C. 5.* Censuerunt enim patres, commixtione tali sanguinem suum contaminari; confundi jura gentium; perturbari auspicia publica privataque; hoc agi, ne quid sinceri, ne quid incontaminati sit; ut discrimine omni sublato, nec se quisquam nec suos noverit: Nullam enim aliam vim connubia promiscua habere, nisi ut, prope ferarum ritu, vulgetur concubitus. Ne pecorum quidem jugum, nisi paria succedere. Sed hæc rationes nihil ponderis habent, prætextus tantum erant, veræ autem rationes tegebantur, quæ hæc erant, ne per huiusmodi matrimonia hi, qui ex plebe erant, in intimiorem familiaritatem cum patriciis pervenirent, & ita his occasio adimeretur, plebem sub

De matrimonio impari.

iugum reducendi, uti Dionysius Halicarnassæus non dissimulat. Unde etiam Canuleius ita respondit: *Plebejos æque cives esse atque patricios. Si non opes easdem habent, eandem patriam incolere, connubium petere, quod etiam finitimis exterisque datur. Imo civitatem, quæ plus quam connubium est, hostibus victis sæpe etiam dedisse. Quod in L. XII. tabb. continetur, non ex Græcia sumtum, sed contra jus omnium gentium a decemviris, & ab Appio præsertim, additum de suo, perpetuæ discordiæ contumeliave causa adversus plebem &c.* Nihilominus tamen per plura secula huiusmodi matrimonia prohibita fuerunt, donec tandem concessum sit, digniorem posse humilem uxorem ducere *l. 23. C. b. t. Nov. 117. c. 8. 9.* quemadmodum etiam hodie tale matrimonium impar validum est. *Feltmann. de matrim. impari. Salmuth. de matrim. princip. cum virg. nob.* adeo, ut libertas hæc matrimonii pacto contrario tolli vel restringi non possit, ut late probavi *tr. de diff. sponsal. sect. V. §. 75.*

Potest princeps matrimonio impari effectus quosdam detrabere.

§. VII. Interim non dubium est, quin princeps ex justis causis matrimonium impar restringere, vel saltem & in quibusdam effectus legitimi matrimonii eidem detrabere possit. Sic enim Augustissimus Rex Borussiae anno 1697. speciali rescripto de matrimonio nobilis cum abjectissimæ conditionis femina, inhibuit, statuitque, quod liberi ex tali matrimonio nati incapaces feudi esse debeant. Cum vero occasione huius rescripti ante aliquot annos hoc moveretur de successione liberorum, qui ex matrimonio nobilis cum bibliopegæ filia contracto, suscepti erant, desuper consulti hunc in modum respondimus: *Hat einer von Adel im Herzogthum Magdeburg vor 6. Jahren eines verstorbenen Bürgers und Buchbinders Tochter geheyrathet; auch mit derselben 2. Söhne gezeuget, und ist*

Factum.

ist iezo Todes verblichen, da denn ratione successionis deshalb ein Zweifel entstehet, weil Ihre Königl. Majestät in Preussen am 30. Nov. 1697. ein Edict in diesem Herzogthum publiciren lassen, darinn derjenigen von Adel Heyrathen, welche sich mit Bauren, oder anderer Leute, so gar geringen Standes sind, Töchtern verehlichen, pro Morganaticis erkläret, auch die von ihnen gebohrne Kinder von der Lehns-Succession excludiret werden; daher gefragt wird: Ob die Buchbinder unter die Zahl derjenigen Leute, so gar geringen Standes und Herkommens sind, zu rechnen, und daher das Matrimonium des von Adels, so mit dergleichen Tochter getroffen worden, pro morganatico zu achten sey? Was denn der hinterlassenen Witwen auf solchen Fall (weil disfalls in angeregter Verordnung nichts disponiret ist) ex bonis defuncti mariti feudalibus, indem an allodialibus fast nichts vorhanden, zu ihrer Abfindung gebühre? Und ob sie nicht eben dasjenige, was andern Adlichen Witwen in der Magdeburgischen Landes-Ordnung ausgemacht, zu fordern befugt? So viel nun die erste Frage betrifft: Ob wohl die Handwerker ordentlich unter geringe Standes-Leute gerechnet werden, daher auch die von Adel, wann sie ein Handwerk erkernen, und solches exerciren, sich des Adels verlustig machen, und kein Zweifel ist, daß auch die Buchbinder denen Handwerks-Leuten zugerechnet werden müssen; Weil aber dennoch in dem Königl. Edict die Heyrathen mit geringen Standes Töchtern nicht generaliter verbothen worden, sondern noranter dabey gesetzt, welche gar geringen Standes sind, und also dadurch homines abjecti sortis verstanden werden müssen, unter denen Handwerkern auch ein grosser Unterscheid ist, indem etliche viel geringer sind, als andere, welches ex objecto, damit ein iedweder umgehret, estimiret wird, dann es giebt opificia sordida, von welchen auch einige vormals im Reich nebst ihren Kindern von andern Rünsten excludiret worden, als Leinweber, Schäfer, Müller, Barbierer, Pfeifer, Bader, welches iedoch nachmals per Constitutiones Imperii geändert ist, Reform. Polit. de Anno 1777. tit. 38. Wie denn noch heutiges Tages diejenigen Handwerker, welche mit stinkender Arbeit umgehen, vor andern gering geschäset werden,

Questiones

Quaestio I.
Rat. dub.

Rat. decl.

Decisio.

Decisio qu. II.

De matrimonio cum ea, quam adulterio polluit.

als da sind Gerber, Riemer, Sattler, und dergleichen; hingegen der Buchbinder Arbeit so bewandt, daß sie vornemlich denen Gelehrten, wie auch Fürsten und Herren bey Aufriehung stattlicher Bibliotheken zu statten kommt, und also dasjenige, damit sie umgehen, zu Beforderung der freyen Künste und der Gelehrsamkeit abzielt: So mag dahero von denselben nicht gesagt werden, daß sie unter diejenigen Leute, welche gar geringen Standes und Herkommens seynd, gehören, weshalb denn das Königl. Edict de anno 1697. auf selbe nicht gezogen, und also das Matrimonium, welches der verstorbene Edelmann mit eines Buchbinders Tochter getroffen, pro Morganatico nicht geachtet werden mag. Die 2. Frage belangend, ist der selben Entscheidung ferner nicht nöthig, denn weil gegenwärtiges matrimonium pro legitimo zu achten, so muß auch der Witwen alles dasjenige aus ihres mariti Lehn-Güthern gereicht werden, was sonst nach dasiger Landes-Ordnung einer Adellichen Witwen gebühret. B. X. B.

§. VIII. Præterea nemo de jure civili illam in uxorem ducere poterat, quam antea adulterio polluerat, sed si de facto contractum esset, illud ipso jure nullum erat, omnibusque effectibus legitimi matrimonii destituebatur. l. 13. de his, quæ ut indign. auf. l. 27. C. ad L. Jul. de adult. Nov. 134. c. 12. Sed de jure canonico tale matrimonium non absolute improbat, sed duobus tantum in casibus: (1) Si cum promissione futuri matrimonii conjunctum sit, (2) si concurrant insidiæ vitæ, innocenti marito ob istud adulterium structæ. c. 2. C. 31. q. 1. c. 1. 3. §. 6. X. de eo qui duxit in matr. Unde quia hodie in plerisque causis matrimonialibus magis jus canonicum quam civile sequimur, etiam hodie in consistoriis tale matrimonium admittitur, sub illis duabus tamen limitationibus, quas adduxerunt Brunnem. de jure eccl. Lib. 11. c. 16. Carpzov. P. 2. Jurispr. eccl. def. 14. §. 75. Finkelth. observ. 25. qui ad varia præjudicia pro praxi demon-

monstranda provocat. Conf. Hahn. *ad Wesemb. b. t. n. 4.* Struv. *ex. 29. §. 29.* Besold. *consil. 55. n. 66.* Kitzel *synops. matrim. c. 3. theor. 19. lit. f.* Sed, quemadmodum jam monui in *not. ad Brunnem. jus eccles. cit. l. omnino præta-* ret, ut adulteris tale matrimonium penitus interdi- ceretur, cum vix adulterium committatur, quod non cum clandestina promissione fiat, & clanculariis ma- chinationibus & infidiis careat, quæ non semper erumpunt.

§. IX. Sic quoque matrimonium de jure civili in- terdictum est inter raptorem & raptam, per *l. un. §. 1. vers. nec sit facultas C. de rapt. virg. quoniam, ait impera-* tor, nullo modo nulloque tempore datur a nostra serenitate li- centia eis consentire, qui hostili more in nostra republica ma- trimonia student sibi conjungere. Cum vero de jure Ca- nonico hoc matrimonium admittatur *c. pen. & ult. X. de rapt. virg.* mirum non est, etiam in terris protestantium contra jus civile tale tolerari; Carpz. *P. 2. pr. crim. qu. 75. n. 68.* Brunnem. *ad cit. l. un. n. 18.* quod tamen ita intel- ligendum esse arbitror, modo parentes consentiant.

Unde in iis locis, ubi ob dissensum parentum matrimo- nium annullatur, etiam hoc de facto contractum nul- lum esse arbitror, quemadmodum in *renovata Constit. March. von Verlöbniß und Ehesachen §. 15.* cautum est. Sed non eadem ubique praxis est. Nam in *edicto pænali Hamburg. de anno 1676.* tale matrimonium annulla- tur: *Daß solche Handlung, ob solche Partheyen sich gleich eyd- lich verknüpfet, als an sich nichtig, kraftlos und von keinen Bür- den, auf summarisches Anrufen so fort dafür erkläret, und für kei- ne Ehe geachtet, noch gehalten, sondern als zu Recht und dessen Beordnung nach ungültig und unbündig cassiret, und das Ge- löbde vernichtet werden soll.* De Jure Lubecensi *P. 4. tit. 7.*

Contin. III.

H

art. 2.

De matrimo-
nio inter ra-
ptorem & ra-
ptam.

art. 2. distinguitur, utrum invita, an volens abducatur. Priori casu obtinet jus civile; posteriori vero discrimen constituitur in ætate, ut, siquidem excesserit annum decimum sextum, matrimonium subsistat, & pœna ordinaria cesset; Si autem puella infra illam ætatem fuerit, raptor capite puniatur. Similiter in jure Magdeburgico tale matrimonium reprobatur. Ita enim *in ordin. polit. c. 37. §. 42.* Da sichs auch zutrüge, daß eine Jungfrau oder Witfrau von einem mit glatten Worten, Trug, List oder Verführung, ohne oder mit Gewalt, heimlicher oder betrüglicher Weise geraubet und weggeführt, und solches beygebracht würde, alsdann soll nicht allein zwischen solchen Personen keine Ehe erkant, sondern auch, der solchen Raub und Wegführung begangen, in unsere ernste Bestrafung gefallen seyn, &c.

An hodie tutor
pupillam du-
cere possit?

§. X. Ulterius tutor vel curator adultam uxorem ducere non potest de jure civili, nisi a patre desponsa destinatave, testamentove nominata, conditionem nuptiarum secuta fuerit, ut dicitur in *l. 36. ff. b. r.* Rationibus tamen redditis facilius admittebatur matrimonium, sicut nec tutor filiam suam pupillo in matrimonium dare prohibebatur, ob rationem cessantem *l. 59. l. 60. l. 62. l. 64. l. 66. l. 67. ff. b. r. r. r. C. de interd. marrim. inter pupill. & tut.* Hodie vero ab his prohibitionibus legum recessum esse, plerique fatentur, tum quia magnus favor matrimonii est, quem ampliandum esse censuerunt, tum quia crediderunt, de jure canonico tale matrimonium tolerari & permitti, vid. Rittershus. *in differ. jur. civ. & can. Lib. 1. c. 20.* quod posterius tamen non adeo liquidum est. Interim tamen praxis satis certa est, nec pœnæ civiles in tutorem constitutæ unquam receptæ sunt. Brunnem. *ad cit. tit. C. n. 1. & 15.* Beust. *de sponsal. c. 21.* Rittershus. *cit. l. Gerhard. de conjug. §. 377.* Grœneweg. *ad cit. tit. C.*

n. 2. Gundelinus *de jure noviss. Lib. 1. c. 9. in f.* Montanus *tutela c. 31. in f.* In ducatu tamen Magdeburgico, vigore *ordin. polit. c. 37. §. 4.* jus commune approbatum & tale prohibitum est matrimonium, ut in ducatu Wurtembergico, sicuti patet ex verbis *ordin. eccles. §. 14. infra adducendis.*

§. XI. Non permittebantur quoque olim nuptiæ inter præsidem provinciæ, vel quacunque alia potestate præditum, & eam, quæ ejus jurisdictioni erat supposita *l. 38. l. 57. l. 65. §. 1. ff. b. t. t. t. C. si quacunque præditus potest. vel ad eum pertinentes ad suppositarum jurisdictioni suæ aspirare tentaverint nuptias.* Sponsalia tamen inire minime interdictum erat, ita tamen, ut, si post depositum officium noluerit mulier nuptias contrahere, licuerit ei hoc facere, arrhis tantummodo redditis, quas acceperat *l. 38. pr. b. t.* Imo ne quidem pater poterat consentire suo filio uxorem ducenti *l. 57. b.* Quia enim præsidem in provinciis summa erant potestate præditi, qua provinciales suæ jurisdictioni suppositas terrere & concutere poterant, merito hujusmodi matrimonia, quæ libera esse debebant, præcavenda & interdicenda erant. Nec hoc ulli fraudi erat, quia post annum officium suum & potestatem deponebant, & posthac non impediebantur illam ducere, quæ antea suæ jurisdictioni supposita fuerat. Verum hodie nullum usum hujus prohibitionis adesse, satis constat, cum nemini hodie, cuiuscunque potestatis fuerit, interdictum sit, suæ potestati suppositam uxorem ducere, præsertim cum hodie magistratus non sint annui, sed imperia continentur. Quod & plerique Dd. agnoscunt. Vid. *Græneweg. ad cit. t. C. Rittershus. de differ. jur. civ. & can. Lib. 1. c. 20. n. 2. Sichardus in C. cit. t. Perez. in C. cit. t. Moravius ad l. 38.*

H 2

b. t.

De matrimonio inter præsidem provinciam & provinciam.

b. r. Wissenbach. *in C. si rect. provinc.* Neque his absolute contradicit Brunnemannus *ad tit. C. si quacunq. præd. pot. n. 4.* qui contendit; eatenus textum codicis adhuc hodie usum habere, si præses per vim extorquere conetur consensum, notanter enim addit: *Nam licet non sit punibile hodie matrimonium inter præsidem & provincialem puellam, punibilis tamen est vis & violentia, terrore potestatis illata provinciali.* Imo in seqq. hoc clarius exprimit: *Licet præsidi in sua provincia, maxime si patria ejus sit, hodie liceat contrahere nuptias, ut ex aliis tradit Grænewegen, non tamen vis inferenda, nec concussio.* Scilicet concussionem abesse debere ab omni matrimonio, ratio recta quoque dicitur, & inde idem quoque hodie obtinere debet, non tantum in his, qui potestate aliqua funguntur, ut hi facilius terrere possint, sed in quibuscunq. aliis.

An hodie matrimonium interdictum cum ea, quam suscipit quis ex baptismo?

§. XII. Ceterum potiores prohibitiones deducendæ sunt a nimia propinquitate personarum, quæ nuptias ambiunt. Erant vero olim etiam prohibitæ nuptiæ cum ea, quam quis ex sacro baptismo susceperat. *l. 26. C. b. r.* quia ea ipsa susceptione paternitas spiritualis contracta censebatur, quam dispositionem etiam strenue defendit ius Canonicum. Sic etiam Glossa ad Jus Saxon. antiquum *Lib. 1. art. 3. n. 7.* similiter dicit: *Nach der Gevatterschaft nimmt man kein Erbe, kommt auch nicht zur Vormundschaft, sondern sie hindert allein an der Heyrath und dem Ehe Leben.* Sed nugæ has esse Pontificiorum, & iam dudum in foris protestantium explosas, adeoque matrimonium tale apud nos permissum esse, docet Carpzov. *Lib. II. Jurispr. consist. def. 74. n. 10.* quocum faciunt Bruckner. *in decis. matrim. c. 4. n. 64.* Haveman. *in Gamol. Lib. 2. tit. 6. probl. 9.* Rittershusius *de differ. jur. Lib. 1. c. 15.* Gerhardus *de conjug. §. 367.* Struv. *ex. 29. rb. 40.* Wesembec.

b. r.

b. 2. n. 4. in f. Berlich. P. 4. concl. 32. n. 24. Philip^{us} in us. in f. prax. tit. de nupt. eclog. 62. quamvis existimaverim, tutius esse, in casu adducto l. 26. cit. petere a confistorio dispensationem, nisi contraria consuetudo adfit, ut declaravi in not. ad jus eccles. Brunnem. Lib. 2. c. 16. §. 19.

§. XIV. Similiter cognatio legalis quoque impedimentum nuptiis facit, ut constat ex §. 1. 2. l. de nupt. & c. un. X. de cognat. legali. Unde nequidem filius patris adoptivi matrem ducere potest, quæ licet ejus avia non sit, l. 23. de adopt. honestatis tamen ratio obstat, quo minus tale matrimonium permittatur. l. 55. §. 1. b. 1. Hæc eadem ratio facit, ut nec patris adoptivi relictam viduam filius ducere possit, cum sit ad instar novercæ l. 14. §. 4. tit. b. Hodie hanc cognationem non amplius attendi communiter statuunt Haveman. in Gamol. Lib. II. tit. 6. probl. 10. n. 2. Greenewegen ad §. 1. l. de nupt. Gundelinus de jur. noviss. Lib. 1. c. 13. quæ tamen sententia admodum dubia est. Nam (I) in quibusdam locis jus Romanum expresse approbatum legitur. Sic enim in ordin. eccles. Wurtemberg. p. 187. disponitur: Keinem soll auch zugelassen werden, sein angenommen adoptirt Kind, noch auch das in seiner Verpflegung und Beroogtung ist, ihm selbst, oder sein, des Pflegers oder Vormundes, Sohn oder Tochter, anders denn die Rechte zulassen, bey unser Ungnade und Strafe zu verzeihen. Eadem dispositio iisdem fere verbis occurrit in ord. polit. Magd. c. 37. §. 40. Similiter in der Straßburgischen Ehe-Ordnung p. 385. ita cavetur: Keinem soll auch zugelassen werden, nicht allein sein natürlich, wie gehört, sondern auch sein angenommen oder adoptirt Kind, noch das auch in seiner Verpflegung oder Beroogtigung ist, ihm selbst oder sein, des Pflegers oder Vormundes, Sohn oder Tochter, anders denn die Rechte zulassen, oder ohne unser Erlaubniß, bey Vermeidung schwerer Stra-

De cognatione
legali.

Strasfer zu verehligen. (2) Supponunt dissentientes, jura adoptionum hodie non amplius esse in usu, quod tamen a vero alienum est, Philippi *in us. instit. tit. de adopt. eccl. g. 73. n. 2.* unde jam olim *in not. ad Brunnem. jus eccl. Lib. 2. c. 16. §. 19.* censui, principis dispensationem hic quoque esse impetrandam, quæ sententia omnino tutior est.

Computatio
graduum ho-
dierna diversa
est a Romana.

§. XV. Quod *consanguinitatem & affinitatem* naturalem attinet, juris civilis prohibitiones quidem hodie attenduntur, sed tamen in quibusdam adhuc diversitas est. Nam (1) ipsa computatio graduum, qua hodie in consistoriis nostris utimur, in linea collateralali, plane diversa est ab ea, quæ in jure civili obtinet. Induxit eam Alexander II. in *c. 2. C. 35. qu. 5.* simulans, eam jam inveteratam esse, quod tamen falsum est, cum ex *c. 1. C. 35. qu. 2. & 3.* constet, civilem adhuc tempore Gregorii obtinuisse; sane adhuc seculo XI. quo Alexander II. sedit, in orientali ecclesia civilem obtinuisse, ostendit Schilter. *de libert. eccl. German. Lib. 3. c. 10. §. 9.* Sed ob barbariem temporum amissa tandem est vera computatio, & hæc nova, qua hodie utimur, in matrimonialibus introducta, quam graviter impugnat Hottomannus *de gradibus affin. & consangu.* Scilicet pontificii existimant, computationem in linea collateralali a communi stipite ineundam esse: cum enim fundamentum omnis consanguinitatis in communi stipite quæri debeat, necessum esse judicarunt, ab eo computationem ordiri. Verum cogitandum erat, in computatione quæri de distantia personarum non a communi stipite, sed a se invicem, & inde a personis desponsandis esset computatio inchoanda, & in iis quoque finienda, ut jus civile statuit. Sed quicquid sit, conclamatum est, hodie in causis matrimonialibus,

libus, & quæ inde dependent, ut sunt criminales ratione incestus &c. computationem canonicam obtinere, quemadmodum etiam in *ordinationibus ecclesiast.* communiter ad hanc provocari solet. Vid. Carpzov. *in arb. consanguin.* §. 12. Struv. *ex. 29. tb. 44.* Beust. *de matrim.* P. 2. c. 51. *in f.* Cypræus *de jure connub.* P. 2. c. 6. §. 3. n. 2. Civilis tamen computatio retenta est in causis successio- num & aliis inde dependentibus, ut tutelis, quemadmo- dum quoque Alexander II. eandem in his causis illiba- tam conservavit. In Jure Saxonico antiquo *Lib. 1. art. 3.* fere idem schema computationis habetur, quod *c. 1. C. 35. §. 5.* traditur, & hætenus cum jure canonico convenit. Nam itidem a stipite communi computationem incho- andam esse censet his verbis: *Nun mercket, wo sich die Sippe anhebet, und wo sie sich endet. An dem Haupte soll man verstehen Mann und Weib &c.* Schema ipsum in forma humani cor- poris repræsentat, prout olim plerumque moris fuit.

§. XVI. Porro (II) latius extenderunt mores no- stri prohibitiones graduum, ac jus civile. Nam in ple- risque locis hodie in linea collateralis prohibitum est ma- trimonium usque ad tertium gradum lineæ inæqualis, ut demum permissum sit in gradu tertio lineæ æqualis. Carpz. *Lib. II. Jurispr. Consist. def. 77.* Struv. *ex. 29. tb. 43.* & ideo consobrini hodie nuptias inire non possunt, quod tamen de iure civili permissum erat, sed prius dispensa- tio impetranda est. Quin etiam in Marchia adhuc gra- dus tertius lineæ æqualis prohibitus est, uti constat, ex *ordin. consist. March. tit. 33.* *Es soll niemand in unserm Ehresfür- stenthum in der Seit-Linien der Bluts-Freundschaft und Schwie- gerschaft im dritten oder wenigern Grad gleicher oder unglei- cher Linie sich verheyrathen.* In statutis Nordlingensibus *P. 3. tit. 4. §. 1.* etiam tertius gradus adhuc prohibi- tus

Prohibitiones graduum hodie latius ex- tendit.

tus est, quia generaliter ibi dicitur: so im andern und dritten Grad der Blut-Freundschaft oder auch der Schwägerschaft gegen einander verwandt sind. Neque hæc prohibitiones tantum stringunt Christianos, sed etiam iudæos, cum in matrimonio non suo, sed communi utantur iure *l. 7. C. de judæis*, ibique Brunnem. *n. 1.* Ceterum in iis terris, ubi nec ius pontificium receptum, nec alia prohibitio provincialis adest, ius civile sequendum & ita consobrinorum matrimonium non prohibendum esse, censet Carpzov. *P. 2. Jurispr. consist. def. 86.*

Desponsatio
quatenus im-
pedimentum
nuptiis faciat.

§. XVII. Quod ad affinitatem attinet, constat, illam proprie per concubitum, etiam illicitum, quoad impediendum matrimonium contrahi, ut ita sola *desponsatio* non sufficiat. Interim tamen hæc quoque de iure civili impedimentum nuptiis conciliare potest, neque enim quis sponsam patris vel filii *l. 12. §. 1. 2. b. r.* vel sponsæ defunctæ matrem uxorem ducere potest. *l. 14. f. eod.* Quamvis enim impedimentum *affinitatis* non adsit, *bonestatis publica* tamen utique concurrat, cuius ratio merito hodie quoque in nuptiis habenda est. Unde quoque huiusmodi nuptiæ hodie prohibitæ sunt, Carpzov. *Lib. II. Jurispr. consist. def. 107. §. 99.* uti id hinc inde in constitutionibus ecclesiasticis statutum. Sic in *Argentinenfi ordinatione matrim. p. 391.* prohibitæ tales sunt nuptiæ, quod etiam provisum in *ordin. polit. Magdeb. c. 37 §. 35.* veluti: *Seiner Braut Mutter*, das ist die, mit deren Tochter er sich verlobet, und noch nicht Hochzeit mit ihr gehalten, *seines Vaters Braut* oder *Vertraute*, welche seine Stiefmutter solte geworden seyn, *item des Bräutigams Vater*, das ist der, mit welches Sohne sie sich zuvor verlobet, und noch nicht Hochzeit mit ihr gehalten, *der Mutter Bräutigam*, welcher

¶ *Stiefvater* solte geworden seyn *ic.* Conf. §. 36. & 38. Ulterior prohibitio circa hunc casum jure communi non occurrit, sicuti nec ubique *in const. eccles.* extendi solet, ut proinde fratris defuncti sponsam quis uxorem ducere possit, quamvis *Carpz. L. 2. jurispr. eccl. def. 121.* dispensationem hic requirat. Interim ut tale impedimentum honestatis publicæ constituatur, requiritur (1) ut sponsalia jam sint perfecta: tractatus nudi non sufficiunt. *Lauterbach. de singul. jure affinium diff. 1. c. 4. n. 56.* (2) ut sint pura; conditionata non sufficiunt, *c. un. de sponsal. in 6.* (3) ut sint valida; ex invalidis nullum impedimentum nasci potest. *Lauterbach. cit. l. n. 66. sqq.*

§. XVIII. Quod vero affinitatem concernit, constat, tria solere genera ejus constitui. Qui enim uxori meæ in primo genere affinitatis conjungitur, ille mihi in secundo conjungitur, & ita porro. Esse vero etiam secundum genus affinitatis prohibitum de jure civili inter eos, qui quendam respectum ascendentium & descendentium habent, liquet *ex l. 15. b. r.* ubi *Papinianus* ita: *Uxorem quandam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet, nec in matrimonium convenire novercam ejus, qui privigna maritus fuit.* Et quidem hodie quoque in terris protestantium hujusmodi conjugia prohibentur, uti de Saxonia testatur *Carpz. L. 2. jurispr. confist. def. 101.* & de aliis provinciis *Bechstadt. in collat. jur. con nub. P. 2. c. 6. p. 200. sq.* De jure tamen canonico in secundo genere affinitatis nuptiæ non prohibentur *c. 8. X. de consangu. & affin.* quemadmodum etiam in terris protestantium pro tali matrimonio responsum fuisse testatur *Richter dec. 10. & 11.* quod etiam confirmat *Cypræus de marr. c. 6. §. 2.* quod tamen potius ad eos casus restringendum, ubi nulla adest ratio ascendentium vel descen-

De secundo
vel tertio
genere affi-
nitatis.

Contin. III.

I

den-

dentium. Tertium vero genus affinitatis hodie plane non attenditur Carpz. *P. 4. C. 24. D. 12. & L. 2. I. C. def. 103.* Sicuti autem in linea collateralis in secundo genere affinitatis nulla prohibitio juris communis occurrit, ita quoque hodie idem dicendum esse probat Lauterb. *diff. 2. de jure affinium §. 38. n. 7.* cum Carpz. *P. 4. C. 24. def. 21.* Richt. *dec. u. n. 23.* Esbach. ad Carpz. *P. 4. C. 23. def. 9. n. 1.*

Inter consanguineos utriusque conjugis nec hodie est affinitas.

§. XIX. Uti vero uxor tantum affinitatem contrahit cum mariti consanguineis, & hic cum uxoris consanguineis, ita utriusque conjugis consanguinei inter se affines non sunt. Et ita quoque intelligendus est Modest. *in l. 4. §. 3. ff. de gradib. & affin.* ubi ait: *Adfines sunt viri & uxoris cognati*, scilicet non inter se, sed cum viro & uxore, quod sequentia exempla, a Jcto subjecta, indicant. Et ita non sunt affines comprivigni, utriusque conjugis parentes & fratres, & quod magis est, nemo affinitate jungitur cum novercæ matre vel sorore, licet, quod non nego, confusio appellationum inde oriatur. Sic observat Lauterb. *diff. 2. de singulari jure affinium §. 29. n. 16.* ex hac appellationum confusione in casibus prædictis alterum alteri vere dicere posse: *Du bist meines leiblichen Vaters Bruder, und bist auch meines leiblichen Bruders leiblicher Sohn, und ich bin deines leiblichen Vaters Bruder, und deines leiblichen Bruders leiblicher Sohn.* Item: *Ich bin dein Stiefvater und dein Stieffohn, und du bist mein Stiefvater und mein Stieffohn.* Item: *Ich bin deine Schwiegermutter und deine Schnur, und du bist meine Schwiegermutter und meine Schnur.* Item: *Ich bin dein leibl. Bruder, und dein Stief-Großvater, also daß ich der Stief-Großvater und du der Stiefenckel eine leibliche rechtmäßige Mutter haben.* Item: *Ich bin dein Sohn und deines Stiefvaters Bruder.* Item: *Ich bin deine Großmutter und deiner Mutter Schwieger.* Item: *Ich bin dein leiblicher Enckel und deines Mannes leiblicher Bruder.*
Hæc

Hæc confusio appellationum tamen non impedit, quo minus matrimonium inter consanguineos utriusque conjugis subsistere queat, nisi statutis aliud provisum. Sic in *Statut. Nordl. P. 3. b. t. 4. f. 2.* comprivignorum matrimonium interdictum zwischen zweyen von Vater und Mutter Stiefgeschwistern. Sic etiam de jure civili tale matrimonium est licitum, etiamsi adsit frater communis *f. 8. l. de nupt.* Sed tamen tale matrimonium *Lev. XVIII. n.* prohibitum esse, contendit Bohlius *tr. de matr. conprivign.* uti ostendi in *not. ad jus eccles. Brannem. lib. 2. c. 16. f. 23. p. 688.*

§. XX. Ceterum quousque hodie matrimonium est prohibitum in consanguinitate, eousque quoque in primo genere affinitatis interdictum est in affinitate, ut tamen facilius hic dispensatio locum inveniat. Quod ipsam dispensationem concernit, illa impetranda est a principe ejus loci, ubi matrimonium contrahitur, qua impetrata, matrimonium legitimum est quoad omnes juris effectus, & ita liberi quoque in feudis ubique sitis succedere possunt, id quod cum nonnunquam quoad bona, in aliis territoriis sita, in dubium vocari possit, sequenti responso an. 1695. M. Jul. a facultate nostra Jurid. concepto illustrabo.

Hat Sempronius von Bononia A. 1675. seiner Mutter halben Bruders vom Vater hinterbliebene Wittibe Titiam von Genua, auf erhaltene Dispensation des Caji eines Lutherischen Fürsten, unter dessen Hoheit Sempronius ein Ritter-Gut besessen, auf welchem er sich damals aufgehalten, geheyrathet, dawider Sulpitius, ein anderer hoher Fürst des Reichs, in dessen Landen Sempronius sonst gewohnet, und von demselben ansehnliche Dienste und Rittersitz gehabt, sich opponiret, und solche Heyrath bey Vermeidung dessen Lande und anderer schweren Strafe zu vollziehen inhibiret, wie dann auch Sempronii Vater sich zu Anfangs selbst darwi-

Quousque
dispensatio
se extendat.

Casus de ma-
trim.-cum pa-
trui vidua.

der geleet, jedoch nachmals seinen Consens darein gegeben. Hat ferner hierauf Sempronius mit Titia ganzer 14. Jahr in der Ehe gelebet, und 4. Kinder erzeugt, nach deren Tode sich mit einer andern vornehmen Dame verheyrathet, indessen er zu vornehmen Chargen an Kayser. Ehr. und Fürstl. Höfen auch Ritterlichen Exercitiis gezogen, und von Ihro Kayserl. Majestät in den Freyherren-Stand erhoben, und iezo, da er verstorben, dessen Erben ratione successiois quaestio status moviret werden will, deshalb gefragt wird: Ob bey denen vorhandenen Umständen Sempronii von Bononia hinterlassene Erbe in bonis feudalibus und die gesamte Kinder in allodialibus legitime succediren mögen, oder darwider vom Fisco oder denen Mitbelehnten einiger Anspruch mit Bestande gemacht werden könne? Ob nun zwar so wohl bey unterschiedl. Theologis als Jctis annoch gezeifelt wird, ob die Ehe mit der Mutter Brudern Wittib jure divino zulässig sey, zumaln da in simili gradu von des Vatern Bruder Wittib eine geminata prohibitio vorhanden, Lev. 18. v. 14. & Lev. 20, 20. und in matrimonialibus unter einem halb- und vollbürtigen Bruder kein Unterscheid ist, hiernächst auch die erfolgte Dispensatio des Fürsten Caj, wenn solche gleich zulässig wäre, dennoch ihren effect extra territorium Principis legitimantis nicht haben könnte; arg. L. fin. ff. de Jurisd. zumaln da der contradicirende Fürst Sulpitius in seinem Lande eben die Macht gehabt, dem Matrimonio zu contradiciren, und dessen effectum, quantum ad legitimitatem Liberorum, zu verhindern, als Cajus diese Heyrath zu indulgiren, und aus denen Lehn-Rechten bekant, quod ob incestum quis feudo privari possit, Schrader. de feud. P. 9. c. 3. n. I. Rosenthal. de feud. c. 10. concl. 37.

Rationes decidendi. n. I. Weil aber dennoch aus denen Rechten bekant, quod subsistentia cujuscunque actus dijudicanda sit ex statutis loci, ubi geritur, & si ibi subsistat, ejus effectus se exerat ad alia loca, etiamsi ibi aliud jus receptum, L. 6. & ibi Dd. ff. de Evid. und gegenwärtiges Matrimonium in des Caj territorio, unter welchem Sempronius ein Ritter Gut besessen, und zu der Zeit sich daselbst aufgehalten, geschlossen, und zwar nicht arbitrio privato, sondern da vorher einer Juristen-Facultät und Geistl. Consistorii Gutachten darüber

Quaestio.

**Rationes du-
bitandi.**

**Rationes deci-
dendi.**

ber eingeholet, und dergestalt die dispensation *prævia causæ cognitione & deliberatione* ertheilet worden, wodurch diese Ehe an dem Orte, wo sie vollzogen, ihre *subsistentiam* erhalten, welcher effectus dispensationis dadurch nicht gehemmet werden kan, daß einige Dd. ob dieser casus dispensabilis sey, annoch zweifeln wollen, denn hieselbst genug ist, daß dieser Casus im göttlichen Gesetze mit klaren Worten nicht verboten, und viel Dd., ja auch Lutherus selbst, der Meynung seynd, daß Lev. 18. nicht die Gradus, sondern nur die Personen verboten sind: Luther. Tom. II. Jenens. Germ. Tit. vom ehelichen Leben 2c. §. die andere Ursache fol. 149. noch ferner genug, daß der Princeps dispensans die Sache vorher von einem Evangelischen Consistorio und Juristen-Facultät überlegen lassen, und der Casus von denenselben pro dispensabili erachtet worden, daß also pro hac dispensatione, quod iusta & legitima sit, allerdings zu præsumiren. Da nun dergestalt in loco, ubi contractum matrimonium, kein impedimentum übrig geblieben, sondern diese Heyrath auctoritate Principis, vigore Juris Papalis & omnigenæ Jurisdictionis Ecclesiasticæ, indeque dependentis Juris dispensandi, qua in suis territoriis gaudent Principes Evangelici, per Instrum. Pac. art. 5. §. Jus Diac. 48. in facie Ecclesiæ vollzogen, auch die geschehene Contradictio des Fürsten Sulpitii nicht dahin gehet, daß in seinen Landen das Matrimonium für null und nichtig, und die daraus erzeugten Kinder für unehlich geachtet werden sollen, sondern es ist ihm nur die Vermeidung des Landes nebst anderer Bestrafung angedrohet worden, jam vero leges, quæ non absolute quid vetant, sed sub poena aliquid inhihent, non simpliciter obligant, sed alternative, ut id vel non fiat, vel si fiat, poena solvatur, Gibalin. de Scient. Canon. Lib. 4. cap. 8. qu. 7. poena autem soluta, actus contra Legem factus est validus, Brunnem. ad L. 5. C. de Leg. num. 6. Mascard. de Statut. Interpret. Concl. 9. num. 38. Vant. de nullit. rubr. quod & quib. mod. num. 53. diese Bestrafung auch dem Sempronio ipso facto erlassen worden, indem der Fürst Sulpitius ihn nach der Zeit in seinen Landen nicht allein gelitten, sondern ihm auch ansehnliche Lehn-Güter und Chargen conferir-

ret, und denselben zu ritterlichen Exercitiis zugelassen. Ferner auch, was de feudis ob incestum amittendis angeführet worden, in nullo textu Juris feudalis gegründet, per tradita Ludwell. Synopl. feud. c. 17. in fin. p. 369. auch ohne dem diese causa privationis dadurch künft erloschen, indem nicht allein der Dominus feudi Sulpitius post feloniam commissam den Vasallum anderweit investiret, quo ipso culpam remisisse censetur, Schrader. de feud. p. 9. Sect. 14. num. 23. 7. Vultejus de feud. c. II. n. 63. welche remissio gleicher gestalt daraus präsumiret wird, wann der Lehn-Herr post commissum delictum den Vasallum hinwieder zu seinen Diensten gebrauchet. Schrader. d. I. vers. 8. Hiernächst auch so wohl der Dominus feudi Sulpitius, als auch der Vasallus Sempronius mit Tode abgegangen, und bey deren Leben niemals ad privationem feudi geklaget worden, jam vero morte hæc actio expirat, Rosenthal. de feud. c. 10. concl. 40. n. 38. Vultejus C. II. num. 66. Hartm. Pistor. P. 1. qu. 35. num. 3. und also die jetzigen Söhne ob delictum paternum für Lehnsfällig nicht geachtet werden können, auch sonst in dubio allezeit pro legitimitate partus zu erkennen. So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß des Sempronii von Bononia nachgelassenen Kindern so wenig von denen Mitbelehnten, als von dem Fisco, die Successio in feudalibus oder allodialibus streitig gemacht werden könne, sondern sie darbey zu schützen seyn. Eodem modo postea in alia causa respondimus, quod Responsum hic adduxisse, vel ideo non ingratum lectori erit, quod in eo quæstio etiam de matrimonio cum fratris vidua ventilata sit. Ob wol die Ehe mit des Bruders Witwe in Gottes Wort so wol altes als neues Testaments klar verboten, Lev. XVIII. v. 16. Matth. XIV, 4. Luc. III, 19. wider welches göttliche Gesetz regulariter keine menschliche Permission und Dispensation statt findet, daher was hieselbst Everhardus pro legitimitate sui matrimoni anführet, daß nemlich derjenige Landes-Herr, unter welchem er damals gewohnet, in diese Ehe consentiret, und die daraus erzeugende Kinder pro legitimis & successio- nis capacibus erkläret, solches einem andern Landes-Herrn, welcher in seinem Lande denen göttlichen Gesetzen striktius nachgelebet wissen

Decisio.

Castus de matr.
cum fratr. vid.
Rat. Dubit.

wissen will, nicht binden kan, daß er eine von Gott verbotene Ehe deshalb für rechtmäßig erkennen müsse, weil ein anderer Reichs-Fürst sie dafür erklärt hat, indem ein ieder Fürst des Reichs in solchen Fällen sein eigen Gewissen in acht zu nehmen hat, daß er nichts den göttlichen Gesezen entgegen zulasse, ob es gleich anderswo geduldet wird, weil die Autoritas eines andern Landes-Herrn sich ultra territorium nicht erstrecket. L. fin. ff. de Jurisdick. Weil aber dennoch in facto hieselbst zum Grund zu setzen, daß die Ehe mit dem verstorbenen Bruder Hadriano durch fleischliche Beywohnung würcklich nicht vollzogen, und dergestalt die Caja in effectu des ersten Bruders Ehe-Frau nicht worden, allermassen hierzu nicht genug ist, quod copulam carnalem cum illa attentaverit, imo etiam membrum virile immiserit, sondern es wird dazu die immissio seminis erfordert, cujus confusio cum semine feminino demum carnis unitatem inducit, wie dergestalt die Worte de non aperienda nuditate fratriæ von denen Criticis interpretiret werden, ut ipsam copulam carnalem illis verbis intelligant; revelare enim nuditatem est coire & rem habere cum aliqua, Vatabl. ad Lev. XVIII. 6. pariter videre turpitudinem Lev. XX, 17. per Hebraïsmum ponitur pro, rem habere cum aliqua, Vatabl. ad d. Cap. Lev. XX, 17. Castalio ad eund. loc. & quos adduxit Polus in Synopsi Critic. ad hunc loc. *Phrasis enim illa non importat qualemcunque denudationem, sed talem, quæ cum profusione seminis & sanguinis conjuncta, per quam persona, quæ alterius turpitudinem detegit, & persona, cujus turpitudinatio detegitur, una caro, & utriusque turpitudinatio una fiat,* Bruckn. dec. matrim. c. 5. p. 229. uude non sufficit nisi ad copulam, qui licet sæpius intercesserit, exinde tamen matrimonium non nascitur, neque verum, neque præsumtum, quia conatus non habuit effectum per c. fin. X. de spons. **und wenn die bloße appositio vel immissio membri den**
effe-

effectum consummati matrimonii haben solte, so würde auch auf solche Art ein Adulterium begangen werden, welches doch nicht geschiehet, nisi seminis immissio fuerit secuta, Carpzov. Pr. Crim. P. 2. qu. 51. n. 2. seq. Ja es würde auch ein Evnuchus ein verum matrimonium contrahiren können, welchem es gemeiniglich an der potentia membrum immittendi nicht fehlet; Sanchez. de matrimo. Lib. 7. Disp. 92. num. 8. in f. ut hic non satis sit potentia vas foemininum penetrandi, sed requiritur etiam seminandi intra illud vas, Sanchez. d. l. n. 7. cum pluribus ibi citatis, aus welchen allen stießet, daß die Ehe mit dem Hadriano ex capite impotentiae sey null und nichtig gewesen, c. 2. X. de frigidis. Auth. Sed hodie C. de repud. Nov. Leon. 98. und also hieselbst nicht gesagt werden kan, daß Everhardus contra jus divinum gehandelt, daß er seines Brudern Wittib genommen, weil das jus divinum von solchem casu attentati, sed non consummati concubitus, & inde derivati impedimenti matrimonialis keinesweges redet, indem daselbst das matrimonium in casu sterilitatis, utut per commixtionem seminis saepius consummatum fuerit, nicht allein zugelassen, sondern auf gewisse Art geboten ist Deut. XXV, 5. 6. und hindert nicht, daß dieses letztere ad rempublicam Judaicam restringiret werden müsse, damit daselbst die Stämme nicht confundiret würden. Gerhard. Loc. Theolog. de Conjug. num. 320. Denn diesem sey wie ihm wolle, so stießet doch daraus unwiedertreiblich, daß dergleichen conjunctio cum fratris vidua contra Jus Divinum morale nicht seyn müsse, weil von der Gerechtigkeit und Heiligkeit des grossen Gottes nicht zu präsumiren, daß er actus moraliter illicitos solte befohlen, oder dadurch das Interesse der Jüdischen Republic befördert haben; daher was damals Lege Mosaica erlaubt gewesen, auch heutiges Tages ein König oder Fürst ohne Sünde erlauben kan, wie solches in specie von dem König Henrico VIII. in Engelland, welcher seines Bruders Wittwe zur Ehe hatte, und solche hinwieder verlassen wolte, weitläufftig ausgeführet Lutherus in judicio suo de Divortio Reg. Angl. scripto Anno 1531. welche Meynung gleicher gestalt behauptet hat Philippus Melancthon, cujus &

Lu-

Lutheri verba referuntur a Brucknero in Decis. matrim. cap. 5. p. 281. & 286. woselbst zugleich erwiesen wird, daß im Neuen Testament deshalb dem Herodi die prohibitio veteris testamenti vorgeworffen worden, theils weil sein Bruder Philippus damals noch gelebet, theils auch, weil das matrimonium seines Bruders nicht sterile, sondern eine Tochter daraus vorhanden gewesen; daß also die Dertter aus der heiligen Schrift diesem ietzigen matrimonio in solchen Terminis, ubi prius matrimonium nunquam consummatum fuit, keines weges entgegen stehen können. Und hierzu annoch die Dispensatio desjenigen Landes = Herrn gekommen, unter welchem der Everhardus sein Domicilium gehabt, wodurch alle impedimenta Legum humanarum aus dem Wege geräumt worden. Da nun dieses Matrimonium einmal zu seiner Legitimität gekommen, und aus denen Rechten bekandt, quod si de validitate actus quaestio sit, ad solennia illius loci, ubi actus gestus est, respiciendum sit, quæ si observata sint, effectum suum ille actus ubique locorum exerit, per L. 6. ff. de Evict. & ibi Dd. und wie ein Landes = Herr des benachbarten Landes = Fürsten actus & facta ex mutua civilitate nicht zu impugniren pfleget, auch solches hieselbst um so weniger statt finden kan, weil der andere Landes = und Lehn = Herr von dieser Dispensation wohl gewußt, und nichts desto minder den Everhardum als angegebenen incestuosum mit einem ihm angefallenen Lehn = Gute belehnet, und damit solches per sub & obreptionem geschehen zu seyn, nicht vorgegeben werden möchte, er darüber eine accuratam causæ cognitionem sowol in consilio sanctiori, als auch in dem Ober = Consistorio angestellet, und als daselbst des Everhardi Ehe nicht für strafbar, noch das erste matrimonium pro vero geachtet worden, ihm solche Belehnung bereits vor 15. Jahren ohne Contradiction des andern Bruders ertheilet, und also hierdurch der Lehn Fehler völlig gehoben. So erscheinet aus diesem allen so Decisio. viel, daß diese Ehe bey obigen Umständen den göttlichen Rechten nicht zuwider, und die darüber ertheilte Dispensation zu Recht beständig und ihr Effect sich nicht nur überall extendire, sondern auch, weil der benachbarte Lehn = Herr durch seine erfolgte Appro-

K

bation

bation und erteilte Beleyhung diese Ehe für gültig erkant, was von dem vorigen Lehns- und Landes-Herrn geschehen, nunmehr nicht impugiret werden kan. B. R. B.

An dispensatio
admittatur in
gradibus ex-
presse jure di-
vino non pro-
hibitis.

§. XXI. Hoc certum est, principem non posse dispensare, nisi in gradibus lege humana prohibitis. Quæ matrimonia autem jure divino interdicta sunt, nullam admittunt dispensationem, ubi tamen, quæ talia sint, sæpe in controversiam venit. Nam dubium est, utrum tantum casus Levit. 18. & 20. expresse relati, an vero etiam similes, in eisdem gradibus, sub prohibitione contineantur? Quamvis vero in utramque partem hæc quæstio ventilari soleat, tutior tamen est sententia, similes quoque casus, in iisdem gradibus, lege divina notatis, prohibitos esse, uti ostendi in not. ad Brunnum jus eccl. l. 2. c. 16. §. 26. Et hanc ipsam sententiam Augustissimus Rex noster securus est in Rescripto de an. 1693. d. 4. Nov. his verbis: Friedrich der dritte, Churfürst ꝛc. Wir haben eure gehorsamste Relation vom 19. hujus, betreffend die von George Hoffmann gesuchte Dispensation seines verstorbenen Weibes Schwester-Tochter zu heyrathen empfangen, und uns, was ihr darin vorgekeltet, unterthänigst vortragen lassen. Wie wir nun die Meynung derjenigen Theologorum und Jctorum, welche dergleichen Ehe ob identitatem rationis legis divinæ verbothen zu seyn halten, tanquam tutissimam approbiren; als befehlen wir euch hiemit gnädigst, dieselbe, als auch anderer deshalb von euch angeführten Ursachen halber, besagtem Hoffmann die vorgehabte Heyrath mit seines verstorbenen Weibes Schwester-Tochter ernstlich und sub gravi pœna zu untersagen. Seynd ꝛc. ꝛc. Edln ꝛc. Den 4. Nov. 1693. Friedrich E. Danckelmann. An das Magdeburgische Consistorium. Ita Responf. d. 6. Jun. 94. & 2 Nov. 98. Vigore cujus etiam sequentem in modum anno 1698. Mens. Octobr. respondimus. Als derselbe willens, seiner Halb-Schwester Tochter von der Mutter zu heyrathen, vorher aber berichtet seyn will, ob die Dispensatio principis in diesem Casu statt für

Casus.

finden könne? Ingleichen, wie hoch die Disposition-Gelder möch-
ten gesetzt werden? So erachten wir vor Recht; wenn gleich, so
viel die Dispensation betrifft, eingewandt werden möchte, daß die
Heyrath unter diesen Personen in göttlichen Befehlen expresse nicht
verbothen, und daher von vielen Rechtsgelehrten und Theologis
diese Heyrath für dispenfabel geachtet wird, zumaln hieselbst die
Schwester nicht von voller, sondern von halber Geburt ist.
Weil aber dennoch noch viele der Meynung, daß Personen von
gleichem Grad Lev. 18. verbothen, und Sr. Churfl. Durchl. zu
Brandenburg, u. g. J. per rescriptum vom 4. Nov. 1693. diese
Meynung expresse approbiret, daß nicht allein die daselbst benan-
ten Personen, sondern auch andere, so in gleichem Grad sich befin-
den, verbothen werden, und unter halb und voller Geburt hieselbst
kein Unterscheid, indem genug, daß sie vom Vater communionem
languinis haben; dergleichen Dispensationes auch conscientiam
principis dispensantis berühren, da es allezeit sicherer ist, in casu
dubio sich solcher Dispensationen zu enthalten: So erscheinet hier-
aus so viel, daß über diesen Fall nicht dispensiret werden möge,
sondern da res noch integra ist, beyde Theile besser thun werden,
wenn sie die hohe Landes-Obrigkeit damit nicht behelligen. Wo-
durch zugleich die andere Frage ihren Abfall hat. B. R. B.

Rat. Dubit.

Rat. Decid.

Decisio.

§. XXII. Ceterum hoc temperamento in hisce casi-
bus utendum esse existimo, ut, si quidem matrimonium
ejusmodi, de cujus dispensatione dubitatur, nondum
contractum sit, haud permittatur; cum in casu dubio
tutius sit, dispensationem denegare: si vero de facto
contractum sit, non dissolvatur. Cum enim res insignis
præjudicii sit, dissolvere matrimonium, præsertim cum
ejus prohibitio non adeo liquida sit, tolerandum potius,
quam ut tot aliis incommodis, inde fluentibus, ansa præ-
beatur. Sic dubitatur, utrum in matrimonio cum
uxoris sororis filio dispensatio admitti possit, quem ca-
sum plures dispensabilem esse agnoscunt, uti ostendi

An & quate-
nus matrimo-
nium rescindi
debeat contra
leges divinas
contractum?

Quaestio.

Rat. Dubit.

Rat. Decid.

in not. ad jus eccl. Brunnem cit. l. Proinde de eo casu, ubi tale matrimonium jam esset contractum, interrogati, anno 1696. sequentem in modum respondimus. Als ihr uns das, unserm vor dem Anno 1694. Monate Octobr. ertheilten Responso, ob die mit der verstorbenen Frauen Schwester-Zochter getroffene Ehe geduldet werden könne, oder ob solche hinwieder von der Landes-Obrigkeit zu trennen sey? entgegen gesetzte Bedencken der löbl. Theologischen Facultät zu Leipzig zugeschicket, und euch ferner des Rechtens zu berichten verlanget, demnach ic. Obwol von denen Herren Lipsiensibus wider die in unserm vorigen Responso zum Fundament angeführten Rationes; daß 1) die Heyrath mit einer Frauen Schwester Levit. 18. nicht absolute verbotthen, und per consequens die mit der Frauen Schwester-Zochter bereits vollzogene Ehe zum wenigsten toleriret werden müsse, und 2) daß die Extensio Levit. 18. ad similes gradus hieselbst nicht zu appliciren, weil eine dispar ratio, ob jemand eine Frau nehme, so ihm vorher an Mutter-Stelle gewesen, oder ob er eine Frau heyrathe, so ihm an statt einer Zochter gewesen? folgender gestalt geantwortet, daß der Textus Levit. 18. v. 18. nicht de vera sorore uxoris, sondern de quacunque alia femina rede, und daselbst die polygamia simultanea verbotthen werde. Auf das 3) aber, daß alhier nicht so wohl auf berührten respectum parentalem, als auf die Verwandniß vor und an sich selbst, ob nicht eadem turpitudine circa copulam & seminis mixturam vorhanden, zu reflectiren, sondern auch eben dieser Respekt bey der Mutter Schwester überlebenden Ehemann oder Witwer zu consideriren, und ob nicht wäre für unverantwortlich zu achten, daß die Weibes-Person, welche an Zochter statt zu halten, deme, so auf gewisse Masse an Vater-Stelle stehet, als ein Eheweib beygelegt werden solle. Weil aber dennoch hieselbst die Frage nicht ist de matrimonio adhuc contrahendo, sondern von einer bereits vor etlichen Jahren vollzogenen und mit Kindern von Gott gesegneten Heyrath, darinnen der Landes-Herr des Orts, wo die Heyrath vollzogen, wirklich dispensiret, hingegen von einem andern Landesherrn, darunter beyde Eheleute ihr Domicilium haben, getrennet werden soll,

soll, und also die Sache darauf hauptsächlich ankömmt, ob in casu dubio, an matrimonium contractum subsistere possit, vel non, eine Ehe vielmehr zu toleriren, oder zu rescindiren, und die daraus gebohrnen Kinder pro incestuosis zu declariren seyn, inmassen in solchen Fällen bekant, daß zu Befreyung eines Gewissens in casu dubio allezeit tuncior via zu eligiren, welches sonder Zweifel darin bestehet, daß eine vollenzogene Ehe, wenn solche nicht offenbar wider Gottes Wort ist, vielmehr zu conserviren, als aufzuheben, zumaln in hoc statu dubio ein Landes-Fürst, wenn er die Ehe toleriret, und sonst seinen Mißfallen durch eine andere Bestrafung bezeuget, ad malitiam actus, si quæ subest, active nichts beyträget, hingegen aber, wenn er de iustitia matrimonii dubitiret, oder wenigstens erhebliche Dubia vor sich siehet, und dennoch eine Ehe trennet, sich nach dem Ausspruch des Apostels Röm. 14. v. 23. in eine Seelen-Gefahr sezet: so wird pro conservando hoc matrimonio genug seyn, wenn wir unsere vor dem angeführte rationes nochmals behaupten, woraus zugleich, quid salva conscientia hic fieri possit, von sich selbst erhellen wird, zu welchem Ende wir hiermit nochmals zum Fundament repetiren: (1) Daß secund. liter. legis ^{Resp. ad Rat.} Mosaicæ die Heyrath mit eines Weibes Schwester absolute ^{Dubit.} nicht verboten sey, mit welchem sensu literali das Exempel des Erz-Vaters Jacobs übereinstimmet, und kan, daß darin der grosse Gott insonderheit dispensiret, mit keinem Spruch aus Gottes Wort erwiesen werden; hiernächst gesezt, daß das im Grund-Text befindliche Wort nicht allezeit eine leibliche Schwester, sondern auch quamcunque feminam aliam bedeute, so leidet doch der contextus nicht, daß in diesem Cap. Lev. 18. solche Interpretation gemachet werde, weil dazinnen die Worte überall de personis non nomine talibus, sed vero sanguinis vinculo junctis genommen werden, u. daher in diesem einigen casu nicht alio sensu zu nehmen; und also die Frage ist, ob im Gewissen sicherer sey eine Ehe, welche litteram scripturæ & exempla sanctorum vor sich hat, zu toleriren, oder ex dubia interpretatione verborum solche wieder aufzuheben. (2) Auch dieses Fundament annoch in seinem Stande bleibet, daß in dem ganzen göttlichen Befehle kein Exempel gezeiget werden könne, da ver-

bothen sey, eine ex linea collateralis descendirende Weibes-Person zu heyrathen, immassen gewiß, daß die Jüdische Kirche, wie sowohl der Talmud als alle alte Rabbinen bezeugen, niemals die Ehe mit eines Brudern oder Schwester-Tochter für unzulässig geacht, sondern solche vielmehr beständig defendiret; es befindet sich auch im Neuen Testament darinnen keine andere Interpretation, und ist kein Zweifel, daß die Jüden den sensum litteralem legis Mosaeae so wohl untersucht, als die Christliche Theologi, welche den Bestand der Hebräischen Sprache von ihnen überkommen, und auch dererselben Interpretation, so viel den gegenwärtigen Casum betrifft; daß eine grössere Turpitude vorhanden sey, wenn die Frau vorher an Mutter-Stelle gewesen, um so vielmehr zu attendiren, die Theologi Lipsienfes anno 1649. da so hochberühmte Männer des Orts sich aufgehalten, welche der H. Sprache ohne allen Zweifel völlig kundig gewesen, solches selbst agnosciret, wie in unserm vorigen Responso aus dem Dedekanno angeführet, und denn auch kein Zweifel, daß ex naturali ratione die major turpitude daraus erhelle, wenn einer seines Vatern Bruders Weib heyrathet, quod duo mares sanguine juncti in ejusdem feminae uterum semen immittant, auf welche Ration Levit. XX. v. 20. gezielet wird, welche fœditas, wenn der Mann seiner Frauen Schwester-Tochter heyrathet, allerdings cessiret, und der respectus parentelæ eandem turpitudinem nicht mit sich führen kan, weiln, wie gedacht, in femina ex collateralibus descendente kein einziges Exemplum prohibitionis vorhanden, da hingegen in femina, quæ antea matris loco fuit, 3 prohibita Exempla Levit. XII. v. 12. 13. 14. nach der Reihe hingesehet, und solche abermals Levit. XX. 19. und 20. wiederholet sind, welches, wenn der Höchste Gesetz-Geber nur allein auf den Gradum, nicht aber hauptsächlich auf die Person gesehen hätte, nicht wäre nöthig gewesen. Ferner improbiret auch diese Heyrath nicht der sel. Lutherus. Daß er aber seine Meynung verworfen haben solte, ist in seinen Schriften nicht zu befinden, indem, was er nachher gesagt, es wäre sein Rath, man liesse es bey denen Rechten bleiben, solches de matrimonio adhuc contrahendo, allerdings auch unsere Meynung, nun-

nunmehr aber, da de contracto matrimonio post susceptos jam liberos dissolvendo die Frage ist, es abermal darauf ankommt, was pro conscientia Principis am sichersten sey? Ob er eine Ehe, welche die ganze Jüdische, auch die erste Christliche Kirche, welche der selige Lutherus und Philippus Melanchthon, welche die vormaligen Theologi Lipsienles selbst, wie in dem übersandten Responso theologico zugestanden wird, ingleichen das Ehr.-Sächsishe Ober-Consistorium, resto Carpzovio in Jurisprud. Eccles. Lib. 2. Def. 99. auch noch jetzt die meisten Theologischen und Juristischen Facultäten auf denen Evangel. Universitäten pro tolerabili erachten, ex nova opinione der letzten Theologischen Facultät daselbst trennen, und also in solcher Gewissens-Sache, relicta littera scripturæ Sacræ & theologorum ac Jctorum communi sententia, die singularem opinionem erwählen, auch ungeachtet desjenigen Landes-Herrn, woselbst diese Ehecontrahiret, bereits ertheilten Dispensation, die vollzogene Ehecontrahiret hinwieder trennen könne? Und solcher gestalt das Consistorium von sich selbst dahin fällt, als wenn diese Eheleute in continuato incestu lebten, und täglich Sünde mit Sünde häuften, welchen eine Landes-Obrigkeit, wo sie sich dergleichen Sünde nicht theilhaftig machen wolte, ohne Verletzung des Gewissens nicht nachsehen könnte, indem, da die prohibitio Legis Divinæ expressa nicht vorhanden, sondern solche contra litteram ex singulari interpretatione, wie oben angeführet, erzwungen werden will, hieselbst kein incestuosus concubitus mit Bestande assertiret werden kan. Dessennach erachten wir, daß in hoc casu dubio die Ehe salva conscientia & cum gravi præjudicio deret **Decisio.** daraus gebornen Kinder nicht getrennet, sondern ohne solche Verletzung des Gewissens wohl toleriret werden könne.

B. R. B.

§. XXIII. Hac tamen dispensatione non indigent De libertate principum imperii in provinciis principes imperii protestantes, quippe qui legibus suis in eundis matrimonii provincialibus non ligantur. Carpz. *L. II. I. E. def. no.* Lauterb. *de sing. iure affin. diff. II. §. 33. n. 5.* Quodsi ta-
men

men casus dubius emergit, consulere etiam solent collegia theologica & juridica, & horum consilium ac sententiam sequi. Gaudent quippe in ecclesiasticis per instrumentum pacis plena libertate, & ita quoque eorum matrimonia nullatenus restricta sunt, si exceperis legis divinæ prohibitionem. Equidem in aliis regnis & provinciis proceres & illustres ea libertate non gaudent, ut libere matrimonia inire queant, quæ ad consensum & arbitrium regis adstricta sunt, alicubi quidem in genere, alicubi vero tunc in primis, si extraneorum principum conjunctiones ambire velint. Sic in Neapolitano & Sicilia regno hujusmodi constitutio prohibitiva occurrit a Carolo I. lata, & a Philippo II. Rege Hispaniæ repetita. Myl. in *Gamol. c. 11. §. 4.* Porro jure Franciæ & Angliæ consensus Regum quoque requiritur, ut invidiosa potentia ex vicinorum connubiis evitetur. *Ærod. rer. jud. L. 4. tit. 15. c. 7.* Arnif. *L. 2. de republ. c. 3. §. 8. n. 87.* Myl. *c. 1. §. 15.* Sed majori libertate fruuntur principes & status imperii nostri, ut matrimonia libere possint contrahere, nec illa a consensu & arbitrio imperatoris dependeant, ut non tantum inter se affinitates contrahere, sed etiam cum exteris illas conciliare possint, prout exempla plurima & ex iis deducta praxis antiqua docet. Neque enim lex prohibitiva occurrit in nostro imperio, quæ libertatem hanc restringeret. *Betf. de pact. fam. p. 392.* Myl. *c. 1. 2. §. 7. sqq. & de princ. & stat. imp. c. 31. n. 5.* Prætenderunt id quidem aliquando imperatores nonnulli, sed status hoc in negotio se semper in sua libertate conservarunt. *D. Rhet. injur. publ. l. 1. tit. 21. §. 1.* Neque hæc illustrium matrimonia dependent ex consensu statuum provincialium, nisi quoad filias id specialiter receptum sit. *Schilt. in Jur. Publ. L. 1. tit. 9. §. 1. sq.* vel ratio reipublicæ id in spe-

specie postulaverit, prout ostendit Nic. Bethius *cit. tr. c. 4. n. 16. p. 96.* Non putamus tamen, absolute pactum illicitum esse, quod investituræ adjectum, ut vasallus illustri matrimonium contrahere non possit sine consensu imperatoris, ut sentit Myl. *in Gamol. c. 3. §. 7. in fin.*

§. XXIV. Utut vero illustrium matrimonia in se libera sunt, ut imperator illa impedire nequeat, ordinarie tamen sunt restricta ad rationem status, quæ pacta, conditiones, aliaque matrimoniorum horum jura dirigit. Rarissime ex spontaneo affectu nuptiæ conciliantur inter illustres, qui alias omne hic ferre deberet punctum, sed prout utilitas reipublicæ expetit, ita matrimonia contrahuntur. Admodum scite Rex Siciliæ apud Barcl. *in Argen. L. 3. Privatorum est, eligere matrimonia ex amicitia affectu, & morum concordia. Nobis illa suavitas exuenda est.* Potissimum ergo matrimonia illustrium solent esse firmissima instrumenta & vincula amicitiaæ publicæ, quibus pax obtinetur, foedera ineuntur, reipublicæ augmentum quaritur, lites & contentiones sopiuntur. Nic. Bethius *de pact. illustr. fam. c. 6. §. 37.* Plura exempla adduxit Arnif. *de jur. connub. c. 1. sect. 2. n. 11.* Myl. *Gamol. c. 4. Bethius c. 1.* Unde quæstio oritur, an pacto familiaris illustris communi ita ad rationem status restringi possint matrimonia, ut successoribus non integrum sit, contra hoc pactum matrimonium inire? Tale pactum occurrere in domo principum Albanæ constat, vi cujus matrimonium principis ex illa domo cum virgine nobili interdictum est. Verum utut alias pacta regulariter successores stringant, quæ de rebus in commercio & arbitrio pacifcentium positæ fiunt, hæud idem tamen dicendum existimo de hujusmodi pactis principum, libertatem matrimonii contrahendi restringentibus, cum in

Matrimonia illustrium restricta ad rationem status.

An pacto familiaris restringi possint matrimonia.

Contin. III.

L

ar-

arbitrio pacifcentium non sit, hanc libertatem, quæ mere personalis est, successoribus adimere, quippe de qua disponere haud potuerunt, uti responsio in casu principum Albaniz illustratum est *in tr. de diff. spons. sect. 5. §. 77.* Unde ex eodem fundamento fluit, quod pater illustri in bonis gentilitiis, feudalibus & primogenituræ destinatis filium successorem non possit adstringere, ut matrimonium cum certa persona ineat, vel alias libertatem nuptias contrahendi restringere, cum successio in hæc bona ex ejus arbitrio haud dependeat. Myl. *in Gamol. c. IV. §. 24.*

Solennia nuptiarum hodierna.

§. XXV. Ceterum in ineundis nuptiis habuere Romani suam solennem in domum deductionem, ceu plures leges testantur, *l. 5. l. 16. §. 2. l. 67. ff. b. r. l. pen. pr. de donat. int. V. & U. l. 15. de condit. & demonstr. l. 22. C. de nupt. l. 24. C. eod. l. 6. C. de donat. ant. nupt. & c.* Nos hodie alio jure utimur, ut loco solennis deductionis in nostris foris sit

- 1) solennis & quidem trina proclamatio, de qua sufficienter actum est *in not. adjus eccles. Brunn. lib. II. c. 16. §. 6.*
- 2) Benedictio sacerdotalis, quæ jure Justiniano adhuc incognita fuit, & licet ejus in jure antiquo canonico passim mentio fiat, non tamen sub *absoluta necessitate* præscripta aut legibus civilibus approbata, donec tandem *per Nov. Leonis 74.* necessitatem legis reciperet. Inde universaliter invaluit, & in nostris ecclesiis quoque retenta est, ut omitti amplius nequeat. *Carpz. lib. 2. jurispr. conf. def. 142.* Philippi *in us. Inst. pract. eccl. 61. tit. de nupt.* Quinimo non tantum in privatorum nuptiis adhibetur, sed etiam ipsi principes illam non omittunt, non tamen necessitate juris ad illam adstricti. Docuit hoc ipsum suo exemplo Dux Barrensis, qui, cum Catharinam Regis Galliz Henrici IV. sororem, reformatæ religioni additam

Etiam ducere vellet, ipse autem catholicam profiteretur, sponsæ litem movit, utrum reformatus, an vero catholicus minister solennia matrimonii peragere deberet. Intercessit tandem rex Galliæ, & prehensâ fororis manu eandem Duci in matrimonium tradidit, addiditque, *regis præsentiam omnem supplere solennitatem.* Hardovin. de *Perefixe bisboire du Roi Henry le grand ad an. 1599. p. 291.*

§. XXVL Hoc vero in illustrium matrimoniis singulare est, quod illa quandoque diversam solennitatem in benedictione sacerdotali habeant, quæ etiam diversitatem jurium ostendit. Cum enim principes cum inferioris sortis sponsa matrimonium ineunt, & nec eam dignitatis suæ, nec liberos ex eo matrimonio procreandos similiter successionis participes esse volunt, solent communiter hoc ipsum, data coram ecclesiæ ministro sinistra manu, contrahere, unde vocari solet: **die Ver-mählung zur linken Hand.** Vid. Fritsch. in *Supplem. Speidelio-Besold. voce hac.* Interim hæc diversa solennitas non est de essentia hujus matrimonii, quod totum, quantum est, pactis quoque absolvitur. Vocari alias solet *matrimonium lege Salica contractum*, uti *2. F. 29. dicitur*, qui *texus ostendit*, apud veteres Francos Germanosque hoc matrimonium usitatissimum fuisse, cum *lex Salica* revera sit *lex Francorum*, uti ostendit B. Linkius *de matrim. ad L. Sal. contracto c. 1. n. 8. seqq.* Conf. *Conring. de orig. jur. Germ. c. 7.* Longobardi etiam hoc matrimonium dixerunt *ad morgengabiam contractum*, quemadmodum Fridericus Schenckius Baro a Tautenberg *ad c. un. 2. f. 29. attestatur*, se vidisse codicem vetustissimum, quo capitulum juris feudalis allegatum ita inscribitur: *de filiis natis ex matrimonio ad morgengabiam contracto.* Sic etiam hujus matrimonii frequenter mentio in legi-

De matrimo-
nio ad morga-
naticam con-
tracto.

bus Longobardicis ut *L. 2. tit. 1. l. 8. ibi: vel per gratui-
tam donationem, id est, morgengab. & tit. 4. lib. 1. ibi: quia
etce quod conjugii meæ morgengab. dedi.* Ex quo constat,
corrupte hodie dici *matrimonium ad morgunaticam*, cum
potius dicendum esset ad *morgengabiam* vel *morgen-
gabicam*.

Quæ ratio hu-
jus matrimo-
nii?

§. XXVII. Ceterum quamvis tam consuetudines
antiquæ Germaniæ, quam ipsum jus feudale inæquali-
tatem in personis requirat, scilicet ut sponsa inferioris
conditionis sit, prout etiam Myler. ab Ehrenb. in *Gamol.*
c. 6. variis exemplis hoc illustrat, non tamen puto, id
præcisè necessarium esse; consistit enim tota hujus ma-
trimonii ratio in pactis, quæ si adsunt, non adeo labo-
randum de personarum qualitate. Rariora quidem
exempla sunt hujus matrimonii inter personas æqualis
conditionis, interim tamen juri hodierno haud contra-
ria. Approbavit tamen tantum consuetudo hoc matri-
monium in personis illustribus immediatis; nobiles
enim mediati subditi sunt & ad leges ecclesiasticas ser-
vandas obligantur, adeoque citra consensum domini
territorii hujusmodi nuptias inire non possunt, prout il-
lustravi præjudicio in *rr. de diff. Sponsal. Sect. 5. §. 72.* Equi-
dem B. Linck. *cit. diff. c. 3. n. 28. & 29.* in illustrium matri-
monio lege Salica contracto imperatoris consensum
quoque requirit, at hæc sententia dubia est, saltem non
indistincte affirmari potest. Scilicet si quæritur de va-
lidity hujus matrimonii, illa sine confirmatione impe-
ratoris asserenda est, quia hodie imperatoris auctoritas
in causis ecclesiasticis, & ita quoque in ipso matrimonio
nulla amplius superest, sed potius in iis status imperii li-
bere agunt, quatenus instrumto pacis haud contrave-
niunt. Accedit, quod hoc matrimonium ab antiquissima

con-

consuetudine dependeat, & ita licite ineatur, nullumque præjudicium imperio inferat. Quod si vero præterea in pacto, quod huic matrimonio adjicitur, de liberorum dignitate esset prospectum, forsan quod liberi Comitum dignitatem habere debeant, facilius concederem, imperatoris consensum & confirmationem accedere debere, utpote qui solus de hujusmodi dignitatibus personarum illustrium disponit. Si vero id tantum expressum, ut liberi nobiles fiant, confirmationem Cæsaream minus necessariam esse arbitror, cum pater illustris æque nobilis sit, & ita liberos, simplici nobilitate præfulgentes, procreare possit, licet pactum obstet, quo minus inæquali nobilitatis gradu cum patre esse possint. Unde etiam hujusmodi liberi tam ad collegia ecclesiastica, quam torneamenta admittendi sunt, vel, ut dici solet: **Sie sind Turnier- und Stiftmäsig**, modo ex defectu avorum repelli nequeant. Linkius *cit. l. n. 4. § 99.*

§. XXVIII. Communiter vero hoc pactum hisce Pacta hujus matrimonii. nuptiis adjici solet, ut uxor sorte sua pristina contenta sit, & liberi a successione in feudis aliisque bonis excludantur, & assignatam portionem loco ejus accipiant. *Knipschild. de fideicomm. famil. cap. 8. n. 440.* Ipsa pacta communiter ita distincta concipi solent, prout ea tradit Myler. ab Ehrenbach. *de Gamol. c. 6. num. 1. & 2.*

(1) Daß zwischen beyden verlobten Personen, ob zwar solche ungleiches Standes und Herkommens, eine rechte Christliche Ehe soll seyn und bleiben, (2) die in solcher Ehe erzielte Kinder, Männliches und Weibliches Geschlechts, sollen recht und ehrlich gebohren seyn, und gehalten werden. Jedoch (3) daß sie ihres Herrn Vaters Titul und völliges Wapen zu führen sich enthalten, noch auch (4) mit denen aus der ersten Ehe gebohrnen Söhnen an den Väterl. Fürstl. Gräfl. und Herrschafft. Stamm Gute Erben seyn, Daß sie sich (5) eben so wenig der andern Fürstl. Güter und Mobilien

bitten erblich anmassen, sondern (6) sich mit denenjenigen Schöpf-
fern, Dörffern oder Güttern, welche zu ihrem Unterhalt in der
Heyraths-Abrede verordnet und bestimmet, hinweg weisen lassen;
und damit vergnüget seyn sollen, und dann (7) daß die Mutter in
den Fürsten- und Grafen-Stand keinesweges erhoben werde, son-
dern in ihrem angebohrnen alten Stande allerdings, und bis an
ihr letztes Ende verbleibe, sich demnach (8) des Fürstl. oder Gräfl.
Namens, Titels, Wapen, Ehren und Würden gänzlich, so
wol gegen das Fürstl. oder Gräfl. Haus und Unterthanen, als
gegen andere, vor und nach ihres Herrn Todes-Fall enthalte.
Wie sie dann (9) ihrer weiblichen Gerechtigkeit halber an Wid-
dumb, Morgen-Gabe und anderer Abfertigung halber an dem
Fürstl. oder Gräfl. Stamm-Hause nichts fordern, sondern sich
mit dem in dem Heyraths-Pact verschriebenen und nach ihres
Herrn sel. Tode eingeräumten Gütern vergnügen lassen solle.
Hæc pacta sicuti consensu utriusque ineuntur, ita quo-
que ab utraque parte reversales exhiberi solent. Ce-
terum hoc facile constat, si liberis talibus Dynastiæ alia-
que bona feudalia assignantur, pacta hæc non aliter va-
lere, quam consensu domini feudi & agnatorum acce-
dente. Sic itaque vigore hujus pacti liberi excluduntur
ab omni successione non tantum feudali, sed etiam fidei-
commissaria, Knipsch. *cit. l. portione assignata contenti*
esse jubentur, ut tamen liberis prioris matrimonii ex-
stinctis, hi quoque in allodialibus succedant, 2. F. 29. ad
feudalia tamen nec hoc casu indistincte admittuntur.
Conf. Linkius *cit. l. c. 3. n. 59. sq.*

Simulata vel
coacta copu-
lario sacerdo-
talis nullius
est momenti.

§. XXIX. Quemadmodum vero ex solenni de-
ductione olim verum matrimonium colligebatur *l. 5.*
b. l. 24. C. eod. l. 6. C. de donat. ant. nupt. l. 15. de condit. & de-
monstr. ita hodie idem dicendum de solenni benedictio-
ne sacerdotali. Interim cum consensus constituat po-
tius omne matrimonium, *cit. l. 15.* ad hunc etiam hodie
pri-

primario respiciendum, & sic nec hodie matrimonium dici solet, si benedictio sacerdotalis quidem accessit, sed consensus matrimonialis aliunde deficiat, vel ob simulationem l. 30. ff. b. t. vel ob aliam gravem causam.

Nec aliquid operatur testimonium Parochi, der **Trau Schein**, ubi de simulatione constat. l. 13. C. de nupt. quemadmodum M. Martio 1708. in Facultate respondimus.

Ist Sempronius, wie er etwa 20 Jahr alt gewesen und als **Vieutenant** zu N. N. in Quartier gelegen, mit eines **Burgermeisters Tochter Dorothea Caja** in unordentliche Liebe gerathen, auch solche unter ihnen dergestalt gewachsen, daß sie unter einander nach ihrem Willen gelebet, sie auch mit ihm heimlich von dannen herum gezogen, bis sie etwa vor 6 Jahren ein Kind geboren, so doch bald darauf gestorben, und wie sie darauf nach 3 Jahren wieder schwanger geworden, hat sie deswegen zu **Francfurt am Mayn Sempronio** ihren Zustand entdeckt, und dabey demselben zu verstehen gegeben, daß ihre Freunde von ihr nichts wissen wolten, wosern sie keinen **Trau-Brief** verschaffen könnte, sich auch gestellet, als ob sie aus **Desperation** sich erstechen wolte, im Fall er ihr nicht darunter behülfflich wäre. Hat nun hierauf Sempronius sich anheissig gemacht, daß er unter einem fingirten Namen **Petri Titii** ihr einen **Trau-Brief** schaffen wollen, auch nachgehends durch einen **Guarnison-Prediger** eine Copulation mit der Caja simuliret, und für 40. Thlr. den **Trau-Brief** erhalten, doch dabey sich bedungen, daß solches nur zur **Besänftigung** ihrer Schwester gereichen, sie aber Caja sich des Sempronii Frau nicht nennen, noch ihm an einer **Heyrath** hinderlich seyn solte, wie denn auch Caja nach der Zeit eine Tochter heimlich gebahren, und in ihrem Vaterlande nach wie vor sich für eine **Immgfrau** ausgegeben; Hat nun endlich Sempronius zu einer ordentl. **Verlobung** schreiten müssen, solches der Caja notificiret, dieselbe auch in loco nuptiarum nach der andern Proclamation sich eingefunden, auch auf gethane **Vorstellung** abgestanden, und sich vergrüßt, daß Sempronius ihr und der unehlichen Tochter 4000. Thlr. unter einem **simulirten Contract** versprochen, und ob wohl kurz darauf noch

Species facti.

Quæstio.

Rationes dubitandi.

noch vor der Hochzeit Cajæ Schwester sich gleichfalls eingefunden, und mit Sempronio reden müssen, es doch auf gethane Vorstellung dabei sein Bewenden behalten, gleichwie auch Caja, da sie sich nachgehends schriftlich wieder gemeldet, auf nochmalige Vorstellung acquiescirt, und auf die veraccordirte 4000. Thlr. würcklich 2400. Thlr. empfangen und darüber einen Schein gegeben, gleichwol dieselbe diesem allen ungeachtet sich noch ferner meldet, und also gefragt wird: Ob nicht Caja bey solcher wahrhaften Verwandniß der Sache, die Sempronius auf sein Eyd und Gewissen nimt, abzustehen, und mit dem zu ihrer und der unordentlich gezeugten Tochter Unterhalt abgehandelten Quanto der 4000 Thlr. zufrieden seyn müsse? Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß nach dem Frau-Schein sub lit. A. Sempronius mit der Caja wirklich copuliret worden, solcher Frau-Schein auch einen völligen Beweis ausmache, cum Parocho attestanti credatur de illis, quæ coram se acta sunt. c. 14. X. de Simonia c. 12. X. de pœnit. & remiss. Dahero denn auch die Frau-Briefe unter diejenigen instrumenta referiret werden, quæ plene probant, P. Muller *ad Struv. ex. 28. th. 28. lit. k. in f.* und ob zwar (2) Sempronius vorgiebet, daß solcher Frau-Brief nur pro forma zur Besänftigung der Cajæ Andernverwandten ausgestellt, auch unter einem fingirten Namen die Trauung simuliret worden, so scheint doch wider diese exceptionem simulationis das documentum sub lit. B. zu streiten, als woselbst Sempronius rotunde zugestehet, daß er unter dem Namen Petri Titii sich mit ihr würcklich habe trauen lassen, auch sie dartin seine Cheliebste nennet, durch welche Confession solches Vorgeben zu zerfallen scheint, bevorab da (3) es eine res mali exempli seyn würde, mit solchem simulirten Copuliren zu spielen und Sempronio nicht würde geglaubt werden können, utpote propriam elegantiam turpitudinem. Wozu noch (4) kommt, daß nach der Beplage lit. C. Sempronius abermal die Cajam für seine Ehefrau, und die von ihr gezeugte Tochter für sein rechtes echtes Kind gehalten, woraus eine geminata confessio erfolgt, quæ omnem excludit simulationis exceptionem; Card. Tusch. *tom. 4. lit. G. concl. 28. n. 96.* wie denn auch (5) die Caja sich vor der Hochzeit gemeldet, so durch

durch allerhand Vorstellungen zwar abgewiesen zu seyn scheint, gleichwol bis dato noch nicht ruhet, daher nicht unbillig ein verum matrimonium daraus geschlossen werden möchte. D. U. D. Caja Dorothea nicht in Abrede seyn kan, daß solche Copulation heimlich Rat. Docid. geschehen, sie auch sich dahin erkläret, sich niemals seine Frau zu nennen, noch sich dafür auszugeben, und also, wenn gleich keine pro forma geschene, sondern wahrhaftige Copulation, unter beyden vorgegangen, dieses matrimonium pro clandestino allerdings zu achten, und also denen alten und neuen Kirchen-Satzungen zuwider, und in præjudicium matrimonii legitime & publice contracti nicht bestehen kan, so gar, daß wenn gleich beyde Personen dergleichen heimliches Matrimonium bekennen solten, solches doch in præjudicium alterius matrimonii legitime contracti keinen Effect erreichen mag, uti in terminis tradunt Covarruv. de Sponsal. P. 1. c. 4. §. 1. num. 4. Canisius ad c. 2. de Clandest. despons. num. 2.

Deswegen auch solcher heimlichen Copulirung vorzukommen, nicht allein die dreyimalige Aufbietung, sondern auch nebst dem angeordnet worden, daß bey diesem Actu gewisse Zeugen genommen werden sollen, so alhier gar nicht geschehen, und also um desto mehr dafür zu achten, daß solches alles nur pro forma geschehen sey, und daß die Caja nur ihren Freunden den Trauschein aufweisen möchte; wozu denn vornehmlich dieses kommt, daß die Caja sich nicht unterstehen dürfen, vom Sempronio sich zu schreiben, auch die Tochter heimlich geboren, in ihrem Patria sich noch für eine Jungfer ausgegeben, und bis dato sich nicht erkühnen dürfen, sich publice zu melden, ob sie gleich gewußt, daß Sempronius sich öffentlich verlobet, ja sich kurz vor der Hochzeit privatim gemeldet, und dennoch auf geschene Vorstellung wieder abgestanden, und sich mit 4000. Ehl. vergnügen lassen, dergleichen auch ihre Schwestern, so kurz darauf zu Sempronio gekommen, gethan, und sich gleichfalls auf gethane Vorstellung zufrieden gestellt, und weiter nichts von Sempronio begehret, sondern geschehen lassen, daß er sich öffentlich mit seiner ieszigen Eheliebsten copuliren möge, welches denn solchellmstände sind, daraus nicht undeutlich zu schliessen, daß die Caja dazumal kein Jus contradicendi müsse gehabt haben, denn sonst es aniesz. ihrer seits eine schwere

• *Coni. III.* M Ber.

Verantwortung nach sich ziehen würde, wenn sie sich nicht publice gemeldet, und diese Ehe durch ihre Contradiction verhindert hätte, sondern gleichsam stillschweigend die Vorstellungen des Sempronii eingestanden, welches Gott selbst in den Gelübden, dagegen einer sprechen kan und muß, in der *H. Schrift* angeordnet, Num. 30. v. 12. und die weltliche Rechte confirmiren, quod ex taciturnitate arguatur voluntas & approbatio ejus, quod gestum est, si contradicere debuisset. Vultej. vol. 1. conf. Marp. 15. n. 136. Dd. in l. 23. ff. solut. matrim. Bevorab, da vor der ietzigen Ehe des Sempronii eine dreyfache Proclamatio, quæ instar edictalis citationis est, vorher gegangen, und derselben die bekante clausula præclusionis angehänget worden, quæ id operatur, ut, qui postea oppugnare matrimonium intendit, non audiatur. Berlich. P. 1. decis. 76. wie denn vornehmlich diejenigen abzuweisen und nicht zu hören sind, die tempore contracti matrimonii das Impedimentum gewußt haben, und doch stille geschwiegen, quia eo ipso suspecti sunt c. ult. X. qui matrim. accus. zu geschweigen, daß die Caja sich dazumal mit 4000. Thlr. vergnügen lassen, und auch würcklich 2400. Thlr. drauf empfangen und angenommen, und gegen dem Empfang des Restes die Brieffschaften und Urkunden, so sie in Händen hat, heraus zu geben sich offeriret, und ob sie gleich eine ungewöhnliche Clausulam, so weit es Gott und Gewissens halber geschehen kan, diesen beygefüget, dennoch solche exceptio conscientie nur zu dem Ende scheint angehänget zu seyn, damit sie noch mehr Geld etwa vom Sempronio extorquiren möchte, wie denn alle solche accusationes matrimonii, ut quis ab aliquo pecuniam extorqueat, nicht zu admittiren sind, sondern vielmehr dem accusatori ein perpetuum silentium zu imponiren ist, bevorab da allhier die Caja schon Geld empfangen, ut ab accusatione desisteret, c. pen. X. qui matrim. accus. und hindert diesen allen nicht, was in rationibus dubitandi hiewider vorgebracht worden, anertwogen der consensus matrimonialis nur allein das Matrimonium constituiret, und also alles dasjenige, was den consensum matrimonialem excludiret, auch das Matrimonium aufhebet, obgleich die sacerdotalis copulatio solte herzukommen seyn, utpote quæ tantum mera solemnitas ecclesiasti-

Resp. ad Rat.
Dubit.

ci est, & sic non constituit ipsum matrimonium, si consensus deficiat. Gerhard. *in loco de conjug.* §. 47. welcher Meynung alle protestirende Juri allerdingß beypflichten, Strauch. *diff. ii. th. 22.* Carpz. *P. 3. C. 14. def. 12.* Hahn. *ad Wesemb. tit. de rit. nupt. n. 5.* einfolglich wenn dergleichen Copulatio sacerdotalis pro forma von beyden Partheyen ist beliebt worden, kein verum matrimonium daraus mag geschlossen werden, cum simulatum negotium sit nullius momenti, l. 54. de obl. & A. l. 16. de R. I. sicuti de simulatis nuptiis hoc leges in specie docent, quod nullius sint momenti l. simulata 30. ff. de rit. nupt. und kan der Frau-Brief hierbey nichts operiren, cum instrumenta facta ad probationem matrimonii sine nuptiis non sint idonea l. neque 13. C. de nupt. Da zumal Sempronius unter einem fremden Namen Petri Titii sich trauen lassen, und also gleichwie diese Copulatio bloß pro forma geschehen, also nicht unbillig dafür zu achten, daß auch das Documentum sub lit. B. & C. ebenfalls pro forma der Cajæ sey mitgetheilet worden, gleichwie auch die Obligatio auf 4000. Thlr. in simulirten Terminis gar deutlich aufgerichtet ist. So halten wir davor, daß bewandten Umständen nach die Cajä Dorothea an Sempronium keinen Anspruch ferner machen könne, sondern sich mit denen 4000. Thlr. vergnügen müsse. B. R. B. Similiter Menf. Majo 1699. in simili fere casu Facultas Juridica sequentem in modum respondit. Hat Titius sich einige Zeit in dem Gymnasio zu Regensburg gehalten, während welcher Zeit er in der Sempronix Vaters Hause durch einen seiner Mit-Schüler zwar bekandt worden, jedoch aber mit der Sempronia ausser einer gemeinen Freundschafts-Bezeigung nichts zu thun gehabt, auch nichts Unzulößiges begangen, vielweniger sich mit ihr in ein Ehe-Versprechen eingelassen, sondern vielmehr im Gegentheil kurz vor seiner Abreise derselben einen Zettel zugeschickt, und sich darinnen ausdrücklich erkläret hat, daß er sie niemalsen verlangen würde, welchen Zettel Sempronia mit gleichmäßiger Gegen-Erklärung angenommen. Ist hierauf Titius von Regensburg nach Altorf gezogen, jedoch noch aber wiederum noch einmal gegen Regensburg, seine alda zurück gebliebene Bücher abzuholen, gekommen, worauf er sich völlig nach besagtem Altorff gewendet, und nachdem er sich alda

Decisio.

eine Zeitlang aufgehalten, hat er auf vorhergehende Recommendation in einer gewissen Stadt in Thüringen bey einem vornehmen Minister Condition bekommen. Als er nun bereits eine geraume Zeit in derselben gestanden, hat sichs begeben, daß die Sempronia mit ihrem Schwager dahin gekommen, in einem Births-Hause in der Vorstadt eingekehret, und Titium, unter dem Vorwand, als ob jemand von seinen Freunden da wäre, zu sich bitten lassen; es ist auch Titius hingegangen, welchen der Sempronia's Schwager in eine Stube allein geführt, und ihm, daß die Sempronia, welche er immittelst in einen Stall versteckt gehabt, Schwanger sey, auch die Schwängerung ihm, Titio, schuld gebe, angezeigt, mit der Bedrohung, daß, wenn Titius nicht in continenti mit der Sempronia sich trauen zu lassen resolviren würde, er denselben aller Orten, wo er anzutreffen wäre, in Arrest nehmen zu lassen, mit Vorzeigung einer Schrift, Ordre und Instruction hätte, welches ihm die grössste Beschimpfung zuziehen und so gar um seine Condition bringen würde, da hergegen, wenn er der Sempronia diesen Dienst erzeigete und sich mit ihr trauen liesse, solches nicht viel zu bedeuten haben noch ihn zur Ehe verbinden sollte. Hat Titius dagegen seine Unschuld hoch betheurlich vorgestellet und um einige Bedenkzeit gebeten, es hat aber solches nicht verfangen wollen; daher er auf wiederholte Bedrohungen aus Furcht sich so weit bringen lassen, daß er sich zu der Sempronia und ihrem Schwager auf die Chaise gesetzt, da sie dann mit ihm auf zwey Catholische Dörfer gefahren; in deren ersten zwar der Priester sich der Trauung geweigert, in dem letzten aber die Trauung endlich, nachdem der Wirth, bey dem sie eingekehret, auf Anstiften der Sempronia's Schwagers, Titium mit Leib- und Lebens-Gefahr bedrohet, wenn er sich widerwärtig stellen würde, durch einen unbekanten Priester zwar vollzogen worden; es wird aber eines Theils von Titio noch gezeifelt, ob dieser, so die Trauung verrichtet, ein geweihter Priester gewesen, indem derselbe unter den Trauungs-Brief nicht seinen rechten Namen, auch nicht einmal orthographice geschrieben habe, andern theils aber hat Titius auf Befragen des Priesters, ob er Semproniam zur Ehe haben wolte, weder Ja noch Nein geantwortet, es ist auch keine Ring-Wechselung vorgegangen, noch sonst

sten etwas gegeben worden. Hat darauf der Sempronix Schwager nebst dem Pfaffen und Wirthe dem Titio fleißig Brandwein zugetruncken, worauf und als Titius betruncken gewesen, er sich zu der Sempronia, doch so, daß ihr Schwager und auch andere Leute alda geschlafen, nieder geleyet, und er, wie er vermittelst Eides zu erhalten getrauet, nicht gewußt, ob und was die Nacht zwischen ihm und Sempronia vorgegangen, folgenden Tages aber wiederum wie vorhin zu queruliren angefangen, dagegen ihm Sempronia und ihr Schwager zugeredet, er solle sich nicht so betrüben, weil es nunmehr nichts zu sagen hätte, indem sie, die Sempronia, nimmermehr von dieser Copulation etwas sagen, noch ihm hinderlich seyn wolte, sondern er sein Glück machen möchte, wo er könnte, worauf sie ihren Rückweg nach Regensburg zurück, und Titium, damit er nicht im Dorfe bleiben und sich einiger Umstände halber erkundigen möchte, ein Feldweges mit sich genommen, hernach aber denselben auf freyem Felde abgesetzt und ihn zurück gelassen, und als Titius abermalen sehr zu wehklagen angefangen, ihn nochmaln, daß kein Anspruch an ihn geschehen solte, versichert, und danebst ihm 16. Gr. zur Zehrung auf den Rückweg gegeben, worauf Titius sich wieder zurück gemacht, und es nachgehends einige Jahre ganz stille geblieben, daß sich weder Sempronia selbst, noch sonst jemand in ihrem Namen bey Titio angemeldet hat, es ist auch das Kind, damit Sempronia bey der Trauung schwanger gegangen, bald nach der Geburt verstorben, hernach auch, daß Sempronia von neuen schwanger wäre, der Ruf erschollen, so sich doch wiederum darnächst verlohren. Hat währenden solchen Gerüchte von der Sempronia abermaligen Schwängerung ihr leiblicher Vater zuerst an Titium des Inhalts geschrieben, daß, wenn er der Sempronia 100. Thlr. überschicken würde, er so dann von allem Anspruch los und ledig seyn solte, Titius aber sich zu nichts verstehen wollen, sondern zur Antwort gegeben, daß, wenn Sempronia etwas zu fordern berechtiget zu seyn vermeynte, sie solches suchen möchte, worauf es abermal stille geworden, und es sind nunmehr über 12. Jahr verlossen, daß Sempronia weder zu Titio verlanget, noch etwas zu ihrem Unterhalt von ihm gefodert hat. Ob nun gleich Titius mit

Rat. Dubl.

der Sempronia von einem Römischen Priester wirklich getrauet worden, dieselbe auch darauf bey einander geschlafen, und Titius nicht eben in Abrede zu seyn scheint, daß er sich nicht fleischlich mit der Sempronia vermischt haben sollte, und wenn er gleich eydlich zu erhalten sich erbothen, daß er nicht wisse, was die Nacht, da er bey der Sempronia gelegen, zwischen ihm und derselben vorgegangen, er dennoch, da er truncken gewesen, und keine Gewißheit von der Sache hat, wegen Furcht des Meineyds dazu nicht wohl gelassen werden kan; worzu kömmt, daß die wegen imputirter Schwängerung und versprochenen Ehe beschehene Bedrohung sich mit der Geschwängerten trauen zu lassen, pro metu injuste ilato dem Ansehen nach nicht zu halten, zumal da nicht Leib- und Lebens-Gefahr, sondern nur der Verlust seines damaligen Dienstes und Renomme darauf gestanden, und Titius entweder vor der Trauung die angedrohte Arrestirung, die doch vermittelst Obrigkeitl. Hülfe und also secundum juris ordinem hätte geschehen müssen, erwarten, und so dann seine Unschuld darlegen, oder doch wenigstens so fort nach geschehener Rückkunft, da keine Furcht mehr vorhanden, die Sache der Obrigkeit hinterbringen, und um Annullirung des geschehenen ansuchen sollen, welches er aber niemals gethan, sondern immer stille geschwiegen, nicht zu gedenken, daß auch sonst einige Umstände in dem uns überschiedten Bericht nicht allerdings der Wahrheit ähnlich zu seyn scheinen; Wie denn auch sein eigen Geständniß, was massen er nach der Trauung sich von allem Verstande gelassen, (welches nicht eben ein affigirtes, sondern ein gar rohes und dissolutes Gemüth anzeigt) nicht damit übereinkommen will, daß er sich pro concusso geriret und angiebet. Diemeil wir aber dennoch anfänglich supponiren, daß sonderlich, was die Haupt-Umstände anlanget, die Sache berichteter massen wahrhaftig vorgegangen sey, hiernächst aber aus geist- und weltlichen Rechten bekant ist, daß zu einer rechtmäßigen Ehe vor allen Dingen beyderseits Personen, so in den Ehestand treten, wahrhafte und ungezwungene Einwilligung erfordert werde, welche Einwilligung auf eine immerwährende und unzertrennliche Beywohnung gerichtet seyn muß, und dannenhero wo entweder gar nicht, oder doch dergleichen Conclusus nicht an-

Rat. Decid.

zutreffen, auch alda keine Ehe vorhanden ist, in gegenwärtigem Fall aber an Seiten Titii eine freye und wahrhafte Einwilligung nicht gewesen, indem er durch unverborgene und wiederholte Bedrohungen, daß er sonst um seine Renomme, seine Condition und zeitliche Glückseligkeit kommen, ja gar in Leib und Lebens-Gefahr gerathen würde, mit der Sempronia und ihrem Schwager zu reisen genöthiget werden wollen, da er aber nichts desto minder niemalsen die Semproniam zu ehlichen sich entschlossen, auch bey der vermeinten Trauung auf die Frage des Priesters gar nicht geantwortet, sondern überall aus grosser Furcht sich nur leidendlich verhalten hat; hiernächst aber sonderlich wohl beobachtet werden muß, daß auch an Seiten der Sempronix animus ineundi matrimonium im geringsten nicht, sondern bey dem ganzen Wercke nur dieses ihr Endzweck gewesen, wie sie auf einigerley Art einen Frau-Brieff erhalten, und dadurch bey bevorgestandener Niederkunft in ihrem Vaterland sich von dem Namen einer leichtfertigen und unzüchtigen Weib los machen möchte, welches nicht allein aus den vielfältigen Betheurungen, daß, wenn Titius der Sempronix diesen Dienst erzeigen und sich mit ihr trauen lassen würde, solches nicht viel zu bedeuten haben, noch ihn zur Ehe verbinden sollte; ingleichen nach gescheneher Trauung: Er solle sich nicht betrüben, weiln es nunmehr nichts zu sagen hätte, indem die Sempronia nimmermehr von dieser Copulation etwas sagen, noch ihm hinderlich seyn wolte; sondern auch daraus genugsam zu sehen, daß man bey der Trauung nicht geachtet, ob Titius etwas gesaget, sondern damit friedlich gewesen, daß man nur von dem Priester ein Attestat, daß er Titium mit der Sempronia zusammen gegeben, erlangen könnte, bey solchen Umständen aber diese vermeynte Trauung keine Ehe zwischen dem Titio und der Sempronia ausmachen kan, indem die Priesterliche Trauung um äusserlicher Ordnung willen nur darzu gebraucht wird, daß diejenigen Personen, welche sich vorhin rechtmäßig und freywillig einander die Ehe versprochen, öffentlich zusammen gegeben werden mögen, hergegen aber selbige die Wirkung nicht nach sich ziehen kan, daß sie aus einem gezwungenen einen freyn illigen, oder aus gar keinem einen wahrhaften Consens her-

hervorbringen sollte, sodann auch gefest, daß Titius darauf die Semproniam fleischlich erkant hätte, dennoch er dazu theils wiederum dolose durch Zusaffen vielen Brandweins gebracht worden, theils auch alhie die bekante Regul, quod non concubitus, sed consensus faciat nuptias, statt finden muß, und solcher Bey Schlaf in Ermangelung ehelichen consensus nicht anders als ein concubitus libidinofus dolo alterius procuratus, nicht sowol aber pro ratihibitione subsequente angesehen werden kan, woraus von selbst erfolgt, daß wenn auch gleich der zugefügte merus pro injusto nicht zu achten wäre, dennoch auf Seiten der Sempronix, da sie gleichfalls animum ineundi matrimonium nicht gehabt hat, daraus die Gültigkeit der Ehe nicht hergeleitet werden könne; wiewol im Gegentheil besagter merus pro injusto allerdings zu achten, weil die Beschuldigung, als ob Titius die Semproniam mit Ver-spöschung der Ehe geschwängert habe, dem Bericht nach falsch gewesen, und der Ehestand gar keinen Zwang leidet, auch nach denen Rechten die Bedrohungen durch Obrigkeit. Hülfe, zumalen wenn solche auf incarcerationes zielen, inter species concussionis & merus injulti gerechnet werden, es auch zwar an dem ist, daß Titius besser gethan, wenn er entweder die Sache so fort auf rechtlichen Auspruch ankommen lassen, oder doch bey seiner Rückkunft so fort sich dißfalls gerichtlich gemeldet hätte, iedoch aber da es nicht geschehen, solches die Gültigkeit der Ehe nicht zuwege bringen kan, vielmehr auch daraus, daß Sempronia nachhero sich so gar nicht bey Titio angemeldet, zu sehen ist, daß sie ihn zu ihrem Ehemanne niemalen, sondern nur gleichsam zum Schand-Deckel begehret habe, und auf dasjenige, was von ihrem Vater hernach vorgenommen worden, keine reflexion zu machen ist, zumalen da auch der Vater der Sempronix durch diese seine Präntension genugsam zu verstehen gegeben, daß er seiner seits die Trauung nicht pro consummatione veri matrimonii halte, indem er sonst nicht versprechen können, den Titium gegen Erlegung der begehrten Summe alles Anspruchs zu erlassen; Die Sempronia aber dem Verlaut nach in folgender Zeit in abermalige Unzucht gerathen, und dadurch, was sie für eine liederliche Person sey, überflüssig an den Tag gegeben hat, und wenn gleich die Ehe mit Titio vorhero gültig

tig gewesen, sie doch als eine adultera anzusehen wäre. Es erscheinet daraus allenthalben so viel, daß die zwischen Titio und der Sempronia vorgegangene Trauung für null und nichtig zu achten, und wenn sie gleich beständig, dennoch die Ehe wegen des von der Sempronia dawider begangenen Ehebruchs, dafern selbiger erwiesen werden könnte, wiederum von ordentlicher Obrigkeit aufzuheben und zu trennen sey. B. R. B.

§. XXX. Idem porro dicendum est, si dolus cum Nec copulatio sacerdotalis dolo extorta valet. inexcusabili calliditate antecessit; sicuti enim hic omnem excludit consensum, ita quoque copulatio sacerdotalis hunc defectum sanare nequit, cum ille, non hæc constituat matrimonium, quod cum in *tract. de diff. spons. sect. II. §. 13.* fusius jam demonstravi, B. L. huc remitto. Illustrationis tamen gratia non possum non, quin casum notabilem, M. Aug. 1706. ad Facult. nostram transmissum, hic referam, in quo sequentem in modum respondimus. Hat ein abgedanckter Kriegs-Officier mit einem Species Facti. von Adel sich bekant gemacht, ihn sonderbarer Treue und Freundschaft versichert, und eine Heyrath mit einer adelichen Person, so ihm 5000. Ehlr. baares Geld zubringen solte, angetragen, auch so gar einen Brief, darinnen von dem Vater die 5000. Ehlr. versprochen worden, vorgezeiget, auch darauf die vermeinte Braut mit ihrem Vater in Trauer-Kleidern sich eingestellt, und vorgegeben, daß ihr einziger Bruder zu Paris gestorben, um den von Adel zu persuadiren, daß die iestgedachte Braut die einzige Tochter sey, auch sonst ihre Person sehr wohl gespiellet, sich für eine vornehme Dame gar von Gräßlichem Stande ausgegeben, und sich berühmt, daß sie sich von 4. Dörffern schreibe, und der Fürst von Waldeck ihr nah zugehöre, und deswegen sich im Anfang auch Ihre Gräßl. Gnaden tituliren lassen, wie denn auch der Vater vor der Copulation solches Versprechen der 5000. Ehlr. bestäniget. Ist nun hierauf die Hochzeit vollenzogen, doch nach derselben bald ausgebrochen, daß alles lauter Betrug sey, und der Vater die 5000. Ehl. nicht zahlen könne, auch es endlich dahin kommen, daß der von Adel auf

Contin. III. N Ein.

Einrathen vornehmer Personen mit 300. Fl. der Zeit sich befriedigen zu lassen, versprechen müssen, doch, wie auch dieses neue Pactum zum Stande hat gerichtet werden sollen, der Vater davon gegangen und endlich kund worden, daß der selbe kein Edelmann, sondern ein abgesetzter Fürstl. Beamter sey, und sich des Namens von Waldeck fälschlich bedienet, darauf der von Adel bewogen worden, sich dieser Betrügerin ganz zu enthalten, die hergegen sich sehr zornig gegen ihn aufgeföhret, und ihn mit Gift umzubringen gedrohet, und bey solchen Umständen gefragt wird: Ob solches Ehe-Versprechen nicht null und nichtig sey, auch solches durch die erfolgte Priestlerl. Copulation und eheliche Beywohnung nicht habe können confirmiret werden? Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß bey dieser Heyrath kein error substantialis anzutreffen, zumal ad essentialiam matrimonii eben nicht præcise erfordert wird, daß die Eheleute gleiches Standes seyn, und auch sonst ex solo errore circa bona fortunæ das Matrimonium nicht zerissen werden mag, auch dem von Adel bey dieser Heyrath nicht wenig impuriret zu werden scheinen möchte, daß er sich nicht besser nach allem erkundiget, und des abgedanckten Officiers Verketlungen in allen getrauet, auch leicht zu erachten gewesen, daß, weil die Braut sich zu ihm eingestellt, es nicht gar zu richtig mit dieser Sache stehen müsse, wozu denn noch diese Difficultät kommt, daß solche Ehe bereits vollzogen und durch die Priestlerl. Copulation und eheliche Beywohnung confirmirt, mithin ohne harte und grosse Ursachen, so hier zu fehlen scheinen, nicht wohl zu rescindiren sey, cum benedictio sacerdotalis sit testimonium firmissimum conjugii vere consummati, & coram facie Dei, angelorum & ecclesie confirmati. Carpz. *Jurispr. Eccles. lib. 2. def. 142. n. 17.* Die weil aber dennoch das essentialia requisitum omnis matrimonii vornehmlich in consensu contrahentium zu sehen, siquidem consensus, non concubitus nuptias facit, l. 15. ff. de condit. & demonstr. und solcher alsdann nicht anzutreffen, wenn iemand durch Betrügeren und unzulässige Lügen den andern zur Heyrath induciret, cum nihil magis excludat consensum, quam dolus, & sic si causam negotio dederit, negotia bonæ fidei reddat ipso jure nulla l. 7. pr. de dol.

Quæstio.

Rat. Dubit.

Rat. Decid.

del. mal. l. 16. §. 1. ff. de minor. l. 3. §. fin. ff. profoc. Hergegen es dieser ganzen Handlung gemäß, daß nicht per fraudes, sondern durch andere zulässige Mittel jemand zur Heyrath gebracht werde, und denn bey vorgehender Heyrath sich solche Umstände finden, welche einen grossen Betrug an den Tag legen, indem man erstlich einen Kupler an den von Adel abgeschicket, der ihn durch allerhand listige Vorstellungen zu dieser Heyrath präpariren müssen, nachgehends, als die vermeynte Braut gekommen, sich dieselbe nebst ihrem Vater einen falschen Namen gegeben, sich vornehmes Standes gerühmet, ja gar Ihre Gräßl. Gnaden tituliren lassen, um nurden von Adel dadurch zu betrügen; welches denn ein offenkundiges Falsum ist. *l. 13. pr. ff. ad L. Cornel. de fals. Carpz. Prax. Crim. P. 2. qu. 93. num. 33.* Dahin denn in specie von denen Doctoribus referiret wird, si quis nobilem ex insigni ac præclara familia lese natum procreatur, & ab aliis vel hujus vel alterius familia nobilibus eo nomine aliquid emendicet, aliove modo eos fallat, lucro & commodo suo, aliorumque damno, *Carpz. cit. l. n. 36.* welches in specie ad hunc casum gar wohl applicabel ist, angesehen diese verstellte Person weder eine von Adel, noch von demjenigen vornehmen Geschlechte ist, dafür sie sich ausgegeben, und gleichwol der von Adel sie unter dieser Absicht geheyrathet, wie denn auch die Betrügeren sich daran erdugnet, daß, obgleich 5000. Thl. anfänglich loco dotis versprochen, und als solche nachgehends nicht erfolgen können, der von Adel auf guter Freunde Interposition mit 300. Fl. zufrieden seyn wollen, keines von beyden hat erfället oder bewerkstelliget werden können, anderer Verstellungen und fälschlichen Lügen, so bey diesem Handel passiret sind, nicht zu gedencken, und denn die bewehrtesten Juri unter den Protestanten in solchem Fall darin eines sind, daß ob ejusmodi dolum enormem das Matrimonium billig für null und nichtig zu erklären sey, *Carpz. Jurispr. Consist. lib. 2. def. 202. n. 12. Richter. decif. 88. n. 25. seqq. Reulner. lib. 3. decif. 5. n. 26. Kitzel. Synops. matrim. c. 4. ib. 15. Bruckner. decif. matrim. c. 19. n. 12. seqq.* auch hiebey die benedictio sacerdotalis nicht in Consideration zu ziehen, anermogen solche Solennität, als welche nicht einsten ad matrimonii essentiam

erfordert wird, kein ungültiges Matrimonium, ubi defectus est in consensu, gültig machen kan, quoties enim dolose alter inductus & ita matrimonio junctus, non Deus, sed diabolus, pater mendaciorum, hunc junxisse videtur, & hinc quoties decepta persona hoc desiderat, separatio totalis decernenda; Cypræus *de sponsal. c. 13. §. 58. n. 2. in f.* und obgleich dem von Adel einige Culpa hiebei imputiret werden könnte, doch aus den Rechten bekant, quod dolus cum culpa circa idem negotium concurrere compensari non possit, Hahn. *ad Wesemb. tit. de Compens. n. 4.* nam dolus præponderat culpam. Alst. Bergal. *de dol. lib. 6. reg. 12.* So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß obgedachte Ehe non obstante copula sacerdotali für null und nichtig billig zu erklären sey.

Decisio.

An hodie præter benedictionem etiam consensio thalami desideretur.

§. XXXI. Sicuti itaque ad constitutionem matrimonii de Jure Romano consensus matrimonii solenniter declaratus sufficit, ita concubitus ad illam non requiritur *l. 15. ff. de condit. & demonstr.* Et inde de jure civili, quod sub conditione matrimonii contracti legatum est, statim debetur, ac quidem sponsa domum ducta est, utut non accessit concubitus *cit. l. 15.* ibique Dd. Sed antiqui mores Germanici matrimonium runc demum, quoad effectus conjugii, consummatum esse censuerunt, si consensio thalami accesserit, nach gehaltenem Benlager und Heimführung; plerumque enim nuptiæ in ædibus sponsæ fieri solent, & ita demum in domum mariti transire videtur, si in domum mariti deducta, & consensio thalami facta sit. Atque huc collineat vetus dispositio Juris Saxonici *Lib. 3. tit. 45.* ubi ita: Das Weib ist auch ihres Mannes Genosin in aller der Ehren und Würdigkeit, die der Mann hat, zu Hand, als sie in sein Bett tritt. Idem quoque asseritur *l. 1. art. 45.* Und obwol ein Mann seinem Weibe eben nicht bürdig wäre, ist er doch ihr Vormund, und sie

ſie iſt ſeine Genöſin, und tritt in ſein Recht, wenn ſie in ſein Bett tritt. Inde morem adhuc remanſiſſe exiſtimo, quod in illuſtrium matrimoniis, quæ per legatos contrahuntur, imaginaria & ſimulata quædam conſenſio thalami accedere debeat, ut ita matrimonio conſummato jam nihil deeſſe videatur. Similiter & hodie in Saxonia uxor aliter nihil lucrari ex eo poteſt, quod ſibi ex bonis defuncti debetur, antequam thalami conſenſio facta fuerit, quod vocant die **Decke beſchlagen**, uti patet ex *P. 3. Conſt. 19.* ibique *Carpzov. def. 2. ſqq. Richter. P. 2. deciſ. 94. n. 6. Berlich. P. 3. Concl. 25. n. 28. ſqq. Beſold. in tbeſ. pr. voc. Bett.* Idem quoque conſtitutum in Jure Württembergico *P. 4. tit. 2.* quod etiam de Jure Lubecenſi obtinere tradit *Mevius in Comm. ad jus prædictum P. 2. tit. 2. art. 12. n. 271.* Quamvis vero quidam præterea conjunctionem corporum quoque requirant, & hæc de moribus nonnullorum locorum neceſſaria ſit, teſte *Sande lib. 2. deciſ. Friſ. tit. 5. def. 1.* In Saxonia tamen aliisque Germaniæ locis hæc non deſideratur, ſed conſenſio thalami ſufficit *Carpz. c. 1. def. 4. Rauchb. P. 1. Q. 31. n. 12. Richter. c. 1. n. 4. & 5.* An in Marchia idem jus obtineat, quod contendit *Kohl. de Succ. conjug. P. 1. n. 11.* non adeo expeditum eſt, de quo dixi *in not. ad Brunn. jus eccl. lib. 2. c. 17. in f.* Ubi enim Jus Civile viget, conſenſio thalami haud neceſſaria eſt, ad lucranda illa, quæ pacto vel ſtatuto debentur. *Brunn. ad l. 22. C. b. t. n. f. Hahn. ad Weſ. tit. de ſponſ. n. 6. verbis contrarium.*

§. XXXII. Quemadmodum vero in jure noſtro De jure ſecundarum nuptiarum. ſecundæ nuptiæ permiſſæ ſunt, ita quoque moribus eaſdem permiſſas eſſe conſtat, quicquid jus canonicum in odium earundem ſanxerit. Non tamen debent eſſe

nimismaturæ; Jure Romano enim viduæ annus luctus præstitutus est, ut intra illum sine nota infamiæ ad alia vota convolare haud possit; *l. 1. 2. C. de sec. nupt. l. 8. l. 11. §. 1. de bis, qui not. infam.* quo jure etiam hodie utimur. Mariti vero uxores lugere, de necessitate Jur. Rom. non tenentur, & proinde quoque illis nullum tempus præfixum est *c. 9. de bis, qui not. infam. Nov. 22. c. 16. pr.* Verum hic mores consistoriorum nostrorum maxime variant. In *Ord. eccl. Magd. c. 10. §. 9.* ita hac de re cavetur: Und sollen die Witfrauen, als denen sich wieder zu verehlichen unverbotten, vor Ausgang dreyer viertel Jahren sich nicht wiederum verloben, vielweniger gar durch Priesterl. Copulation verheyrathen, die Witwer aber, so kleine Kinder haben oder deren Haus-Wesen sonst weitläufftig ist, mögen nach Abfall eines halben Jahres sich verloben und zur andern Ehe schreiten, quod etiam in terris Saxonis obtinet. In Electoratu Palatino mariti itidem demum post sex, viduæ vero post novem aut decem menses matrimonium contrahere possunt. Bruckner. *in decis. matrim. C. 15. n. 37.* E contrario in Ducatu Würtembergico indistincte post semestre spatium secundæ nuptiæ permissæ sunt, nisi vidua ex defuncto marito gravida sit. Lauterb. *in colleg. pr. b. t. §. 40. 41.*

Jura pecu-
lia secunda-
rum nuptia-
rum.

§. XXXIII. Habent tamen secundæ nuptiæ jura sua peculiaria, uti constat ex *l. 1. C. de secundis nupt.* & P. Mülleri *diff. de odio sec. nupt.* quæ tamen non ubique recepta sunt. Sic enim *totum tit. C. de sec. nupt.* in Saxonia abrogatum vel potius non receptum esse, testatur Carpz. *L. 2. jurispr. consist. def. 162. n. 4.* quorum in primis pertinet decisio *l. 6. C. cit. t.* qua cautum, ne superstes plus possit conferre in novum conjugem, quam contulit in unum ex liberis prioris matrimonii. Berlich.

P. 3.

P.3. concl. 24. n. 48. Carpz. P.2. C. 43. def. 17. Verum inde universalis abrogatio colligi nequit, sed hæc tantum ad Saxoniam restringenda, & ubi Jus Saxonicum est receptum; & proinde moribus dispositionem *L. hac edict. 6. cit.* adhuc extra Saxoniam observari, probat Esbach. *in Carpz. cit. l. n. 3.* Utrum vero in Ducatu Magdeburgico obtineat, non adeo expeditum est, quemadmodum hac de re ante aliquot annos graviter disputatum esse memini.

§.XXXIV. Hoc præterea moribus plurimorum locorum prudenter introductum, quod parentes, qui ex priori matrimonio liberos habent, ad secunda vota con-
 volare non possint prius, quam cum liberis prioris matrimonii divisionem bonorum, *die Schichtung*, susceperint, quæ in primis eis in locis obtinet, in quibus est inter conjuges communio bonorum. Sic *Jure Lubec.* hæc divisio æquis partibus instituenda, parentibus ad secunda vota convolantibus injuncta est, prout pluribus declarat *Mev. ad Jus Lub. P. 2. tit. 2. art. 2. n. 6.* A Jure Civili plane hanc divisionem abhorreere constat, quippe quo legitima non debetur, nisi post mortem. Unde *Coler. P. 1. Dec. 39.* aliique moti sunt, ut hujusmodi statuta irrationabilia esse assererent, a qua imputatione tamen hanc statutorum dispositionem optime defendit. *Mev. cit. l. n. 8. sqq.* Similiter *Jure Hamburgensi* hoc provisum est *P. 3. tit. 3. art. 4.* *Da aber der Vater anderweit heyra- then wolte, muß er vor oder innerhalb 4. Wochen nach dem ehelichen Beylager, mit Vorwissen und Consens zweyer seiner verstorbenen Hausfrauen nechsten Freunden, seine Kinder gebühlich abtheilen &c.* Quomodo autem divisio talis institui debeat, plenius *in art. cit.* præscribitur. Idem quoque matri viduæ injungitur *c. l. §. 6.*

Nuptiæ secundæ in quibusdam locis non aliter valent, quam si liberis prioris matrimonii satisfactum est.

in Jure Rigenſi *Lib. IV. tit. 4. ſ. 1.* ubi ſimiliter ita diſponitur: Stirbt eine Frau, ſo ihren Mann und denn ein mit ihm erzeugtes Kind hinterläßt, und der Mann wolte ſich anderweit verheyrathen, ſo ſoll er dem Kinde in Beſepn deſſen nächſten Anverwandten und Vormünder das dritte Theil abtheilen, er aber ſoll die andern zwey Theile für ſich behalten. Si vero mater ſecundas nuptias inire vult, hoc jure cum infante prioris matrimonii æqualiter dividit, *per ſ. 2. cit. 1.* Si plures liberi ex priori matrimonio adſunt, viduus cum illis æqualiter dividit, vidua vero hic partem tertiam tantum retinet, *per ſ. 3. & 4. cit. 1.* Hunc in finem quoque inventarium faciendum eſt, & tamdiu denunciatio eccleſiaſtica & benedictio ſacerdotalis interdicitur, donec hæc diviſio legitime ſuſcepta ſit, de quo pluribus dixi *in diſſ. de collat. jur. ſtatut. Rigenſ. cum jure comm. c. 3. n. 55. ſqq.*

Effectus ma-
trimonii eſt
jus mariti in
uxorem.

§. XXXV. Ad effectus matrimonii progredior, quorum potiſſimum refero jus mariti in uxorem. Ubi ante omnia notandum, nullo modo probari poſſe ſententiam Auguſtini, quando ſubjectionem uxoris inde deducere voluit, quod mulier non ſit ad imaginem DEI creata. Ita enim in *c. 13. C. 33. Qu. 5.* inquit: *Hæc imago Dei eſt in homine, ut unus factus ſit quaſi Dominus, ex quo ceteri orirentur, habens imperium Dei, quaſi vicarius ejus, quia omnis Rex habet Dei imaginem, ideoque mulier non eſt facta ad imaginem Dei. Sic enim dicit: Et fecit Deus hominem, ad imaginem Dei fecit illum. Hinc eſt, unde Apoſtolus: Vir quidem, ait, non debet velare caput ſuum, quia imago & gloria Dei eſt, mulier autem ideo velet, quia non eſt gloria aut imago Dei.* Primo enim omnino falſum eſt, quod uxor non ſit creata ad imaginem Dei, quæ non in præſtantia ſexus, ſed in ſanctitate interna animi conſiſtit. Deinde Paullus *1 Cor. XI, 7.*

XI, 7.

XI, 7. ad quem locum provocat Augustinus, non negat, uxorem esse ad imaginem Dei creatam, sed tantum ibi dicitur, quod uxor sit gloria Viri. Unius autem positio non statim est alterius exclusio: *Comina* illis quidem Ambrosius *in c. 19. c. 33. qu. 5.* affert, sed eodem quoque errore ducitur. Nec deterreat nos tantorum Patrum auctoritas, nam amicus quidem Augustinus, amicus Ambrosius, magis tamen amica veritas. Neque ipse Augustinus voluit, ut sententiæ ejus absque judicio acciperentur, cum ipse *in C. 4. D. 9.* fateatur, multa esse in opusculis suis, quæ possint justo judicio & nulla temeritate damnari.

§. XXXVI. Ceterum Jus mariti in uxorem ex ipsa quidem naturali ratione demonstrari potest; multa tamen singulæ Civitates huic juri superaddiderunt, multaque determinarunt, quæ ex sola ratione naturali non constabant. Hæc enim tantum subjicit Uxorem Viro, sed indefinite; Jus Civile autem potestatem illam definit & determinat, circumscribitque, quousque se extendere debeat. Cum itaque Jus maritalis secundum Jura Civilia communia a nobis considerandum sit, hinc quoque secundum illa describitur, quod sit *jus legitimum Viro competens in personam & bona Uxoris ad communem tum societatis conjugalis, tum rei domesticæ utilitatem.* Dicitur *jus legitimum*, ut ostendam, potestatem Viri circumscribendam esse Legibus & jure, nec ulteriorem ei competere, quam quousque leges hoc permittunt. Jus autem hoc secundum Leges non est absolutum, sed restrictum & moderatum, ut uxor nihilominus adhuc *sui juris* maneat, licet sit sub potestate mariti: neque enim tale Jus marito adscribi potest, quale competit Patri in liberos, Dominis in servos, qui

Quid sit Jus
maritale in
uxorem?

Contin. III.

O

pro.

Nascitur hæc
potestas ex
Nuptiis legiti-
mis.

propterea *alieni juris* esse dicuntur. Manent itaque uxori omnia jura salva, quæ hominibus sui juris competunt.

§. XXXVII. Competit hoc jus *Vir*, ut dicitur in definitione, quo ipso præsupponitur legitimum & iustum matrimonium, ex quo hæc potestas dependet: ex iniustis enim nuptiis, nec Vir, nec Uxor, nec matrimonium intelligitur, §. 12. *f. de nupt.* & sic nec maritalis potestas. Vir enim non est, uti nec pater, nisi quem iustæ nuptiæ demonstrant. Ceterum, matrimonium *injustum* cum *putativo* nullo modo esse confundendum, constat. Injustum enim dicitur, quod scienter contra Leges est contractum, & sic effectus legitimos non producit, quia est nullum. *L. 5. C. de LL.* quale etiam hodie datur, si debita requisita Constitutionum Provincialium haud fuerint adhibita. Neque enim hodie ex omni defectu civili matrimonium nullum est, aut suis effectibus caret, veluti, si dissentientibus parentibus liberi nuptias contraxerint, quamvis statuta locorum nonnullorum expresse contrarium, & satis optime constituerint, uti *Const. Marchica de an. 1694.* Ita in Ducatu Guelpherbitano alibique illud ipsum quoque introductum, & tale matrimonium pro injusto & irrito declaratum fuit, ex quo nullus effectus, & sic nec maritalis potestas oritur. *Conf. Tr. de Diss. Sponsal. Sect. 1. §. 42. & 65.* Aliud dicendum de putativo matrimonio, quod conjuges inter se quidem nulliter, sed bona fide tamen contraxerunt, ob defectum aliquem occultum, quem iuste ignorarunt, veluti si per errorem prius matrimonium diremtum, posterius matrimonium dicitur putativum, *C. 6. & f. X. de frigid. & malef.* si uxor iuste existimet, maritum priorem esse mortuum, & alii nubat. *C. cum per bellicam 1. C. 34. qu. 1.* si in gradu prohibito conjuges ignorantes coeant.

ant. *L. qui contra 4. C. de incest. nupt.* Licet vero hoc matrimonium putativum itidem nullum sit, in se scilicet, adeo, ut postea vitio comperto rescindi debeat, tamen propter concurrentem bonam fidem, eosdem effectus habet, quos verum matrimonium, quemadmodum in aliis quoque casibus Jus putativum eosdem producit effectus, quos Jus verum. v. *Diss. nostra de jure putativo.* Sic itaque liberi interim nati pro justis & legitimis habentur. *Covarr. de Spons. P. 2. c. 8. §. 1. n. 1.* Dn. Hertius *de matrim. putat. §. 22.* & sic quoque succedunt patri suo. v. *Tr. de Success. ab intest. diss. 2. §. 57.* Dos quoque omnia privilegia habet. *L. 22. in f. ff. solut. matrim. L. 3. C. eod.* Ferd. Arias de Mesa *L. 3. resol. C. 21.* Quod si itaque omnes effectus legitimi matrimonii maritus putativus habet, habebit quoque maritalem potestatem, & omnia inde dependentia jura. Quod si ab una tantum parte bona fides adsit, nihilominus putativum matrimonium erit, ut sic maritus, in justo errore constitutus, Jus maritale in uxorem, vitii haud ignaram, recte exercere possit. *C. 14.*

X. *qui fil. sint leg.* secus forsán dicendum, si maritus esset in dolo, & vitium sciret. Quod si matrimonium ad *Morganaticam* contractum sit, sicuti uxor est legitima, licet minus solennis, & præterea hæc conjunctio legibus fundata & approbata est. *F. 29.* ita quoque sine dubio marito in uxorem Jus suum illibatum erit: marito enim in hoc matrimonio nihil decedit, sed uxori. v. B. Linck. *de matr. lege Salica contr. C. 3. n. 29. sqq.* Illud parum refert, an matrimonium diu constiterit, an vero momentaneum fuerit, nam etiam hoc ipsum suos effectus habet. *Tiraq. ad L. si unquam verb. donatione largitus n. 221. C. de revoc. donat.* quamvis Jus maritale hic parum sese exercere possit.

An pactis dotalibus maritalis potestas possit tolli?

§. XXXVIII. Quemadmodum autem jura inter conjuges pactis dotalibus determinari, mutari, & tolli suo modo possunt; ita nunc quæstio examinanda, an & quatenus pactis dotalibus mariti Jus in uxorem restringi, mutari, vel tolli possit? Ubi distinguendum esse judico inter jus, quod marito *in bona uxoris*, & quod *in personam* ejus competit. *Illud esse renunciabile existimo*; veluti si maritus promittat, quod acquæstum prætere nolit &c. Huc etiam referri posset pactum, quod maritus curator uxoris esse nolit, uti alias ex statuto, velut Hamburgico, est, cum hæc curatela videatur marito demandata unice in favorem ejus. Sande *L. 2. tit. 4. def. 3.* cui renunciare potest. Conf. Huber. *ad tit. de pact. dotal. §. 4.* Verum Jus, quod marito *in personam uxoris* competit, seu imperium *maritale*, a se abdicare nequit, quia tale pactum contra bonos mores, & sic nullum irritumque foret *L. 5. pr. ff. de pact. dotal.* adeo, ut si vel jurato in pactis dotalibus promississet, quod uxor imperium exercere deberet, maritus tamen tanquam ex pacto turpi inde haud obstructus sit. Strauch. *de jure mariti in uxor. sect. 3. §. 7.* Müller. *diff. de frigusculo c. 3. §. 6.* Aliud dicendum de tali pacto, per quod tantum restringitur maritalis potestas, ne nimis acerbe a marito exercéatur, nam hoc pactum bonis moribus haud adversatur. Huber. *cit. loc.*

Potestas maritalia in personam uxoris quoad jus vitæ & necis.

§. XXXIX. Competit hæc potestas marito (1) *in personam uxoris*, vi cujus uxor marito subjecta est. Potestas hæc apud Gentes varia fuit, nunc durior, nunc laxior. Apud nonnullas adeo rigide exercita est, ut maritis etiam Jus vitæ & necis in uxores competierit. Sic de antiquis Gallis Cæsar *de bello Gallico L. 6. c. 19. n. 3.* ita: *Viri in uxores, sicuti in liberos, vitæ necisque habent potestatem.*

testatem, & cum Paterfamilias illustriori loco natus decessit, ejus propinqui conveniunt, & de morte si res in suspicionem venit, de uxoribus in servilem modum quæstionem habent, (nam in feros tantum per torturam inquirebatur) & si compertum est, igne atque omnibus tormentis excruciatas interficiunt. Similem fere potestatem Romulus maritis olim sub Regia Republ. dederat, quam Dionys. Halicarnass. L. 2. antiq. Rom. ita describit: Si qua in re (Uxor) deliquisset, ipsum, qui injurias passus erat (maritum) judicem habebat, qui pœnæ magnitudinis erat arbiter. De his vero cognoscebant ipsi cognati cum Viro, ubi violata fuisset pudicitia & (quod omnium peccatorum levissimum Græcis videretur) si quam mulierem vinum bibisse constitisset. Romulus enim hoc utrumque, ut muliebrium peccatorum gravissimum, puniri jussit, quia stuprum dementia, ebrietatem vero stupri originem esse judicavit. Et diu duravit hoc utrumque apud Romanos, ita ut inexorabilis ira esset. Atque huc videtur respexisse Sueton. in Tiber. c. 35. ubi ait: quod auctor fuerit, matronas prostratæ pudicitia, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui maritorum more de communi sententia coercerent. Reliquiæ hujus Juris rigidi adhuc supersunt in nostris Digestis, ubi marito conceditur, ut possit adulterum deprehensum impune occidere, modo in sua domo eum deprehenderit, L. 24. pr. ad L. Jul. de Adult. & adulter fuerit vilioris conditionis, d. L. ut tamen uxorem amplius interficere ei non licuerit, quamvis, si interfecerit, ab ordinaria pœna liberatus sit. L. 22. §. f. L. 24. §. 1. L. 38. §. 8. f. eod. Olim autem etiam maritis jus interficiendi uxores in adulterio deprehensas competiisse, ostendit A. Gellius in Noct. Attic. L. 10. c. 23. in f. De antiquis Germanis Tacitus de morib. Germ. hæc refert. Paucissima in tam numerosa gente.

adulteria, quorum pena praesens est maritis permessa. Accisus criminibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus, ac per omnem vicum verberatam agit: publicata enim pudicitiae nulla venia. Exercuerunt ergo etiam prisca Germani quandam in uxores jurisdictionem, quam eisdem mores prisca permittebant. Et cum Longobardi genuina gens Germanorum fuerint, inde sine dubio fluxit, quod hi quoque jus vitae & necis in uxores exercuerint, ut constat ex *LL. Longob. L. 1. L. pen. & ult. Tit. qual. mult. lib. permiff.* Aliarum gentium mores nunc praetereo.

An maritalis
potestas sit
fortior patria?

§. XL. Ceterum, quamquam ab initio satis rigida in uxores fuerit constituta potestas maritalis Jure Romano, multum tamen ab ea remissum est, siquidem in Pandectis nostris rarissima vestigia de Jure vitae ac necis adhuc residua sunt. Imo tanta ne quidem mariti potestas fuit, ut tolleret patriam potestatem; nam apud Romanos filia per nuptias non liberabatur a patria potestate *L. 2. §. 1. in fin. ff. sol. marr. L. 29. pr. ff. eod. L. 20. ff. ad L. Jul. de Adult. L. 18. pr. C. de nupt. L. 5. ff. de collat. dot.* Tiraqu. *ad LL. connub. gl. 1. P. 1. n. 1.* Non tamen Pater amplius ita libere suam potestatem in filiam exercere poterat, uti antea, ne bene concordantia matrimonia dissolverentur. *L. 1. §. 1. L. 2. ff. de lib. exhib.* Verum, apud alios populos id secus se habuisse, constat. Cognoscitur id ipsum ex illo *Euripidis in Danae apud Stobaeum Serm. 21. Mulier enim aggressa paternam domum non amplius parentum est, sed mariti.* Similiter apud Hebraeos filiae translatae videntur ex potestate patria; quod Augustinus apud Gratianum *in c. 6. C. 33. qu. 5.* exinde colligit, quia, si adhuc innuptae essent, jam pater vota persolvere poterat, si, antequam persolveret, nupsit.

rit, & viro ejus hoc cognitum non placuerit, vota perfolvere non debuit, idque ex Legis Mosaicæ provisione. Idem de moribus Gallicis probat Tiraqu. *cit. L. 1. 4.* Quod si Germanorum mores intuemur, fere conclamatum est, filiam per nuptias liberari a patria potestate, & ita transire in maritalem. Judicat hoc ipsum Speculum Saxonicum *L. 1. art. 45.* ubi dicitur: **Und ob wol ein Mann seinem Weibe nicht ehentürdig, ist er doch ihr Vormund, und sie ist seine Genosin, und tritt siem sein Recht, wenn sie in sein Bette tritt.** Idem ex aliis textibus tam Saxonici, quam Svevici Juris quoque colligi potest, quos nunc quidem non tango. Ex hæc praxis adhuc per universam Germaniam hodie obtinet, ut Doctores unanimiter fatentur, qui videndi sunt apud Berlich. *P. 2. concl. 11. c. 42.* conf. Carpz. *P. 2. Const. 10. def. 2. Br. adl. 7. C. de patr. pot. Mey. ad Jus Lubec. L. 1. tit. 3. n. 25. Gudel. de jure noviss. L. 1. C. 13. in fin. Vide Us. Mod. tit. de Adopt. §. 23.* atque ita semel liberata, sui juris manet, licet vel maxime per mortem mariti matrimonium dissolutum fuerit. Carpz. *cit. l. n. 6.* Jo. a Sande *Dec. Fris. L. 1. tit. 7. defn. 5. Dn. Brunn. L. 31. ff. de adopt. n. 4.* Neque hic, ut in filiis, attenditur, sive cum marito suo separatam œconomiam instituerit, nec ne. Carpz. *cit. l. n. 8. seqq.* Ex quo conspicuum redditur, apud Germanos semper plus valuisse maritalem potestatem quam patriam; utramque vero haud compatibilem fuisse.

§. XLI. Hodie tamen eodem rigore potestas maritalis in uxores exerceri amplius minime potest, ac quidem olim apud Germanos, adeo, ut mores Germaniz cum Jure Romano noviori quam optime conspicerent. Neque enim, si societatis conjugalis naturam

Quomodo temperatum sit hodie jus mariti in uxorem?

con:

confidero, illa ferre potest tam absolutum imperium maritorum in uxores, uti quidem est dominorum, cum potius consistat in intima unione summo amore conglutinata, & tenerrima amicitia, quæ tale imperium mariti respuit. Hoc intuitu in sacris uxor & maritus una caro dicuntur, vel duo in carne una, *Gen. II, 24.* imo pars ipsius mariti. *Matth. XIX.* Accedit, quod ipse Salvator sub hac unione arctissima adumbrare voluerit unionem Christi cum Ecclesia, *Epbef. V.* atque adeo sicut Christus dilexit Ecclesiam, ita Paulus vult, ut mariti diligant uxores suas. *Epbef. V, 25.* Porro *1 Petr. III, 3.* jubentur mariti cohabitare uxoribus cum *ratione.* Jam, uti antea demonstratum, contra rationem videtur esse, si quis herilem potestatem in uxorem vellet exercere, quæ plerumque cum quadam acerbitate conjuncta est, qualem potestatem rursus Apostolus improbavit *ad Coloss. III, 19.* inquit; *Viri diligite uxores, & nolite amari esse erga illas: amaritudo enim cum amore conjugali pugnat.*

Illustratur hoc
porro ex gen-
tium moribus.

§. XLII. Idem etiam gentes, quæ Viris Jus quidem in uxores concefferunt, non tamen uxorem plenæ potestati maritali subjici existimarunt, dum eidem non subditam, sed sociam esse voluerunt. De antiquis Germanis Tacitus *Tr. de moribus Germ.* hoc commemorat, quod uxores admonuerint in ipsis matrimonii auspiciis, *venire se laborum, periculorumque sociam, idem in pace, idem in bello passuram, ausuramque.* De antiquorum Romanorum uxoribus tempore Romuli ita loquitur Dionys. Halicarnass. *L. 2. Antiq. Rom. Uxor si pudica fuisset, & marito in omnibus rebus morem gessisset, erat familiae Domina, æque atque ipse vir, & in ejus defuncti bona, ut filia in Patris, heres succedebat &c.*

Hoc

Hoc intuitu in Jure Romano uxor non ancilla, sed *socia* dicitur. Sic in *L. 4. C. de crim. expil. hered.* vocatur *socia divina atque humana domus*, & in *L. 52. ff. de re jud.* dicitur, quod *societatem vitæ* contraxerit cum marito, h. e. individuum vitæ consuetudinem §. 1. *I. de patr. potest.* seu consortium *omnis vitæ*, divini atque humani juris communicationem. *L. 1. ff. de Rit. Nupt.* Hoc intuitu noluerunt leges civiles concedere inter conjuges actionem furti, quod *societas vitæ quodammodo Dominam uxorem faceret*, ut dicitur in *L. 1. ff. ver. amot.* Et quia porro hæc societas communicationem cujuscunque fortunæ continet, hinc eleganter in *l. 22. §. 7. ff. solut. matr.* exstat: *quid tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse?* Quo etiam alludit Laëtant. *l. 3. C. 21. n. 8. Qua servari potest cbaritas, nisi habitaverint semper ut socii, nisi devota mens & servata invicem fides individuum fecerit cbaritatem.* Ex quibus omnibus demum concludo, imperium maritale in uxorem non esse herile, sed mixte, magis auctoritate svadendi, quam absolute imperandi constans, cum etiam præterea uxor sit *socia*, & gubernatrix rei domesticæ, marito tamen prævalente.

§. XLIII. Sicuti ergo marito quoddam imperium An maritus possit castigare uxorem? competit, ita uxor ad quandam subjectionem & reverentiam marito exhibendam obligatur. Ex imperio vulgo deducunt Jus moderate castigandi uxorem, ceu pluribus ostendit Tiraq. *de LL. connub. gloss. 1. P. 1. n. 22.* Carpz. *L. 2. jurispr. eccl. def. 212. n. 1. 2. Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 2. n. 439.* Wurmser. *Tit. 47. Obs. 21.* Farin. *Op. Crim. quæst. 143.* modo (1) castigatio talis fiat justa de causa. Farinac. *Prax. Crim. Qu. 143. n. 74. seqq.* nec (2) eadem in sævitiam degeneret, sed moderate fiat. Carpz. *cit. l. defn. 121. n. 1.* Strauch. *de jure mariti in uxore*
 Contin. III. P rem

rem Sect. 3. §. 10. quæ omnia tamen de nudo jure permitte intelligenda esse volo, ut uxor eo nomine nec injuriarum agere, nec ad separationem quoad thorum & mensam provocare possit. Alias si secundum regulas prudentiæ & honestatis judicandum, consultius utique pro marito est, si hæc extrema media, quæ raro auctoritatem marito conciliant, sed potius animorum unionem dissolvunt, omiserit, cum revera ita infelicitatem conjugii & discordiam magis augeat; amor enim castigatione non firmatur, sed tollitur; sublato autem amore conjugii potissimum bonum tollitur, neque enim tantum videndum inter conjuges est, quid permissum sit, sed etiam quid honestum & consultum.

An pacto remitti possit
Jus castigandi?

§. XLIV. Ex quo nunc facile constat, quid de quorundam Doctorum sententia judicandum; qui hoc Jus castigandi uxorem a deo marito tribuunt, ut ne quidem renunciabile illud esse existiment, ob rationem, quod pactum de non castigando uxorem bonis moribus contrarium sit. Rol. a Valle *Consil. 27. n. 14. & 15. Mev. ad jus Lubec. cit. l. n. 440.* Esbach. in *Carpz. P. 3. C. 26. def. 6. n. 2. in fin.* Scilicet cum hætenus ostensum sit, consultius & honestius esse, ut maritus ab omnibus verberibus absteineat, non potest dici, quod hoc pactum bonis moribus contrarietur. Confundunt prædicti Doctores sine dubio duas separatas quæstiones, quarum prima hæc est: an maritus pactis dotalibus omne imperium a se abdicare possit? quod pactum, tanquam bonis moribus contrarium, supra rejectum est; Altera est: annon promittere possit, quod nunquam uxorem castigare velit, licet vel maxime verbera promerita fuerit? quod utique affirmo, quia non statim eo ipso omne imperium a se abdicat. Imo si non turpiter, sed honeste facit,

facit, abstinendo a verberibus, & eo ipso tacite renunciat juri suo; cur non posset etiam expresse? Nec obstat, quod imperium castigatione potissimum sese exerat; nam hoc est, quod negatur: sunt utique adhuc alia remedia saniora, uxorem immorigeram ad meliorem mentem deducendi; quæ si inutilia, nec verbera aliquid operabuntur. Tiraq. *ad LL. connub. Gl. 1. §. 9. n. 227.*

§. XLV. Hoc autem merito miror, quod Tiraq. *ait. l. n. 23.* asserere haud vereatur, clericum paulo severius uxorem castigare posse. Et quidem hanc suam sententiam stabilire conatur ex *C. placuit 10. c. 33. qu. 2.* ubi Clericis injungitur, ut uxores peccantes custodiant & castigent in domo sua, & ad jejunia salutaria, non mortifera eas cogant. Verum in hoc textu nulla Clericis indulgetur castigatio, sed illis tantum penitentia Ecclesiastica gradus uxoribus imponenda præscribuntur, ne forsitan necesse habeant, illas ob excessus commissos publice Ecclesiae ad penitentiam sistere, quod probrosum vel inde videbatur, cum nec ipsi Clerici publicam penitentiam agant. Maluerunt ergo canones, uxores Clericorum potius privatim penitentiam agere debere, ex quo tamen minime inducitur, Clericos severius uxores castigare posse. Imo cum castigatio ipsa regulis prudentia & honestatis adversetur, quanto magis Clerici a severiori abstinere debent castigatione, qui typi gregis sint. Nec obstat, quod tot Doctores ab eo allegati idem sentiant, plerique enim ex illis haud satis instructi fuerunt noticia ecclesiastica, ut a deo verum sensum canonum eruere haud potuerint.

§. XLVI. Quod si uxor præter meritum atrocius fuerit castigata habitaque, non dubiam, quin eo nomine contra maritum agere possit. Et cum ita insignem

An clericus
severius casti-
gare possit
uxorem?

An uxor possit
agere actione
injuriarum,
si atrocius

castigata sit
præter meri-
tum?

sine dubio patiatur injuriam, quæstio est, annon uxor eo nomine contra maritum possit agere actione injuriarum? Communiter id negant, propterea, quod uxor marito debeat reverentiam & subjectionem; atque adeo actio famosa inter conjuges tolerari non debeat. Hunc quoque in finem leges non admiserunt actionem furti inter conjuges, sed potius rerum amotarum introduxerunt, *L. 1. ff. rer. amot.* vel etiam conditionem ex iure gentium, *L. 25. ff. d. t.* ut honor conjugii salvus relinquatur. Tiraqu. *ad LL. connub. alleg. l. n. 24.* Sande *Dec. Fris. L. 5. tit. 8. D. 9. sub fin.* Brunnem. *ad L. 2. ff. rer. amot.* Ex quo etiam inferunt, quod uxor non possit adversus maritum retorquere, cum negata actione injuriarum, negata quoque censeri debeat retorsio. Volunt itaque, actionem in factum potius instituendam esse. Tiraq. *cit. l.* Quemadmodum vero hoc in levioribus iniuriis facile admitto, ita gravior exsurgit difficultas, si atrociter castigata absque justa causa fuerit, ubi puto, contrarium utique asserendum esse, & quidem (1) *ob L. 7. §. 2. & 3. ff. de injur.* ubi Jctus asserit, Liberto adversus Patronum non quidem semper dari injuriarum iudicium, sed tunc demum; si iniuria atrox sit, quam passus est, quod & postea extenditur ad liberos, si amplius non sint in potestate, (2) *ob L. 10. §. 12. ff. de injus voc.* ubi dicitur, quod interdum Parentes & Patroni ex causa famosa in Jus vocari possint, si gravissima iniuria filium vel libertum affecerint, & flagellis forte ceciderint, conf. Carpz. *P. 2. Dec. 248.* qua sententia posita, juri haud contrarium erit, in atrocioribus iniuriis actionem injuriarum contra maritum admittere; quin quod in *Nov. 117. C. 14. & Auth. sed novo jure C. de repud. mariti uxores flagellis vel fustibus illicite castigantes per-*
nam

nam certam, tertiam scilicet antenuptialis largitatis partem etiam constante matrimonio dare debeant. Imo hodie ob nimiam inemendabilem viri sævitiam in uxorem decernitur a Consistoriis separatio quoad thorum & mensam. *Nis. de divort. & repud. P. 2. C. 5. n. 5.* Linck. *de divort. Sect. 5. n. 6.*

§. XLVII. Ex eadem potestate viri in uxorem ^{An uxor possit} ^{inscio viro} ^{contrahere?} ^{fluat, quod secundum statuta nonnullorum locorum} ^{haud possit uxor contrahere absque expresso consensu} ^{mariti, adeo ut contractus ab ea gestus sit ipso jure nul-} ^{lus, qualia statuta plenius explicat Tiraq. de LL. connub.} ^{g. 14. s. 99.} De Jure communi in receptitiis bonis omnino liberam retinet potestatem, neque apparet ulla juris nostri ratio, qua impediuntur uxores absque consensu mariti contrahere, atque adeo in illis locis, ubi Jus commune viget, pro validitate eiusmodi contractuum pronuntiandum erit.

§. XLVIII. Huic potestati, in personas uxorum ^{Uxores debent} ^{maritis conve-} ^{nientem sub-} ^{jectionem.} competenti, respondet a parte uxorum reverentia & subiectio conveniens, quo intuitu maritos suos olim *Dominos* appellare sueverunt. Domini enim primum appellati sunt, quia domui præsumunt, imperium in ea habent, quibusque tota familia parere tenetur: Barnab. *Briffon. de verb. sign. voc. Dominus.* Sic in *l. 57. ff. de don. inter vir. & ux.* dicitur: *cum petenti mihi a te, Domine charissime &c.* sic in *l. 88. ff. 2. de Leg. 2.* uxor testatrix maritum vocat Dominum suum; sic & Sara Abrahamum *Dominum suum* vocabat *Gen. XVIII.* quod exemplum laudat Petrus *Petr. III, 6.* Ad hanc ipsam subiectionem provocavit Justinianus in *L. Assiduis 12. C. qui pot. in pign. bab.* ubi eis tribuit privilegium prælationis & tacitæ hypothecæ ratione dotis, & deinde subjicit: *Quis enim ea-*

An uxor imperiosa amittat privilegia dotis.

rum non misereatur propter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus periculum & ipsam liberorum procreationem; quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia. Posset ergo dubitari cum Sichardo *ad cit. l. ult. n. 14.* an uxor imperiosa, quæ simul sterilis est, possit prætere hęc dotis privilegium? Equidem alias certum est, cessante causa cessare effectum, & cum imperator uxoribus hoc tribuerit privilegium propter partus difficultatem & subjectionem, dicendum videretur, cessare hoc privilegium, si uxor imperium in virum exercent, & sterilis sit. Verum recte contrarium asserit Sichardus *cit. l.* cum hujus privilegii causæ adductæ non sint adæquatæ, sed potissima ratio adhuc in favore dotis & fragilitate sexus consistat. Neque statim cessat privilegium, si vel maxime in casu quodam particulari cesset, cum sufficiat, quod causa non in totum & universaliter cesset. Lauterb. *in Colleg. ff. tit. de LL. §. 24.* Tiraq. *tr. cessante causa.* ubi infinitas hujus regulæ tradit limitationes. Alioquin, si propter imperium in maritos uxores suis essent privandæ privilegiis, paucissimæ illis gauderent, cum pleræque, si non vi, tamen clam & precario imperium exercere soleant.

An & quatenus maritum sequi teneatur.

§. XLIX. Fluit ex hac subjectione, quod uxor maritum domicilium mutantem sequi teneatur, *L. 13. C. de dign.* adeo, ut si vel maxime maritus pactis dotalibus promiserit, se non discessurum a domicilio uxoris, tamen nihilominus mutantem domicilium sequi teneatur. Hillig. *ad Donell. L. 13. C. 21. lit. 1.* Gomez. *L. 2. Ref. 10. n. 22.* Beust. *de matrim. c. 32.* modo justa & inopinata causa supervenerit, propter quam maritus domicilium suum mutare debeat. Quin quod etiam maritum vagabundum sequi teneatur, si talis fuerit tempore contra-

Et

di matrimonii, & uxor hoc ipsum non ignoraverit, Tiraqu. *ad LL. connub. gl. 1. P. 1. n. 39.* Beult. *cit. log.* Hillig. *cit. loc.* Richt. *P. 1. Dec. 9. n. 6.* veluti, si scienter nupierit circumforaneo & histrioni. Quod adeo extendunt, ut putent, uxorem quoque sequi teneri maritum relegatum & bannitum. Ægid. Boss. *in Pr. Crim. sub Tit. de bon. public. n. 75.* - Hartm. Pistor. *Obl. 148. n. 3.* Verum, hoc tamen temperandum esse, cum Heigio putat Carpz. *Pr. Crim. Q. 130. n. 46.* ut sc. non adeo severe cum uxoribus agatur, si difficultates rei familiaris, & educandorum liberorum adsint, propter quas commode sequi non possit, præsertim cum in eo casu fere tantummodo maritum sequi iubeatur, si, propter uxoris intercessionem, pœna adulterii atrocior in relegationem mutata fuerit.

§. L. Ex hac potestate maritali in uxorem descendit etiam Jus viri in operas uxoris, in quo præcipuus effectus maritalis potestatis se exerit, simulque innuit, maritorum Jus de Jure Romano non esse inane, aut in solo Imperio consistens, sed præterea effectum acquisitivum secum ducens. Liceat autem hac de re hic paulo plenius agere, cum magnum in praxi usum habeat.

Fuit ex potestate mariti jus in operas uxorem.

§. Ll. Operæ vero hæ vel præstantur nudo officio personali, marito exhibendo, eidemque obsequendo, vel alia industria artificiali; indeque operæ sunt vel *officiales* sive *obsequiales*, vel *artificiales*, quæ distinctio etiam in operis libertorum locum invenit. *L. 6. L. 9. de oper. Liberr.* Officiales seu obsequiales a Zasio *L. 1. singul. Resp. C. 3. n. 7.* definiuntur; quæ ex habilitate ministrantis, & ex commodo ejus, qui illas percipit, consistunt, personæque ministranti convenientes in Domini personam referuntur, atque adeo ad *inservitionem personalem pertinent*, quæ si ad

Operæ quosque plices?

Officiales quid?

Quid obsequium?

Artificiales quid?

An ab his differant serviles operæ?

si ad uxorem applicamus, sunt omnes actiones uxoris in mariti commodum & personam præstandæ, quibus personæ mariti inservit, & inde ejus commodum quaerit; quales operæ sunt, adesse marito, eidem cœnam parare, rem domesticam eius curare, quæ ad ejus personam pertinent; præstare & procurare, sublevare maritum in rebus domesticis, & huius generis alia. Hinc a nudo obsequio has recte distinguendas esse iudicat Zasius *cit. l. n. 3.* quod tantum in nuda honoris exhibitione & reverenti verecundia consistat, veluti quod maritum non possit actione famosa facile convenire, quod alia reverentiæ signa eidem exhibere teneatur, cum e contrario ex operis semper aliquod commodum & emolumentum in maritum redundare solet. *Artificiales* vero operæ dicuntur, quæ non personæ mariti præstantur, nec ab uxore qua tali, sed potius quatenus extra ordinem aliquod artificium exercet, & ita in mariti personam non diriguntur, ut si uxor commercium aliquod exercet, frumentum emendo vel vendendo, si netrix vel lotrix sit &c. In summa, rem ita colligit *Zas. cit. l. n. 14.* *aiens: Officiales operæ rem mariti ejusque personam, victum, curationem, otium, quietem, voluptatem directo respiciunt, & separata mariti ratione, ejusque commodo personali, potius molestiæ sunt quam operæ. Artificiales vero, quæ absolute in se, nullo habito respectu ad personam mariti sunt, & a quocunque, cuicunque, quolibet etiam tempore fieri possunt.* Addit ille, esse operas mixtas, quæ & circa mariti officium versantur, & artificiales sunt, sed quatenus personæ ex obligatione erga eum præstantur, a potiori facienda est denominatio, ut adeo officiales dicendæ videantur. Ab his Zasius *cit. l. n. 19.* distinguit serviles operas, quo refert sordidiora & viliora

ra

ra servitia, & ministeria, ut esse agasonem, mulionem, aurigam, opilionem, bubulcum, saltuarium, armigerum, dapiferum, cocum, pincernam, ostiarium, verredomum, aream, plateas, operari in molendino, ruri macerari, haurire aquas, fodere, ligna secare & ad culinam & fornaces perferre, colligere segetes, convehere in horrea, ligna ex sylvis cum equis vehere &c. Verum si hæc convenienti ratione cum operis uxorum comparamus, duæ hic sunt separandæ quæstiones: an uxor ad hujusmodi sordida officia obligetur? de quo infra agendum erit; (2) an, si uxor *ex conditione sua* talia vilia ministeria præstet, illæ non possint æque ad officiales suo modo referri? quod utique cum Hahnio *ad Wes. Tit. de oper. libert. n. 3.* asserendum, cum personæ mariti præstentur, & his ipsi quoque uxor personæ mariti inserviat, licet vel maxime sordida sint.

§. LII. Cum itaque obsequiales operæ ab artificialibus suam separatam indolem & naturam habeant, jam ulterius de fundamento obligationis, ex qua uxor ad illas præstandas obstringitur, videndum est, ut inde postea de jure mariti in has operas judicare possimus. Equidem societas conjugalis primario ad liberorum procreationem & educationem contrahitur, sed quoniam hæc societas debet esse constans, & perpetua, simul quoque ad rei domesticæ & œconomicæ curam debet esse adornata, cui gubernandæ maritus, tanquam caput familiæ, præest, uxor vero, tanquam adiutrix & auxiliatrix marito a Deo data & destinata, *Gen. II, 18.* eidem auxiliatrices manus præbere, & eundem sublevare omnino debet, id quod tum obsequium maritis præstandum, tum potestas mariti in uxorem ostendit. Hoc intuitu apud veteres Germanos uxores, sub ipsis incipientis matrimonii

Unde uxor ad
operas obsequiales tenetur?

Contin. III.

.Q

au.

auspiciis, admonebantur, *se venire laborum & periculorum sociam, idem in pace, idem in praelio passuram ausuramque.* Tacit. *de morib. Germ.* Neque itaque errant, qui finem duplicem matrimonio præfigunt, (1) sobolis procreationem, (2) *mutuum adiutorium*, ex quo altero fine uxor utique ad operas adstricta est, per quas rei familiaris facultates & augeantur, & conserventur. Recte enim Xenophon. *L. 5. memor. de administr. domestic. p. m. 827. lit. a.* mihi dixisse videtur: *uxorem, qua in domo bona sit socia, tantumdem habere momenti ad utriusque utilitatem, quantum vir habeat. Nam plerumque viri opera facultates in domum veniunt, & maxima pars earum uxore promente consumitur, qua quidem si recte fiant, amplificatur domus; sin autem secus, diminuitur.* Plenius hoc illustratur ex dialogo Ischomachi & Socratis de officio bonæ uxoris in domo mariti apud Xenophontem *cit. l. p. 836. sqq.* ubi eleganter agitur de operis uxorū, quas intra domum præstare debeant. Hoc intuitu Patres Ecclesiæ sæpe uxores comparaverunt ancillis, imo Augustinus in *C. 14. C. 33. Q. 5.* diserte dicit: *Satis hinc apparet, quemadmodum subditas feminas viris, & pene famulas lex esse voluerit uxores, &c. & c. 12. ibid. ait: Est ordo naturalis in hominibus, ut serviant feminae viris, ex qua posita subiectione utique ipsa quoque obligatio ad operas evidenter deducitur, alias enim hæc obligatio inanis foret. Breviter, & finis matrimonii secundarius sc. mutuum adiutorium, & subiectio uxoris, operas domesticas omnino ab uxore exigit, quas marito promississe videtur, dum eidem fidem de matrimonio dedit.*

An uxor propter alimenta teneatur ad operas?

§. LIII. Solent præterea JCI aliud fundamentum obligationis uxoriæ ad operas deducere ex alimentorum perceptione, quod sc. maritus teneatur uxorem alere.

alere, & ita ipsa quoque obstricta sit ad operas. Coler. *de Proc. Execut. P. 1. C. 2. Q. 9. Sqq.* ex quo deinde quoque ulterius inferunt, quod vidua quoque ad easdem operas teneatur, quamdiu ex bonis communibus alitur. Verum, quamvis hæc ratio prioribus coniuncta aliquid probare possit, certe per se posita non adeo vires sortitur, cum haud videatur necessaria consequentia; *qui mihi alimenta debet, illi contra operas debeo*, nam, ut inferius dicam, uxor a marito alenda est, licet vel maxime eidem nullas præstare operas possit; interim hæc ratio aliquid quoque confert, ut, quia sc. ad mutuam adiutorium uxor a marito assumpta est, & præterea ab eo alitur, eo magis iam adstricta sit ad operas.

§. LIV. Adeo autem uxor ad operas præstandas obligatur, ut dubium esse possit, an in pactis dotalibus uxoris tales operæ remitti possint? Equidem alias certum est, operarum præstationem posse remitti illis, qui illas debent vel ex promissione, vel ex obligatione obsequii, ut constat, patronos libertis remittere operas posse *L. 4. ff. de oper. libert. etiam tacite, L. 48. pr. eod.* adeo, ut si libertam Patronus in concubinato habere cœperit, operas eidem remisisse videatur. *L. 46. eod.* Verum hæc remissio operarum tantum eo respicit, ne liberta amplius operas in commodum patroni præstare debeat, non vero, ut liberta plane otiose degere, & sibi ipsi operas præstare non possit. Atque adeo hoc ipsum forsitan ad illum casum applicari posset, si maritus sponte commo ex operis uxoris provenienti renunciare vellet, de quo casu postmodum agendum erit: Ast in præsentem tantum quaestio est de omnimoda remissione operarum, veluti si sponsus sponsæ, ut fieri solet, promississet: *Sie sollte mit der Haushaltung nicht beschweret werden,*

An operæ uxoris remitti possint?

Q

im

im Hause nicht arbeiten oder etwas angreifen, sondern alleit ihrer Commodität pflegen, er wolte die Haushaltung durch andere verrichten lassen, &c. Certe hoc pactum videtur esse turpe, & bonis moribus contrarium, cum revera aberret a scopo matrimonii secundario, & ad otium inducat, omnium malorum radicem & fomentum, nisi forsitan uxor propter defectum corporis inepta videatur, & tamen nihilominus sponsus eandem ducat, sic enim hæc promissio aliquem effectum haberet, quem tamen rursus amitteret, ubi pristinæ postea esset restituta sanitati. Unde & in *L. 41. ff. de oper. libert.* diserte dicitur, quod remissis operis verecundiæ obligatio non censeatur esse remissa liberto, & sic nec illæ operæ, quæ ex verecundia promanant, quemadmodum etiam remissis servitiis feudalibus, haud remissa sunt illa servitia, sine quibus fidelitas Vasallica præstari non potest. Videatur *Exam. Jur. Feud. c. 2 q. 24. in fin.* Simili itaque ratione, si vel maxime hoc pactum aliquem effectum haberet, tamen tantum intelligendum esset de gravioribus operis domesticis, non vero de illis, quæ ex subiectione & reverentia marito debita intime fluunt, nam sicut illa remitti non potest, ita quoque nec illa obligatio operarum, quæ exinde fluit.

An pater possit juste dissentire a nuptiis, si puella ad operas inepta sit?

§. LV. Cum itaque propter operas Oeconomicas præstandas uxor adsumatur, ad has vero sæpe puellæ inidoneæ sint, vel quod plane otiose vivant, vel, quod alio vitio laborent, propter quod impediuntur futuro marito debitas præstare operas, quæstio oritur: an Parentes inde nanciscantur iustam dissentendi causam in nuptias filii, si possunt docere, puellam esse admodum ineptam ad operas uxórias? Certi quidem juris est, parentes in

nu-

nuptias liberorum consentire debere, sed tamen haud abuti posse sua potestate, adeo, ut, si justas causas dissensus allegare non possint, Consistorio incumbat supplere defectum consensus paterni, ut etiam ita liberi invitis parentibus sponsalia contrahere queant. *Carpz. L. 2. jurispr. eccles. def. 53. n. 5. Mey. ad jus Lubec. L. 1. art. 4. tit. 2. n. 10.* Citantur ergo parentes a Consistorio, ut causas dissensus sui exponant, & deinde Consistorium de illic cognoscere possit, utrum sufficientes sint? nec ne? *Carpz. allegat. E. def. 55. n. 4. Dn. Schœpffer. in Synopsi jur. priv. tit. de Sponsal. n. 21.* Si insufficientes deprehendantur, rejiciuntur; quales sunt, paupertas puellæ, quod sit plebejæ conditionis, quam nobilis juvenis vult ducere, *Carpz. cit. def. 55. & 56.* si vero sufficientes sint, aliud dicendum; atque huc omnino referendum esse existimo, si pater possit ostendere, puellam ad operas domesticas esse ineptam. Quemadmodum enim Pater filiz recte dissentit, si juvenis, qui filiam in matrimonio sibi dari petit, ineptus sit ad alendam familiam, & instituendam rem œconomicam, cum pater providus omnino præcavere debeat, ne filia per matrimonium ad paupertatem deducatur, sed ut tali nubat, qui ipsam alere possit, ad quod maritus tenetur: Ita e contrario pater justo dissentit, si satis possit docere, filiam ineptam & inidoneam esse ad operas domesticas, nec spem superesse, ut propter depravatos mores ad frugem reducat, & ad labores apta fiat. Licet enim vel maxime filius vellet hanc obligationem ad operas præstandas eidem remittere, tamen, cum remissio ut plurimum ex cæco pruritu amoris erga puellam fieri solent, parentum utique est providere, ne filius per tale matrimonium ad paupertatem reducat, quod omnino metuendum est.

si puella ad otium, & meras delicias educata, & ad fruges consumendas nata est. Neque enim sufficit, quod maritus aliquid acquirere possit, nisi etiam uxor posset acquisita conservare.

Quid si post sponsalia sponsa idonea fiat ad operas, an iuste repudiari possit?

§. LVI. Ex eodem quoque fundamento nunc fuit decisio hujus questionis, an, si post contracta sponsalia sponsa plane inidonea ad operas præstandas fiat per casum fortuitum, veluti, si visum vel oculos amittat, si alio graviori morbo perpetuo laborare incipiat, iuste propterea repudiari possit? Quod omnino affirmandum esse existimo per *C. quemadm. 25. X. de jurejur.* quia sponsalia semper contracta esse censentur sub illa conditione: *rebus sic stantibus*; quando ergo status rerum ita mutatur, ut nunquam sponsus sponsalia contraxisset, si talem casum antea prævidere potuisset, omnino ob tacitam conditionem deficientem sponsalia carent effectu, Duarenus *ad tit. solut. matr. in pr. §. 4.* Sanchez. *de matrim. L. 1. Disp. 62.* Basil. Ponce *de matrim. L. 12. C. 17.* Barbosa *in Collect. ad cit. text.* Quid quod in alleg. text. hic ipse casus haud obscure comprehensus esse videatur, ubi Pontifex ait: *Quod si post juramentum hujusmodi mulier fieret non solum leprosa, sed etiam paralytica, vel oculos, aut nasum amitteret, seu quicquam ei turpius eveniret, numquid vir teneretur eam ducere in uxorem?* Ex quo patet, ne quidem jurata sponsalia tali casu habere effectum, quoniam etiam in juramento insunt omnes illæ tacitæ conditiones, quæ in ipso principali subintelliguntur negotio, h. e. in juramento etiam latitat clausula: *rebus sic stantibus.* cf. tr. nost. *de diff. spons. sect. 29. §. 4. sqq.*

Quid si ante sponsalia jam incepta ad operas recipiatur

§. LVII. Quod si jam ante sponsalia contracta ita depravatis moribus sponsa fuerit, ut magis ad otium, quam ad labores composita esse videatur, sponsus autem

tem eam aptissimam ad operas crediderit, & ita se erravisse deprehenderit, majores difficultates se exerunt, an talem repudiare possit? Nam & tunc firma sponsalia esse existimant quidam, licet sponsus circa mores erraverit. Brouwer. *de jure connub. L. 1. C. 15. n. 14.* Havem. *de jure connub. L. 1. T. 4. §. 6.* Verum quemadmodum jam cit. tr. §. 31. ostendi, etiam sponsum in tali casu, ubi circa mores erravit, posse resilire a sponsalibus, cum alioquin infelicissimum matrimonium metuendum esset; ita quoque hoc in casu idem dicendum esse arbitrator. Quæ enim ad otia adsueta est, & omnes labores fugit, quæ omnia negligit, non potest non quoque pessimis, & quidem talibus prædita esse moribus; quæ conjugium non nisi infelix reddere possunt, ad minimum sponsus jacturam fortunarum suarum ex tali coniugio metuere debet, præsertim, si œconomiam amplissimam exercent, cui uxor præfici debet. Quamvis vero ei imputari possit, quod non accuratius in mores sponsæ inquisiverit, tamen facile ab ipsa sponsa, vel eius parentibus, aut amicorum commendatione decipi potuit, cum sponsa bonos ordinarie soleat mentiri mores, ut modo sponsum eo citius ad coniugium inducat.

§. LVIII. Quod si autem matrimonium semel cum tali persona contractum sit, illud propterea haud dirimendum, si vel maxime ex post facto, casu aliquo fortuito inidonea ad operas reddatur, veluti, cum perpetuo morbo laborare incipiat. Multa enim impediunt matrimonium contrahendum, quæ contractum non rescindunt, quod evidenter docet Pontifex in *C. 25. X. de jurej.* Equidem Rennemannus in *Jurisprud. Rom. Germ. M. 1. D. 42. rb. 36. lit. c.* contrarium asserere & evin-

& maritus erraverit?

Sed matrimonium propterea non dissolvitur.

evincere videtur, quod etiam magistratus possit admittere diremptionem huius matrimonii ex hac causa. Nam quamvis excipiat casum morbi fontici, aliusque calamitatis, sine culpa uxoris contingentis, statim tamen addit: *Nisi etiam ob causam bujusmodi domestica conversatio, & usus thori conjugalis omnimode sit præreptus, ut hoc casu sana & juniori parti, si se aliter continere non possit, alia nuptiæ, causa cognita, si infirmæ de cura & alimentis fueris prospectum, maxime si fiat cum illius consensu, non sint interdictæ.* Sed hæc vix applausum invenient, si ad trutinam doctrinæ Christi examinentur, qui tantum divortium propter *neglectum* concessit, & si vel maxime hæc vox late intelligi debeat, tamen non alia potest impedimenta comprehendere, quam quæ delictum gravissimum involvunt, quo talis casus fortuitus referri non potest.

An uxor non sit a marito alenda, quæ operas præstare non possit?

§. LIX. Cum itaque matrimonium ob defectum operarum dissolvi non possit, sed ita tamen a parte uxoris deficiat mutuam adiutorium, propter quod marito imponunt nonnulli onus alendi, dubitari posset, an maritus nihilominus uxorem ægram, quæ nullas operas præstare possit, alere teneatur? Certe si fundamentum necessitatis alendi, secundum Colerum supra refutatum, ex operis præstandis petendum esset, decisio in promptu foret, uxorem ejusmodi plane alendam non esse. *Surdus de aliment. l. 1. Q. 33.* varios circa hanc quæstionem casus distinguendos esse censet, nam quando (1) uxor non utitur quidem integra valetudine, sed infirmitas tamen eandem non absolute retrahit ab obsequio Viri & operis domesticis, tunc alendam esse vult a Viro, cui adhuc debita præstat servitia. Quod si autem (2) infirmitas adeo gravis foret, ut uxor dotata non possit

fit marito servire, & operas præstare, tunc tantum illam alendam vult, quatenus fructus dotis suppetunt. Quando itaque (3) fructus dotis non sufficiunt pro alimentis & impensis, æque mulieri quam viro necessariis, mulier autem dives sit, & habeat alia præter dotem bona, tunc quicquid consumptis fructibus deest, putat *n. 14. sqq.* ab ipsa uxore supplendum esse. Si recte Surdum intelligo, videtur officium mariti circa alendam uxorem ex hisce duobus fundamentis deduxisse:

1) quod dotem acceperit, 2) quod operas uxor præbeat. Neutra vero ratio concludit, sed marito onus alendi uxorem incumbere existimo, si vel maxime non sit dotata *L. 13. C. de negot. gest. Carpz. L. 2. Jurispr. Confist. def. 219. n. 13. Klock. Vol. 3. Conf. 129. Jo. Baptista Pontanus de alim. c. 14. n. 5.* vel alias ægra, ut operas præstare non possit. Pontanus *alleg. loc. n. 6.* quia obligatio alendi marito qua tali incumbit, quia caput familiæ est, & sic quoque onera familiæ ferre debet. Unde frustra quoque necessitas alendi restringitur ad dotis proventus, aut operas, adeo, ut si alimenta denegaverit, dotem & lucrum statutarium amittat. *Carpz. P. 3. C. 26. def. 5. Schæpf. in synopsi juris privati tit. de Rit. Nupt. n. 64.*

Aliud forsan dicendum de hac quæstione, an maritus teneretur pigram uxorem alere, quæ nullo modo ad operas adduci potest; nam sicuti ex potestate maritali marito aliquod jus cogendi in uxorem competit, ita non dubium est, quin quoque uxorem pigram subtractione alimentorum coercere, & ita ad operas compellere possit.

§. LX. Perspecta necessitate operarum præstatarum, nunc ulterius disquirendum est, an omnes cuiusque conditionis uxores operas præstare debeant.

An nobilis uxor operas præstare debeat?

Comin. III.

R

præ-

præsertim, si uxor fuerit nobilis? Multi nobilem uxorem ab obligatione operarum liberant, moti ratione illa, quod sc. marito hoc ipsum dedecori videatur, si operas ab uxore exigere velit; quo & facere videtur *L. inter d. 34. in fin. de oper. lib.* ubi JCtus ita: *Sed si liberta, quæ operas promisit, ad eam dignitatem perveniat, ut inconueniens sit præstare Patrono operas, ipso jure hæc intercedit.* Et hanc sententiam tuentur Panorm. in *c. litteras X. de rest. spol. Cuno de Pact. L. 1. C. 6. n. 206. Sanchez. de matrim. L. 6. disp. 6. §. 14. Brunn. ad L. 34. cit. n. 2.* Ex quo concludit Bartolus, in *L. divortio 8. ff. solut. matrim. n. 4.* (quæ in Gothofr. editione est *L. 7. §. 1. ff. solut. matrim.*) quod vidua nobilis, licet vel maxime post mortem mariti de bonis alatur, tamen non teneatur operari, & sic, quicquid operis suis acquirit, sibi acquirere videtur. Sed duæ sunt diversæ quæstiones, quas Bartolus hic confundit: 1) an uxor nobilis teneatur operari? an, si vel maxime non obstricta sit ad operas, nihilominus vero talia marito præstiterit, sibi acquirat? Hanc posteriorem adhuc intactam hic relinquo, dum prius excutiendum erit, an ad operas adstricta sit. Hic vero contra prædictos Auctores contrarium tuetur Tiraq. *de nobil. C. 20. n. 95.* ex ea ratione, quod 1) conditio creditoris non debeat fieri deterior propter nobilitatem debitoris, 2) generaliter in jure uxor obligata sit ad operas præstandas, nec ullibi reperiatur excepta uxor nobilis. 3) *Ad cit. l. 34.* respondet, quod loquatur de liberta, cui dignitas accessit, quæ illam excusat sc. a vilibus operis, quas liberta promiserat, nam de promissis operis artificialibus extraordinariis, ad quas alias non obligabatur, loquitur textus. Verum hic non de operis extraordinariis, sed, quas natura societatis conjugalis postulat, nobis sermo est. 4) Urget, quod
uxor

uxor nobilis æque subdita sit marito, ac ignobilis, & sic cum utrobique eadem causa adsit, non posse non quoque eundem effectum se exerere, præsertim cum 5) nobilitas non excuset ab his, quæ uxor facere tenetur, quod deinde variis exemplis illustrat. Verum utraque sententia, cum non satis sit definita, aliquid veri & falsi habere videtur, scilicet obligantur uxores indefinite ad operas præstandas, sed leges non determinant distincte certas operas, ad quas obligatæ esse debeant, adeoque hoc omnino judicandum esse videtur ex conditione personarum & regionis consuetudine. Non dubitandum est, quin opificis & rustici uxor graviores labores suscipere debeat, pro conditione personæ suæ, quas non suscipere tenetur uxor nobilis; licet illa ad operas convenientes adstricta sit. Hinc non dicitur mariti conditio fieri deterior, si uxor nobilis vilia servitia non præstat, id quod & marito dedecori foret, & quando nubit nobilis puella, secundum consuetudinem regionis se obligasse censetur, *L. 3. §. 2. ff. de edict. edil.* & omnis promissio intelligitur secundum qualitatem personæ, atque adeo non potest conqueri vir, si uxor non præstat ea, ad quæ non est obligata. *Surd. de alim. tit. 4. qu. 29. n. 54.*

§. LXI. Extendunt vero Doctores hanc obligationem ad præstandas operas etiam post mortem, adeo, ut etiam vidua, durante retentionis jure, in commodum heredum laborare debeat, puta, fila ducere, nere, suere, texere. *Paul. de Castro in l. divorz. ff. sol. matr. n. 10. Coler. de Pr. Exec. P. 1. C. 2. d. 196. Carpz. P. 2. C. 25. def. 35. n. 3.* Nam ait *Carpzovius, non debet mulier in domo mariti stare otiosa tanquam truncus, aut corpus mortuum, sed assuescenda est ad lanificia & fusum, pro depellendis otiosis, quæ ut plurimum inducunt luxuriam, aliaque vitia.* Hoc vero dedu-

An vidua etiam operas præstare debeat durante jure retentionis?

cunt exinde, quod durante jure retentionis alimenta necessaria ex bonis capiat, Carpz. *cit. l. def. 12.* & idco per id tempus, quo alitur ex communibus bonis, tenetur operari heredibus mariti, non aliter atque marito tenebatur Carpz. *cit. l. def. 5. n. 2.* Coler. *cit. l.* Verum prædicti Doctores hoc ita restringunt, ut fere non appareat, an & quas operas vidua præstare heredibus debeat, nam officiales seu obsequiales, quæ marito ordinarie præstantur, non possunt amplius præstari; ad artificiales vero non adstringunt viduam, quo facit decisum ap. Carpz. *cit. def. 15.* Dasjenige aber, so mit Nehen, Spinnen und dergleichen Arbeit binnen wehrender Zeit verfertigt, und zubereitet, verbleibt ihr der Witwen eigenthümlich billig, und sie mag solches in die Erbschaft zu conferiren nicht angehalten werden. Nihil ergo restat, quam ut asseramus, uxorem administrationis curam subire teneri, & sic operas ex obligatione ad administrationem præstat, sicuti negotiorum gestor, & in hunc quoque finem rationes administrationis reddere debet. Carpz. *P. 2. C. 25. def. 14.*

Cui operis suis
asquirat uxor?

§. LXII. Evieta itaque obligatione uxorum ad operas, reliquum est, ut videamus, in cuius commodum illas præstare, & cui lucrum ex operis quæsitum acquirere teneatur. Nam licet jura fere omnia in eo conveniant, quod uxor adsumta in mutuum adiutorium ad operas teneatur, tamen in eo discrepant, cui lucrum tale acquiratur. Videbimus in sequentibus, varia locorum reperiri statuta, secundum quæ acquæstus conjugalibus seu quod communi labore quæsitum, dividi debeat inter conjuges, quæ statuta plenius explicantur a Garf. *de acquæst. conjug.* & Lauterb. *de societ. bon. conjug.* Ast hæc nunc quidem seponamus, tantum consideraturi, qua-

quale Jus secundum Jus commune Romanum marito in operis uxorum competat.

§. LXIII. Scilicet jam in limine hujus capituli ostendimus ex natura operarum officialium, illas præstandas esse in commodum mariti, & derivandas ex obligatione uxoris erga maritum, quæ partim tacitam quandam promissionem de mutuo adjutorio, partim etiam subjectionem pro fundamento habet. Sicuti jam operæ libertorum Patronis cedunt, quod in ejus commodum præstari debeant, ita quoque operæ uxorum in commodum mariti cedunt, unde regula nata: Quicquid uxor operis obsequialibus acquirit, marito acquirit. Et hoc ipsum communiter probare solent ex *L. sicut 48. pr. ff. de oper. libert.* ubi Iustus ita: *Sicuti Patronus, ita etiam Patroni filius, & nepos, & pronepos, qui liberta nuptiis consensit, in officio mariti esse debet, h. e. marito officiales debet operas.* Hoc est enim officium uxorum quantum, ut viris suis inserviant, illisque officium personale præstent, prout supra dictum. Quod autem per officium in adducto textu intelligantur *opera officiales*, atque adeo *opera & officia* non distinguantur, uti putat Gothoff. in not. lit. d. patet ex *L. 2. C. de obseq. Patron. præstand.* ubi dicitur, quod libertæ non cogantur officium Patronis præstare, si voluntate ejus essent nuptæ. In *L. 11. §. 16. de oper. libert.* rursus officium Imperator vocat operas. Idem ulterius Pomponius confirmat *L. 31. C. de donat. int. virum & uxorem* asserens: *Sed si Vir lana sua vestimentum mulieri confecerit, quamvis id uxori confectum fuerit (h. e. in usum uxoris) ET UXORIS CURA, tamen viri esse, neque impedire, quod in ea re uxor tanquam lanipendia fuerit, & Viri negotium procurarit, & in §. 1. d. l. dicitur, quod si Viri nomine ex lana sua vestimen-*

Marito comodo & lucro cedere debent operæ obsequiales uxorum.

ta confecit virilia, hæc Viri esse debeant, ut is tantum lanæ pretium uxori præstet. Quænam vero ratio diversitatis alia quam hæc, quod quidem uxor sit in officio mariti, non vero maritus in officio uxoris. Quasunque ergo operas uxor in commodum mariti exhibet, exinde marito acquirit, sed non contra. Quas enim vestes maritus uxoris nomine curat confici, licet vel maxime uxor ad eas operam & curam suam præstiterit, sui ipsius gratia fecisse videtur, ut eo ornatior & cultior incederet, *l. 5. §. 10. ff. comm. L. 25. de pecul.* Rol. a Valle *Conf. 10. n. 12.* Gail. 2. *obs. 91.* atque adeo hoc ipsum ad vestes quotidianas referri non debet, quia hæc sub alimentis comprehenduntur, quæ uxoria marito debentur. Gail. *cit. l. v. 3.* Denique nonnulli pro hac sententia adducunt textum *in l. 19. §. 1. ff. de pecul.* sed non apparet, quid ex hoc textu legitime pro operis uxoris possit inferri. Agitur ibidem de servo dotali, & asseritur, quod habere possit peculium duplex, alterum, quod ad maritum, alterum, quod ad uxorem pertinet: Et deinde disquiritur, ad quodnam peculium pertineat, si a servo quid esset acquisitum, & quid ex tali peculio detrahendum sit, si actio de peculio moveatur, an quod marito tantum, an vero etiam quod uxori debetur, quod Jctus distincte decidit. Neque aliquid momenti hic præstant verba: *Nam quod ex re mariti quasivit, vel ex operis suis, id ad maritum pertinet,* quia, uti contextus docet, hæc referenda sunt ad servum dotalem, non ad uxorem. Interim Doctores in eo communiter consentiunt, quod uxor ex obsequialibus operis marito acquirat. Heig. *P. 2. qu. 29.* Welenb. *ad tit. de Rit. Nupt. n. 6.* Carpz. *de jure sing. fem. dec. 1. Pos. 3. n. 15.* Id. *P. 2. C. 25. def. 15. & P. 3. C. 25. def. 8. sqq.* Mev. *ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art.*

2. art. 12. n. 133. *sqq.* Schœpff. in *Synops. Jur. priv. tit. de Rit. Nupt. n. 58.* Struv. *Ex. 29. tb. 56.* Berlich. *P. 2. Dec. 224. n. 40. sqq.* Menoch. *L. 3. Pras. 51. n. 4.* Tiraq. *de nobil. qu. 20. n. 94. sqq.* Brunn. *ad L. 51. ff. de donat. int. Vir. & uxor. n. 3. & ad L. 31. ibid. n. 2.* Coler. *de Proc. Exec. P. 1. C. 2. n. 167.*

§. LXIV. Ceterum solent a nonnullis contra hanc Dubia est
vntua sententiam sequentes rationes adduci, 1) quod, ut ancillam non emimus, ut pariat, ita uxorem non ducamus, ut operæ ejus utamur. 2) Quod nec liberi Parentibus, nec ulli ingenui homines alias regulariter operas alteri debeant. *L. 10. de obseq. parent. L. 4. ff. si a parent. L. 56. ff. de fidej.* 3) grave dubium oritur ex *L. 46. ff. de oper. libert.* ubi JCtus ita ait: *Liberta, si in concubitu Patroni esset, perinde, ac si nupta eidem esset, operarum petitionem in eam dari non oportere constat.* Si ergo patronus, maritus suæ libertæ factus, operas amplius exigere a liberta nequit, cum tamen etiam hæc officiales eidem operas debeat, certe ab uxore exigere non posse videntur operæ. Ad primum respondet recte Schilt. *Ex. 44. §. 50. circa fin.* finem matrimonii non tantum esse sobolis procreationem, sed educationem & nutritionem familiæ, quæ fit per bona legitime acquisita; adsumitur enim in adjutorium Viri, & huic subjectionem præbet, atque adeo exinde potissimum ad obsequiales operas adstringitur, non ex alimentorum præbitione, uti quidem existimat Schilt. *cit. l.* argumentum ab operis fervorum ducens, uti supra notatum est. Ad secundum rehero, emancipatos quidem non teneri parentibus ad operas, nec regulariter ingenuos, nisi (α) ex natura societatis aliud appareat, uti ex matrimonio, (ε) vel subjectionis quædam ratio concurrat. Denique tertia ratio ex *L. 46. cit. desumpta*, satis commode accipi potest de operis fa-

bri-

brilibus, seu artificialibus, quas liberta patrono speciali pacto promiserat, has utique remisisse eo ipso videtur, quo illam in matrimonio, vel concubinato habere cepit, nam quoad officiales clara est decisio *in L. 48. ff. de oper. lib.* vel dici potest, quod operas, quæ liberta ut talis debebat, eidem remisisse videatur, sed nihil additur de operis, quas uxor ut talis jam debere marito incipit, variant enim etiam operæ officiales pro diversa conditione personarum.

An Jure Saxo-
nico idem ob-
tineat?

§. LXV. De Jure Saxonico, an idem obtineat, quod hactenus de Jure Romano evictum est, a nonnullis in dubium vocatum est, quia *in Spec. Sax. L. 1. art. 31.* dicitur: **Mann und Weib haben nicht gezweyet Guth an ihrem Leibe.** Sed glossa *in hunc textum* hoc intelligendum voluit de communione quoad usum & possessionem, quam decisionem plerique Juri Saxonici secuti existimarunt, etiam de Jure Saxonico acquæstum conjugalem ejusmodi ad solum maritum pertinere. Petr. Heig. *P. 1. Qu. 29. n. 7.* Franzk. *lib. 2. ref. 11. n. 5. 6.* quam etiam assumfit Carpz. *P. 3. Const. 25. def. 9.* Sic pari modo graviter olim disputatum fuisse constat, an secundum Jus Lubecense uxor quoque ex operis suis acquirat marito? Cöthmannus *Vol. 4. Conf. 24. & 25.* arbitratus est, acquæstum hunc non soli marito acquiri, sed dividendum esse inter maritum, & uxoris heredes, quod pluribus fundamentis a Mevio *ad Jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 84. seqq.* recensitis impugnatum. Sed in contrarias partes ivit Mev. *cit. l. n. 94. seqq.* potissimum hoc urgens, quod Jus Saxonicum cum Jure Romano plane conveniat in hoc passu, jam vero ex Jure Saxonico Jus Lubecense quoad maximam partem desumptum sit; quæ sententia proinde satis probabilis est, præfer-
tim

Quid de Jure
Lubecensi?

tim cum *n. 107. sqq.* dubia a Cothmanno nota satis erudite diluat.

§. LXVI. Hoc obiter addo, quia regulariter solent esse *opera diurnum officium*, quosdam inde ansam arripuisse, dubitandi, an etiam uxor marito obligata sit ad operas nocturno tempore peragendas? Hac in quaestione Baldum sibi ipsi contrarium fuisse, notat Polydorus Ripa *de nocturno tempore. C. 35. n. 11. seqq.* & hoc non mirum esse ait, quia cerebrum Baldi per Paulum Castrensem, ejusdem Baldi socium, continue volvebatur, sicut avis in aëre. Ipse autem Ripa *n. 15.* existimat, nocturnas operas totas succedere uxoris lucro, nisi ratio obsequiorum, vel de sui natura, vel ex necessitate horas nocturnas desideraret. Verum existimo, a tempore non esse aliquam differentiam sumendam. Nam quæ operæ ab ipsa præstantur, sunt vel obsequiales, seu ad officium uxoris pertinent, vel artificiales; priori casu sine dubio cedunt in commodum mariti, quamvis maritus absque necessitate tales operas non facile ab uxore exigere debeat. Posteriori autem casu, quid juris sit, infra videbimus.

An uxor tenetur marito ad operas nocturnas?

§. LXVII. Cum itaque uxor obligata sit marito ad operas obsequiales, marito quoque non potest non perfectum jus competere ad operas exigendas ab uxore etiam invita, quem in finem supra privatam quandam marito dedimus potestatem uxorem cogendi ad ejusmodi operas, etiam per quandam subtractionem alimentorum. Ceterum, si ne quidem hæc privata coactio sufficiens esse possit, non dubium, quin eum in finem judicem implorare queat. Surdus *de alim. Tit. qu. 29. n. 19. sqq.* Qualis autem actio hunc in finem prodita sit, non satis constat, interim, cum tota causa hæc ex po-

An & quatenus uxor cogi possit ad operas præstandas?

Contin. III.

S

re-

testate mariti fluat, dubitari non potest, quin summarie tota causa hæc peragi, atque adeo res expediri debeat per implorationem officii Judicis, qua causæ summariaæ ut plurimum peragantur.

Modus in exigendis operis adhibendus.

§. LXVIII. Sed tamen etiam modum maritus in exigendis operis obsequialibus observare debet, & secum reputare, quod, etsi obsequium eidem debeat, tamen uxor non sit nomen meri servitii, sed societatis & amoris, unde vilia, abjecta, & immoderata exigere haud debet. Peckius *de test. conjug. l. 4 C. 2. n. 3.* Cum enim hoc quoque jura a Patrono requirant, ut modum servet *l. 19. de oper. lib.* & tempus ad curam corporis necessarium liberto relinquat, *L. pen. §. 1. ff. eod.* quanto magis hæc dicenda erunt de maritis, qui secundum rationem cum uxoribus cohabitare debent; a ratione autem alienum foret, velle uxores ad instar ancillarum habere, quæ tamen marito in adjutorium datæ. Sic quoque non audiendus erit maritus, si ab uxore exigat operas, quæ vel ætas recusat, vel infirmitas corporis non patitur, vel quibus institutum, vel propositum vitæ imminuitur, ut dicit Jctus *in L. 17. ff. de oper. libert.* Nam licet se indefinite obligasse censeatur ad operas obsequiales & domesticas, tamen hoc semper pro conditione, & statu personarum, æstimandum est. Præterea cum uxor corruscet radiis mariti, vilia officia ab ea exigere nequit, quæ absque dedecore uxor præstare non possit, uti supra jam vidimus. conf. Sanchez. *de matr. l. 6. disp. 7. n. 14.* Interim, si maritus sit abjectæ conditionis, & ad vilia servitia intra domum præstanda, non possit ancillis, vel famulis uti, omnino uxor quoque ad ejusmodi ancillares operas adstricta erit; quia has mariti conditio postulat, quod observat Ubaldo *de duobus fratribus Q. 4. n. 17.* asserens:
hoc

hoc cognosci in rusticis, quorum mulieres, etsi ligonice, & operentur in prædiis, tamen omnia marito quærant, quia etsi uxor pro conditione mariti ad operas ancillares & vulgares haud sit obstricta, tamen, si semel illa sponte præstiterit, omnino quoque inde marito acquiri dicendum est, cum etiam hæc propter adiutorium in re domestica semel præstitæ sint. Vide Not. ad Laut. Tit. de Rit. Nupt. ad verb. operæ.

§. LXIX. Quæ autem singulæ sint operæ uxorum obsequiales, in uno exhiberi catalogo distincte nequit, quæ tamen ex supra dictis facile constare possunt. Brevis Chopius in *Philosophia juris C. 6. tb. 4.* totam rem ita refert: *In officio operum numerarem observationem mariti, & curam familiæ reliquæ, nempe, ut ante omnia maritum, ut suum, & communem familiæ dominum revereatur, & comis ac blanda ei conversetur, virtutibus marito gratis, & honoratis studeat, vitia, quæ sibi & illi dedecori esse possunt, pro possibili vitet, in familia, ac liberorum probæ educationi sedulo incumbat: Servitia ministrorum coordinet, urgeat, ubi præter decoris jacturam potest, manus admoveat, pars sedulo custodiat & conservet, domum tuteatur, & quæcunque alia ad familiæ decus faciunt, sedulo præstet. Patet vero ex his, quædam ad nudum officium erga maritum facere, quo etiam in primis refero, quod ægro marito omnibus modis inservire debeat; quædam, etsi quoque officium erga maritum contineant, tamen simul rem familiarem rei domesticæ augere, veluti per bonam & commodam rei domesticæ administrationem, & prudentem omnium rerum Oeconomicarum ordinationem, & ex his potissimum acquæstus oritur, qui marito accrescit.*

Summatim operæ uxorum obsequiales recensentur.

§. LXX. Cum igitur uxor ad officia marito præstan-

An operæ quædam ex-

traordinaria
excogitari
possint, quæ ad
bene merita
referri possint
remuneratio-
ne digna?

stahda indefinite obstricta, merito dubitari posset, an etiam uxor possit ejusmodi officia marito præstare, quæ non ad ejus obligationem, sed potius ad bene merita remuneratione digna referri possint. Quæ investigatio haud absque omni est effectu. Quid enim, si maritus aliquid uxori in remunerationem donasset? Fundamentum decidendi, an talis donatio valeret, exinde petendum est, cum inter conjuges valeat donatio remuneratoria. Carpz. *P. 2. C. 13. def. 18.* Berlich. *P. 2. concl. 15. n. 12.* Mev. *ad jus Lubec. L. 1. tit. 6. art. 2. n. 1. sqq.* Sane Pinellus in *L. 1. C. de bon. matern. P. 3. n. 51.* arbitratur, uxorem debere omnia officia conjugi maritali affectione, & non posse adeo inveniri bene merita erga virum. Ast Joh. Garfias *Tr. de don. remun. n. 28. seq.* in contrarias partes ivit, & varia exempla officiorum adduxit, quæ ad bene merita referri possent. Namque ait: *Si duxeris nobiliorem feminam, ipsaque te agrotante cibum parat, medicamenta apponat, excubet pernox, fricet, ungat, thorum sternat ipsa, ut mollius cubes, lavet, nec absteineat a coquinariis operis & servilibus ministeriis, profecto, quia ad ista non tenetur uxor nobilior, si faciat, te modis omnibus demeretur, & singulari & opportuno beneficio afficit.* Ast dubitari posset merito, an adducta exempla uxor ex officio, an præter officium fecerit? Nam si vel maxime uxor nobilis sit, tamen jam est focia rei domesticæ, & licet ordinarie extra casum necessitatis operis duris haud possit onerari, tamen ubi maritus ægrotat, omnino esse officii uxoris crediderim, omnibus modis marito præsto esse, & prædicta officia eidem præstare. Nam quædam officia habent suam necessitatem *pro certo rerum statu*, quæ alias forsan marito non essent exhibenda, atque adeo ob has causas donationem haud posse dici remuneratorem

riam

riam arbitror, nam merito non nisi singularia, ad quæ uxor alias non erat obligata, merentur remuneracionem. Cuno *de Pact. L. 1. C. 6. n. 206. § 99.* de quibus omnino constare debet, cum non præsumantur. Certe commodius forsân huc referri posset exemplum fidelissimæ uxoris Hugonis Grotii, quæ, ut liberaret maritum ex carcere, se ipsam carceri mancipandam tradidit. Quod enim beneficium singularius esse posset, quam liberare aliquem periculo mortis & squalore carceris perpetui, se vero ipsum pro altero in periculum conjicere? Tanta certe non est hæc obligatio ad officia marito exhibenda, ut etiam pro eo teneatur ambiguum discrimen subire. Cuno *de Pact. lib. 1. c. 6. n. 206.*

§. LXXI. Superest, ut breviter etiam videamus, quibus casibus cesset ille acquæstus maritalis. Hoc certum est, dissoluto matrimonio quoad vinculum omnem exspirare obligationem, quæ erat inter maritum & uxorem, & sic quoque uxorem non amplius marito suo debere obsequiales operas. Sed cum per separationem quoad thorum & mensam non tollatur vinculum matrimonii, & sic duret obligatio uxoris erga maritum, posset dici, marito adhuc acquiri per uxoris operas obsequiales, imo cum maritus adhuc separatam uxorem alere teneatur, Petr. Barbosa *ad rubr. ff. solut. matrim. P. 2. n. 43.* Coler. *de alim. L. 1. C. 10. n. 30. seq.* & quidem extra domum, Befold. *P. 2. Conf. 162. n. 9. seq.* Berlich. *P. 3. concl. 36. n. 54.* merito quoque uxor marito debet operas præstare, præsertim, cum hæc separatio lucramatrimonialia non tollat, Finckelth. *obs. 31.* Verum enim vero multa dubia circa hanc decisionem superesse animadverto, præsertim si ob mariti culpam vel sævicias separatio quoad thorum & mensam concessa sit,

An per separationem quoad thorum & mensam cesset illa obligatio ad operas obsequiales?

uti plerumque contingit. Nam 1) alias juris est, nocentem, sive maritum in uxorem savientem, amittere successionem Prætoriam, quod suo facto, vel delicto meruit. Vid. *tract. de Success. ab Int. diff. 4. C. 1. §. 11.* & licet 2) vel maxime maritus non adeo in culpa sit, tamen separationis hujus hæc est natura & indoles, ut societatis matrimonialis, & potestatis maritalis exercitium quodammodo suspendatur, dum simul cohabitare desinunt, qua cohabitatione cessante, non potest maritus ab uxore a se separata operas obsequiales, vel alia officia exigere, quamdiu in tali statu separationis vivunt. Inde etiam Bruckner. *Dec. matrim. C. 25. n. 24.* inter incommoda hujus separationis hoc refert, quod in re familiari, & œconomica, nec non exercitio opificii, mercaturæ, & aliorum cuique priorum vitæ generum impediuntur. 3) Obsequiales operæ necessariam requirunt conjugum cohabitationem, quoniam personæ mariti præstari debent, quod fieri non potest, ubi ita inter se separati sunt. Et pro hac sententia facit *c. 2. X. de don. int. vir. & uxor.* ubi usque ad separationem matrimonii habetur ratio acquisitionis, conf. *Garfias de acqu. conj. n. 6.* Idem quoque dicendum existimo, si maritus uxorem domo expulerit, vel detruserit. *L. 20. §. 1. ff. de oper. libert.* ut tamen divortium haud fuerit pleno secutum, vid. *dict. tr. cit. l. §. 13. sqq.* cum merito privandus sit lucro ex jure mariti fluente, qui potestate abutitur *Mev. P. 5. Dec. 136.* Brunn. *ad L. un. §. 8. ff. unde vir & uxor.* *Garf. cit. l. n. 162.*

Cessat acquisitio Conjugalis, quando huic renunciatur.

§. LXXII. Sic etiam maritus acquisitionem conjugalem ex operis obsequialibus uxoris amittit, quando in pactis dotalibus huic renunciavit, & cum futura uxore convenit de dividendo communi lucro sive acquisitione. Potissimum enim pacta dotalia determinare talia solent, quæ

quæ ordinarie primo loco inspicienda. Carpz. *P. 3. C. 25. D. 13.* Quamvis enim supra evictum sit, operis non posse renunciari, aliud tamen dicendum est, quando quaeritur, an non circa lucra ex operis provenientia aliud quid possit inter conjuges disponi, quod licite fieri potest, cum etiam statuta sæpe recedant a comuni jure, & aliud quid determinent: quod autem statuto potest introduci, hoc etiam pactis. Possunt enim inter se convenire neonymphi, ut quilibet sibi suis operis acquirat, & ut alter nihil juris habeat in bonis acquisitis, quod in primis ratione operarum artificialium usum habere potest. Peck. *de test. conj. L. 2. C. 1. n. 3. Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 128.* Neque vero tantum ante matrimonium talis renunciatio a parte viri fieri potest, sed etiam constante: quamvis enim donatio inter conjuges constante matrimonio sit interdicta, attamen pro donatione non habentur, quando maritus in favorem uxoris renunciat acquirendo lucro *L. 1. §. 13. sq. L. 31. §. 7. ff. de donat. int. vir. & ux. Peck. d. Tr. L. 1. C. 1. Garfias de acquasf. conjug. n. 147.*

§. LXXIII. Ordo me jam vocat ad operas uxorum artificiales, quas communiter ita comparatas esse volunt, ut longe diversos juris effectus producere debeant. Equidem in libertorum operis officialium & artificialium diversa utique est natura & ratio, cum illæ debeantur, etiamsi hæud expresse promissæ fuerint, hæ vero non aliter, quam specialiter promissæ, & sic his non promissis, quicquid laboribus acquirit, hoc in suæ industriæ præmium sibi acquirit. Sed an in operis uxorum eadem quoque distinctionis ratio habenda sit, non una est omnium sententia: quidam ajunt, quidam negant, & tamen res propter quotidianam praxin admodum

De operis artificialibus.

dum necessaria est, unde de hac materia peculiariter hic agendum duxi.

Operæ arti-
ficiales quid?

§. LXXIV. Multum autem in hac quæstione dependet ex accurato conceptu operarum artificialium strictè dictarum, quatenus ab officialibus distinguuntur. Quod plerique hic non adeo certis ducuntur fundamentis, ratio esse videtur, quod operas artificiales uxorum æstimare voluerint Dd. ex operis libertorum fabrilibus, cum tamen operæ pro statu personæ, & diversitate obligationis variant. Fabriles operæ libertorum, definiente Zafio *L. 1. sing. resp. C. 3. n. 12.* sunt illæ, quæ ex artificio consistunt, in quibus labor plus ad rem ipsam, & ad opus faciendum, quam ad personale ministerium aut personam domini respicit. Ast, si secundum hanc definitionem operas uxorum æstimare velis, de multis posset dubitari, an ad artificiales, an ad obsequiales referri debeant, veluti si in usum non tantum mariti, sed totius familiæ culinam instruit, rem pecuariam, prout ruri moris est, exercet, & alia domestica negotia suscipit, quæ sane plerumque plus laboris in se continent, quam nudum ministerium personale marito debitum, & tamen ut plurimum quæ curam domesticam tangunt, ad officiales referuntur. Prævidit hæc dubia Odalricus Zafius *cit. l. n. 17.* & hunc in finem *medias sive communes* operas fingere maluit, quæ, quamvis artificio & industria perficiantur, & ad rem familiarem augendam pertineant, tamen simul suo modo ab officialibus aliquid participant, quod una ad peculiarem mariti usum & ministerium expediuntur.

Quod operæ
artificiales di-
stingui debe-
ant ab officia-
libus.

§. LXXV. Scilicet natura societatis conjugalis dicitur, arctius obligari feminas maritis, quam libertos suis patronis, atque adeo officialium operarum rationem omni-

omnino esse dilatandam. Cum enim sit assumpta uxor in adiutorium, omnino ad officiales, sive obsequiales operas referendum videtur, quando manus auxiliatrices marito suo præbet, prout supra plenius explicatum est. Sic itaque quando lavat, lintea marito conficit, vestimenta eius curanda poliendave suscipit, coqui vices gerit, aliaque similia peragit, respectu libertorum possent quidem talia dici artificialia, sed respectu uxorum ad officia referenda sunt, atque adeo, quando *in l. 31. pr. ff. de don. int. vir. & ux.* exemplum adducitur de marito lana sua uxori vestimentum faciente, & simul additur, quod hæc ipsa Viri esse debeant, licet uxoris cura facta sit, & uxor tanquam lanipendia in eare versata fuerit; dubitari posset, an hæc ipsæ operæ, quæ in se artificiales videntur, ubi marito præstantur ab uxore ad adiutorium obstricta, non potius respectu uxoris pro officialibus habenda fuerint; vel si commune quid cum artificialibus habeant, an non tamen plus participant ab officialibus, cum uxor illa, ut marito inserviat, fecerit? Quæ cum ita sint, operæ, quæ artificio singulari & labore peraguntur, duplicis generis esse videntur; quædam in ministerium mariti ab uxore præstantur; quædam vero nullo habito respectu ad personam mariti suscipiuntur ab ipsa uxore, ut obstetricem, lotricem, netricem esse, separatum commercium exercere, propolam agere, saltando & cantando quæstum facere, chirurgiam exercere, vel aliud artificium a mariti rationibus separatum profiteri. Hæc strictè & proprie loquendo vocari possunt artificiales, illæ vero cum Zasio possunt dici *media seu communes*, quatenus ab utroque quid participant, quamvis magis obsequialibus accedere videantur, cum mariti ministerium respiciant, ad quæ uxor propter obsequium obligata est.

Contin. III.

T

§.LXXVI.

An ad com-
munes sive
medias uxor
obligata sit?

§. LXXVI. Circa has medias operas, quæ partim artificiales, partim etiam obsequiales, dici possunt, ante omnia disquirendum, an ad illas æque obligata sit uxor marito suo præstandas, ac quidem ad nudas obsequiales? Quæstio hæc inprimis usu venire potest in uxori- bus opificium, ubi non raro uxores suas adhibent ad opificum, quod profitentur, quod ipsis non prohibi- tum, uti responderunt J Cti Jenenses 1630. teste Bech- manno *Exerc. Exot. 3. n. 110.* ibi: *Dasß ein Meister sein Weib oder Tochter zu seinem Handwerck zu setzen, und vor einen Knappen arbeiten zu lassen wohl befugt sey.* Quemadmodum etiam mercatores non raro uxores suas in tabernis adhibent, ut ministerium ibi præstent. Equidem ratio dubitandi esse posset, quod tales operæ non possint dici uxoriæ, quippe quæ uxores, non qua- tales præstant, sed ut artifices, uxorum autem operæ potissimum ad culturam mariti, & rem œconomicam spectare videntur. Verum cum operæ ab uxoribus indefinite præstandæ sint, & quidem ex obsequio mari- tis debito, existimarem, ad has & similes quoque ope- ras marito præstandas uxores obligari, quatenus (a) ad eas idoneæ sunt, (b) nec in dedecus mulieris & viri ren- dunt. Neque enim ideo tantum adiutorium præbet uxor, quod rei œconomicæ simul provideat, sed etiam, ut præterea in artificialibus & mariti propriis negotiis eidem præsto sit. Et sicuti uxor marito agresti operas suas præstat in agricultura exercenda, & re pecuaria; ita in urbibus ex eodem fundamento opifici marito, quatenus potest, manus adiutrices suppeditare debet. Et huc forsitan referendæ illorum sententiæ, qui etiam uxores ad operas industriales adstringunt. Dn. Ey- ben *Obs. Theor. Pract. ad L. Disquis. 3. Obs. 7. n. 9.* Hac po-

fit itaque sententia, cum tales operæ magis obsequiales videantur, recte asserimus cum Carpzovio, omnia utriusque conjugis labore & industria acquisita ad solum maritum pertinere. Carpz. *P. 3. C. 25. def. 9.*

§. LXXVII. Progredior ergo ad operas artificiales strictè dictas, de quibus ante omnia videndum, an uxor ad illas obligata sit? Et recte quidem, meo iudicio, asserit *Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 136.* quod uxor non possit adigi ad vitæ genus suscipiendum, quod maritus non colit, quia hic cessat omnè fundamentum operarum præstandarum, quod supra suppositum est. Neque enim has tacite promississe dici potest, quæ ex natura societatis conjugii non dependent, & ad matrimonium nullum respectum habent, neque maritus ex potestate in uxorem illas imperare potest, cum potestas in uxorem haud sit infinita, sed suis circumscripta limitibus & ad negotia matrimonialia potissimum restricta; neque denique ad adiutorium marito præstandum proprie pertinent, cum supponamus casum ejusmodi operarum, quæ a mariti vitæ genere diversæ sunt, & sic marito exhiberi nequeunt. *Conf. Boërius Dec. 81. n. 4. Neuenhahn. de jur. & privil. viduit. Sect. 18. lit. b. v. nostr. Diff. de jure mariti in bon. ux. C. 1. §. 28. vol. V.* Et sic facile patet, quid dicendum sit de quæstione, an uxor teneatur pro pretio lactare alienum filium ex præcepto mariti? Tractat hanc quæstionem *Alex. L. 4. Conf. 133. Col. 2. vers. in hoc autem*, quod negandum existimo, cum hæc opera talis non sit, ut necessario in ministerium mariti ab uxore exhiberi debeat; neque enim præstatur marito, sed alii; ut maritus potest uti uxore ut Romani ancillis suis utebantur: revera autem ita uxor conjiceretur in sortem ancillarum, si

Uxor non obligatur ad operas artificiales strictè dictas.

ad usum mariti extraneis infantibus pro pecunia ubera porrigere teneretur.

Cujus lucro
talis acquæstus
cedat.

Rationes eo-
rum, qui hæc
lucra marito
adscribunt,

§. LXXVIII. Quod si itaque uxores sponte ejusmodi artificium exercent, veluti, si obstetrices sint, vel mercatrices &c. & lucrum exinde ingens acquirant; gravissima inter Doctores disputatio volvitur, an hic ipse acquæstus lucro mariti cedat, an vero uxoris sit? Sunt qui hæc quoque lucra maritis adscribunt. Propugnat late hanc sententiam *Mev. ad Jus Lubec. P. 2. tit. 12. art. 12. n. 133. § 99.* ubi *n. 136.* dicit, quod, licet invita ad eas suscipiendas cogi non possit, si tamen suscepit, inde quæsitæ ad caput familiæ pertineant. Rationes ejus sunt sequentes: (1) quod operetur marito, & eidem etiam industriales operas debeat *pp. l. 48. ff. de oper. lib.* ubi, quas libertus debuit operas, easdem sub nomine officii uxorem debere, traditur, debituram alias Patrono industriales, si marito solas officiales præstaret. Putat porro, huc referendum esse textum *in L. §. Vir lana 31. pr. ff. de don. int. vir. & ux.* ubi agitur de lanipendia, h. e. quæ curam lanificii gerit eique ministrat, quod & juri divino conforme esse ait, quo uxor auxiliatrix Viro constituta, omnia ipsi tanquam Capiti tribuere debet. (2) Provocat ad conditionem acquiritorum. Quando enim simpliciter sine ulla conditione uxor, ante contractum matrimonium, omnia sua bona ad maritum transfert, quæ habuit vel ex negotiatione, ex qua vivere, vel lucrari quædam solita est, in dotem dedisse censetur. Sicuti nunc dotis fructus lucratur, ita exinde quoque per industriam uxoris quæsitæ. (3) quod juris præsumtio sit, qua omnia ab uxore acquisita ex rebus mariti quæsitæ esse, ad maritum pertinere præsumantur, *L. 51. ff. de don. int. Vir. & Ux.*

(A)

(4) & hanc esse intentionem mulieris, quæ sine expressa lege se, suisque, marito committens, omnia etiam ad caput familiae referens, non alia esse mente videtur, quam quod communi Oeconomiz acquirere velit.

(5) Esse quoque utilem hanc observantiam putat, cum ita præcaveantur litium segetes, quæ ex ea singularitate, & separatione acquisitionum nasci possent. Denique

(6) hæc omnia per consuetudinem probari asserit. Et in hanc sententiam quoque alii descendunt, non infimè pariter notæ J.Cci. Vid. Carpz. *P. 3. C. 25. def. 10.* ubi adducit exemplum de muliere mercatrice, & concludit, quod, quicquid propria pecunia negociando lucrata sit, non sibi, sed marito acquirat, id quod in primis de Jure Saxonico verum esse ait. Petr. Heig. *P. 1. Qu. 29. & 30.* Frantzell. *L. 2. Resol. 11. n. 8.* Wesehb. *in Paratitl. ad ff. rit. de rit. nupt. n. 6.* ibique Haha. *in nos.* Suthold. *diff. 2. ad instit. §. 17. sqq.* Boërius *Dec. 81.* Petr. Müller. *in addis. ad Servu. Ex. 29. sb. 56. lit. V.* Ant. Cordub. *in l. si quis ex liberis §. & 10. ff. de lib. agnosc. n. 222.* Joseph. Ludov. *Dec. 28. n. 8.*

§. LXXIX. Verum enim vero, licet Carpzovio & Decisio cum
rationalibus.
Petro Heigio hoc facile largiamur, quod ipsi de Saxonici moribus speciatim testantur, tamen, si de jure communi hæc quæstio decidenda venit, veriore esse existimo contrariam sententiam, quod videlicet uxor lucra illa, quæ constante matrimonio *artificio suo separato* acquirit, non marito, sed sibi acquirat, atque adeo in hereditatem mariti conferre non teneatur. Nam (1) in jure communi uxor inter illas personas, per quas alii acquiruntur, non numeratur, quia, cum sui juris sit, cessat quoque fundamentum acquisitionis, quod in filio & servo concurrat, Cacheran. *Dec. 20. n. 6.* neque potestas ma-

riti tanta est, ut ultra officiales possit aliquid per uxorem acquirere. (2) Cessat quoque in artificialibus illa ipsa ratio, propter quam ex obsequialibus marito suo acquirit, has quippe promississe marito pro natura societatis conjugalis videtur, non æque illas, & sic ad has obligata, non vero ad illas. Gutierrez. *L. 2. qu. 120. n. 3.* Neuenhahn. *de jure viduis. Sect. 18. lit. b.* (3) Cum itaque etiam ipsi dissentientes fateantur, industriales non esse debitas marito, vid. Mev. *cit. l. industriales*, sive artificiales præter debitum præstat & sic marito nullum jus in illis lucris competere potest. Accedit (4) quod quoad artificiales societatem cum marito contrahere possit, ut sic demum cum marito secundum naturam societatis lucra communicet, *L. 16. §. 3. ff. de alim. leg.* ergo extra casum societatis lucra unice uxori erunt adscribenda, quæ suo labore acquisivit. Marta *in Dig. nov. Tom. 3. faciet. C. 21.* (5) Quamvis secundum *L. 51. ff. de don. int. vir. & ux.* omnia acquisita ab uxore, præsumantur ex bonis Viri esse acquisita, tamen, si constat, vel ostendi possit, industria & labore suo, puta, negotiando, vel artificium aliquod exercendo quædam durante matrimonio acquisivisse, merito illa retinebit cum bonis suis. Cum enim hic cesset suspicio turpis quæstus, nihil obstat, quo minus ad uxorem pertineat honeste partum. Kohl. *ad Const. March. qu. 7. n. 25.* Ceterum frustra Quintus Mutius quæsisisset, unde mulier aliquid constante matrimonio acquisivisset, si omnia ad maritum essent referenda. Neuenhahn. *cit. l.* Ex hanc sententiam, præter jam allegatos, tuentur Scipio Gentilis *de don. int. Vir. & ux. L. 2. c. 19. & 18.* Peck. *de test. conjug. L. 2. in pr.* Garfias. *de acqu. Conj. n. 72.* Arnif. *de jur. conj. unib. c. 2. Sect. ult. n. 32.* Klock. *vol. 2. conf. 79. n. 73.* Alciac. *reg.*

reg. 3. Praef. 26. n. 11. Mascard. de prob. cons. 214. num. 12. Surd. de alim. L. 4. qu. 29. n. 22. Berlich. Decif. 224. n. 43. Brunnem. ad L. 3. ff. de donat. int. V. & U. n. 2. Esbach. ad Carpz. P. 3. C. 25. def. 10. n. 3. Kohl. cit. l. Lauterb. de societ. bon. conj. C. 2. §. 5. Schœpff. in Synopsi jur. priv. Rit. Nupt. n. 58. Illustratur hoc ipsum ex responso, quod in tractatu de success. ab intest. Diff. 4. C. 3. §. 54 adduxi, quodque hic repetere juvat: **Das die verstorbene Frau viel Schock Leinwand und Zwilling wurden und bleichen, auch davon viel Hand: Tisch: und Bett: Tücher verfertigen lassen, lego aber, ob selbe der Frauen Erben zu restituiren, oder dem superstiti marito zu lassen, gezeifelt wird: So ist vornemlich dahin zu sehen, ob die Frau zu sothanem Geräthe aus ihren eigenen Mitteln den Flachß gekauft, oder aus des mariti Mitteln.** Auf den ersten Fall gehöret die Leinwand der Frauen *per L. 31. §. si uxor lana sua ff. de don. int. V. & U.* Auf den letzten Fall gehöret die Leinwand dem Manne, nihil obstante, quod in ea re uxor tanquam lanipendia fuerit *d. l. 31. pr. ff. eod. Barbosa ad L. qua doses 34. v. 71. in f. ff. solut. matr. cum hoc ad operas, & curas domesticas pertineat, quas uxor marito præstare tenetur. Coler. de Proc. Exec. P. 1. c. 2. n. 167.* Zumal da auch in gegenwärtigem Fall die Frau des Mannes Namen mit in das gemachte Lein-Geräthe genehet, daraus quod sibi soli non voluerit acquirero, genugsam abzunehmen. Und solte auch gleich maritus der Frauen den Flachß angeschendet haben, so wird zwar die Leinwand der Frauen bleiben, es stehet aber dennoch utilis actio dem marito zu ad petendam æstimationem des verbrauchten Flachßes *per L. 29. f. f. & L. 30. ff. de don. int. V. & U.* welches ebener massen von den gemachten Betten zu verstehen.

Responsiones
ad rationes,
dissentien-
tium.

§. LXXX. Hæc omnia eo certiora erunt, si a dubiis *supra §. 78.* motis hæc sententia liberetur. Nam quod ad primum dubium attinet, certum quidem est, quod uxor marito operari debeat, h. e. adjumentum in rebus domesticis aliisque præbere, sed de ejusmodi casibus hic non agitur; ubi uxor manus auxiliatrices marito operanti, vel laboranti præbet, sed ubi separatim a marito artificium, vel negotium a re œconomica alienum exercet. Et quod Mevitis arbitratur, etiam uxorem marito debere operas industriales, id de his quidem, de quibus hic agimus, intelligi nequit, uti ipse fatetur, sed forsitan de mediis & communibus operis, ubi marito artificii in officio suo manus suas accommodat; quod illustratur ex *l. 31. pr. ff. de don. int. vir & ux.* in contrarium adducta, de uxore lanipendia, ubi maritus in conficienda veste ipsemet occupatus fuerat, uxore adjuvante. At, si uxor ex sua lana sibi & suo nomine, h. e. ut marito nolitis acquirere, eique operari, vestimentum fecerit, diserte dicitur *in cit. l. 31. §. 3.* quod uxor vestimenta sibi acquirat; quod si autem viri nomine confecisset, h. e. ea intentione, ut viro acquireret, (cum etiam operæ uxorum ad eam pro mariti indumentis se extendant) hoc demum viri esse, contendit Jctus *in cit. l.* Neque argum. ex *l. 48. ff. de oper. lib.* adductum alicujus momenti est, nam de eo adhuc quæstio, an liberta *in cit. l.* Patrono suo operas industriales promiserit, cum *Zaf. L. 1. sing. resp. C. 3.* ostendat, sub voce operarum simpliciter posituram sæpe in jure nudas officiales intelligi, quod & commode hic applicari potest. Secunda ratio admodum dubia est. Eo enim ipso, quod uxor omnia sua bona ad maritum transferat, & sic etiam negotiationem, non censetur statim ea dotis nomine marito dedisse, cum potius dotis constitutio in facto consistat, & sic non præsum-

ma-

matur; ex quo Dd. concludunt, quod in dubio magis bona præsumi debeant paraphernalia, quam dotalia. Nov. 22. §. *ſiquis autem. L. f. C. de divort. L. 1. C. de dot. caut. non numer. Paris. in Dec. Qu. 507. n. 4. Menoch. de præf. L. 2. præf. n. 54.* Neque fortius pondus habet ratio tertia, illa enim præsumptio ex *L. 51. de don. int. V. & U. ad ducta*, admittit probationem in contrarium, & cessat, si uxor ostendere possit, unde bona illa acquisiverit. Sic etiam, quod in quarta ratione de intentione mulieris adducitur, haud concludit, cum uxor sit persona ingenua, & sic sibi acquirere possit, atque adeo eo ipso, quo extra operas marito debitas operatur, magis censetur sibi acquirere voluisse, quam marito, cui tales operas non debuit. Quinta ratio solam utilitatem respicit, ex qua ad juris necessitatem haud legitime infertur. Et sicuti inter conjuges ex diversitate bonorum, quæ adhuc manet, discordia non nascitur, ita non video, quomodo ex hoc separato acquirentu possit discordia nasci. Denique quod de consuetudine addit, illa particularis esse potest in quibusdam locis, sed de hac non loquor, sed de dispositione juris communis.

§. LXXXI. Interim haud nego, posse aliquando Limitatur affectio (1) si aliud statuto, vel consuetudine introductum sit. hanc questionem aliter decidi variis ex causis. Et quidem (1) si statuto, vel consuetudine aliud introductum est, ei omnino standum; supra enim dictum est, variare jura maritorum in uxorem. De moribus Saxonice Heigius, Carpzovius & Wesenbecius supra citati testantur; quod totus acquirentus conjugalibus marito obveniat: in *Statut. Uratislav. de A. 1676. art. 1. §.* Wir haben uns itidem contrarium dispositum est his verbis, *Das die ganze und völlige Geniesse des Weibes Haab und Güther, deßgleichen auch alles, was beyde Mann*
Cousin. III. U und

und Weib ſämmtlich und ſonderlich, es ſey gleich durch Handthierung oder Gewerbe, in ſtehender Ehe gezeuget und erworben, für des Mannes Guth, nicht allein auf dem Todes-Fall, ſondern auch bey ihrem, der Eheleute, Leben, gehalten werden ſoll. Conf. Hen. Giſebert. *pericul. ſtatut. ſecund. art. 34. n. 70. ſeqq.* Refero præterea huc etiam illorum locorum ſtatuta, ſecundum quæ omnis acquæſtus conjugalis inter conjuges dividitur, de quibus conſuli poteſt Garſias *de acqu. conjug.*

(2) Si operas obſequiales ea propter neglectavit.

§. LXXXII. Præterea (II) hoc ita limitant, ut ratio ſit habenda temporis ſubtracti ſervitiis marito debitis. Ripa *de nocturno tempore c. 35. n. 17. ſeqq.* Eatenus enim, quatenus propter operas artificiales diſtracta fuit a ſervitio obſequiali, marito volunt uxorem acquirere ex operis artificialibus. Franc. Gallus *de fructibus diſp. 3. art. 1. n. 73. ſqq. & Diſp. 20. art. 4. n. 34.* Exemplum poſſet eſſe in iſtis uxoribus, quæ lactant liberos alienos, quo ipſo in totum diſtrahuntur a ſervitiis domeſticis & cura maritali, atque adeo æquum eſt, ut eo nomine lucrum aliquod marito accreſcat. Mozzius *de contr. tit. de ſociet. rubr. de perſona n. 12.* Quamvis enim marito indefinite operæ debeantur, atque adeo difficillimæ æſtimationis videatur, quantum marito eo nomine præſtari debeat, inde tamen jus mariti in totum non tollitur, ſed arbitrio judicis relictum videtur, ut arbitretur, quantum viro ex illo acquæſtu industriali ratione ſubtractarum operarum domeſticarum debeat. Uxor enim hætenus operari, & aliquid acquirere poteſt, ſed ſalvis operis marito debitis.

(3) Si ex pecunia mariti negotiata ſit.

§. LXXXIII. Quidam etiam hætenus dicta (III) limitant, ſi non propria pecunia, ſed mariti, negotiata fuiſſet, quod ita ſine dubio intelligendum eſſe exiſtimo, ſi in
uti-

utilitatem mariti sui aliquid fecerit, vel ex ejus mandato. Unde tradit Alciat. *reg. 3. præf. 26. n. 11.* ubi fors est mariti, quæstum ex negotiatione uxoris cedere lucro mariti, sc. si mariti nomine quoque negotiata fuerit. Alias extra hunc casum, si suo nomine negotiata fuerit, licet viri pecunia, sibi acquirere non sine ratione statuunt Dd. Pruckm. *Vol. 1. Conf. 44. n. 38.* Boer. *Dec. 81. n. 5.* Kohl. *ad Const. Marcob. qu. 7. n. 24.* Surd. *de alim. tit. 4. qu. 29. n. 26.* tum ex generali ratione juris, quod non respiciendum sit, cujus pecunia aliquid acquisitum sit, sed quis illud nomine suo quæsierit, *l. non unde 7. C. si cert. per.* tum etiam per *L. multum 6. C. si quis alteri vel sibi*, ubi ita: *si quidem uxor nomine suo emit, eique res tradita sit, nec inde quicquam de his processit, non nisi de pretio adversus eam, in quantum tu pauperior, & illa locupletior facta est, habes actionem.* Idem quoque evincitur ex *L. etsi de tua 9. C. de don. int. Vir. & Uxor. L. 1. C. si quis alteri vel sibi.* Ceterum in dubio, quatenus uxor separatam negotiationem gerit, præsumitur magis suo nomine, quam mariti negotiari, Kohl. *cit. l. n. 28.* præsertim, cum uxor non sit obstricta, ut marito suo negotietur. Alex. *L. 4. Conf. 133.* Nihil ergo marito superest, quam ut pecuniam possit repetere, si pecunia uxori non fuerit donata & per mariti mortem confirmata. Kohl. *cit. l. n. 30.*

§. LXXXIV. Inprimis vero (IV) non sibi soli (4) Si commu-
 uxor lucrum hoc acquirat, si cum marito communem nem cum ma-
 negotiationem exercent, propterea quod societatem in- rito negotia-
 ter se contraxerint. Possent enim talem societatem inter tionem exer-
 conjuges iniri, patet ex *l. aliment. 16. §. 3. ff. de alim. leg.* ceat.
 ubi exemplum adducitur de eo, qui cum uxore sua so-
 cietatem omnium bonorum suorum per annos amplius
 40. habuerat, in quo casu certe ex natura societatis lu-

cra communiter quæfita, utrique sunt communicanda. *Mozzius de contr. tit. societ. rubr. de persona n. 11. Kohl. cit. l. n. 31. Joseph. Lud. Dec. 28. n. 12. & 16. Idem præterea evincitur ex L. ex diverso 17. §. 2. ff. solut. matr. dummodo donationis causa haud fuerit constituta, qualis societas ipso jure nulla est L. 32. §. 24. ff. de don. int. V. & Ux. Et hæc non tantum obtinent, quando expresso pacto societas inter conjuges inita est, sed etiam si tacite, quod declarat *Mozzius cit. l. n. 11. Interim quod n. 14. pro hac declaratione adductum est exemplum, admodum dubium est, scil. quod tunc quoque tacite societas contracta esse videatur, cum vir & uxor exercent aliquod hospitium, & lucra hinc inde promiscue sint collata in communi: ex quo enim uxor suam industriam adhibet, lucra quoque communicanda esse putant. Quod si enim hac ratione societas esset inter conjuges contracta, rarissime posset maritus acquirere per uxorem, quæ adjutorium marito præbet in officio, vel arte, quam proficetur. Neque aliquid præsidii habere potest c. 2. X. de don. int. V. & Ux. quem textum jam supra late explicui & ostendi, eum non loqui de societate contracta inter conjuges, sed de peculiaribus moribus Galliarum, ubi acquæstus inter conjuges semper dividitur.**

(*) Si pacto promiserit, quod omnino velit acquirere marito.

§. LXXXV. Præterea (V) pactis quoque a jure communi recedi posse, certum est, præsertim inter conjuges, qui pactis dotalibus non raro de acquæstu conjugali disponere solent. Sicuti enim recte inter se possunt convenire, ut alter nil habeat de illis, quæ quis sua industria acquirit. *Peck. de test. conjug. L. 2. c. 9. n. 2. ita haud improbari debet pactum, si uxor in pactis dotalibus quascunque operas suas marito promississet, & subinde omnem acquæstum ex vitæ genere, quod proficetur,*

tur, profluentem, eidem adscripisset. Quid enim prohiberet, si uxor inops, quæ nihil dotis nomine ad virum transferre possit, dotis loco ei operas suas artificiales promitteret, veluti si esset obstetrix, aut lotrix, qua ratione, maritus ex pacto speciali lucrum ex operis artificialibus acquireret.

§. LXXXVI. Ceterum cum negotiationes & alia vitæ instituta ad illa referri debeant, quæ licite suscipi possunt, non intempestive quæritur, an maritus possit interdicare, ne artificium, vel certum vitæ genus exerceat? In qua quæstione, ut rite versetur, varios distinguendos esse existimo casus. Ante omnia notari meretur, operas artificiales uxorum, vel imponi publica auctoritate, vel libera voluntate suscipi. Prioris exemplum est in obstetricibus, quæ non aliter quam legitime examinandæ admittuntur. Qui tales ducit uxores, quæ ita publicum quasi munus profitentur, haud possunt easdem a munere avocare, ad quod jam semel electæ sunt, quamvis, ne constituentur, maritus juste protestari possit. Est enim uxor jam in officio mariti, ut dicitur *in l. 48. ff. de oper. lib.* & sicut liberta ab aliis operis Patrono præstandis statim liberabatur, ubi consensu ejus alicui nubit, quod ita operas marito jam præstare obstricta sit, ita quoque idem dicendum arbitror, si uxor postea tale munus subire velit invito viro, cujus interest, ne ita avocetur a curis domesticis, & operis obsequiilibus. Quod cetera negotia concernit, quæ libere suscipit, videndum, an maritus justam dissentendi & contradicendi causam allegare possit, nec ne? Priori casu utique audiendus maritus est, & de ejus præjudicio cognoscendum, veluti si alleget, quod se ipsam prostituat, & incontinentiæ suspectam reddat, forsan, quod cau-

An maritus possit uxori interdicare, ne artificium exerceat.

ponam instituere vellet &c. nam talis prohibitio quæ ad jus corrigendi referendum, quod marito competit in uxorem. Wurmser. *tit. 47. obs. 21. Vultej. jurispr. Rom. L. 1. c. 16. n. 26.* Posteriori autem casu, si omne præjudicium mariti cesset, non video, qua ratione uxorem prohibere possit, ne lucrum innoxium acquirat. Quamvis enim maritus potestatem in uxorem habeat, & hæc se ad ejus voluntatem accommodare teneatur, utrumque tamen non absolute intelligendum, uti ex dictis in *cap. 1.* constat. Et contradicere non potest, qui nullam interesse, vel præjudicium allegare valet, *arg. l. si eo tempore 6. C. de remiss. pign. l. 39. ff. de adopt. l. 29. §. 1. ff. de min. l. 47. pr. ff. de re judic.*

An uxor sequi teneatur maritum, si hac ratione impediat in vite illicitate.

§. LXXXVII. Cum itaque, ut hætenus dictum est, operæ uxoris artificiales possint consistere in munere aliquo quasi publico, quod dimittere tenetur, si maritum vel relegatum, vel mutantem domicilium sequi obstricta esset, oritur quæstio, an talis uxor maritum sequi debeat, an vero juste excusetur, allegando, se ita officium dimittere teneri. Supra jam in genere hanc quæstionem tetigi, & ostendi, ordinarie uxorem obstrictam esse, ut sequatur maritum etiam relegatum, sed multum tamen arbitrio judicis relictum esse. Atque hinc Petrus Heig. *P. 2. Q. 14. inf.* censet, videndum esse, quid res rationesque domesticæ, liberorum & rei familiaris commodum ferat, utrum salva honestate uxor inter peregrinos versari possit, neque istuc properandum, ut uxor peregrinationem neque marito, neque sibi utilem suscipere cogatur, habendamque magis rationem innocentis personæ & utilitatis publicæ, prout arbitrium boni viri postulabit. Merito itaque hæc quæstio arbitrio boni judicis erit committenda, cum certe eo ipso, ubi uxor
ita

in munus quasi publicum proficitur, justam videatur dissentiendi causam habere, ne maritum sequatur.

§. LXXXIIX. Postquam itaque evictum est, uxorem sibi hujusmodi lucra ex operis artificialibus acquirere, facile constat, marito nullum jus absque voluntate uxoris in ejusmodi rebus competere. Potest itaque liber de illis disponere, testari, vel quasvis alias alienationes suscipere, ut tamen, ubi dubium occurrit, an hæc vel illa bona ex operis industrialibus acquisita sint, uxori, vel ejus heredibus incumbat, hoc ipsum legitime probare, cum præsumtio in contrarium adsit *l. 51. de don. int. V. & U.* de quo infra dicitur. Quod si itaque hæc lucra administranda commiserit expresse vel tacite, dum passa est illa a marito administrari, ad paraphernalia erunt referenda, atque adeo in illa ipsa marito nullum aliud jus, quam alias in paraphernalia ei concessum est, competit, de quo cum supra jam actum sit, actum agere nolo. Cf. interim Dissertatio mea *de jure mariti in bon. ux. c. 3. quæ habetur in Vol. V. Dis.* Sic maritus ratione illorum judicium nomine uxoris suscipere potest absque mandati productione, dummodo caveat de rato *l. 21. C. mand. imo, si constet, quod inter paraphernalia hæc relata sint, forsitan ex pactis dotalibus, quibus marito administrationem omnium bonorum præsentium & futurorum commisit, etiam absque cautione de rato admitti debet. Ummius de Proc. judic. disp. 9. tb. 7. Gail. L. 1. obs. 133. n. 1. 199.* Neque amittit hæc lucra uxor, si vel maxime adulterium commiserit, cum a dote & donatione propter nuptias non commodum duci queat argumentum. *Wesemb. ad L. Jul. de adult. n. 19. Carpz. Pr. Crim. Q. 64. n. 22.* Ratione securitatis vero uxor habet tacitam hypothecam in bonis mariti propter concessam administra-

Quale jus marito competat in talem acquisitionem.

tionem, sicut in genere propter quævis paraphernalia, *L. f. C. de pact. conv. Mynf. Cent. 5. Obs. 4. n. 2. sed absque privilegio prælationis. Brunnem. L. assiduis f. C. qui pot. in pign. n. 20.*

An ex sola potestate mariti in uxores jus in bona uxoris possit deduci?

§. LXXXIX. Hactenus de jure mariti in personam uxoris, ejusque operas tam obsequiales quam industriales, dictum est, jam de jure mariti in bona uxoris dicendum. Hic vero admodum difficile est, jus mariti in bona uxoris ex potestate maritali deducere, cum potestas hodie fere eadem maritorum in uxores sit, & tamen jura diversimode variant, ita, ut alicubi communio vera, & proprie dicta bonorum adsit, alicubi vero impropria. Sicut enim ipsa potestas maritalis legibus civilibus varie est determinata & definita, ita quoque jus in bona uxoris variis modis a legibus restrictum & informatum est. Et cum potissimum tota dicendorum ratio sese ad statuta & commune jus referat, hinc quoque primum videndum est, quale Jus marito secundum *jus commune Romanum* in acquisitione uxoris competat, deinceps, quid statutis certorum locorum hic immutatum sit?

An sit Communio bonorum inter conjuges?

§. XC. Capitalis autem & fundamentalis hic ante omnia quæstio est examinanda, an ex societate conjugali per se fluat communio omnium bonorum? Equidem, quemadmodum antea jam dictum est, nec per se maritalem potestatem ex societate conjugali fluere, ita quoque ipsa societas conjugii causa inita non necessario involvere videtur communionem omnium bonorum, licet vel maxime eidem conformis sit. Potissimum enim hæc societas initur sobolis procreandæ causa, qui finis potest obtineri absque communiione omnium bonorum; ex quo fluit, pactis opus esse, si talem communionem inter se constituere velint. Et licet uxor di-

dicatur quædam thori focia, hoc tamen ad ipsa bona non pertinet, sed tantummodo ad actus matrimonii proprios. Quod si vero iterum id, quid magis huic societati conveniat, & honestum videatur, inspiciamus, omnino afferimus, societati huic inprimis convenire communionem omnium bonorum, præsertim cum ætissima inter conjuges vitæ consuetudo sit, ac perpetuum consortium, & præterea uterque conjugum cooperetur in communem rei domesticæ utilitatem, quæ non rectius quam per ejusmodi communionem impetratur. Verum, cum hujusmodi ratiocinationes aliquid quidem ponderis habeant, non tamen necessitent, legibus opus fuit, quæ hanc rem deciderent.

§. XCI. Quod si itaque rem secundum Jus Romanum considero, non defuerunt, qui veram bonorum communionem inter conjuges fingerent, inter quos quoque referendi sunt Nic. Boërius *ad consult. Bituv. tit. de consu. matrim. §. 2.* Jo. Lupus *ad rubr. de don. int. V. & U. §. 6.* Segura *de lucro const. matrim. acquis. n. 65. sqq. & 244.* Varias autem solent conglomerare rationes, adeo, ut quidam prima hujus communionis cunabula a legibus Romuli petere haud vereantur, persuasi, deinceps continuata serie idem jus in posteros derivatum esse. Equidem Dionys. Halicarn. *L. 2. Rom. antiqu.* hujus Legis Romuli meminit his verbis: *Lex autem hæc erat: mulierem nuptam, quæ ex sacris legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium bonorum & sacrorum participem esse.* Ad quam legem etiam respexisse videtur Putarchus *in præcept. Connub. L. 20.* ajens: *Etenim Romanus legislator lege cavuit, ne conjugum alter alteri donaret quicquam, non, ut nullius rei participes fierent, sed ut omnia communia judicaret.* Conf. Balduin. *ad LL. Romuli C. 13.*

Quid de Jure
Communione
dicendum?

Contin. III.

X

Hoc

Hoc fundamento semel posito, putant quoque, in jure Romano clara adhuc hujus legis vestigia superesse. Nam a) existimant, ob hanc communionem maritum *Dominum*, & uxorem *Dominam* vocatam fuisse, sicuti de marito textus supra adducti sunt, de uxoribus vero res liquida videtur *ex l. 41. pr. ff. de leg. 3. L. Titia 19. §. 1. ff. de ann. leg. ibi dicitur sanctissima Domina l. 40. §. 1. ff. de aur. arg. mund. leg.* & ipse Dionys. Halicarnass. *cit. l.* mox subjungit, quod uxor æque esset Domina familiæ, atque ipse vir, id quod intuitu communionis antea firmatæ dixisse videtur. b) Putant, Paulum agnovisse hanc communionem *in l. 1. ff. rer. amor. asserendo, societatem vitæ uxorem quodammodo Dominam facere*, quemadmodum etiam alii Jcti huc inclinare videntur, ut Tryphonius *in l. 52. ff. de rejudic.* qui asserit, actionem rerum amotarum *præced. societ. vitæ* causam habuisse, quo sensu quoque Modestinum *in L. 1. ff. de Rit. Nupt.* nuptias definivisse volunt, quod sint *conjunctio maris & femina, & consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio*, quem textum satis apte videtur illustrasse Gothofr. *in not. lit. n. ex Columella L. 12. agente: Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus, aut femina proprium esse sui juris diceret, sed ut commune conservabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis sedulitas industria rationem parem faceret.*

Decisio.

§. XCII. Sed his non obstantibus, contrarium dicendum esse existimo, nullam scilicet proprie dictam & veram communionem inter conjuges de Jure Romano adesse, ita ut ipsa rerum proprietates inter eos communicetur. Quamvis enim negari non possit, aliqualem bonorum communionem quoad usum inter
 con-

conjuges esse, quam nonnulli honorariam h. e. impropriam dicunt; Struv. *Ex. 29. tb. 56.* inde tamen non statim vera aliqua omnium bonorum societas effingi potest, quod exinde liquidum est, quia a) bona mariti ejus propria manent, sicuti etiam uxor proprietatem bonorum suorum extra dotem retinet; nam receptitiorum ne quidem administrationem maritus habet, sed uxor illa ipsa sibi reservat, Carpz. *de bon. ux. rec. tb. 6.* in paraphernalibus autem ex voluntate nuda uxoris maritus administrationem consequitur, prætereaque nihil, adeo, ut ne quidem usumfructum sibi in illis iure communi vindicare possit. *l. 8. C. de pact. conv. l. 9. §. 3. ff. de jur. dot.* Et cum paraphernalia plane mariti non fiant, sicuti dotalia, sed in dominio uxoris maneant, potest uxor eorum nomine cum marito agere actione depositi, si deposita: mandati, si administratio commissa sit, *l. 9. cit.* imo libere de illis disponere, alienare, oppignorare absque consensu mariti, & executio pro debito uxoris in ea fieri potest, non vero pro debito mariti, Coler. *de Pr. Ex. P. 3. C. 3. n. 262.* quæ omnia naturæ communionis omnium bonorum contraria sunt. b) Certi quoque juris est, uxorem pro marito, & vice versa, debita solvere haud teneri. *l. 1. C. ne ux. pro marit. nec marit. pro ux.* quod tamen fieri deberet, si communio omnium bonorum esset inter conjuges. c) Nec aliter communio bonorum omnium inter conjuges inducitur, quam mediante contractu societatis, quod expresse patet ex *l. 16. §. 1. ff. de alim. leg. l. cum status 32. §. 24. ff. de don. int. Vir. & Ux. l. 17. §. 1. ff. solut. matr.* qualis contractus haud requireretur inter conjuges, si ex natura societatis conjugalis per se communio omnium bonorum indiceretur, quin potius exinde colligitur; extra casum con-

tractæ societatis non dari communionem omnium bonorum. (4) Denique in variis textibus aliis bona utriusque distincte satis separantur, ut nulla communio inter eos concipi possit. *l. 17. ff. ad Sctm. Vellej. l. 38. ff. de contrab. emt.*

Respondetur
dubio.

§. XCIII. Hisce fundamentis haud adversantur ea, quæ antea adducta sunt. Quin licet vel maxime concedamus, legibus Romuli olim talem constitutam fuisse communionem omnium bonorum inter conjuges, inde tamen jurisprudentia recentior non amplius æstimanda, quæ post Regifugium plures alias novas & diversas leges accepit. Præterea hæc communio erat tantum effectus matrimonii *per confarreationem*, tanquam singularem ritum, contracti, de quo v. Briffon, *de Rit. N. & Hottom. de nupt.* qualis ritus postea abolitus est, & nova plane ratio ineundorum matrimoniorum introducta, & cum postea frequentia divortiorum accederet, quæ sane tempore Romuli erant incognita, teste Dionys. Halicarn. *cit. l.* non potuit amplius communio illa bonorum commode subsistere, cum ita matrimonii vinculum factum fuerit lubricum, & facile dissolubile, quod ejusmodi communioni & individua vitæ consuetudini repugnat. Ceterum, re licet in effectu apud Romanos mutata, denominationes tamen ex antiquo jure varias superstites mansisse constat, ita ut in communi vita nihilominus uxor adhuc vocata fuerit *Domina socia* omnis fortunæ, prout ex adductis textibus constat, qui tamen jam longe alio sensu intelligi debent; quin quod *in L. 1. ff. rer. amot.* diserte illi refutentur Jcti, qui communionem bonorum inter conjuges statuerant: & denique, quod definitionem *L. 1. g. de R. N.* concernit, illa adhuc pristini juris reliquias itidem fovere videtur, introducto autem

no-

noviori jure longe aliter intelligenda, ut Dd. agnoscunt. Et hæc sententia unanimi Dd. calculo approbata est. v. Heig. l. 1. qu. 29. §. 9. Menoch. l. 3. præf. §. 3. Peck. de test. conj. l. 2. C. 1. n. 1. Andr. Kohl. ad Const. Mareb. de success. conj. Covarr. de matr. P. 2. C. 7. §. 1. Garfias de acqu. conj. n. 31. & in Tr. expens. l. n. 14. Mev. qd. jus Lubec. l. tit. 5. def. 1.

§. XCIV. Non tamen desunt, qui saltem ex Jure Canonico communionem aliquam bonorum inferre conantur, & consequenter, cum in matrimonialibus Jus Canonicum communiter attendere soleamus, in praxi quoque communionem aliquam statuendam esse volunt. Gail. in C. societ. C. 27. qu. 2. Nic. Everh. Vol. 2. Consil. §. 5. & §. 6. qui sententiam suam firmare allaborant ex C. 2. X. de don. in. V. & U. ubi ita: *Mandamus quatenus si verum est quod proponitur, & non est aliud, quod obstat, ipsam ad restitutionem dotis, & divisionem eorum, quæ olim communiter habuerunt, ecclesiastica districtione compellas.* Verum, ex hoc textu nihil solidi inferri posse existimo, cum, si ex mente Pontificis communicatio omnium bonorum esset inducenda per matrimonium, frustra dotis restitutionem in specie injungeret, inde variè hunc textum explicant. Mev. quidem cit. l. n. 7. putat, verba prædicta enunciative tantum loqui de nonnullis communibus, quæ esse possunt utriusque pecunia emta, prout alii quoque ab eo allegati hunc textum explicant: sed explicatio hæc nimis divinatoria est, & non satisfacta. Veriorem interpretationem dedisse videtur Gonzal. ad cit. c. n. 6. ostendens, loqui dictum textum de particulari Provincia consuetudine: Scilicet textus loquitur de uxoribus Lexoviensis Diocesis, quæ est in Gallia, uti inscriptio docet, secundum cujus consuetudinem bona constantæ matrimonio acquisita dividebantur inter

An de Jure Canonico talis communicatio statui possit?

Conjuges, uti probat Gonzal: *alleg. l.* & sic Pontifex ex merito in decisione se debuit accommodare ad illius Provinciae mores & statuta, nullo vero modo Jus commune introducere voluit. Neque plus praesidii dissentientes hauriunt ex *C. 10. X. de consu.* ubi itidem Pontifex examinat quasdam particulares consuetudines, easque improbat, nihil vero de hac quaestione, an communio bonorum omnium inter conjuges sit? decidit.

Acquilita constante matrimonio non sunt communia.

§. XCV. Cum itaque satis evictum sit, de jure communi non esse communionem bonorum inter conjuges, facile quoque apparet, illa ipsa, quae constante matrimonio acquiruntur, haud esse communia inter conjuges, tanquam inter socios, sed alterutri ex conjugibus esse adjudicanda. Qua in re, ut rite versemur, illa, quae constante matrimonio acquiruntur, ante omnia distincte sunt ponderanda. Quaedam enim acquiruntur titulo lucrativo, quaedam vero oneroso. Quae lucrativo acquiruntur, sunt omnia illa, quae vel titulo haereditario, vel legati, vel donationis ad uxorem pervenerunt, & in his tantum marito juris competere videtur, quantum uxor marito concedere voluit. Nam primo illa in augmentum dotis marito concedere potest, & eo casu marito dominium aliquod in illa re tribuendum est *l. 18. §. 1. ff. sol. marr. l. 1. §. 75. ff. de jur. dot. l. 13. §. 2. ff. de fund. dot. l. 23. C. de jur. dot. l. 9. C. de R. V.* potest enim constante matrimonio dos & augeri & minui *l. 19. l. 20. C. don. propt. nupt. aut b. sed jam C. eod.* Augmentum autem dotis nihil a dote differt, & sic, quod in ea locum habet, in augmento quoque locum habebit *l. inter socer. 26. §. 2. ff. de pact. dot. l. 8. C. de jur. dot.* Menoch. *Consil. 15. q. n. 4.* Roland a Valle tract. *de lucr. dotis qu. 120.* Idem quoque dicendum, si non quidem ex voluntate uxoris, sed ali-

aliunde res dotalis augeatur constante matrimonio, veluti, si marito nuda proprietas in dotem data sit, & usufructuarius moriatur, hic usufructus proprietati accedit, & sic incrementum dotis fit, non nova dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset, ut dicit J. C. *in l. 4. ff. de jur. dot.* Deinde si constante matrimonio acquisita, uxor marito in dotem haud assignat, liberum ei est, velut illa marito administranda concedere nec ne. Priori casu bona dicuntur paraphernalia; posteriori vero receptitia. In his marito nihil juris competit, sicut neq; in illis, quale quid etiam Paduæ obtinere testatur Menoch. *l. 3. Praef. 9. n. ult.* De jure communi in rebus, quas extra dotem uxor habet, nullam habet maritus communionem, prohibente uxore. *Quamvis enim, inquit Imperatores in l. 8. C. de pact. conv. bonum erat, mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari: attamen, quoniam conditores Legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, muliere prohibente, virum in paraphernalis se volumus immiscere.* Idem quoque confirmatur *in l. 11. C. eod.* unde constat, marito nihil juris præter nudam administrationem competere, quia eo nomine uxori, vel ejus heredibus ad rationes reddendas tenetur, ut colligi potest *ex l. 95. pr. ff. ad l. falc.* & hinc, si fructus ex his bonis perceptos in suam propriam utilitatem vertat, ad eorum restitutionem tenetur. *Mev. ad jus Lub. l. 1. tit. 5. pr. n. 12. l. 1. §. 1. ff. sol. matr.*

§. XCVI. *Quamvis autem, uti hætenus dictum, non possit ita lucrari maritus fructus paraphernalium, ut eos in proprios usus convertat, hoc tamen ei permissum est, ut in promiscuos suæ personæ, & uxoris, eos convertere possit, sicut quoad usuras Imperator hoc declarat. l. f. C. de pact. conv. Petr. Barb. ad l. 1. §. 1. ff.*

Quando maritus lucretur fructus bonorum paraphernalium?

So.

Solut. matr. n. 3. Mæv. cit. l. 1. Si jam fructus a viro consumpti sunt, distinguendi casus inter se videntur: Primo; quando illos contra uxoris voluntatem consumpsit, non dubium, quin ad eorum restitutionem teneatur. Menoch. *l. 3. præf. 9. n. 7.* Deinde, quando illa volente, patiente, & consentiente fructus consumpsit maritus, valde ambigui hærent Doctores, an hoc in casu maritus lucratur fructus, ut eorum nomine plane non teneatur. Equidem Castr. *Conf. 199. l. 2.* omnino hoc quoque casu fructus maritum non lucrari arbitratur, propter *l. pen. pr. ff. ad l. falc.* ubi in genere asseritur, maritum de fructibus rationes reddere debere; nec distinguitur, an fructus sint extantes, an consumpti, an naturales, an vero industriales, imo frustra redderetur ratio, si nulla fieri deberet fructuum restitutio. Verum recte animadvertit Menoch. *cit. l. n. 13.* commode textum intelligi posse de fructibus adhuc extantibus, de quibus hic non est quæstio; nec porro Scævola definit, quid deberet maritus vel non, nec de fructuum restitutione ibi interrogatus fuit, ergo nec hoc definire debuit; quin quoque non determinatur, an voluntate uxoris fructus consumserit, nec ne, atque adeo ex hoc textu nulla decisio peti potest. Distinguendum itaque cum Menoch. *cit. l. n. 15.* inter fructus naturales, & industriales. Hos ex voluntate uxoris maritus lucratur, sive in communem usum convertit, quo casu res clara *ex d. l. fin.* sive in proprium, quia sic uxor eos donasse censetur; accedit, quod maritus in compensationem laborum illos percipiat, sicut etiam ex re donata fructus percepti haud restituuntur *l. 17. pr. ff. de don. int. V. & U.* Cum vero hæc ratio cesset in naturalibus, merito, siquidem magni sunt valoris & inmodici, donatio talis haud subsistet, nisi morte con-

confirmata fuerit *l. ex anno §. 1. 15. ff. eod.* Ceterum, si haud constet, an maritus voluntate uxoris fructus consumserit, dicendum existimat Menoch. *vir. l. n. 19.* uxorem non consensisse, & propterea maritum omnes fructus perceptos teneri restituere. Quamvis certum sit, donationem non praesumi, dubium tamen omnino ex eo superest, quod uxor saltem passa sit, maritum consumere fructus, nec contradixerit, & quod propter intimam conjunctionem donatio inter conjuges eo ipso praesumatur facta fuisse Mev. *ad jus Lubec. l. 1. tit. 5. ad rubr. n. 13.* ex quo Germaniae consuetudinem & praxin hoc modo declarari asserit.

§. XCVII. Verum, moribus plus juris marito tribuendum esse, existimat Strauch. *de jure mar. in uxor. & res ux. sect. 4. C. 1. n. 1. in fin.* ob hanc rationem, quod moribus uxores per nuptias cum universa bonorum substantia transeant in potestatem viri; ex quo principio concludit, maritos vi potestatis illius esse legitimos bonorum uxoris administratores & fructuarios. In eandem sententiam transit Dn. Schilt. *ex. ad ff. 36. §. 78.* ubi asserit, maritum ex fundis uxoris fructus capere jure maritali, & ex genuinis principiis juris Germaniae non dari differentiam rerum dotalium & paraphernorum, sed maritum in omnibus indifferenter idem jus habere. Verum, quemadmodum de Jure Saxonico facile hoc concedimus, Carpz. *P. 4. C. 21. def. 1. n. 7.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. Disp. 6. th. 7. lib. 1.* ita dubium adhuc illud superest, an exinde universalis Germaniae praxis colligi possit, praesertim in illis locis, ubi Jus Romanum pro regula assumitur, quia ipse Dn. Schilt. §. 89. fatetur, etiam de Jure Saxonico Electorali illa bona, quae constante matrimonio Jure hereditario acquiruntur, esse

An moribus plus juris habeat in bona parapherna?

adhuc paraphernalia, a dotalibus distincta, quo ipso omnis distinctio non potest dici sublata. Idem jus, quod marito tribuit Jus Saxonicum, etiam Paduæ observari tradit Menoch. *cit. l. in fin.*

TIT. III.

DE JURE DOTIUM.

§. I.

Ufus hujus tituli in Germania.

Ufus hujus tituli in Germania.

Cum onera matrimonii marito, tanquam capiti familiae, incumbant, inde jure Romano dos inducta est, quæ in hunc finem marito constituitur ab uxore vel alio ejus nomine. Similiter etiam in foris Germaniæ hæc materia tam decantata & in praxi frequentissima est, ut de usu hujus tituli nullum adeo dubium super sit. Equidem de antiquis Germanis Tacit. *de mor. Germ. c. 18.* sequentia tradit: *Dotem non uxor marito, sed maritus uxori offert, intersunt parentes & propinqui, & munera probant non ad delicias muliebres quasita, nec quibus nova nupta comatur, sed boves & frenatum equum, & scutum cum framae gladioque, inter hæc munera uxor accipitur, atque invicem ipse armorum aliquid viro offert.* Loquitur Tacitus comparative, comparando mores Germanorum cum moribus Romanis, & inde diversitatem utrorumque morum ostendit. Ceterum quia Tacitus non adeo distincte rationes institutorum Germanicorum cognoscebat, facile decipi potuit, ut hæc munera, quæ olim mariti uxoribus suis offerebant, dotem vel doti Romanæ similia esse crederet, quæ tamen alius naturæ & indolis fuisse videntur. Optime enim observat Dn. Hert. *in notit. vet. Germ. popul. P. 1. C. 3. §. 2. in not.* in his muneribus quærendam esse *morgengabam*, quæ adhuc hodie post primam noctem sponsæ a sponso offertur, & a dote mirifice differt, uti in-

infra dicendum est; unde infero, dotem proprie dictam apud Germanos non fuisse: postquam vero Galli antiqui mores Romanorum in plurimis induerant, inde quoque dotes apud eos incognitæ non erant, uti testatur Jul. Cæsar *de bello Gallico* L. VI. Plura de hac dotatione Germanorum antiqua collegit Schilt. in *Pr. jur. Rom.* ex 36. §. 68. 199. cujus vestigia adhuc in jure antiquo Saxon. l. 1. art. 2. superiunt, ubi itidem *morgengaba* vocatur. Diversitas autem utriusque dotationis in eo maxime deprehenditur, quod *Romana*, quam uxor marito facit, ob onera matrimonii sustinenda detur, *Germanica* vero, quam maritus uxori facit, in hunc finem fiat, ut uxor post mortem mariti inde alatur. Ceterum postquam Jus Romanum quoque in Germania invaluit, æque Romanæ dotis constitutio ubique recepta est, & ita de hujus usu nunc penitus videndum. Sicuti vero de Jure Romano matrimonium sine dote esse poterat, ita quoque moribus hodiernis idem obtinet, prout etiam cavetur in *Jure Borussiae* Provinc. lib. 4. tit. 25. §. 3. *Da es sich auch begeben* (wie oft geschieht) *daß ihrer eins so arm wäre, also daß es nichts zur Ehesteuer oder Wiederlage zu vermachen hätte, kan die Ehe wohl ohne solche Ehesteuer und Wiederlage seyn.*

§. II. Ceterum secundum jura Romana paternum est officium, pro sua progenie dotem constituere l. f. G. *de dot. prom.* adeo ut ad hoc etiam extraordinaria persequutione compelli possit l. 19. ff. *de Rit. Nupt.* Gail. 2. obs. 95. n. 1. etiamsi vel maxime filia propria bona habeat, cum patri incumbat, bene filiabus suis prospicere, & ut optimam conditionem nubendi habere queant, sepe dulo curare, Gail. cit. l. 2. n. 14. unde quando pater promittit dotem, magis tamen eam de propriis, quam filiaz

filiae bonis promississe videtur *per cit. l. f.* secundum quae Camera imperialem pronunciassse refert Myns. *cent. 5. obs. 32.* Quamvis vero hoc ægre ferat Greenew. *ad cit. l. ult.* & in praxi in contrariam sententiam inclinandum esse existimet, merito tamen standum juri civili, cum eadem æquitatis ratio adhuc hodie subsit, & paternum officium nec hodie deficere debeat. Supponit enim, hodie patri in bona liberorum adventitia & materna usum fructum non competere, quod tamen de praxi Germaniæ omnino admittendum est, ut dixi *ad cit. de peculio §. 7. seqq.* Et quamvis hodie pater eundem amittat, filia matrimonium contrahente, ut ibidem §. 12. deduxi, inde tamen minime fluit, paternum officium in dotanda filia ita penitus cessare, cum dotem constituere pater teneatur non propter usum fructum, quem in adventitiis habet, sed propter *paternum officium.* Nam & emancipatae filiae dotem constituere debet, quamvis in ejus bonis nullum habeat usum fructum, *arg. l. 5. §. 12. l. 44. l. 51. b. 1. Michal. de fratr. P. 3. C. 5. n. 13. Struv. Ex. 30. tb. 3.* cum non jus patriæ potestatis, sed in genere paternum officium, quod nec emancipatione tollitur, patrem ad dotandam filiam obliget. Unde notanter dicitur *in jure prov. Pruss. L. IV. tit. 15. §. 1.* Es ist der natürl. Billigkeit und den Rechten gemäß, stehet auch der Eltern Amt zu, daß sie ihren Kindern zu rechter bequemer Zeit nach guten Heyrathen trachten, und sie auch zugleich mit gutem Heyrath Gut versehen. Contrarium tamen *jure prov. Wurrenb. constitutum esse, testatur Lauterb. ad b. 1. §. 10.*

An dos denegari possit filiae, si absque consensu pa-

§. III. Ad hoc tamen officium pater compelli nequit certis in casibus, videlicet (I) si filia invito patre nuptias contrahat; sic enim de jure civili matrimoni-

um

um adeo nullum est, ut nec vir, nec uxor, nec dos, nec matris nuptias
 trimonium intelligatur, §. 12. *Inst. de nupt.* quamvis hoc ^{contrahat.}
 communiter restringere soleant ad eum casum, quando
 filia dissentiente patre nuptias contrahat infra annum
 vigesimum quintum. Hunc vero ubi excessit, volunt
 matrimonium subsistere, quia, uti dicitur in *Nov. 115.*
c. 3. §. 11. non sua culpa, sed parentum id commississe cognosca-
tur, dummodo digno nupserit. *Gail. lib. 2. obs. 95. n. 17.*
Surd. de alim. tit. 1. qu. 6. n. 17. Cum enim talis, quæ in-
 digno nubit, possit exheredari, *Faber in C. tit. de nupt.*
def. 2. dos quoque ei denegari potest, Perez in C. de dot.
promiss. n. 11. Ceterum cum de Jure canonico, quod in ^{Praxis hodie.}
 matrimonialibus sequimur, etiam tale matrimonium, ^{na.}
 quod invitis parentibus contractum est, verum & legi-
 timum matrimonium sit, inde *Dd.* communiter conclu-
 dere solent, patrem indistincte hoc quoque casu filiam
 dotare teneri. *Covarr. de matrim. P. 2. c. 3. n. 1.* *Michal.*
de fratr. cit. l. n. 14. *Gail. cit. l. n. 13.* Id ipsum tamen
 minime in illis locis procedit, in quibus per speciales
 constitutiones tale matrimonium adhuc annullatur,
 uti in *renov. const. augustissimi Regis nostri de ann. 1694.*
§. 9. & 15. ubi tamen non omne excluditur consistorii
arbitrium; simili ratione edicto pœnali Hamburg. de
anno 1676. tale matrimonium pro nullo & invalido de-
claratum est, simulque hoc disertis verbis adjectum:
 Und folgendes Vater u. Mutter, auch Vormünder u. Verwandte
 einem solchen unartigen Kinde und Pfliegerochter keinen Braut-
 schatz zu geben schuldig seyn etc. Antea hoc jure *P. 2. t. 11. art. 3. jur. civilis*
 dispositio simpliciter recepta erat his verbis: Da nun der Sohn und
 Tochter unter 25 Jahren, ohne der Eltern Beforderung, eigenen
 Willens, sich an eine unberückigte Person befreuen würden, auf
 dem Fall soll dem Vater frey stehen, den Braut schatz ihnen zu
 wei-

weigern x. sed per *edictum pontificale indistincte* obligatio ad dotandum hoc casu patri remissa est.

An filiam hæreticam pater teneatur dotare.

§. IV. Præterea (II) quoque constitutum est, patrem non teneri filiam hæreticam dotare, *L. 19. C. de hæreticis. Et Man. Nov. 109.* nisi forsan pater ejusdem sectæ fuerit, cum frustra mores reprobet in filia, quos ipse probat *l. 39. solut. matrim.* Hoc ipsum tamen hodie ad tres illas in imperio toleratas & publice approbatas religiones non esse extendendum facile patet, utpote in quibus omnia cujusque jura privata salva manent per *I. P. Art. VII.* Imo existimarem, si princeps scienter aliam sectam in suis terris, absque religionis exercitio tamen publico, toleret, in ea quoque pœnas civiles cessare, postquam princeps per suam tolerantiam pœnas tales sustulisse videatur. Olim enim hæretici extorres erant, juris civilis haud participes, & inde tot pœnæ privationum in hæreticos constitutæ.

An Spuriam hodie pater dotare teneatur.

§. V. Ceterum hoc officium paternum tantum de jure civili restrictum est ad filias legitimas; constat enim, naturalibus liberis ut spuriiis nihil præter alimenta deberi. Interim tamen *Gail. 2. obs. 88. n. 4.* existimat, ex æquitate *Jur. Canonici*, quæ rigorem juris hac in parte mitigavit, spuriam quoque modice a patre dotandam esse pro ratione alimentorum, quæ ei a patre debentur, quam sententiam plures sequuntur. *Surdus de alim. qu. 10. n. 9. Coler. de alim. lib. 1. c. 3. n. 56.* cum ibi allegatis. *Palzottus de notis c. 49.* Dotem enim locum alimentorum subire volunt *Carpz. P. 2 C. 46. def. 20. n. 10.* Ex quo fluit, cessare hoc officium paternum, si spuria locuples sit, ut semet ipsam satis dotare possit. *Coler. cit. l. n. 65. Tess. dec. 211. n. 14.* Græve ad *Gail. cit. l. n. 14.* Si tamen dicendum, quod res est, constat, ab alimentis ad

ad dotem non posse firmum duci argumentum, adeoque quod solvendum spuris, non rationem dotis, sed alimentorum habet. Cum itaque nuptiis secutis, marito ejus onus alendi incumbat, pater naturalis ab hac obligatione liberatur. Atque hoc satis accurate observant J. C. Wittebergenses in responso a Colero *cit. l. 1. n. 66.* adducto, ubi ita decisum legimus: **So ist auch A. derselbigen seiner natürl. Tochter nochmals gebürl. jährl. Unterhalt zu verordnen verpflichtet: Darüber aber einigen Dotem oder Ehe-Geld und Geschmuck, auf den Fall sie sich verhehlichen würde, wider seinen Willen auszusprechen oder zu geben nicht schuldig.**

§. VI. Mater regulariter dotem constituere filiae non tenetur *l. 14. C. b. t.* & ita nec avus maternus, nisi in subsidium, si aliter conditionem nubendi invenire nequeat *Carpz. P. 2. C. 10. def. 21. n. 2. sqq.* *Gudel. de jure noviss. lib. 1. c. 14.* *Coler. de alim. lib. 1. c. 6. n. 11.* Quamvis vero alias in alimentis jura sint reciproca inter parentes & liberos, id tamen minimè ad causam dotis extendendum esse arbitror, ut scilicet liberi prioris matrimonii in subsidium matrem dotare teneantur, ad secunda vota convolantem, uti quidem statuit *Coler. cit. l. 1. lib. 1. c. 7. n. 7.* cum ab alimentis ad dotem non valeat consequentia, præsertim cum hic agatur de secundis nuptiis ineundis, quæ in jure favorem nullum habent *l. 22. C. de admin. tut.* Cessat vero hæc dispositio juris communis in illis locis, ubi inter conjuges communio bonorum adest. Nam tunc Natura matrimonii communis facit, ut mater quoque non demum in subsidium, sed æque principaliter ac pater dotare teneatur. *Grænew. ad l. 14. C. b. t. n. 4.* Et ita si vel maxime pater dotem dare promiserit, illam tamen de communibus bonis promississe intelligi debeat

An mater dotare liberos tenetur.

beat Covarruv. l. 3. var. resol. c. 19. n. 3. Wefel. de connub. bo-
nor. soc. tr. 2. c. 1. n. 16. Ex quo fluit, quod mortuò patrè
mater ab onere dotandi non fit libera, nisi forfan per di-
visionem filia a matre jam sint separatae. Idem fere ob-
tinet de Jure Wurtembergico, quippè quo pater & ma-
ter de communibus bonis dotem liberis solvere tenen-
tur, sola vero mater, si pater motuus fit, Lauterb. b. t.
§. 16. Perez. in tit. C. de dot. promiff. n. 14.

Quando dos
constituta
confeatur.

Species Facti.

§. VII. Constituitur autem dos expressa conventio-
ne pro oneribus matrimonii ferendis, quæ cum in factò
consistat, probari utique debet. Et inde est, quod per
pacta dotalia communiter determinari soleat, quamvis
non necesse sit, ut tituli *dotis* præcise fiat mentio, sed alia
æquipollentia verba, quæ dotis substantiam & ratio-
nem involvunt, sufficiant. De qua cum aliquando gra-
ve dubium incideret, M. Jul. an. 1705. consulti sequen-
tem in modum respondimus. Hat N. N. bey ehelicher
Verlobung seiner Tochter A. E. laut der unterm 27 Martii 1703.
aufgerichteten gerichtlichen Verschreibung 1000 Thlr. als eine
väterliche Hilfe mitzugeben, und ihnen solche hinkünftig zu Er-
kauffung einer Nahrung, in einer Summa baar auszuzahlen, bis
dahin aber jährlich mit 6. pro centum zu verzinsen versprochen,
jedoch unter der angehängten Condition, daß, wenn obgedachte
dessen Tochter ohne Kinder versterben würde, solche 1000. Thlr.
wiederum an dero Eltern fallen sollten. Hat sich darauf begeben,
daß, da dieselbe in vorigem 1704. Jahre eine Tochter geboren, und
wenige Tage hernach verstorben, in gleichen das Kind ihr gefolget,
und also durch die geschehene Vererbung und beyderseits Todes-
Fälle obbesagte 1000 Thlr. an den hinterlassenen resp. Mann
und Vater verfallen, vorerwehnter dessen Schwieger Vater
aber, dieselbe in Güte zu bezahlen, sich geweigert, und jener daher
wider denselben gerichtlich und ad recognitionem der ausgestel-
ten Verschreibung geklaget, dieser hingegen sich darans nicht einge-
las-

lassen, sondern in vim litis ingressum impediens exceptionem non fundatæ intentionis opponeret, auch durch das publicirte und fol. 23. befindliche Urtheil von solcher Einlassung befreyet worden, Kläger dawider Leuterung interponiret, und dahero in Rechten belehret seyn will: Ob nunmehr aus denen Acten und der eingewandten Leuterung so viel zu befinden, daß er sich eines bessern Urtheils oder Reformatoriae getrösten könne? *Ob Rat. Dubie.* nun wohl scheinen möchte, daß, weil Beklagter nicht nur die exceptionem non competentis actionis seu non fundatæ intentionis tanquam exceptionem litis ingressum impediens vor geschüzet, sondern auch solche dadurch Rechtlich darzuthun und auszuführen sich bemühet, daß er in der gerichtlichen Verschreibung seiner nunmehr verstorbenen Tochter keine Dotem oder Ehe-Steuer, wie doch nöthig, expressis verbis constituiret, noch ihr die darinnen gesetzte 1000. Thlr. sub hoc nomine & titulo, sondern bloß als eine Väterliche Beysteuer und Hilfe, um ihre Nahrung und angefangene Haushaltung ad interim desto besser einzurichten und fortzusetzen versprochen, und solches subsidium nicht anders, als pro peculio profectitia zu achten, so in totum a patris voluntate & dispositione dependire, und von ihm quocunque tempore libere wiederum revociret und aufgehoben werden könne, daher er auch solches Geld als ein Capital an sich behalten, und Klägern nur die jährliche Zinsen tanquam usumfructum hujus subsidii zu entrichten sich verbunden, und also vornehmlich dahin sein Absehen gehabt, daß, wenn die Tochter sine prole, oder doch das Kind gleich nach ihr, wie in facto erfolgt, versterben würde, solche 1000. Thlr. an ihn, und die Seinigen zurück fallen solten, immassen auch nach denen gemeinen Rechten der dos profectitia soluto per mortem matrimonio wieder an den Vater kommt, über diß alhier keine causa constituendæ dotis vorhanden gewesen, indem Kläger seiner damals Verlobten kein Gegenvermächtniß gemacht, oder sonst etwas zugewendet. Letztlich auch defuncta filia auf solchem ver- schriebenem Capital bey ihrer Lebens-Zeit kein Eigenthum erhalten, noch folglich dasselbe auf das hinterlassene Kind transferi- ren

Rationes declinandi.

ren mögen, und also Beklagter Klägern ex nulla stipulatione seu pacto zu etwas verbunden, vielweniger vi opposita & probata exceptionis non fundata intentionis zur Einlassung und Antwortung auf die erhobene Klage zu condemniren, consequenter in instantia reiterationis keine sententia reformatoria zu hoffen seyn würde: Weil aber dennoch die von Beklagten vorgeschützte Exception nicht so beschaffen, daß selbige pro liquida & satis verificata im Stande Rechtens zu achten, und folglich litis ingressum so wenig wird impediren, als reum von Einlassung auf die erhobene Klage befreien können, sondern solche vielmehr ut altioris indaginis, & quæ ulteriorem discussionem & cognitionem meretur, a Judice attendiret, und was dem Prozesse gemäß, erkannt werden müssen, *Mev. Pr. d. 215. § P. 2. Dec. 225. § 226. Mod. Pistor. Vol. 1. Conf. 10. n. 15. Zang. de Except. P. 3. c. 17. n. 111.* anermogen dero Fundament alleine darinnen beruhet, daß die von Beklagten verschriebene 1000. Thlr. nicht als ein Dos, sondern als ein Subsidium paternum constituirer und versprochen worden; Gleichwol aber ein jeder Vater regulariter vi paterni officii seine Tochter zu dotiren und auszustatten schuldig ist, und so gar, wo er sich dessen weigert, officio judicis dazu angehalten werden kan, *per l. 19. § de Rit. Nupt. l. fin. C. de dos. promiss. Gall. Lib. 2. Obs. 95. n. r. cum dos sit de solennitate matrimonii Can. 1. Caus. 70. qu. 5. Nicol. Boer. dec. 22. n. 2.* aus allen Umständen auch nichts anders zu schließen, als daß Beklagter dergleichen thun, und durch das der ausgestellten Verschreibung inferirte Wort: Väterliche Zülfe, die gewöhnliche Ehesteuer und Mitgift verstanden haben wolte: immaßen er solche 1000. Thlr. wie ipsa verba lauten, seiner Tochter nicht allein wegen der selbigen Tages geschenehen Verlobung und künftig erfolgenden Verheyrathung, & ita propter nuptias ex incuitu futuri matrimonii mitzugeben, sondern auch dem Kläger, ut marito, zu Erkauffung einer Nahrung, und solcher gestalt zu seiner Disposition und Administration, & ad sustinenda matrimonii onera, baar und in einer Summa an guter Münze auszahlten, bis dahin aber jährlich mit 6. pro cem zu verzinsen versprochen, auch die Interesten des ersten Jahres abgetragen hat,

aus welcher gerichtlichen Stipulation und geschähenen factis die intentio constituendæ dotis genugsam erscheinet, solche auch an sich richtig und verbindlich, ob gleich das Geld nicht so fort wirklich gezahlet, sondern bey dem Beklagten verblieben ist, cum sola promissio dotis absque datione præsentis pro vera constitutione habetur, per l. *un. C. de rei uxor. l. 20. 43. 44. ff. de jur. dot.* Carpz. P. 3. C. 23. def. 3. n. 9. & dos semper pro soluta reputetur, de qua fides habita, seu quæ voluntate mariti manet apud debitorem, quæ non ut dos, sed ut creditum relictum censetur, quod sponte relinquendo brevi manu in creditum convertitur. *Mev. P. 2. D. 225. n. 3. & P. 6. d. 64. n. 5. Guid. Pap. d. 565.* Und dahero alle dasjenige, was vom Gegentheil de peculio profectio vorgegeben werden wollen, nicht statt finden kan, in mehrerer Erwägung, daß Beklagter auch zugleich in der aufgerichteten Verschreibung ratione successionis, seu rekitutionis dotis mit klaren und deutlichen Worten disponiret, so aber in peculio nicht nöthig gewesen, der daselbst aufgesetzte casus seu conditio mortis aber nicht existiret noch erfüllet, gestalt dessen Tochter ein Kind zur Welt gebothen, und dieses bey ihrem Tode annoch gelebet, nachhero aber erst verstorben, dabey sie ja ohne erzeugte Leibes-Erben nicht mit Tode abgegangen, consequenter auch dero Eltern dero in dotem verschriebenen 1000. Thlr. sich nicht werden anmassen oder behalten können. Dos enim filia mortua & deficientibus liberis restitvenda, retinetur existentibus istis, per clarum text. in l. 26. §. 2. de pact. dot. add. Gothofred. in not. sub lit. b. Brunnem. ad cit. l. n. 1. und dieses um so viel weniger, weil Kläger gleich des andern Tages nach geschäener ehelichen Verlobung und mit ausdrücklichem Consens des Beklagten einige Ehe-Pacta aufgerichtet, und darinnen seiner damaligen Braut wegen dero in dotem zugebrachten 1000. Thlr. gleicher Gestalt 1000. Thl. als ein Wegen-Vermächtniß, & sub eadem conditione, wenn er vor ihr ohne Kinder versterben solte, zugewendet, dahero auch dieser Streck nicht nach den Käyserl. gemeinen Rechten, sondern denen bey geschäener Desponation aufgerichteten Pactis und vorhandenen Statutis localibus zu decidiren seyn wird, Kraft dieser aber zwischen den Eheleuten, bey erfolgter Vererbung die pacta dotalia gänz-

gänglich cessiren, und eine communio bonorum entstehet, dergestalt, daß, wenn die erzeugte Kinder sterben, dem lezt überbliebenen Ehegatten alles Vermögen anheim fällt, und endlich, wenn weder angeführte Statuta noch pacta zu regardiren, Kläger dennoch als maritus & heres mobiliaris de Jure Saxon. des Weibes dotem, es bestehe solcher in pecunia numerata, oder andern Mobilibus, und sey bereits ausgezahlt, oder noch zu bezahlen, lucriten und zu fodern berechtiget seyn würde. Gail. L. 1. Obs. 79. Petr. Heigius P. 1. Q. 33. n. 91. Carpz. P. 3. C. 11. def. 31. n. 13. § L. 4. tit. Resp. 22. n. 15. und demnach ex his præmissis keine andere Conclusio wird folgen können, als daß Beklagter Kraft seiner gerichtlichen & perfectam solutionem usurarum agnoscirten Stipulation dem Kläger die versprochene und durch die beyden Todes-Fälle an ihn vererbte 1000. Thlr. Ehe-Gelder wird auszahlen, und dahero nach Anleitung des Processus zuvorderst ad recognitionem der ausgestellten Verschreibung angehalten werden müssen. So erscheinet hieraus so viel, daß Kläger in instantia Leuterationis sich allerdings einer sententiæ reformatoriæ zu getrösten habe.

Decisio.

Bona in dubio
an censentur
dotalia.

Interim tamen si de bonis uxoris nihil inter conjuges conventum, sed simpliciter matrimonium contractum sit, bona magis censentur paraphernalia in dubio, quam dotalia. Carpz. P. 2. C. 16. def. 11. n. 4. Menoch. Lib. 3. praf. 7. Sichard. in l. 4. C. b. r. n. 4. Cacheran. decis. 21. Gail. 2. obs. 82. Thoming. decis. 30. n. 10. seq. In Saxonia tamen diversum obtinere, & omnia mulieris illata pro dote indistincte reputari, censet Coler. P. 2. decis. 57. n. 3. simulque addit, in Saxonia distinctionem hanc inter dotalia & paraphernalia haud attendi. Idem Schilter. ex. 36. tb. 77. ex moribus antiquis Germanorum probat, secundum quos omnia, quicquid uxor ad maritum infert, sive nuptiarum tempore sive postmodum, quocunque titulo, eandem habere videntur na-

tu-

turam & idem jus, adeo ut distinctio inter dotalia & paraphernalia unice juri Romano debeatur. Equidem facile concedo, ex antiquis Germanorum juribus adhuc in Saxonia obtinere, quod maritus sit usufructuarius omnium bonorum uxoris, interim postquam etiam jus Romanum receptum est, distinctio etiam hæc in quibusdam foris Saxonice manifesta est. Recte itaque reprobat hanc sententiam Richter. *in concurs. credit. c. 3. Sect. 1. n. 106.* simulque inter dotalia & paraphernalia, maxime quoad privilegium prælationis, quod uxori tantum in dotalibus, nuda autem hypotheca tacita ratione paraphernalium competit. Et ita hoc jure quoque omnino probandum est, quid in dotem datum fuerit, cum in dubio non censeatur dos constituta. Gail. *l. 2. Obs. 82.* In hoc scilicet deceptus fuisse videtur Colerus, quod diversitatem jurium circa paraphernalia animadverterit. Nam de jure civili maritus nudam tantum administrationem habet bonorum paraphernalium, adeo ut nequidem fructus sibi arrogare possit, nisi ex voluntate uxoris *l. f. C. de pact. conv.* Hoc intuitu maritus a debitoribus uxoris pecuniam exigere nequit, *Mev. P. 5. dec. 294.* sed ipse rationibus reddendis obnoxius est, & uxor post mortem mariti fructus inde perceptos repetit, prout respondimus Menl. Dec. 1708.

Habt ihr 76 Ohmen Landwein unter euer Vermögen mit specif. Species facti. eiret, welche ihr aus denen übrigen 2. Theilen des Bruckowischen Weinberges, die ihr nach der Zeit ererbet, und eurem Mann in dotem nicht zugebracht, eingenommen, und gleichfalls in natura noch vorhanden seyn, solche aber anleho in des Defuncti Vermögen gezogen werden wollen, und was diswegen Rechtens, gefragt wird. Ob nun zwar secundum praxin multorum locorum der Mann den Rat. Dabit. usufructum von denen bonis paraphernalibus hat, welches nicht allein in Sachsen statt findet, Carpz. P. 3. C. 25. def. 6. n. 5. sondern auch

Rat. Decid.

auch an andern Orten angenommen ist. Struv. *Ex. 29. th. 56. Brun-*
nem. ad l. 9. ff. de jur. dot. n. 8. Dieweil aber dennoch denen ge-
 meinen Rechten nach solcher usufructus nicht fundiret ist, son-
 dern die Frau von ihren paraphernalibus völlig disponiren mag,
 mithin auch die fructus ex fundo paraphernali lucriren muß, dem
 Mann aber weiter kein Recht darinnen zustehet, als ihm die Frau
 concediren wollen. *l. f. C. de pact. convent. l. 8. C. cod. ibique Brun-*
nem. und was de usufructu paraphernalium angeführet worden,
 vornemlich ad Saxoniam zu restringiren ist, Esbach. in Carpa.

Decisio.

a) Quæstio.

den mag. So mögen solche 67. Ohmen Landwein zu eures ver-
 storbenen Mannes Vermögen nicht geschlagen werden. Habt
 ihr ferner unter eurem Vermögen 250. Thlr. 4. Gr. angegeben
 und beschworen, welche ihr von Anno 1691. her, da ihr die Pru-
 ckowischen Güther geerbet, alljährlich nach und nach von demje-
 nigen verkaufften Wein gesamlet, und also aus euren bonis par-
 paraphernalibus lucriret, und will man doch diesen ungeachtet sol-
 ches Geld aniezt zu des Mannes Vermögen ziehen, und dahero,
 was hiertn Rechts, gefragt wird. Wann nun gleich einge-
 wandt werden möchte, daß alles, was constante matrimonio die
 Frau lucriret, dem Manne zustehet, auch die præsumtio juris sey,
 quod ex bonis mariti uxor acquisiverit. *L. Quintus Mucius 51. ff.*
de donat. int. vir. & ux. l. 6. in f. C. cod. Dieweil aber dennoch

Rationes du-
bitandi.

Rat. Decid.

diese præsumtion per probationem contrariam leicht gehoben wer-
 den kan, und alsdann vornemlich nicht statt findet, quando con-
 stat, uxorem habuisse bona paraphernalia, ex quibus sibi acquisi-
 vit, Heß. Capyc. *Latro Dec. 44.* und dann dieses in gegenwärti-
 gem Fall sich also in der That befindet, ihr auch solches nebst eu-
 rem Sohn bereits beschworen, und gleichwie ihr die Paraphernalia
 bey Lebzeiten eures Mannes administrirete, also auch das lucrum
 paraphernalium euch billig gegönnet werden muß. So sind solche
 250 Thlr. 4. Gr. zu eures Mannes Verlassenschaft nicht mit zu
 rechnen. Ist in Saxonia maritus plus juris in parapher-
 nalia habet, usumfructum scilicet, & ita suo jure fru-
 ctus

Decisio.

bus lucratur, nec eorum nomine ad rationes reddendas tenetur. Berlich. *P. 2. dec. 227. & seq.* Carpz. *P. 3. C. 25. def. 6.* Rauchb. *P. 1. qu. 2. n. 45.* Et hoc adeo procedit, ut mulier, si ipsamet usumfructum bonorum suorum perceperit, & ita ei eundem interceperit, defuncto marito fructus perceptos inferre bonis mariti teneatur, Carpz. *P. 3. C. 25. def. 6.* nisi forsan constet, maritum usumfructum hunc uxori remisisse: neque enim heredes a vidua, constante matrimonio acquisita petere possunt, si maritus hæc ei donaverit. *Id. cit. l. def. 12.* Quin etiam marito integrum est, lucro huic in pactis dotalibus renunciare, quo casu usumfructum non habet. *Id. def. 13.* etiamsi vel maxime hoc in fraudem creditorum factum sit, cum ita non tam patrimonium diminuatur, quam potius non augeatur, quo casu actio Pauliana cessat *l. 6. §. 2. seq. ff. quæ in fraud. cred.* Berlich. *decis. 214.* Mev. *ad jus Lab. lib. 2. tit. 2. art. 12. n. 457.* Propter hunc marito quaesitum usumfructum uxor invito marito de paraphernalibus nec donare nec aliter disponere potest, sicuti ipsi hoc de jure civili integrum est.

§. VIII. Constituenda dos est in rebus quibuscun- In quibus do-
nis dos com-
stituitur.
quæ, que sunt in commercio & libero dantis arbitrio
subjectæ sunt *l. 43. §. 1. b. t.* & ita non facile in rebus fi-
deicommissis subjectis, nisi in defectu aliorum bono-
rum *l. 22. §. 4. ff. ad SCs. Trebell. autb. res quæ C. comm. de
leg. Knipschild. de fideic. famil. c. n. n. 234. §. 1.* Unde
quoque dicendum est, ex feudo nullam dotem filiabus
deberi, nec in eodem constitui posse *II. f. 9. §. 1.* maxi-
me abagnatis, qui ex pacto & providentia primæ acqui-
rentis in feudis succedunt, quod & jure communi feu-
dali satis certum exploratumque est; Ast moribus
Ger-

Germaniæ invaluit, ut dotatio filiarum inter onera feudi referatur, si allodium deficiat, & ita agnati quoque ad illam teneantur, uti communis est Dd. sententia. Vultej. de feud. p. m. 358. Struv. Syntagm. jur. feud. c. 14. §. 17. Mev. P. 3. decis. 367. n. 2. Rhet. in jur. feud. p. 104. n. 2. Zafl. de feud. p. 9. n. 8. Et ita in casu hujusmodi nobis oblato Menf. Jun. 1699. respondi-

Facti Species. mus. Hat H. N. von R. seiner Tochter A. E. so jezo an den von E. verheyrathet, bey ihrer zuerst an H. F. von B. geschehene Berehtigung in der dazumalen aufgerichteten Ehestiftung 2000 Ehl. an Ehe = Geldern versprochen, es hat sich aber mit der wirclichen Auszahlung derselben dergestalt verzogen, daß endlich die Tochter den Vater disfalls executive zu belangen genöthiget worden, worauf auch zwar das Hochlöbl. Ober-Appellations-Gericht zu Dresden den R. die Post cum interesse moræ bey Vermeydung der Hülfe zu bezahlen condemniret, und folgendes die Tochter, als lezige Frau von E. wirclich in die Fructus der Lehn-Güter S. und N. immittiren lassen, es haben aber die Mitbelehnten, sonderlich da die Frau von E. sich auch auf das ad ipsam substantiam feudi habendes Recht bezögen, sich ihr sehr widersezet, und nachdem mitterwelle H. N. von R. verstorben, weigern sie sich so wol die 2000 Ehl. selbst, als auch die von Zeit des Verzugs aufgelauffenen Zinsen zu entrichten. Ob nun wohl an Seiten der Mitbelehnten eingeworffen wird, daß sie in die bey der ersten Berehtigung der Frau von E. errichtete Ehestiftung nicht bewilliget, hingegen derselben Vater nach seinem Gefallen das Lehn mit einer Summa von 2000 Rthlr. zu beschweren nicht frey gestanden, indem die von E. nur in subsidium aus dem Lehn zu bezahlen, und wenn kein allodium vorhanden, so dann von dem Lehn-Herrn ermessen werden müste, wie hoch selbige zu verschreiben, über dem auch, da der Vater die Früchte der Güter genossen, und dennoch die Frau von E. weder dieselben zur Erlegung der versprochenen Ehegelder angehalten, noch die Sache mit ihnen, den Mitbelehnten, ausgemacht, sie auch keine Zinsen von ihnen präzendiren können, sondern vielmehr, daß sie von dem Vater

das

Rat. Dubit.

das Ehegeld nicht bekommen, oder sonst so viel es betragen, an sich gezogen hätte, endlich zu erhalten sey. Diemeil aber dennoch in gegenwärtigem Fall einiges zur dotation der Tochter, als der Frau von E. zureichendes allodium der Vater nicht gehabt hat, und aber die Ausstattung der Tochter, wann keine Erb-Güter vorhanden, aus dem Lehne geschehen muß, folglich dieselbe als ein onus feudi allen Lehnsfolgern obliegt, auch dos a patre saltem promissa pro onere istiusmodi feudi zu achten ist, und dann ermeldter Frau von E. bey ihrer ersten Berechtigung von ihrem Vater H. N. von R. 2000 Rthl. an Ehegeldern versprochen, bisher aber nicht bezahlet worden; Hiernächst der mitbelehnten Einwilligung zur determination der Ehegelder nicht eben vonnöthen ist. *Carpz. de oner. V. fall. decis. 3. pos. 5. Id. P. 2. C. 46. def. 18. 19. Struv. S. 7. F. Cap. 14. §. 17. n. 4.* wenn nur die constitutio dotis nicht übermäßig geschieht, sondern in den Schranken bleibt, daß die Ehegelder nicht mehr als den 3ten oder 4ten Theil des Werths vom Lehne austragen, alhie auch, da dem Berichte nach die Lehn-Güter zum wenigsten 16000 Rthl. werth sind, die zum Ehegeld verschriebene 2000 Rthl. kaum den 3ten Theil des Werths derselben ausmachen; ferner bekant ist, daß sonderlich nach Sächsischen Rechten die Lehnsfolger auch die Zinsen von Lehn-Schulden (vergleichen diese Ehegelder sind) abzuführen gehalten, und der Frau von E. da sie den Vater endlich gar executive belanget, einige mora exigendi nicht beygemessen werden kan, sie auch diesfalls mit denen Mitbelehnten bey Lebzeiten des Vaters etwas besonders auszumachen nicht verbunden gewesen; Endlich aber, da der Vater als debitor gerichtlich zuzustanden, daß die Frau von E. der Ehegelder quæstionis halber nicht vergnüget wäre, er auch darauf bey Vermeidung der Hülfe zur Zahlung condemniret worden, nicht abzusehen ist, mit was Grunde die Mitbelehnten der Frau von E. über den Punct: Ob sie nicht bereits bezahlet worden, oder sich selbst bezahlt gemacht habe, den Eyd deferiren können: So erscheint daraus so viel, daß die Mitbelehnten der Frau von E. die ihr von dem Vater bey der ersten Berechtigung versprochene 2000 Rthl. Ehegelder, so wol auch die von selbiger Zeit an aufgelaufene Zinsen aus dem Lehne zu

Rat. decid.

Decisio.

Contin. III.

Aa

bejah

bezahlen schuldig. **B. R. B.** Non una tamen hujus dotationis est ratio. Nam in Marchia simpliciter dos ex feudo debetur, licet vel maxime amplissimum allodium adfit, uti plurimis præjudiciis docet Muller *in resol. Marchic. 62. n. 16.* quod etiam in feudis Pomeraniæ juris esse, pluribus ostendi *Diss. de feud. Pomer. 1b. 17. Vol. III.* In Saxonia vero demum dos in subsidium ex feudo debetur. Carpz. *P. 2. c. 46. def. 16.* Finckelth. *obs. 20. n. 16. sqq.* Berlich. *P. 2. decis. 55. n. 37.* Richter. *de priv. cred. c. 4. sect. 1. n. 168.* Quod debitum ad elocationem filiarum a patre contractum est, hoc indistincte in Saxonia ad onera feudalia refertur, nec ab heredibus allodialibus, sed feudalibus solvi debet. Carpz. *cit. l. def. 13.*

Filiabus illustribus quomodo dos constituitur per Germaniam.

§. IX. Sed in filiabus illustrium personarum, veluti Principum, Comitum, &c. diversa obtinet praxis, quippe quibus non constituitur dos ex Feudo, sed ex collectis, quæ hoc intuitu **Fräulein-Steuer** vocari solet. Generali enim consuetudine Germaniæ receptum est, dominos territorii subditos collectare posse pro maritandis filiabus, Myns. *cent. 5. obs. 21.* ubi de praxi imperii attestatur. Antea quidem de eo dubitatum fuisse constat, quemadmodum Rosenth. *de feud. c. 6. concl. 77.* hanc sententiam variis modis restringit; verum hodie hoc eo minus dubii habet, postquam superioritas territorialis in tantum evecta est, ut æmula majestatis dici solet. Conf. Mundius *de mun. c. 3. n. 31.* Ziegl. *de jure exigendi collectas ad elocat. filiarum.* Ahasv. Fritsch. *in tr. von der Fräulein-Steuer.* Ad hanc collectam in Saxonia etiam nobiles contribuunt, mediante pecunia præsentata **mit ihrem Antheil der Präsent-Gelder**, quamvis alias Vasalli collectas non solvant. Heig. *P. 1. qu. 18. n. 17.* Carpz. *P. 2. C. 46. def. 35. n. 1.* Tunc vero in primis ad has collectas

das contribuunt, quando vasalli simul sunt subditi & casus cujusdam necessitatis adest. *Mev. P. 4. decis. 33. n. 12.* Rosenth. *de feud. c. 8. concl. 86. n. 3.* Atque hæc dos ex collectis subditorum constituta etiam solvenda est filiabus principum Apanagiatorum, quippe qui ex Apanagio suo filias suas non dotant, sed hæc cura primogenito incumbit; *Rumelin. ad A. B. P. 3. diff. V. tb. 14. ibique addit.* *Springsf. de Apanag. c. 11. n. 271.* quod ipsum in domo Brandenburgica, Saxonica & Wurtembergica specialibus pactis confirmatum est, quæ Myler. *ad Rumel. in add. c. 1.* adfert. His pactis etiam quantitas dotis in filiabus determinari solet, quemadmodum in ducatu Wurtembergico illustribus filiabus ipsius primogeniti 32000. floreni Rhenenses, in filiabus ultra genitarum 20000. aurei dotis nomine exsolvi solent, quam quantitatem status provinciales ex suis redditibus præstant. *Myl. c. 1. Knipsch. de fideic. fam. c. 6. n. 204.*

§. X. Ceterum plures adhuc conclusiones in hoc titulo occurrunt, quæ hodie vix applicari possunt, postquam non eadem principia hodie obtinent, quas hic colligere constitui. Sic olim magnus usus erat distinctionis inter dotem *profectitiam* & *adventitiam*. Illa dicebatur, quæ a patre profecta est de bonis & facto ejus, *l. 5. pr. b. 1.* quod variis declarationibus in *l. qq. §. §.* illustratur: Hæc vero, quæ a filia vel alio proficitur *l. 5. §. 11. b. 1.* Usus primarius hujus distinctionis erat, quod dos profectitia, mortua in matrimonio filia, ad patrem rediret. Ita enim Pompon. *in l. 6. ff. b. 1. jure succursum est patri,* ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab eo profecta, ne & filia amissa & pecuniæ damnum sentiret. *conf. Ulp. in fragm. tit. 6. §. 4.* Verum hodie restituendæ dotis non eadem adest ratio, uti infra *ad tit. solut. matrim.*

De usu distinctionis inter dotem profectitiam & adventitiam.

plenius evincam, ut adeo usus hujus distinctionis, quoad hunc effectum, vix superfit, quo ipso simul plures quaestiones aliæ circa hanc materiam corruunt.

Cui dos hodie solvatur?

§. XI. Deinde constat, per nuptias non solvi patriam potestatem, adeoque filium familias uxorem ducentem in sacris paternis manere potuisse. Hoc facto dos non solvebatur marito, sed patri, quippe qui onera matrimonii ferre debebat. *Ibi autem dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*, ut dicitur in *l. 56. §. 1. b. t. l. 2. C. fam. berc.* Post mortem autem patris statim onera matrimonii filium sequebantur, & ita quoque tunc demum dotem recipiebat. *l. 56. §. 2. b. t.* Solebat itaque, qui dotem promittebat, cum patre mariti hoc casu stipulari, *l. 57. ff. b. t.* & pater filii sui seu mariti dolum & culpam in rebus dotalibus præstare debebat *l. 72. §. 1. b. t.* Hæc vero omnia ad mores nostros vix applicari possunt, cum filii, matrimonium ineuntes, mox separatam instituunt œconomiam, & ita moribus Germaniæ emancipatis annumerandi sint, & consequenter pater ejus non amplius onera matrimonii ferre debeat. Quod si tamen filius in victu & ædibus paternis maneat, ejusque sumptibus cum uxore sustentetur adeoque revera onus matrimonii ad patrem spectet, facilius concederem, etiam patrem dotem recipere posse. Hic casus tamen vel ideo rarius continget, quia, si uxor idoneam dotem habet, pater non necesse habet, onera matrimonii subire, quemadmodum & filii separatam œconomiam hoc casu instituere præoptare solent.

Donatio propter nuptias.

§. XII. Doti in plurimis similis est *donatio propter nuptias*, quam nostrates vocare solent *das Gegenvermächtniß*, quam adeo cum dote convenire ait Justin. in *l. f. C. de donat. ante nupt.* ut quasi antiphrastica hæc possit intelligi & non simplex donatio, & nihil adeo & nomine & sub-

Substantia a dote distet. Quale jus autem uxor in his rebus donatis habeat, admodum dissentiunt Dd. Quidam nudam hypothecam uxori tantum tribuunt, ideo quod in securitatem dotis constituatur, & uxori non tradatur. Lauterb. *de donat. propt. nupt. §. 51. sqq.* quo intuitu eam *pignus dotis* vocare solent. Carpz. *P. 2. c. 42. def. 1.* Sed ita videtur parum consultum esse uxori, quæ hypothecam tacitam pro dote sua in omnibus bonis mariti habet. Unde alii uxori dominium *quoddam* in re donata tribuunt, Struv. *ex. 30. §. 36.* quæ sententia satis probabilis est, cum Justinianus disertis verbis asserat, quod a dote & nomine & substantia non differat. Inde tamen cum Donello *l. 14. c. 9.* minime inferendum est, quod etiam fructus ex illa re percipiat. Manet enim adhuc hæc diversitas inter dotem & donationem propter nuptias, quod maritus ex dote lucretur fructus *pro oneribus matrimonii, l. 20. C. b. t.* quæ ratio tamen in antipherna cessat. Hanc vero utilitatem dominium hoc ei tribuit, quod soluto matrimonio, si uxor dotem suam aliter salvam habere non possit, antiphernam a quovis possessore vindicare possit, Nov. *61. c. 1. §. 1. auth. perm. C. de don. ant. nupt. modo inopia mariti probata sit.* Carpz. *P. 2. c. 24. def. 11.* Berlich. *P. 1. concl. 73. n. 82. sqq.* Greve *P. 1. concl. 83. consil. 1.* Proinde semper consultius est pro uxore, si certa species vel corpus in antiphernam constituatur, non quantitas, cujus nomine contra quemvis possessorem actionem realem movere nequit, quam alias movere potuisset, aliquando etiam constante matrimonio, ut dicitur in Nov. *79. c. 6. §. 1. ibi: Cum etiam antenuptialis donationis res vindicare etiam constante matrimonio dederimus ei.*

§. XIII. Utrum vero hujus donationis in Germania aliquis usus sit, non immerito inquirendum est, post-

An in praxi
recepta?

A a 3

quam

quam Jcti magni nominis eum vel negarunt vel in dubium vocarunt. Franckius *de Laudemiss c. 22. n. 67.* cum Petro Heigio *ad §. 3. J. de don. n. 4.* rotunde asserit, hanc donationem in Germania, Gallia & Italia ab usu recessisse, qua in sententia etiam sunt Cujac. *Lib. 5. obs. 4.* Julius Clarus *in §. donatio qu. 11. n. 1.* Cothm. *Tom. 1. resp. 50. n. 57.* A. de Petra *tr. de fideic. qu. 8. n. 363.* Imo ipse Brunnem. *ad autb. dos. data in f.* asserit, raro hodie donationes propter nuptias fieri nisi inter nobiles, quo ipso ad *morgengabam*, quæ inter nobiles obtinet, respicere videtur, quæ tamen *donatio propter nuptias*, quæ jure Romano debetur, proprie non est. Observat hoc ipsum Schilt. *in praxi jur. Rom. ex. 36. §. 86.* ubi ita: *Moribus nostris primum in contrahendo matrimonio ex parte mulieris est, ut ipsi certum quid ex bonis mariti deputeretur, unde se post mortem ejus exhibere possit: id dotem vocant veteres, & morgengabam, dotalitium, recentiores ad æmulationem juris Romani donationem propter nuptias. Nomen tolerari facile posset, sed natura plane diversa est, quod in seqq. illustrat.* Verum generalem abrogationem hujus donationis per totam Germaniam inde inferre non possumus, nam usus ejus adhuc maxime conspicuus est in iis locis, quibus jus Romanum unice pro norma attenditur, & dotalitii inter privatos nullus usus est, uti de terris Brunsvicensibus constat. Confirmat præterea nostram sententiam Carpz. *P. 2. c. 42. def. 1.* eleganti præjudicio, ubi ita: *Dannenhro sie dadurch ein mehrers nicht als ihres eingebrachten Gutes assurance und Versicherung erlanget, und es also bey der dispositione juris communis verbleibet.* In *reform. Francof. P. 1. tit. 49. §. 11.* expressa mentio hujus donationis fit: *Zum neunten geben vor diejenigen, so vermöge der Rechte schweigende Pfand haben, als die Ehe-Wei-*

Wiber von wegen ihrer verschriebenen donation propter nuptias d. i. Widerlegung ihrer Zugift. In *ordin. jud. Sax. Goth. P. 1. c. 18. §. 8.* iidem usus ejus supponitur in verbis: noch auch auf die donation propter nuptias gezogen, sondern es sollen dieselben allein unter die Chirographarios gesetzt werden.

§. XIV. Hoc interim negari nequit, donationis hujus naturam & indolem adeo in plurimis mutatam moribus esse, ut fere alia species a Romani juris donatione esse videatur, & hoc intuitu non adeo mirandum sit, quod illa, quæ hodie obtinet donatio propter nuptias, plane ab illa, quæ jure Romano continetur, a plurimis diversa plane species existimata fuerit. Nam (I) de jure Romano donatio propter nuptias subsistere non poterat nec constitui, nisi dos quoque esset constituta. Erat enim primarius hujus donationis finis securitas dotis, & inde *antipberna* dicebatur, quasi dos contraria. *l. 20. pr. C. de don. ant. nupt. Lauterb. de don. propt. nupt. 1b. 19.* Imo (II) dote constituta, donatio propter nuptias quoque necessario constituenda erat, ita ut maritus ad hoc a magistratu compelli potuerit, *nov. 97. c. 1. Richt. ad autb. dos data C. de don. ante nupt. n. 2. seqq. adeo ut si quantitas dotis constante matrimonio augeatur, maritus quoque donationem propter nuptias augere necessum habeat. d. nov. c. 2. Clarus §. donatio qu. 11. n. 1. Lauterb. cit. l. §. 23.* Et inde quoque de jure parentes, qui dotem ex officio constituere debent, compelli quoque possunt ad donationem constituendam *l. fin. C. de dot. promiss.* Sed hodie utrumque secus se habet, uti non dissentitur Juri, dum pacto donatio propter nuptias constitui potest, quamvis dos nulla dara vel promissa sit; & contra dotis constitutio hodie subsistit sine donatione pro-

Ejus tamen natura moribus mutata.

An hodie præsupponat dotem?

propter nuptias, adeo ut ejus constitutio non amplius sit necessitatis, nec maritus adeo ad hoc compelli possit Greve *Lib. 2. concl. 78. n. 7. seqq.* Etenim disparia hodie posse fieri pacta non solum quoad constitutionem & præstationem, sed etiam quoad lucra, communis est Dd. sententia, talesque consuetudines juri communi derogantes valere censent Dd. allegati a Richt. *in tr. de pact. ad aurb. sed quæ nihil C. de pact. conv. n. 3.* Brunnem. *ad aurb. dos data C. de donat. ante nupt. n. 9. seqq.* Trentacinq. *Lib. 3. de matrim. resol. 3. n. 1.*

An hodie donatio propter nuptias doti æqualis esse debeat?

§. XV. Exinde jam (III) facile liquet, quid de æqualitate inter dotem & donationem servanda moribus judicari debeat. De jure Romano res expedita est cum *in aurb. æqualitas C. de pact. conv.* ita caveatur: *æqualitas omnimodo servanda est in dote & donatione ante nuptiali non tantum in lucris exinde proventuris, sed etiam in præstatione & constitutione utriusque. Augmentum quoque vel profus non fiat, vel ab utraque parte celebretur, pari scilicet quantitate, ne vel eo modo subvertatur æqualitas.* Sic itaque dos & donatio propter nuptias pari passu ambulare debent, *l. 9. C. de pact. conv.* ne alias donatio propter nuptias in veram degeneret donationem. Sed hanc *arbitricam* usum non esse receptam, plerorumque practitorum est sententia, cum non necesse sit, donationem æqualem constituere, sed illa possit esse vel major vel minor, imo, dote licet constituta, plane abesse. Donellus *Lib. 4. c. 9.* ibique Hillig. *lit. E.* Carpz. *P. 2. C. 42. def. 1.* Brunnem. *ad aurb. æqual. cit. n. 2.* Richt. *de pact. ad aurb. sed quæ nihil C. de pact. conv. n. 3.* & *in comment. ad aurb. p. 613. n. 7.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. Lib. 20. tit. 5. num. 4.* Perez *in C. tit. de pact. conv. num. 3. in f.* Gail. *2. obs. 78. num. 2. seqq.* Colerus *decis. 192. num. 1.* Matth.

Cuno

Cuno *de pact. Lib. 1. c. 6. n. 17.* Greve *Lib. 2. concl. 78. num. 2.* Lauterbach. *diff. de donat. propter nupt. §. 41.* Struv. *ex. 30. hb. 35.* Hahn *ad W. b. r. n. 11.* Philippi *in us. instit. pract. Lib. 2. tit. 7. eclog. 39.* Rittershus. *ad Nov. P. 5. c. 1. n. 7.* Kohl. *de pact. dotal. P. 1. n. 62.* ubi refert, in Camera Brandenburgica secundum pacta dotis & donationis propter nuptias inæqualia sæpe pronunciatum esse. Verum *in ordin. polit. Duc. Luncb. t. 24.* jus commune quodam modo retentum est, quod & Hahnus *ad Wes. tit. de pact. dotal. n. 3.* annotavit. Ibi enim ita: Ob wol die gemelne beschriebene Käyserliche Rechte heilsamlich und wohl verordnet, daß die Gegenvermächung oder das dotalitium nicht höher also anzuordnen, so vermercken wir doch, daß solche Gegenvermächung nicht allein dupliret, sondern oftmals auch höher gesetzt wird, und dadurch die Güther merklich beschweret werden; Derentwegen ordnen und wollen wir, daß sich ein ieder ihme und den Seinigen selbst zu Gute darin mäßige, und wosern keine erheblichen Ursachen vorhanden, aus oberwehnter Disposition und Verordnung der Käyserl. Rechte nicht trete, gestalt denn, wenn keine pacta dotalia vorhanden, unsere zur Regierung Verordnete denen Witwen ein mehrers nicht, als was denselben ermeldte Rechte verordnet, zu illigen sollen; jedoch wenn der Brautshatz auf die Todesfälle in Mangel der Kinder nicht jurücke fällt, sondern in den Güthern bleibet, so kan nach Gelegenheit das Dotalitium wol in etwas höher gesetzt werden. Illud obiter circa hanc constitutionem observo, dotalitium, quod mere juris Germanici, cum donatione propter nuptias, quæ juris Romani est, quodammodo permisceri, quæ tamen adhuc differunt, uti mox dicendum erit. Similiter *in ordin. polit. Magdeb. c. 38. §. 4.* a jure communi in totum haud recessum est, quia ibi hoc modo cavetur: Und weil das Gegenvermächtniß bey vielen oftmals mehr als noch eins so hoch gesetzt, und dadurch die Güther merklich beschweret werden; so sollen hinfüro die gemeine beschriebene Rechte hierin beobachtet werden,

Cm. III.

Bb

und

und zwar bey einer solchen Strafe, so hoch das Gegenvermächtniß das duplum überschreitet; Da aber das Gegenvermächtniß durch den Todes-Fall in Mangel der Kinder zurück fiel, und in den Güthern bliebe, mag das *dotalitium* wohl höher gesetzt werden.

Quid si ratione
donationis de-
ficiant pacta
dotalia?

§. XVI. Ex hoc quoque (IV) per se fluit, de jure Romano sufficere, si dos certa promissa sit, & non adeo requiri, ut donationis propter nuptias certa quantitas exprimatur, cum lege determinatum sit, quanta donatio propter nuptias esse debeat, quia quod ita dispositum est in dote, trahitur quoque ad donationem propter nuptias *l. ult. §. simplices C. de donat. ant. nupt.* Et hoc jure quoque nos hodie uti existimarem, si dos quidem in pactis dotalibus determinata, donatio autem propter nuptias indefinite promissa fuerit, cum ita contrahentes censeantur sese conformare voluisse dispositioni juris communis. Kohl. *de pact. dotalib. P. 1. n. 62. inf.* Et inde quoque, si super augmento dotis pactio interposita fuerit, hæc quoque trahi debet ad donationem propter nuptias indefinite promissam. *Id. n. 65.* Atque huc etiam collineat *jus provinc. Boruff. Lib. IV. tit. 15. art. 1. §. 4. ubi ita:* Die Wiederlage und donatio propter nuptias soll nicht geringer seyn als der Fr. Ehesteuer oder dos gewesen. Es wäre denn, daß der Ehe-Mann also unvermögend, daß ers nicht thun könnte, oder sich die Eheleute durch gewisse pacta aus erheblichen Ursachen eines andern ausdrücklichen freywillig beredet und behandelt hätten; In dem Fall kan es mit der Gegenvermachung so genau nicht gehalten werden. Interim *jure Wurtenb. provinc. P. 2. tit. 31. pr.* donatio propter nuptias incerta est ipso jure nulla, & ideo omnino determinanda, quorsum quoque quodammodo collineat *jus provinc. Boruff. P. 4. tit. 15. art. 2. §. 3. ubi ita:* Es soll auch ferner in solchen Verschreibungen zusehender die

die Mitgift oder dos, pla, desgleichen die Widerlegung, donatio propter nuptias, was und wie hoch die sey, namhaft ausgedrucket werden, und nicht mit unlautern general- und gemeinensamen Worten geschehen. Hoc tamen non esse extendendum ad casum, si pater donationem propter nuptias promittit, recte observat Lauterb. *de donat. propter nupt.* §. 42. cum statuta ex jure communi sint interpretanda.

§. XVII. Uterius hoc quoque singulare est ratione *quantitatis* de jure Romano, quod maritus, ex priori matrimonio liberos habens, secundæ uxori donationis propter nuptias nomine non possit plus assignare quam uni ex liberis dederit *l. hac edictali 6. pr. C. de sec. nupt.* Sed hoc itidem non ubique observari, supra dictum est *ad tit. de R. Nupt.* §. 3. cum in foris Saxonice hujus legis nulla sit observantia, teste Carpzovio *P. 2. c. 43. def. 17.* unde tamen generalis praxis concludi nequit, uti optime monet Lauterb. *c. L. §. 43.*

§. XVIII. Tandem in eo quoque a jure Romano in nonnullis locis receditur, quod uxor, mortuo marito, donationem hanc lucretur. De jure Romano hæc ad heredes mariti transmittitur, & mulier de illa regulariter nihil lucretur *l. un. §. 6. C. de R. V. A. c. f. X. de donat. int. V. & ux. Carpz. P. 2. c. 42. def. 1. in f. Rodinger. cent. 3. obs. 26. Philippi in us. instit. pract. Lib. 2. tit. 7. eclog. 39. n. 10. H. Hartmanni tit. 35. obs. 6. Franzk. de Laudem c. 22. n. 68.* nisi forsitan pactis dotalibus aliud provisum fuerit, quibus tunc omni modo standum erit. Rittershus. *ad Nov. P. 5. c. 1. n. 8. Carpz. P. 2. decis. 68. n. 19. sqq.* Ceterum plurimis in locis jure speciali receptum est, ut sicuti maritus dotem, uxore præmortua, ita uxor hanc donationem, marito præmortuo lucretur, ut de terris Saxonice asserit.

Quid circa quantitatem observandum, si pater ad secunda vota transferit?

An mulier hodie lucretur donationem propter nuptias?

Rittershus. *cit. l. num. 7.* quod sine dubio hunc in finem receptum est, ut uxor ex hac donatione, mortuo marito, se sufficienter sustentare possit, quæ etiam causâ fuit, quod æqualitatis ratio inter dotem & donationem non adeo accurate observetur.

De dotalitio.

§. XIX. Cum hac donatione propter nuptias insignem affinitatem habet *dotalitium* **das Leib-Geding oder Witthumb**, adeo ut Carpz. *Lib. 6. resp. 5. n. 5.* asserat, illud speciem donationis propter nuptias esse. Si tamen penitius perspecta & considerata, omnino diversitas magna inter hæc duo jura occurrit, quod alibi quoque non diffidetur Carpz. *P. 2. c. 42. def. 2.* & adstruit Elector Saxon. *P. 5. c. 28.* ubi distinguuntur **das Gegenvermächtniß, und Leib-Gedinge**, & diversa utriusque jura tribuuntur in concursu. Consistit videlicet dotalitium in certa parte bonorum vel assignato redditu, quem vidua, maxime illustri vel nobili, post mortem mariti pro meliori vitæ sustentatione percipit, & ita non tam in securitatem dotis exemplo donationis propter nuptias, quam futuram sustentationem viduæ introducta est. Henelius *de dotal. c. 2. §. 1.* Besold. *rbef. pract. voc. Witthumb Sig.* Myler. ab Ehrenbach *de Gamot. c. 10. §. 6.* Origo ejus debetur antiquis institutis Germaniæ, vigore quorum maritus olim dotem constituere uxori, teste Tacito *de moribus German. h. e.* ipsi aliquid assignabat, unde post mortem mariti se sustentare posset, & inde in antiquis legibus Germaniæ hinc inde ejus fit mentio. Vid. Myler. *cit. l. c. 10. §. 3.* Schilt. *in Praxi jur. Rom. ex. 36. §. 68. seqq.* Interim hoc quoque observandum est, dotalitii variam esse conditionem; quandoque enim idem denotat, quod donatio propter nuptias, de qua antea actum est, & non raro cum hac a Dd. confunditur; quandoque

que tamen separata ab hac species est, & sic quoque variam habet rationem & indolem, prout vel inter illustres vel nobiles vel plebejos constituitur, ut in sequentibus videbimus. Quamvis enim ab initio potissimum in illustribus familiis receptum fuerit, successu temporis tamen etiam ad quascunque viduas extendi cœpit. *Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 391. Carpz. P. 2. c. 42. def. 2. 3.*

§. XX. Communis autem est sententia, dotalitium non aliter deberi, quam dote soluta & numerata, cujus illationem proinde uxor probare tenetur, *Simon Pistor. consil. 20. Coler. decis. 60 n. 21. Myler. ab Ehrenb. de Gamol. c. 13. §. 1.* quia in compensationem dotis datum videtur, quam quoque absorbet. Ast vero hic separandos esse casus existimo. Nam si (1) quæstio est de principe, non dubium est, quin ipse uxori suæ, licet nullam dotem attulerit, dotalitium constituere possit in pactis dotalibus, quod exempla quotidiana probant. Cum enim principibus matrimonium cum impari haut sit interdictum, quæ ei nullam vel saltem sufficientem dotem adferre nequit, ratio quoque dignitatis per principem maritum adeptæ postulat, ut post ejus mortem digne & pro mariti dignitate se possit sustentare. Neque enim principum & illustrium jura tam angustis limitibus circumscribenda sunt, uti quidem nobilium & plebejorum. Inde non tantum dotalitium uxori in pactis dotalibus constitui a marito principe, sed etiam in casu non constituti dotalitii ipsa illud post mortem mariti petere potest, arbitrio boni viri constituendum. Nec enim tam in compensationem dotis principaliter dotalitium est constitutum, quam in futuram viduarum sustentationem. *Gudelin. de jure noviss. P. 1. c. 8. in f. Myler. ab Ehrenb. in Gam. c. 13. §. 8.* Et hanc dotalitii constitutionem successores quoque in ducatum & principatum ratihabere tenentur.

Quando dotalitium debetur?

Schurff. *Lib. 3. conf. 51.* Myler. *cit. l. c. 12. §. 4.* Deinde quando (II) dotalitium constituitur in bonis allodialibus, itidem expeditum est, etiam inter privatos hoc promitti posse viduæ, dote licet nulla illata; cum heredes factum defuncti præstare teneantur; Beust. *de jure conub. P. 3. c. 9. in f. c. 10. pr.* Berlich. *P. 2. concl. 50. num. 18. & 44.* H. Pistor. *Lib. 1. qu. 4. num. 18.* quod etiam de filiis dicendum est, utpote qui etiam in feudis præstare tenentur factum sui patris, cum non aliter feudi participes fiant, quam si etiam in allodialibus heredes fiant. 2. *Feud. 45.* Carpzov. *Lib. 6. resp. 57. n. 1. 2.* Brunnem. *conf. 5. n. 67.* Hartm. Pistor. *P. 1. qu. 4. n. 6.* Denique (III) superest casus, si *inter nobiles* dotalitium in *feudalibus* constituitur, & cum agnatis vel simultanee investitis res sit. Hoc casu nec uxor ab agnatis vel simultanee investitis dotalitium petere, nec maritus eidem aliter illud in feudo constituere potest, quam dote illata, quam illationem legitime docere debet, nec hic sufficit confessio mariti, quippe qui agnatos gravare aut onus feudo imponere nequit. Carpz. *P. 2. c. 44. def. 10. & Lib. 6. resp. 56. it. de oner. VasaB. feudal. dec. 4. pos. 3. n. 8. sqq.* Berl. *P. 2. concl. 50. num. 14. sqq.* Hoc modo enim onus feudale efficitur, si realiter est illata, quippe quæ tunc in feudum versa præsumitur secundum communem opinionem, quæ tamen non satis cohæret, uti dixi *in tr. de success. ab int. diff. IV. c. 2. §. 20.* Interim, stante sententia communi, quæ in praxi recepta est, agnatis non interdictum est contrarium docere, quo facto præsumtio versionis veritati cedere debet, & agnati a dotalitio constituendo immunes sunt. Quo intuitu admitti potest sententia Dd. vulgatissima, quod dotalitium detur in remunerationem dotis, quam hoc casu semper præsupponit, quæque in feudo manet. Præ-
terea

terea & hoc usu obtinuit, ut vidua post mortem admittatur, si dotem nondum solutam realiter cum usuris inferre parata sit, ad effectum consequendi dotalitii ex feudo, quod *Decis. nov. Sax. elect. 55.* confirmatum est, quamvis ne hæc sententia satis probari possit, ut ostendi in *rr. de S. A. J. cit. l. § 41.* In *ordin. polit. Magd. cap. 8. §. 39.* hoc sequenti modo limitatum est. Im Fall sie binnen halbjähriger Frist nach Absterben ihres Ehemannes das Ehegeld erlegen wird, alsdenn sollen die Mitbelehnten entweder das verschriebene Gegenvermächtniß und Leib-Geld, oder aber gedoppelt so viel aus denen Gütern zu geben schuldig seyn, der Wittwen aber soll solchensals keine election darunter zustehen. Hoc vero jure offerendi dotem cum usuris tantum vidua gaudet, non ejus liberi, illa forsan defuncta, prout respondimus An. 1700. Mens.

Jan. hoc modo: Hat ihr Vater N. N. dero Mutter gegen das versprochene Ehe-Geld von 2000. Thlr. in casum mortis hiewieder 2000. Thlr. verschrieben, so ihr auf den Fall, da er vorher sterben würde, nebst dem Ehe-Gelde mit 6. procent verzinslet werden solle. Ist hierauf der Vater, bevor das Ehe-Geld eingebracht, vor der Mutter verstorben, welche ihren Witwenstand unverrückt bis ans Ende continuiret, daher gefragt wird: Ob sie als Erben ihrer Mutter, ohngeachtet die 2000. Thlr. Ehe-Geld wirklich nicht eingebracht, wenn sie die Zinsen von der Zeit der Verheyrathung einbringen, das Interesse von verschriebenem Gegenvermächtniß bis zu Absterbung der Mutter von denen successoribus feudalibus zu fordern? Ob nun wol bey der an 1642. aufgerichteten Ehestiftung ein mehrers nicht, als die Verzinsung des Ehe-Geldes versprochen, und ohne dem Rechtens ist, quod, quando dos non illata, dotalitium tamen vel donatio propter nuptias nihilominus debetur, si modo usurus dotis a tempore mortis vidua inferre parata sit, *Carpz. P. 2. cons. 44. def. 11. Struv. de feud. cap. 14. th. 10. n. 4.* Weil aber dennoch die Mutter nach des Vaters Tode mehr als 30. Jahr gelebet, und sich ad oblationem usurarum nicht erboten, vielweniger die Zinsen des Gegenvermächtniß gefodert, auch sich wegen ihres Unterhalts

Faci Specula.

Quæstio.

Rat. dub.

Rat. decid.

halts bereits anno 1661. verglichen, und dahero das geringste nicht für sich oder die Ihrigen zu fordern reserviret, und aus denen Rechten bekant, quod omnis actio, & sic etiam illa, quæ ex pactis dotalibus ad petendum dotalitium competit, præscribarur lapsu 30. annorum *l. sicut. 3. C. de præscript. 30. annor.* Endlich die oblatio usurarum pro consequendo dotalitio nur allein der überlebenden Witwe, nicht aber ihren Erben zugelassen ist. So erscheinet hieraus alenthalben so viel, daß sie nunmehr die usuras-dotis zu offeriren, und die Zinsen von dem Leib-Gedinge zu fordern nicht mehr befugt seyn.

Decilio.

An consensus
agnatorum
vel domini
fendi necessa-
rius sit?

§. XXI. Cum itaque hoc casu onus feudale sit, consensus agnatorum ad ejus constitutionem non est necessarius; *Mod. Pistor. Vol. 2. conf. 11. n. 25. Beust. de jure con- nub. P. 3. c. 10. Schurff. cent. 3. conf. 51.* quod tamen certo modo limitatum est in *ord. polit. Magd. c. 8. §. 38. in f.* ut simultanee investito electio sit relicta, utrum dotalitium constitutum ratihabere, an vero dotem cum altero tanto reddere malit. Imo ex eadem ratione quoque nec domini consensum necessarium esse autumant, si tantum in modo dotalitii constituendi peccatum non sit, *Henel. de dotal. c. 3. §. 6. Schurff. conf. 74. n. 7.* de qua sententia tamen dubitat Myler. ab Ehrenb. in *Gamol. c. 12. §. 15.* Sane in Marchia nullum dotalitium valet sine consensu principis, ut declaravi in *tr. de S. A. J. cit. l. §. 13.* Idem obtinet in ducatu Magdeburgico vigore *ordin. polit. c. 8. §. 38.* Sonst soll kein Leib-Geding auf Lehn-Güther für kräftiger Fant werden, es sey denn unsere oder eines andern Lehns-Herrn u. der Mitbelehnten Bewilligung darüber erlanget. Aft in Saxonia & plerisq; aliis locis major libertas viduæ concessa, & electio ei relicta est, utrum dotalitium exigere, an dotem repetere velit, *P. 2. Const. elect. 44. H. Pistor. Lib. 1. qu. 4. num. 19. Kohl. ad Constit. March. von Erbsäl- len 1. 9. n. 17.* nec hanc electionem amittit, etiamsi vel maxime in pactis dotalibus ipsi dotalitium constitutum fuerit

fuerit, Carpz. *Lib. 6. resp. 59. n. 4.* sed potius hoc casu requiritur, ut expresse in pactis dotalibus aliter conventum fuerit. *Id. cit. l. n. 5.* Ceterum si domini & agnatorum consensus accessit, facilius illa, quæ pactis dotalibus ex feudo promissa sunt, debentur, non excusso etiam allodio, prout *M. Jun. 1709.* respondimus: Hat Sempronia, eine adeliche Wittib, der ihr zukommenden Morgengabe, Gerade, und Musztheils halben in ihres verstorbenen Mannes Lehn-Guth nicht allein possession genommen, sondern hält auch ihrer Stief-Tochter, als Land-Erbin, verschiedene bona mobilia, pretiosa und anderes vor, ohngeachtet in denen Ehe-Pactis ausdrücklich versehen worden, daß ermeldter Sempronia die berührte Stücke ihrer Forderung aus dem Lehn bezahlet werden sollen, worin auch so wohl der Lehn-Herr als die Mitbelehnthe agnati gewilliget haben; wird demnach gefragt: Ob Sempronia befugt sey, die ihr zukommende Morgengabe, Gerade und Musztheil von der Tochter als Landes-Erbin ihres verstorbenen Vaters zu fordern, und selbiger deshalb obberührte Stücke an mobilibus und pretiosis vorzuhalten? Ob nun wol scheinen möchte, daß der Sempronia in ihrer Forderung das Jus retentionis in ihres Ehemanns Verlassenschaft so wol in Lehn- als auch allodial-Gütern zukomme, folglich erwehnte Stücke aus dem Lehn und nur in subsidium und deficiente allodio gefordert werden mögen, über dieses auch der consensus domini & agnatorum nicht anders verstanden werden könnte, als, wenn das Erbe nicht zureichen würde, sodann die benannten Stücke aus dem Lehn bezahlet werden solten, endlich auch die Magdeburgische Landes-Regierung der Sempronia Forderung an die Landes-Erben ins besondere für genehm gehalten. *W. a. d.* die pacta dotalia hierinnen Maß und Ziel geben, welche, nachdem sie von dem domino & agnatis consentiret worden, allen Landes-Gewohnheiten u. Rechten vorzuziehen sind, Carpz. *de jure femin. Decis 2. Pos. 2. n. 4.* über dieses der consensus domini & agnatorum für überflüssig gehalten werden mußte, wenn selbiger nur deficiente allodio zu verstehen wäre, indeme ausgemachten Rechts, quod hæc omnia viduæ ex provisione legis & consuetudinis debeantur, constit. Sax. *P. 3. c. 33.* Hart. Pistor,

Facti Species.

Quæstio.

Rat. dub.

Rat. decid.

Contin. III.

Cc

P. 1.

P. 1. q. 4. n. 32. Carpz. P. 2. c. 25. def. 8. ut consensu neutrius opus esse videatur; und eben hierinnen die Teutschen Lehn-Rechte etwas besonders haben, quod potissimum dotalitia in feudis constituantur, rarius in allodio Georg. Schutz. cap. 8. feud. n. 219. ohne Zweifel weil unsere meiste Lehn-Güter in Teutschland oblata sind, und circulo oneroso acquiriret zu werden pflegen, dahero weder der Lehn-Herr noch Lehns-Folger sich zu beschweren hat, daß dergleichen denen Witwen aus dem Lehn gereicht werden; Endlich solches auch inter illustres nicht anders gehalten wird, als daß die Lehns-Folger allein für die Befriedigung der Witwen sorgen müssen, ohngeachtet sich noch so viel im allodio findet, auch alle Verordnungen die tacitam clausulam, in quantum de jure, mit sich führen. So halten wir davor, daß Sempronia nicht befugt die Morgengabe, Gerade und Musztheil von der Landes-Erbin zu fordern, sondern sich denen Ehe-Pactis nach an die Lehns-Erben schlechterdings zu halten schuldig sey. V. R. W.

Decisio.

De quantitate dotalitii.

Et quidem legitima.

§. XXII. Non tamen maritus in præjudicium agnatorum vel simultanee investorum dotalitium pro libitu determinare potest, prout in præjudicium allodialium heredum ipsi hoc permissum est: nam excessum rati habere non tenentur agnati. *Mev. P. 8. decis. 355.* Ergo de legitima quantitate dotalitii jam videndum est, quæ vel legitima est vel conventionalis. Illa est, quæ lege vel consuetudine est determinata, & maxime tunc attenditur, quando de dotalitii quantitate nihil inter conjuges actum est. In Marchia & Pomerania quadruplicatæ usuræ ratione dotis debentur, si scilicet donatio propter nuptias doti æqualis constituta fuerit; tunc enim vel ratione utriusque duplicatæ, vel, quod perinde est, tantum ratione dotis quadruplicatæ præstantur, ut dixi in *diff. de jure vid. nob. March. c. 3. §. 28. Vol. IV.* & in *rr. de success. ab intest. diff. IV. c. 2. §. 15. seq.* in Saxonia vero ex consuetudine tantum duplicatas deberi, vulgo statuunt Carpz.

Carpz. *P. 2. c. 42. def. 2.* Bernich. *P. 2. concl. 50. n. 47.* Henel. *de dotal. c. 6. §. 10.* Verum si exempla a Doctoribus Saxonis allata insint, revera ita computant dotalitii quantitatem, ut in effectu non duplicata, sed quadruplicata debeantur. Nam (1) ratione dotalitii assignant viduæ duplicatam quantitatem dotis, tanquam sortem principalem, & inde (2) rursus duplicatas usuras eidem tribuunt, ut clare ostendit Dn. Menckenius *de quantitate dotal. §. 6. seqq.* supponentes itidem, præter dotem, etiam donationem propter nuptias doti æqualem esse constitutam. Cum vero, ut idem §. 8. recte judicat, in constituendo dotalitio non tam ad donationem propter nuptias, quippe quæ onus feudi non est, sed potius ad dotem respici debet, duplicata tantum usuræ ratione dotis in Saxonia sunt constituendæ. Conf. *Caut. Contract. sect. 3. c. 8. §. 34.*

§. XXIII. Si per pacta dotalia quantitas dotalitii determinata est, videndum, an & quatenus eis standum sit. Hoc (1) expeditum est, subsistere conventionem, si dotalitii quantitas modica fuerit, quia ita causa feudi melior redditur. Henel. *de dotal. c. 6. §. 17.* nec (2) dubitandum est, quin etiam pacto familiæ restringi possit dotalitii constitutio, ut dixi in *Caut. Contr. cit. l.* qualia pacta adducit Myler. ab Ehrenb. in *Gamol. c. 10. §. 12.* (3) Si inter illustres personas res sit, itidem major libertas hic concessa videtur dotalitium determinandi in pactis dotalibus, cum hic hujusmodi definita quantitas deficiat, & ita ex liberalitate principis mariti dependeat. Myler. ab Ehrenb. *c. 10. §. 11.* Henel. *de dotal. c. 6. §. 17.* Denique (4) si inter nobiles de dotalitio in feudalibus constituendo & augendo agatur, consensus domini feudi & agnatorum necessarius est, quippe in quorum præjudicium hoc gra-

De conventionali quantitate.

vamen tenderet, & inde excessum rati habere non tenentur, ut ab initio hujus §. dixi. Berlich. *P. 1. concl. 50. num. 40. Et 46.* Horum ergo consensu accedente tum demum valet dotalitii constitutio ultra debitam quantitatem, Sprenger *de dotal. c. 2. n. 49. sqq.* nisi conditio feudi liberam dotalitii constituendi facultatem marito indulgeat.

Dos absorbetur per dotalitium,

Quaestio.
Rat. dub.

Rat. decid.

§. XXIII. Sicuti vero dotalitium in locum dotis, uxori alias restituendæ, moribus Germaniæ constituitur, Carpz. *P. 2. c. 12. def. 8.* & ita dotis privilegio quoque in concursu creditorum gaudeat, Mev. *P. 1. decis. 173.* Carpz. *P. 1. c. 28. def. 93.* inde quoque dos per illud in totum absorbetur; H. Pistor. *P. 1. q. 4. n. 23. sqq.* Conf. *rr. de S. A. J. diff. 4. c. 2. §. 6.* & ita quoque de illa amplius disponere nequit, uti Mens. Febr. 1700. respondimus hoc modo: Ob die Fürstin C. M. den dotem maternam der 16000. Thlr. an noch zu fodern befugt seye? Obwol der C. M. Frau Mutter T. M. in ihrem Testament sub E. dieser 16000. Thlr. halber sowol, als wegen der Tapeten und Silbergeschirre per fideicommissum verordnet, daß selbe auf den Fall, da der Prinz vor der Fürstin T. M. ohne Leibes-Erben mit Tod abgienge, auf besagte Fürstin zurück fallen solten, auch dabey gemeldet wird, daß sie ihr, so viel diese 16000. Thlr. insonderheit betrifft, facultatem testandi sonder Zweifel in den pactis dotalibus vorbehalten habe. W. a. d. die Fürstin T. M. gegen die von ihr eingebrachte 16000. Thlr. Ehegelder dergestalt verleiht worden, daß sie jährlich quadruplicatas usuras, nemlich 32000. Thlr. und noch dazu wegen 2000. Thlr. Morgengabe duplicatas 200. Thlr. in summa 3400. Thlr. genießen sollen, sie auch solche, dem Bericht nach, bis an ihr Ende wirklich erhoben, und bekanten Lehn-Rechten nach dos durch das dotalitium absorbiert wird, und im Lehn zurücke bleibet, folglich die Fürstin T. M. davon per fideicommissum nach ihrem Tode zu disponiren nicht befugt gewesen, sondern das Testament in so weit für unbeständig zu achten; ferner nichts hindert, wenn gleich mehrgedachte Fürstin ihr facultatem testandi desfalls ausdrücklich vorbehalten, angemercket sie solches

des theils denen Lehns-Bettern zum Nachtheil zu thun nicht
 Macht gehabt, theils auch solche reservation, wenn sie ja einiger
 massen gelten sollte, nur auf den Fall muß restringiret werden, wenn
 nemlich sie, die Fürstin, vor ihrem Gemahl versterben möchte, und
 also das Leib-Gedinge nicht genießen könnte, daß alsdenn ihre etwa
 errichtete Testamentarische Verordnung pro norma succedendi
 angenommen werden sollte, welcher Fall sich jedoch, da mehre-
 dachte Fürstin ihren Gemahl überlebet, nicht ereignet hat: So ist
 auch die Fürstin C. M. dotem maternam der 16000. Thlr. annoch
 zu fordern nicht berechtiget. **B. R. W.** Non dubium tamen
 est, quin pactis dotalibus uxori ita provideri queat, ut
 dotem recipiat & nihilominus dotalitium habeat, quod
 jure Saxonico disertis verbis cautum legimus *pag. 2. con-*
stit. 42. Da aber derowegen, wie es zu halten, gewisse pacta
 und Vereinigungen aufgerichtet, dieselbe müssen zuvör-
 derst in acht genommen, und darauf gesprochen werden.
Carpz. ad cit. constit. def. 3. n. 9. Valet tamen tantum
 ejusmodi conventio, quatenus maritus successores suos
 libere gravare potest; alioquin eorum, quorum interest,
 consensus est necessarius. Unde quia pater liberos suos
 gravare potest, ut hi teneantur factum patris præstare,
 tale pactum omnino valet, prout *Menf. April. 1709. re-*
spondimus: Hat die Fürstin von N. zum Heyrath-Guth 20000.
 Thlr. wirklich eingebracht, dagegen ihr in pactis dotalibus ein ho-
 hes Leib-Gedinge verschrieben worden. Da nun dieselbe einen
 Prinzen und 5. Prinz-Kinder hinterlassen, welche sie in ihrem auf-
 gerichteten Testament insgesamt zu Erben eingesetzt, und dabey in-
 sonderheit ihrem Prinzen, Fürsten E. die 20000. Thlr. eingebrach-
 te Ehegelder vermachtet, dieser aber solche 20000. Thlr. aus der
 mütterlichen Erbschaft präcendiret, und dahero dieselben von de-
 nen 28966. Thlr. 11. Gr. 11. Pf. welche er dero Fr. Mutter schuldig
 blieben, abzuführen vermeynt, und wird gefragt: Ob Fürst E. schul-
 dig gewesen wäre, wann seine Fr. Mutter kein Testament gemacht
 hätte, die inferirte 20000. Thlr. ad massam hereditatis zu bringen;
 So scheint zwar demselben sehr zu statten zu kommen, daß seine
 Frau

Decisio.

Facti Species.

Quæstio.

Rat. dub.

Rat. decid.

Frau Mutter das ihr verschriebene stattliche Leib-Gedinge in die 17. Jahre völlig genossen, und also dadurch das eingebrachte Ehe-Geld getilget worden, indeme bekannt ist, daß keine Witwe das völlige dotalitium genießten, und nichts desto minder ihr Ehe-Geld wieder fordern könne, immassen dieses dadurch absorbiert worden. Carpz. P. 2. c. 42. def. 3. W. a. d. circa successione[m] Conjugum hauptsächlich auf die errichteten Pacta dotalia zu sehen, indeme diese so wol dem juri communi als Provinciali oder Statutario derogiren, Carpz. P. 3. c. 7. def. 12. Dahero auch auf solche pacta, so wol was das Leib-Geding, als die restitutionem dotis betrifft, vor allen Dingen zu sehen, auch denenselben nachzuleben ist, Myler. in Gamolog. princip. imp. c. 14. §. 7. limit. 2. und in gegenwärtigen pactis dotalibus dieses expresse beliebet, daß diese 20000. Thlr. Ehe-Gelder der Fürstin von N. Eigenthum verbleiben, und solches Capital nach ihrem Tode an ihre Erben zurückfallen, und ihr das constituirte Leibgeding an ihren Heyraths- oder Ehe-Geldern nicht schaden sollte, allermassen nicht allein auf dem Fall, wenn sie vor ihrem Gemahl wäre verstorben, diese Heyraths-Gelder auch denen hereditibus extraneis hätten zurück gegeben werden müssen, secundum tenorem pactorum p. 19. & 20. Da doch sonst nach diesem Landes-Gebrauch der maritus dotem in rebus mobilibus consistentem hätte ererben sollen, Carpz. P. 3. c. 23. def. 3. Berlich. P. 3. concl. 39. auch daselbst p. 20. & 21. denen Erben das jus retentionis in dem verschriebenen Wittumb expresse reservirt, bis sie wegen der Heyraths-Gelder würden vergnüget seyn, diese restitutio dotis auch denen hereditibus extraneis versprochen worden, wann gleich einige Leibes-Erben vorhanden, so die Frau Mutter überlebten, und erst nach ihrem Tode hinwieder ohne Leibes-Erben verstürben, laut der Ehe-Pacten fol. 22. sondern auch ferner verglichen, daß, wann die Fürstin ihren Herrn Gemahl überleben würde, sie alsdann die eingebrachte Heyraths-Güter und Wiedelage einzunehmen, und Zeit Lebens ungehindert zu genießten befugt seyn, auch derselben alle ihr angestorbene, angeerbte und zugekommene Güter, nichts von allen ausgesondert, unweigerlich ausgefolget werden sollen, p. 23. & 24. daher auch p. 27. verglichen, daß, wann die Fürstin in dero Wittwen-Stande ohne eheliche Leibes-Erben Todes verfahren wür-

würde, alsdann ihren Erben das eingebrachte Heyraths-Guth von 20000. Thlr. und alle ihre andere Paraphernalien ausgefolget werden solten, und daraus unstreitig folget, daß solches Ehe-Geld, es möchten Leibes-Erben vorhanden seyn oder nicht, keinesweges durch das dotalium absorbiret, oder bey dem Fürstl. Hause verbleiben, sondern hinwieder an ihre Erben verfallen solte, und da sie denen hereditibus extraneis so deutlich prospiciret hat, die Ehe-Gelder an sie, ohngeachtet sie das Leib-Gedinge Zeit Lebens genossen, verfallen solten, kein Zweifel ist, daß auch ihre eigene Prinzeßinnen Töchter dieselbe zu fordern haben, welche ihr so viel näher und geliebter sind, als fremde Erben; *semper vero in ultimis voluntatibus præsumtio est pro magis dilecto*, Mantica *de conj. ult. vol. l. 6. c. 10. § 11. Menoch. Lib. 4. præf. 16.* So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß dieses Capital derer 20000. Thlr. zu der Fürstin von N. Verlassenschaft allerdings gehöre, und deshalb, wenn gleich kein Testament gemacht, diese inferirte 20000. Thlr. dennoch ad massam hereditatis und in gemeine Theilung zu bringen gewesen. *B. X. B. Præterea quoque, si post mortem mariti de ejus bonis concursus excitatus est, eo casu uxor non gaudet privilegio prælationis, qui agit de mero lucro captando, nec dotalium in locum dotis hoc casu surrogatur.* Dn. Berger. *in elect. discept. for. tit. 43. obs. 3. not. 1.*

Decisio.

§. XXIV. Communiter vero dotalium in certis prædiis constitui solet, ex quorum redditibus determinatam illam quantitatem percipere possit, & quia ad vitam suam vidua redditus illos percipit, jus usufructuarium eidem in illis assignare solent. Myler. ab Ehrenb. *Gamol. c. XI. §. 1. H. Pistor. Lib. 1. qu. 24. n. 16. sqq. Cothman. vol. 1. conf. 48. n. 64. § 71.* Quia tamen dotalium in locum dotis, cujus domina uxor post mortem mariti fuit, surrogatur, optimus jus in nonnullis locis ei tribui solet, maxime si illustri personæ illud constituitur, fatente ipso Mylero *cit. l. §. 2.* cui etiam jurisdicctio & commoda independentia tribui solent in præfecturis in dotalium assigna-

Quale jus vidua in dotalium competat?

Species Facti.

signatis, quod sequente responso M. Mart. 1710. a Facultate nostra concepto illustrari potest. Hat der Wepl. Durchl. Fürst zu N. Hochsel. Andenkens A. 1695. mit der Durchl. Fürstin, Frau N.N. gewisse pacta dotalia aufgerichtet, darin Derselben mit consens derer Herren Bettern aus N. in specie des ieko succedirenden Landes-Herrn Hrn. N.N. zu ihrem dotalitio und Wittums-Siß die beyden Ämter H. und G. nebst allen Zubehörungen und Gerechtigkeiten, in specie mit Gerichten, Unterst- und Oberst-Zöllen, Mühlen, Holzungen, &c. &c. verschrieben und wirklich angewiesen worden. Hat darauf, als sie nach hochgedachten Fürstens N. Tode die possession von denen ihr verschriebenen Ämtern ergriffen, sich der Durchl. Successor zu N. dawider opponiret, und vi reservata superioritatis territorialis, die Ober-Gerichte vor sich allein pretendiret, und ist die Sache gültlich dahin verglichen, daß diejenigen delicta, so pœnam ultimi supplicii nach sich zögen, des Landes-Fürsten, die andern aber, welcher Bestrafung sich usque ad fustigationem inclus. erstreckete, der Fürstl. Fr. Wittve Durchl. cognition überlassen werden solten, dabey auch zugleich beliebet, daß in denen Todes-Strafen dem Landes-Herrn das Begnadigungs-Recht der Maleficanten verbleiben solle. Hat nun der Landes-Herr, obwol die Fürstl. Frau Wittib einen Actum des Staupenschlags allbereit exerciren lassen, da ieko abermal eine falsche Münzerin, welche erlich 100. Thlr. an Käyserl. und andern Reichs-Münzen wissentlich ausgegeben, Kraft eingeholten Urthels mit dem Staupenschlag belegt werden soll, dennoch die Strafe nicht allein völlig erlassen, sondern auch der Delinquentin unter der Fürstl. Frau Wittib Jurisdiction zu bleiben erlaubet, und wird gefragt: 1) Ob dem Durchl. Landes-Fürsten, vi superioritatis territorialis, dergleichen remissio oder mutatio pœnarum, als des Staupenschlags, oder der Landes-Berweisung, oder sonst einer nicht das Leben afficirenden Straf competire, oder, ob nicht vielmehr der Durchl. Fürstin vi competentis meri Imperii diese Macht allein zustehet? 2) Ob nicht auf dem Fall, wenn hiernächst der casus sich etwa ereignen solte, daß eine zuerkannt Lebens-Strafe von dem Domino territorii in pœnam pecuniariam mutiret würde, solche pœna pecuniaria der Durchl. Fr. Wittib anheim

Quæstiones.

anheim falle. So viel nun die Entscheidung der ersten Frage belanget, so ist wohl an und vor sich kein Zweifel, daß das jus aggratiandi dem Landes-Herrn in omni genere poenarum zustehet, und die concessio der peinlichen Gerichte zwar eine facultatem inquirendi & animadvertendi in crimina, secundum constitutiones Criminalales in Imperio præscriptas, mit sich führe, keinesweges aber eine facultatem remittendi poenas in sich begreife, indem bekanter Massen die peinlichen Gerichte zu dem Ende concediret werden, damit das Land von gottlosen Delinquenten gesäubert, nicht aber, daß ihnen Gnade erwiesen, sie im Lande behalten, und ihnen fernere Laster zu verüben Anlaß gegeben werde. *W. a. d. es* hieselbst darauf nicht ankommt, was die *Dd. ordinarie* von dem *jure aggratiandi* statuiren, sondern wohin sich der zwischen dem Landes-Herrn und der Fürstlichen Fr. Wittib getroffene Vergleich extendire, auch was in diesen und benachbarten Landen üblich ist, und so viel den Vergleich betrifft, der Landes-Herr sich allein in denen Hals- und Todes-Strafen die Begnadigung vorbehalten, im übrigen aber der Fürstl. Frau Wittib, da die Strafe nicht *ultra fustigationem* gehet, die Ober-Gerichte mit Büßen und Strafen gelassen worden, auch bekanter Massen in denen Sächsl. Landen, denen von Adel, so die peinlichen Gerichte haben, erlaubt ist, die Strafe des Staupenschlags auf eingeholten Rath der Rechts-Gelehrten in eine andere zu verändern, und die Landes-Bermessung nach Belieben in eine Geld-Strafe zu verwandeln, und solche vor sich zu behalten. *Carpzov. in Pr. crim. qu. 150. n. 77. § 82. Mey. Part. 7. decis. 407. n. 14. § 15. Ziegler. de jur. majest. Lib. 1. c. 8. in fin.* und bey solcher Bewandniß nicht zu præsumiren, daß einer Fürstlichen Wittwen, welcher die Strafen *ex pacto dotali*, und nicht *ex gratia Principis regentis* gebühren, ein minderes Recht zustehen solte, zu geschweigen daß, da ihr die *poenam fustigationis* zu erkennen expresse frey gelassen, ihr dieses *ipso facto* hinweg wieder benommen würde, wann dem Landes-Herrn frey stünde, solche Strafe gänzlich zu erlassen, und gar zu erlauben, daß solche Delinquentin noch unter der Fürstl. Fr. Witwe *jurisdiction* verbleiben, und derselben zum despect herum gehen dürste, welches *contra bonam fidem, quæ in contractibus Principum ante omnia præ-*

Rat. dub.

Rat. decid.

Constn. III.

D d

pon-

Decisio.

Rationes dubi-
tandi in qu. 2.

Rat. decis.

Decisio.

ponderare debet, juxta Myler. ab Ehrenbach *Nomol. princ. Imper. cap. 2. §. 2.* laufen würde, nam in Contractibus ipsorum verbis ludi & falli gravissimum est & penitus abjectum. Menoch. *Lib. 6. praesumpt. 59. n. 2.* Myler. *d. §. 2.* So sind wir daher der Meinung, daß obgedachter falscher Münzerin die Strafe des Stauenschlags ohne Consens der Fürstl. Fr. Wittib nicht erlassen werden mögen, sondern der Landes-Herr in solchen den Tod nicht mit sich führenden Strafen, so wol was den Stauenschlag, als die Landes-Verweisung betrifft, der Fürstl. Fr. Wittib die Veränderung derselben in eine Geld-Busse zu lassen verbunden sey. Da hingegen in denen Todes-Strafen die Begnadigung dem Landes-Herrn billig vorbehalten bleibet. Auf die andere Frage erachten wir, obwohl, wenn die Todes-Strafe per jus aggratiandi in eine Geld-Busse verändert wird, solche ein surrogatum pœnæ capitalis dem Ansehen nach ist, und also solche demjenigen, von welchem das Jus aggratiandi, vi superioritatis territorialis exerciret wird, zu lassen. W. a. d. wann die Todes-Strafe erlassen, und an statt dessen eine Geld-Busse genommen wird, solches nicht mehr ad pœnas per pactum reservatas referiret werden kan, indem die Principe jam Regente confirmirte pacta dotalia, die Busse und Strafe expresse der Fürstl. Frau Wittib zu eignen, und dabey keinen Unterscheid machen, ob die Strafe immediate pro delicto oder pro dispensatione bezahlet worden, wie dann auch, da in dem nach dem Tode des Herrn N. Fürstl. Durchlaucht. abermals getroffenen Vergleich, da der succedirende Landes-Herr des Todes Strafen nebst dem Jure aggratiandi aufs neu an sich gezogen, ratione hujus pœnæ pecuniariæ nichts reserviret, sondern vielmehr wegen der Busse und Strafe es bey denen pactis dotalibus gelassen worden, und hieher das argumentum a surrogatione nicht gezogen werden kan, weil hieselbst eine ganze mutatio negotii vorhanden, indeme die Todes-Strafe per aggratiationem gänzlich dahin fällt, und eine pœna arbitraria genommen wird, jam vero surrogatum non assumit naturam prioris, quando non adest eadem qualitas in surrogato. Hartm. Pistor. *l. 3. c. 24. n. ult.* Tulchus *lit. f. concl. 757. n. 57.* So halten wir davor, daß, wenn eine Todes-Strafe in eine Geld-Busse verwandelt wird, solche der Fürstl. Wittib

Wittib zu lassen sey. Præterea in Saxonia census annui, si vidua moritur, antequam dies eorum venerit, ad heredes illius pro rata transmittuntur *P. 3. c. 16.* quod secus est in usufructu nudo *P. 3. c. 32.* Aliorum fructuum eadem ratio est, quæ usufructus, post mortem usufructuarii.

§. XXV. Ex quo facile colligi potest, an & quatenus vidua, ad secunda vota transiens, dotalitium amittat? Non enim desunt, qui hoc asserere conantur, tum quod vidua ad secunda vota transiens primo marito, a quo dotalitium constitutum est, injuriam inferat, H. Hartmanni *r. 34. obs. 7.* quæ ratio tamen inanis est; tum etiam quod ad casum viduitatis restrictum videatur, ut inde se alere possit, quæ ratio cessat, ubi ad secunda vota convolat. Quod quidem tunc facillime largior, quando pactis dotalibus ad hunc casum restrictum est, quemadmodum M. Jan. an. 1700. respondimus sequentem in modum: Hat N. N. Anno 1687. eine Ehestiftung aufgerichtet, darinnen er seiner damaligen Braut 2000. Ehlr. zum Gegen-Vermächtniß verschrieben, welche ihr, im Fall sie seinen Todt erleben würde, nebst ihren eingebrachten 2000. Ehlr. Jährl. mit 5. pro cent. verzinsset, und ihr überdem ein gewisses an Getreide und victualien, so lange sie ihren Witwen-Stuhl unverrickt besessen würde, Jährlich gereicht werden solte; Im Fall sie aber zur andern Ehe schreiten und keine Kinder vorhanden seyn würden, solte ihr über das Ehe-Geld auch das Gegen-Vermächtniß, nebst 300. Ehlr. Mütterl. und Geschmuck-Gelder heraus gegeben werden. Da nun dieses letztere erfolget, daß die Witwe zur andern Ehe geschritten, sie aber mit Herausgebung des Ehe-Geldes und Gegen-Vermächtnisses, oder dem, was ihr, vermöge der Magdeburgischen Policey-Ordnung *Cap. 44. §. 36.* zukommen kan, sich nicht vergnügen, sondern das in pactis dotalibus ihr verschriebene dotalitium aus denen Güthern bahr heraus haben will, so wird gefragt: Ob sie solches, vermöge der Ehestiftung zu fordern

An dotalitium per secundas nuptias amittat?

Facti Specimen.

Quæstio.

Rat. Dub.

dem befugt, oder was ihr sonst vermöge des Rechts eigentlich heraus zu geben sey? Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß das einer Witwe verschriebene dotalitium an und vor sich durch anderweitige Verheyrathung sich nicht endiget, sondern der Witwe Zeit Lebens gebühret, und solches dem posteriori marito zufreyen kan, Carpzov. Part. 2. cōst. 42. def. 6. num. 1. Hiernächst auch, was in gegenwärtigen pactis de casu secundarum nuptiarum disponiret ist, von dem Fall redet, wann keine Kinder vorhanden, so hieselbst cessitet, und daher der Mutter die völlige petitio dotalitii annoch offen zu seyn scheint.

Rat. Decid.

W. a. d. Die pacta dotalia deutlich besagen, daß das dotalitium der Witwe länger nicht, als so lange sie ihren Witwen-Stuhl unverrückt behalten würde, dauern soll, und dabey keine Erwähnung geschehen, ob Kinder vorhanden seyn oder nicht, durch welcherley pacta denen sonst üblichen Rechten ohnstreitig derogiret wird, hiernächst was den casum secundarum nuptiarum betrifft, und ob zwar alsdenn nur ein gewisses heraus zu geben bellebet, wann keine Kinder vorhanden und von dem casu existentium liberorum nichts disponiret worden, gleichwol zu schliessen, daß beyde pacificirende Theile ihre succedirende Kinder durch solche pacta nicht in deteriorem statum würden gesetzt haben wollen, als wann ein extraneus dem marito succediren würde, cum semper magis secundum notissimam præsumptionem juris dilexisse videantur liberos quam extraneos l. cum Papinianus 30. C. de fideicomm. Und gesetzt, daß die pacta dotalia propter existentiam liberorum auf diesen Fall gar nicht zu ziehen wären, dennoch deficientibus pactis secundum dispositionem juris provincialis die succession würde müssen eingerichtet werden, da ihr denn der vierte Theil ihres Mannes Verlassenschaft, so weit solche in allodialibus bestehet, nebst ihrem eingebrachten dote und der Getade gebühren würde, juxta ordinat. Pol. Magdeb. cap. 44. §. 36. So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die Witwe das verschriebene dotalitium zu fodern nicht befugt, sondern sie entweder mit dem, was ihr in casum existentium liberorum verschrieben, sich vergnügen, oder vermöge der Magdeburgischen Policey-Ordnung sich abfinden zu lassen schuldig ist. B. R. W.

Deciso.

Vel

Vel si in compensationem dotis, quam forsitan uxor non habuit, haud constitutum est, uti inter illustres contingere solet, Myler. ab Ehrenb. *de Gamol. c. 14. §. 8.* quia hoc ultimo casu dotalitium unice in solatium viduitatis constitutum esse videtur: Ast ubi dotem absorbet, ejusque in compensationem constitutum est, contrarium utique asserendum est, cum jure ususfructus cujusdam gaudeat, & praeterea titulo satis oneroso dotalitium teneat, uti dixi *in tr. de S. A. I. disp. 4. c. 2. §. 18.* Carpz. *Lib. 6. resp. 55.*

TIT. IV.

DE PACTIS DOTALIBUS.

§. I.

Pacta dotalia hodie tam frequentia sunt, ut usus hujus tituli satis amplius sit. Carpz. *P. 2. c. 43. def. 1. n. 1.* Sicuti vero de Jure Romano haec valent, quocumque modo consensus declaratus sit, adeo ut inde tanquam ex pacto legitimo detur actio *l. 6. C. de dot. promiss.* ita multo magis hoc hodie asserendum est, quia constat, ex omni pacto hodie actionem validam nasci, ut proinde in praxi in hac conditione, quae ex pactis dotalibus nascitur, nihil singulare occurrat, uti quidem de Jure Romano. Inde quoque nec scriptura de necessitate requiritur *l. 20. l. 43. l. 44. ff. de jur. dot.* Heeler *de commun. bon. P. 2. loc. 11. n. 105. seqq.* Fontanella *de pact. nupt. P. 2. d. 6. gl. 3. n. 36.* nisi statuta expresse desiderent scripturam, qualia adducit Wissenb. *disp. 46. n. 19.* Sic etiam in *jure Boruss. provinc. Lib. 4. tit. 15. art. 2. §. 1.* scriptura desideratur. Was die pacta dotalia, die Ehebündungen, und Eyraths-Briefe anbelangt, da setzen, ordnen und wollen wir, daß alle Eheverordnungen, wenn sie mündlich behandelt, hernach auch in eine Schrift verfaßt werden sollen. Wie sie denn auch zugleich in Beyseyn

Usus hujus tituli.

Scriptura non requiritur.

der nechst Gesetzten und Verwandten, oder aber in Mangel derselben sonsten anderer ehrbarer Personen aufrichtig und redlich, aber nicht heimlich noch in Winckeln, geschehen sollen, sonsten seyn sie von Unkräften. Similiter quoque jure Hamburg. *P. 2. tit. 11. art. 11.* scriptura in pactis dotalibus exigitur, aliorum locorum mores ut jam quidem non tangam.

Confirmatio
judicialis an
hodie neces-
saria?

§. II. Cum ergo de jure communi ex nudo consensu hæc pacta subsistant, per se patet, quod nulla confirmatione, aut insinuatione judiciali indigeant; nisi statutis locorum aliud cautum sit, de quibus egi in *tr. de succ. ab intest. diff. 2. c. 5. §. 10.* Sic in *ordin. polit. Magdeb. cap. 38. §. 3.* de pactis dotalibus rusticorum ita disponitur: Wann Bauren Töchter oder Schwestern austatten, soll der Braut-Schaz mit Wissen unserer Beamten, oder jedes Orts Obrigkeit, in welchen die Eltern oder Versagern geseßen, nach genugsamer Erkundigung, ob sie auch so viel in Vermögen, als sie disfalls versprochen, denen Amtes- oder Gerichts-Büchern einverleibt werden, und wenn solches nicht geschehen, die pacta nichtig und kraftlos, und dem Ehemann, wann er sich beklaget, zur Zahlung nicht verholffen werden. Similiter in speciali casu insinuatio horum pactorum de jure communi necessaria est, si scilicet pactum de lucranda dote vel donatione propter nuptias factum sit, & lucrum hoc 500. solidos excedat; tunc enim mulieri quidem non præjudicatur, quo minus lucrum dotale acquirere possit si, vel maxime omissa sit insinuatio. *aurb. eo decursum C. de donat. ant. nupt.* At si hæc præmoritur, maritus nihil ex hujusmodi pactis, non legitime insinuat, petere potest. *citb. aurb. Nov. 127. c. 2.* In *ordin. polit. Laneb.* eadem insinuationis necessitas præscripta est a parte mariti, nisi quod quantitatis, a legibus definitæ, ratio haud sit habita. Wenn aber Bürger oder Bauren Töchter oder Schwestern

Schwester aussteuren, soll der Braut-Schatz auf vorhergehende genaue Erkundigung mit Vorwissen und Beliebung der Beamten, oder des Rathes, in denen Aemtern, Städten, oder Flecken, in welchen der promissor oder Ausfager gefessen, specificiret, auch was desfalls versprochen und zugesaget, dem Amts- und Gerichts Buch einverleibet werden, also daß, wer dawider handelt, und unsere Beamten oder der Rath darinne vorbegegungen, die Versprechung für sich null, nichtig und kraftlos seyn, und dem Bräutigam zur Bezahlung nicht verholffen werden soll. Conf. Hahn. *ad Wes. b. 1. n. 4.* Equidem Richter *ad autb. eo decursum cit. n. 13. cum* Perezio existimat, moribus dotem & donationem propter nuptias semper & indistincte insinuari debere, ad excludendam omnem fraudem; non puto tamen, hoc universaliter asseri posse, ubi statuta talia, qualia adducta sunt, deficient.

§. III. Atque hoc quidem obtinet in pactis dotalibus in vim contractus conceptis, qualia omnia erant de jure Romano. In illis vero, quæ moribus Germaniæ, in vim ultimæ voluntatis concipiuntur, insinuatio quandoque necessaria est. Equidem de jure civili successio in pactis dotalibus dari non poterat, ut disertis verbis deciditur in *l. 5. C. de pact. conv.* quia in genere successiones pactitiæ hoc jure reprobantur, sed moribus universalibus Germaniæ a dispositione *l. 5. cit.* recessum est, ut etiam conjuges in pactis dotalibus de futura successione disponere possint, uti multis Doctorum auctoritatibus probatum dedi in *tr. de success. ab int. diff. VIII. c. 3. §. 1.* Conf. Carpz. *P. 2. e. 43. def. 2. sqq.* Struv. *ex. 30. rb. 39.* Richter. *P. 1. decis. 26. n. 33.* Menoch. *Lib. 1. conf. 92. n. 25.* Coler. *decis. 61.* Brunnen. *ad l. 5. cit.* Inde in praxi notissima est distinctio inter pacta dotalia *simplicia & mixta*: Alla fiunt per modum contractus: hæc vero per modum ultimæ voluntatis, & ita quo;

Quomodo
contrahantur
in vim ultimæ
voluntatis?

quoque quinque testes adhibendi sunt. Carpzov. *cit. l. Conf. tr. de S. A. J. cit. l. §. 8.* Sed non semper satis clare constat, an hoc an illo modo inita fuerint, & inde gravissima hodie enasci solent lites. Scilicet videndum, utrum bona alicui assignentur *jure successionis futurae*, an vero *vi obligationis contractæ*: illo casu mixta erunt, hoc vero simplicia, id quod *in caut. contr. sect. 3. c. 8. §. 21. seq. de claravi.*

Diversitas inter hæc pacta.

§. IV. Potissima diversitas horum pactorum in eo consistit, quod simplicia quidem sint irrevocabilia, ex natura pactorum communi; neutiquam vero mixta, quippe quæ demum post mortem jus irrevocabile transferunt. Et inde est, quod illa quidem per testamentum superveniens tolli & mutari nequeant, bene tamen hæc Carpz. *P. 2. c. 43. def. 9. 10.* Hahn *ad Wesf. b. t. n. 4.* Berlich. *P. 2. concl. 51. n. 25. sq.* Richter. *P. 1. decis. 26. n. 40.* Struv. *ex. 30. th. 19.* Wesemb. *consil. 63. n. 9.* Inde si ex pactis dotalibus constat, quod hac intentione inita sint, ut nullo modo revocari queant, magis sunt habenda pro simplicibus, licet quinque adhibiti fuerint testes, aliæque formulæ adductæ, ex quibus dispositio ultimæ voluntatis apparere videatur. Et ita Mens. Dec. 1705. respondimus.

Factum.

Hat A. S. W. Anno 1689. ein Testament aufgerichtet, und Kraft dessen seinen beyden unmündigen Söhnen letzter Ehe ieden insonderheit 1000. Thlr. zum studiren und 200. Thlr. zur Ausstattung prælegiret, auch der Witwen letzter Ehe das Vorhaus für 1500. fl. in den Kauf gesetzt, iedoch dabey den beyden Töchtern erster Ehe dem A. 1677. unterm 6. Sept. errichteten Vergleichs-Recels gemäß ihr principium maternum mit 400. Thl. in salvo gelassen, und andersie so wol als die Witwe nebst den unmündigen Söhnen letzter Ehe zu Erben ernennet, und die pœna privationis usque ad legitimam auf denjenigen gesetzt, so sein Testament impugniren würde, dennoch diesen ohngeachtet die zwo Töchter erster Ehe nach des Testatoris

ris Absterben eine rescissoria actionem angestellt, davon doch die jüngste tractu temporis jurück getreten, und in paterna dispositione acquiesciret, und also die älteste Tochter bishero noch allein solche Klage continuiret, und sich vornemlich auf einige pacta dotalia de anno 1654. als aus welchen sie ein jus quaesitum hätte, nebst einem aufgerichteten Reces de anno 1677. bezogen, einfolglich, daß solches Testament dawider nichts disponiren können, davor gehalten, welcher von Beklagten unterschiedliche exceptiones entgegen gesetzt worden, als (1) daß solche pacta dotalia in vim ultimæ voluntatis aufgerichtet, und also wol dawider habe disponiret werden können, daß (2) die Töchter vor allen Dingen das implementum patrum dotalium noch nicht erwiesen, und daß (3) allensals die pacta dotalia durch den nachgehends erfolgten Vergleich aufgehoben, und also dabey gefragt wird: Ob die Beklagte mit ihren exceptionen und absonderlich mit der letzten fundiret seyn oder nicht? Ob nun zwar bey der ersten und andern exception vorgebracht werden möchte, daß gleichwol 5. Zeugen die pacta dotalia unterschrieben, und also daraus zu schliessen, als ob dieselbe in vim ultimæ voluntatis errichtet, besonders da zugleich von denen zukünftigen Successions-Fällen darin disponiret worden, daß, wenn einer von denen Ehe-Leuten mit Hinterlassung Kinder absterben würde, alsdenn obgedachten Kindern das zugebrachte Ehe-Geld anheim fallen, in übrigen mit denen Kindern anderer Ehe in der väterlichen Verlassenschaft zu gleichen Theilen gehen solten, ubi autem bona hereditario jure assignantur, & de universis bonis disponitur, vix est, ut pacta dotalia possint valere in vim contractus, Carpz. P. 2. c. 43. def. 5. Fachin. Lib. 5. contr. c. 85. mithin dem Testatori nicht benommen worden, dawider etwas zu disponiren, weil die pacta dotalia mixta pro lubitu revociret werden können. Carpz. P. 2. c. 43. def. 10. Berlich. P. 2. concl. 51. n. 15. seqq. Richter. P. 1. decis. 26. n. 40. Fabric. in not. ad Gail. 2. obs. 126. und wenn gleich die pacta dotalia in vim Contractus gelten solten, vor allen Dingen doch das implementum von Klägerin müsse dargethan werden, da eine Frau selbst nicht anders ihren dotem wieder zu fordern berechtiget ist, nisi illationem probaverit. D. a. d. in dabiis casibus

Quæstio.

Rat. dub.

Rat. decid.

Contin. III.

Ee

man

man hauptsächlich ad proacium cujuscunque negotii wohl zu sehen hat, als woraus non levis conjectura, quid inter partes actum sit, geschlossen werden mag, Alex. Lib. 6. conf. 75. num. 3. Honded. Lib. 4. conf. 64. num. 40. und denn die paciscentes in denen Ehe-Pacten sich folgender Gestalt heraus gelassen: Von beyden Seiten folgende puncta abgeredet, und in Form eines beständigen Ehe Recelles gebracht worden. Item: diesem nächst ist weiter abgeredet und beschloffen. Item: ist es folgender Gestalt speciali hacce conventione & pacto abgeredet und verglichen, mit welchen auch die verba finalia gar genau überein kommen, reiflich erwogen, verhandelt, beliebt, bewilliget und angenommen, qualia verba ultimis voluntatibus haud congrue applicari possunt. l. verba contraxerunt 20. ff. de V. S. und wann gleich de universis bonis darin disponiret worden, solches doch ex praxi universæ Germaniæ, auch wol in pactis dotalibus simplicibus geschehen mag, Carpz. P. 2. C. 43. def. 6. n. 3. auch die mentio mortis alsdenn keine ultimam voluntatem machen kan, si clausula de non revocando dabey befindlich, l. 27. ff. d. m. c. donat. Carpz. P. 3. C. 1. def. 39. Id. Lib. 5. R. 55. num. 11. seq. Hahn. ad Wesf. rit. de m. c. donat. n. 2. Fachin. Libr. 5. contr. c. 23. welche in diesem casu in folgenden terminis in den Ehe-pacten anzutreffen, auch in allen puncten und clausulen fest, stet und unverbrüchlich, und ohne einzige exception, contradiction und disputat oder Streis, hiernächst allerseits treulich und redlich gehalten werden soll, und was die exceptionem non secuti implementi betrifft, solche aus dem Testament selbst abgelehnet wird, als worinn Testator selber denen Töchtern erster Ehe ihre bona materna voraus verlaßen, qualis confessio in testamento facta adversus heredes & liberos sufficit. Gail. 2. Obs. 81. num. 2. Mev. P. 3. decis. 33. Als erscheinet daraus so viel, daß obgedachte beyde erste exceptiones nicht fundiret seyn.

Decisio.

Quid si judicialiter sunt?

§. V. Dixi antea, quod pacta mixta quandoque judiciali insinuatione indigeant, scilicet, si absque omnibus testibus conficiuntur; tunc enim non aliter vale-

valere possunt, quam si judicialiter insinuata fuerint. Nam & testamentum ex judiciali insinuatione subsistit, nullis licet adhibitis testibus, quidni etiam talia pacta mixta, in vim ultimæ voluntatis valitura, valerent? ut declaravi in *tr. de S. A. J. diff. VIII. c. 5. §. 10.* Interim parum refert, a quo hæc insinuatio fiat, sive ab ipsis conjugibus, sive ab horum parentibus, Carpz. *P. 2. const. 43. def. 4.* Heeser. *de bonorum commun. P. 2. l. 11. n. 39.* Præsertim cum nec absolute prohibitum sit, testamentum insinuare per procuratorem, ut ostendi in *tr. de cautel. testam. c. 8.* Illud porro quoad forum Saxonicum notandum est, quod, quamvis eo jure in donatione omnium bonorum insinuatio necessaria sit, *P. 3. const. elect. 1. ea* tamen in pactis dotalibus simpliciter necessaria haud sit. Berlich. *P. 3. concl. 2. n. 25.* Carpzov. *cit. l. n. 8. seqq.*

§. VI. Illud quoad Saxoniam singulariter observandum, quod, licet in omnibus mulierum contractibus curator intervenire debeat, ejus præsentia tamen in contrahendis pactis dotalibus haud necessaria sit, ad dotem marito constituendam, de qua consuetudine restatur Carpz. *P. 2. c. 15. def. 11. & c. 43. def. 9.* Berlich. *P. 2. concl. 17. n. 83.* Ex accidente tamen contingere potest, ut ejus præsentia necessaria sit, veluti si in ipsis pactis simul tale occurrat negotium, quod per se sine curatore subsistere nequit, veluti si sponsa dotem sponso promittat æstimato venditionis gratia, hæc enim, quia venditionem facit, *l. 10. de jur. dot. l. 1. C. comm. utriusq. judic.* in foro Saxonico ad sui validitatem curatorem requirit. Carpz. *l. c. def. 9.* Quin, ut ex actis observavi, in ipsa civitate Dresdensi statuta hac de re adsunt in contrarium, de quorum vigore, quousque scilicet se exten-

An curatoris
præsentia in
Saxonia re-
quiratur?

Factum.

Quæstio.

Rat. duh.
quæst. 1.

Rat. decid.

Decisio.

derent, cum dubitaretur, consulti, ita respondimus. Haben in der Stadt Dresden ein Witwer eine Witwe, so beyderseits aus erster Ehe mit Kindern gesegnet gewesen, sich zusammen verheyrathet, und am 9. Febr. 1709. ein Ehe-Pactum aufgerichtet, vermöge dessen der Bräutigam sich verbunden, daß er nach seiner Braut Tode von deren Vermögen nichts fordern noch behalten, dagegen die Braut gleichfals angelobet, daß, wenn sie des Bräutigams Tod erleben sollte, sie von dem Vermögen desselben nichts verlangen wolte. Hat aber die Braut nach vollzogener Ehe solches pactum hinwieder cassiret, weil sie dabey keinen curatorem gehabt, und dahero gefragt wird: (1) Ob besagte Ehe-pacten zu Recht beständig? Ob, wenn sie beständig, die hernach erfolgte Cassirung bestehen könne? Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß, obgleich die Ehe-Stiftung ohne Adhibirung eines Curatoris geschehen, doch solche um deswillen nicht angefochten werden möchte, zumal secundum praxin Saxonicam bey Errichtung derer Ehe-pacten kein Curator erfordert werde. Carpz. P. 2. C. 25. def. 11. Berlich. P. 2. concl. 17. n. 87. Dieweil aber dennoch die Dresdensische Statuta c. 6. erfodern, daß die Ehe Stiftung selbigen Orts mit beyder Theil Personen Freundschaft und Wissen, wenn solche vorhanden, oder aber mit Zuziehung fremder Personen, als Zeugen, und auctorität der Braut Kriegischen Vormunds vollzogen werden solle, und solches ahier unterlassen, und kein einziger Bluts-Freund oder Kriegischer Vormund dazu gezogen worden, da doch der Bräutigam das Bürger-Recht daselbst gewonnen; und mit immobilibus angefaßten gewesen, wir auch daselbe von der Braut præsupponiren, nach denen Rechten aber bestant ist, quod, quando statutum rei imponitur, tunc illud attendi debeat, a quocunque actus celebratur. Klock. vol. 1. conf. 28. n. 434. Coler. de process. execut. P. 1. c. 3. n. 229. seqq. worzu vornemlich noch dieses kommt, quod quoties lex actui formam præscribit, locus actus inspicere debeat. l. 6. ff. de viük. Carpz. P. 3. C. 6. def. 12. n. 4. 5. und also was de praxi Saxonica communi angeführet worden contra statutum speciale nicht statt finden mag. So halten wir davor, daß die quæst. Ehe-pacten zu Recht nicht beständig seyn können. Bey

der

Der andern Frage möchte zwar angeführet werden, daß die revocatio pactorum dotalium ein pactum contrarium sey, mithin nach Sachsen-Recht, wenn die Ehe pacta für beständig zu achten, ohne curatore nicht können revociret werden, anermogen die revocatio nur von Seiten der Frauen geschehen, und sie daher ein grosses præjudicium sich zugezogen, dergleichen denen Frauen schädliche pacta ohne consens des euratoris nicht wohl bestehen mögen. D. a. d. bereits dargethan ist, daß die quæst. Ehe-pacta zu Recht nicht beständig sind, und also nunmehr die quæstio de revocationis validitate von selbstn hinweg fällt, in übrigen, wenn gleich die Ehe-pacta beständig seyn solten, dennoch die revocatio um deswillen für gültig zu achten, indem nach dergemeinen Sächsischen praxi bey Errichtung der Ehe-pacten kein Curator erfordert wird, mithin auch bey deren Cassirung solches gelten muß, als welche nichts anders als ein contra-pactum super dote & portione statutaria sind, mithin auch die generale observanz auf diesen calum zu ziehen, zumal auch sonstn bekant, quod eo modo quidvis dissolvatur, quo colligatum est, l. 35. l. 100. l. 153. ff. de R. J. & prout quidque contractum est, ita & solvi debet. l. 80. ff. de solut. l. 46. de acquir. possess. Und solches um desto mehr alhier statt finden muß, da diese Ehe-Stiftung contra jura statutaria aufgerichtet, mithin durch deren cassirung die dispositio juris statutarii wieder gelten kan, und gleichwie dergleichen pacta pro odiosis zu halten, also im Gegentheil deren Cassirung billig als favorabel angesehen werden muß; So erachten wir vor recht, daß die Cassirung zu Recht beständig sey, wenn auch gleich die Ehe-pacta gelten solten.

Rat. dubi.
quæst. 2.

Rat. decid.

Decisio.

§. VII. Pactis dotalibus variæ res determinantur, dummodo (1) bonis moribus non sint contraria, (2) uxorem indotatam non reddant, nec (3) causam dotis inutilem. Sic olim pactum non valebat, ne de moribus agatur l. 5. pr. ff. b. l. quod judicium de moribus tamen jam sublatum est per l. 11. in f. C. de repud. & ita frustra hodie de hac re quæstio instituitur. Propius huc pertinet pactum, ne maritus ob res amotas, ob adulte-

Pacta que in-
valida.

rium agat, Kohl. *de pact. dotal. n. 77.* quemadmodum pactum de non castiganda uxore invalidum esse afferunt, Mey. *ad Jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 440.* Rol. & Valle *vol. 3. consil. 27. n. 14. seqq.* quod tamen non dixerim; Revera enim maritus ita non amittit jus maritale, nec uxori imperium in maritum conceditur, quale pactum merito improbandum foret. Prius pactum tantum rigidiorum usum maritalis juris restringit, non vero in totum tollit. Similiter ubi curatela mulierum recepta est, maritus est legitimus uxoris suæ curator, ipso jure etiam invita uxore, quia, uti dicitur in Stat. Hamb. *P. 3. tit. 6. art. 9. Der Mann ist in allen wege seiner Frauen Vormund;* interim pactum in contrarium haud improbandum esse existimo, quia maritalis potestas salva manet, nec quid contra bonos mores committitur. Pertinent huc turpia illa pacta, quorum mentio fit in *e. f. X. de condit. appof. de quibus supra tit. de sponsal. actum est.* An autem valeat pactum de conservanda perpetua viduitate sub pœna amittendæ dotis, quaeritur? Negativam recte defendit Brunnem. *ad l. 2. in f. b. 1.* neque enim quod de indicenda uxori viduitate leges marito suo modo concesserunt, huc trahi potest, quia revera hoc pacto uxor fieret indotata, quod legibus adversatur *l. 2. b. 1.* Huc etiam olim pertinebat pactum de successione conjugum, *l. 5. C. de pact. conv. l. 15. C. de pact.* quod tamen moribus valere jam dictum est, neque enim moralis turpitude huic pacto cohæret.

Pacta, quæ causam dotis deteriores reddunt,

§. VIII: Pacta, quæ dotis causam deteriores reddunt, varia hic referuntur, veluti, ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus, dos apud virum remaneat, *l. 2. b. 1.* ut maritus solum dolum præstet, *l. 6. b. 1.* ne omnino dos repetatur, *l. 12.*

§. 1.

§. 1. b. r. ut longiore die dos restituatur. l. 16. b. r. l. 17. eod. &c. Mirum vero est, quod Jcti improbaverint pactum, ne ob impensas necessarias maritus agere possit, quod pactum tamen causam dotis meliorem facit, l. 5. in f. b. r. Rationem hanc suggerit Jctus: *quia tales impensæ dotem ipso jure minuunt*, de cujus sententiæ conceptu Paulus & Ulpianus diversas foverunt sententias, uti patet ex l. 56. §. 3. ff. de jure dot. & l. 5. de imp. in rem dot. fact. Admitti quidem potest, hoc sensu has impensas dotem ipso jure minuere, quod maritus tam diu dotem retinere possit, donec solvantur impensæ, ut Paul. in cit. l. 56. hanc sententiam explicat. Verum nihil obstat, quo minus juri retentionis possit renunciari, cur non ergo pactum adductum valeret? Accedit, quod maritus *ex post facto* uxori impensas remittere, imo testamento legare possit Kohl. de pact. dotal. P. 1. n. 80. Cur non ergo id permissum esset, pacto antecedente id ipsum facere? Cum itaque Germani magis ad fidem pactorum, quam nimiam subtilitatem respexerint, puto, in praxi tale pactum servandum esse, quorsum etiam collineat Grönewegen de leg. abrogat. ad cit. l. 5. b. r.

§. IX. Potissimum vero hodie in pactis dotalibus occurrerè solent renunciaciones filiarum illustrium, quibus, accepta dote se contentas fore, promittunt, omnique futuræ successioni renunciant, quale pactum icidem olim nullum effectum habebat, l. 12. C. de legat. 1. 4. C. de rep. & abstin. hered. l. 19. C. de jur. delib. Hodiè tamen ex jure canonico tunc sustinetur, si juramento confirmatum est, c. 2. de pact. in 6. imò in Saxonia quoque absque omni juramento, de quo plenius dixi in tr. de success. ab int. diff. VIII. c. 10.

Renunciaciones in pactis dotalibus hodie fieri solent.

§. X.

Pater in pactis dotalibus hodie de sua successione disponere potest.

§. X. Similiter de jure Romano non valebat dispositio patris in pactis dotalibus, in quibus propriam successionem liberis determinabat. Sic enim in *L. 15. C. de pact.* imperatores disponunt: *Pactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut si pater vita fungeretur, ex aqua portione ea, qua nubebat, cum fratre heres patris sui esset: neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri poterit auferre.* Hoc pactum adeo improbant Dd. ut nec juramento illud confirmari posse credant, quod tamen de jure canonico aliter sese habet. Brunnem. *ad cit. l. n. 8.* Interim concedunt, huic legi consuetudine derogari posse. Barbosa *in collect. ad b. l. n. 7.* quod & revera in praxi factum esse constat, secundum quam etiam pactis dotalibus hereditas deferri, & præterea libertas testandi restringi potest, ut probavi in *tr. de success. ab intest. diff. VIII. c. 5. §. 14. & 24. Conf. Heeser. de honor. commun. P. 2. loc. 11. n. 32.* Reliqua, quæ circa pacta dotalia mixta in praxi observanda sunt, plenius excussa sunt in *cit. c. 5.* ad quod brevitatis studio me refero.

TIT. V.

DE FUNDO DOTALI.

§. I.

Ratio legis Julæ exponitur.

Summa legis Julæ de Fundo dotali hæc est: *Fundum dotalium Italicum maritus in vita uxore ne alienato; neve consentiente cum obligato l. unic. §. 15. C. de R. V. A. Barnab. Briffonius lib. sing. ad L. Jul. de adult.* Cum enim leges prospicere uxoribus voluerint, ne indotata evaderent, adeo ut nec pacta in contrarium valeant; alienationem quoque bonorum immobilium recte inter-

terdixerunt, maxime cum apud Romanos divortia essent frequentia, quibus factis facile hoc modo indotata fieri potuissent, si alienationes hæ effectum habere potuissent. Quid enim si maritus soluto matrimonio solvendo esse desiisset? Sane uxores res suas dotales salvas habere non potuissent.

§. II. Hæ rationes regulis prudentiæ legislatoriæ adeo conformes sunt, ut usus hujus tituli in dubium vocari nequeat. Equidem Groenewegen *de LL. abrogat. ad tit. 7. quib. al. licet vel non de moribus Belgicis* contrarium asserit, ideo quod hodie maritus sit legitimus uxoris suæ curator, adeoque sive facta, sive exclusa bonorum communione permiffum sit marito pro jure potestatis, quam maximam apud Belgas in uxorem habet, res ejus alienare, aut obligare, etiam invita & reluctante uxore. Admitti quidem hoc potest de moribus Belgicis, quemadmodum idem de Gallia, Frisia, Geldria, vicinisque locis testatur Jo. a Sande *de prohib. rer. alien. c. 10. §. 4. & Lib. 2. decis. Fris. tit. 4. def. 2.* Sed ad Germaniam hoc extendi nequit, licet enim in plurimis locis maritus curator uxoris legitimus sit, inde tamen major potestas circa alienationem bonorum dotalium immobilium ei minime conceditur, nec ea per se ex curatela hac fluit, quemadmodum usum hujus tituli adhuc in Saxonia agnoscit Carpzov. *P. 2. c. 18. def. 21. n. 6.* Interim eatenus a jure communi in Saxonia recessum est, ut valeat alienatio dotalium immobilium, si mulier ejusque curator in eam consentiant & decretum magistratus antecedente causæ cognitione interveniat. *Struv. ex. 30. rh. 22.* Equidem solum consensum mariti uxoris circa alienationem sufficere, colligit Schilter. *56. §. 95. ex Lib. 1. Jur. Saxon. prov. art. 31. ubi ita:*
 Contin. III. Ff Xviii

Kein Weib mag auch ihres Guths nichts vergeben, ohne ihres Mannes Willen, daß er zu Recht leiden dürfe. Wenn er ein Weib nimmt, so nimmt er in seine Gewehr alles ihr Guth zu rechter Vormundschaft. Sed recte animadvertit Wesenbecius *ad b. t. in f. agi in cit. text.* de bonis nondotalibus, sed uxori propriis, seu paraphernalibus, & non de potestate mariti, sed uxoris quæri. Cum enim ex antiqua communione, quæ olim jure Germanico obtinuit inter conjuges, maritus in Saxonia habeat usumfructum omnium bonorum uxoris, expeditum est, uxorem sine mariti consensu illa alienare non posse. Et cum olim una eademque ratio bonorum uxoris esset, frustra utique de potestate mariti circa bona dotalia quæstio movebatur. Ast postquam, recepto jure Romano in Saxonia, communio proprie dicta paulatim inter conjuges desiit, & distinctio bonorum inter dotalia & paraphernalia invaluit, quam supra *tit. 1. §. 7.* vindicavi, ratio utique suadet, textum adductum, qui identitatem bonorum supponit, non posse applicari ad bona uxorum dotalia, quæ adhuc hodie in Saxonia a paraphernalibus distinguuntur, sed tantum restringendum esse ad bona paraphernalia, in quæ marito ususfructus concessus est. Ceterum in *jure Boruss. provinc. Lib. 4. tit. 15. art. 5. §. 1.* in hoc recessum est a jure communi, ut subsistat alienatio fundi dotalis, si uxore consentiente & adhibitis ejus cognatis facta fuerit.

Quid si communio bonorum inter conjuges sit?

§. III. Ceterum major ratio dubitandi est, an titulari aliquem usum habeat in iis locis, in quibus omnimoda bonorum communio inter conjuges adhuc superest? Cessat enim ibidem distinctio inter bona paraphernalia & dotalia, & omnia bona ejusdem naturæ esse videntur, quæ uxor marito infert. Proinde ex natura

tura *communio*nis desuper judicandum, ut maritus plus sua parte alienare nequeat, & quidem pro indiviso, l. 68. pro soc. qualis alienatio socio cuilibet omnium bonorum permessa est. Et inde si maritus in totum rem quandam alienare intendit, uxoris consensu opus est; alienatio enim rei communis invito socio præjudicare nequit, quod pluribus illustrat Heeser. *de honor. commun. P. 1. loc. 7. n. 1. seqq.* Unde, quia de jure Lubecensi aequalis bonorum communio obtinet, ita de potestate mariti disponitur *Lib. 1. tit. 5. art. 9.* Kein Mann mag verpfänden noch verkaufen, noch verschenden liegende Gründe, und stehende Erb-Güter, die ihm von seinem Weibe zugebracht werden, ohne ihren und der Kinder Willen, da sie der einige hätten, es wäre dann, daß ihn Ehehaft, Gefängniß oder Hungersnoth darzu dringen thut. Non vero necessarius est præcisè consensus uxoris expressus, sed etiam tacitus sufficit, qui ex taciturnitate longa colligitur. *Mev. ad cit. text. n. 17. 18.*

§. IV. Præterea ubi bona omnia communia sunt, acquæstus conjugalís quoque communis est, inde rursus nascitur quæstio, annon maritus saltim de hoc acquæstu possit disponere? Ratio enim hic peculiaris est, quod maritus sit caput familiæ, & supremam directionem habeat circa negotia domestica, adeoque liberior dispositio circa acquæstum ei indulgeri debeat. Et hanc sententiam defendit Fontanella *de pact. antenupt. claus. II. gl. un. n. 14. 15.* Heeser. *de honor. commun. P. 1. loc. 8. n. 12.* modo maritus nihil alienet in fraudem uxoris, sed tantum in rem & utilitatem familiæ, & consequenter si contrarium appareat, uxori revocatoriam actionem competere, rectè statuit Peckius *de testam. conjug. Lib. 2. c. 7. n. 8.* Conf. Heeser. *cit. l. n. 18.* ubi etiam n. 23. *seqq.*

An in tali casu maritus de acquæstu conjugalí possit disponere?

plene disquirat, quænam causæ sufficient ad alienationem ac quæstus conjugalis, ubi multum arbitrio judicis relinquendum est. Menoch. *de A. I. Q. cas. 182.* Imo Heeser. *cit. l. n. 57.* ex Peckio adstruit, receptam esse fere omnium locorum consuetudinem, secundum quam liberiores manus mariti esse soleant, quam alterius cujusque socii, ne, si adversus alterum conjugem ratione rerum consumptarum tam rigide quæstio moveatur, in infinitum lites excrescerent, & honor matrimonii conculcetur. Conf. Groeneweg. *de LL. abrog. C. Lib. 4. tit. 12. n. 1.*

Modie alienatio fundi dotalis permitta est, si uxor cum juramento consenserit.

§. V. Sed revertor ad jus commune, quod, ut dixi, adhuc obtinet in iis locis, ubi communio bonorum deficit. Verum postquam jus canonicum juramentis novam obligationem addidit *c. 28. X. de jure jur. c. 2. de pact. in 6.* inde communiter inferunt, hodie validam esse alienationem, in quam uxor cum juramento consenserit. Seraphin. de Seraphinis *de privil. juram. privil. 76.* ibique in not. Benckendorff *n. 2.* Covarruv. ad *C. quamvis 2. de pact. in 6. P. 2. §. 1. n. 5.* Jo. a Sande *de prohib. rerum alien. P. 2. c. 10. n. 8. sqq.* Gonzalez *ad cit. c. 28. n. 4.* Equidem Justinianus in *l. un. §. cum lex. 15. C. de R. V. A.* in totum has alienationes prohibuit, adeo, ut ne quidem, consentiente uxore, subsistere debeant, ex quo colligendum videbatur, ne quidem accedente juramento hanc alienationem subsistere debere, quoniam juramentum esset contra legis prohibitionem. Nihilominus tamen Pontifex in *cit. c. 28.* contrarium adstruit ex hac ratione, quod mulier hoc juramentum possit servare, salva salute æterna, & quod in hac alienatione unice præjudicium uxoris jurantis verferetur, cui sicuti renunciare queat, ita quoque juramento idem effectus tribui debeat. Seraphinus *cit. l. num. 2.* Hæc cum ita sint, facile apparet, usum hujus

hujusmodi pene evanescere, cum facile uxores induci possint a maritis, ut consensum suum juratum interponant. Interim tamen si constat ex circumstantiis, uxorem per dolum vel metum inductam esse, ut consentiret jurato alienationi, et adhuc, relaxato juramento, revocatio fundi dotalis concedenda foret. Benkendorff. *cit. l. n. 22.* Gutierrez. *de juram. confirm. P. 1. c. 1. n. 15. seqq.*

§. VI. Hoc quoque certum est, legem Juliam ad Paraphernalia, uxorum haud pertinere, sed uxori integrum est, illa quovis modo alienare, etiam sine consensu mariti. *l. 6. C. de revoc. donat. l. 35. C. de donat.* Cyriacus *controv. for. 29. n. 30.* Wibel *de contr. mulier. c. 1. n. 45.* Hahn. *ad Wesenb. b. t. n. 7.* E contrario vero maritus illa alienare nequit, invita uxore, bene tamen ejus consensu, Franciscus Niger Cyriacus *contr. for. 751. n. 28.* etiam de jure Saxonico, Carpz. *Lib. 5. resp. 42.* in quo adhuc diversa Paraphernalium ratio est a dotali fundo. Gail. *Lib. 2. obs. 78. n. 6.* Berlich. *P. 3. Concl. 29. n. 99.* Carpz. *P. 3. C. 23. def. 30. n. 6. & P. 2. C. 15. def. 20.* Equidem quod prius concernit, in Saxonia hodie uxoribus non eadem amplius libertas relicta est, postquam mariti usumfructum in paraphernalibus habent, in cujus præjudicium omnino talis alienatio vergeret. Coler. *decis. 12. n. 12. seqq.* Sed quoad posterius membrum non eadem Dd. est sententia. Nam Mevius *P. 4. decis. 32.* majorem hodie maritis circa paraphernalia concedit libertatem, quæ de jure communi iis haud competit. Ait enim, per mores nostros maritum esse curatorem uxoris suæ, eoque omnia posse, quæ tutorum curatorumque officio congruunt. Imo in *not. n. 7.* hæc addit: *Si usus introduxit, ut, postquam istæ maritis non adimant rerum suarum arbitrium, quod de iis faciunt, teneantur habere ratum, Et qui-*

Ad Paraphernalia lex Julia non pertinet.

dem multo arctius adstringantur, quam minores, dum non similiter, ut hi, restitutione in integrum gaudent. Sed, uti jam ab initio asserui, ex curatela maritali non adeo liberior inferenda est potestas maritorum circa bona uxorum, præsertim cum curatores muliebres haud bona administrant, sed tantum mulieribus consilio assistant. Unde existimarem, extra Saxoniam, quo marito ususfructus haud concessus est, rutilius juri communi insistendum esse.

An maritus
prædium alienatum
revocare possit?

§. VII. Ceterum de eo graviter disputant, an hæc alienatio in tantum nulla sit, ut etiam maritus constante matrimonio alienatum prædium dotale revocare possit? Hoc conclamatum, maritum ab alienationis revocatione excludi, si uxor in matrimonio mortua est, & dos lucro mariti cessit, *l. 42. de usurp. l. pen. b. t.*, ex regula vulgata, quem de evictione tenet actio, hunc agentem repellit exceptio, *t. t. ff. de except. rei vend. & trad.* Sed constante matrimonio talem revocationem admitti, cum plurimis contendit Lauterb. *de fundo dotali §. 27. & 29.* & quidem ex hac potissimum ratione, quod in *cit. text.* tantum revocatio negetur marito in casu, si dos uxore mortua ejus lucro cedat, ergo deficiente hac conditione contrarium asserendum esse. Sed hoc argumentum non satis stringit. Consulti fuerunt JCrī de casu adducto, & ita ad illum responderunt, neutiquam vero suam decisionem ad illum restringere voluisse videntur, multo minus supposuerunt, quod in casu constantis matrimonii revocatio hæc indulgeri debeat. Unde potius principiis communibus inhærendum, quod marito vindicanti obstare debeat exceptio rei venditæ & traditæ, & quod nemo possit factum proprium impugnare.

LIB.

LIB. XXIV.

TIT. I.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

§. I.

Prohibitæ sunt donationes inter conjuges ex multiplici ratione, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate abutentes *l. 1. b. 1.* Quin etiam cum divortia apud Romanos essent facillima & frequentissima, sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, unde juste verendum erat, ne uxores tandem indotatæ evaderent. *l. 2. b. 1.* De jure Saxonico antiquo idem constitutum esse videtur in *Lib. 1. art. 31.* ubi hæc verba: *Drum mag kein Weib ihrem Manne eine Gabe geben an ihrem eigen oder an ihrer fahrenden Habe, daß sie es ihrem rechten Erben entwende nach ihrem Tode. Denn der Mann mag an seines Weibes Gutß kein ander Gewehr gewinnen, denn als er zu dem ersten mit ihr empfang in Vormundschaft.* Interim tamen in eo recedit a jure Romano, quod eo jure nequidem donationes conjugum morte confirmatæ fuerint; ea enim ex ratione hæc donationes improbatæ sunt, ne legitimis heredibus bona subtrahantur. Imo si textus penitius consideratur, potissimum loquitur de gerada, quæ sub nomine *fahrende Haabe* intellecta fuisse videtur, cum res mobiles uxorum tantum fere in utensilibus olim subsisterent, quorsum etiam collineat Colerus *decif. 12. n. 12.* Et inde quoque est, quod donatio geradæ nequidem hodie morte uxoris confirmetur. Hæ & similes differentiæ ostendunt, non esse eandem juris Romani & Saxonici dispositio-

De usu hujus tituli.

119.

tionem, uti quidem existimat Berlich. *P. 2. conc. 15. n. 2.* Interim tamen usus hujus tituli negari nequit, quem ipse Groenewegen *ad b. t.* agnoscit, si communio inter conjuges deficit, quod de plerisque locis Germaniæ asserendum est. Conf. Carpz. *P. 2. C. 13. def. 14.*

Extensio hujus prohibitionis hodie non obtinet.

§. II. Non tantum vero hæc prohibitio olim attendebatur, si directo conjuges sibimet donarent, sed etiam si per alias personas ex ratione patriæ potestatis hæc donatio fieri videbatur. Sic enim in *l. 3. §. 2. b. t.* *Qui in ejusdem potestate sunt, prohibentur sibi donare, ut puta frater mariti, qui est in soceri potestate.* Inde nec mater filio, qui in patris potestate erat, donare poterat, quia olim non filio, sed patri acquirebatur *l. 3. §. 4. b. t.* Plures aliæ hujusmodi extensiones ex ratione patriæ potestatis occurrunt in *cit. l. 3. §. 5. 6. 7. 8. b. t. l. 26. §. 1. l. 32. §. 16. 18. b. t. l. 3. seqq. C. eod.* Verum hæc decisiones hodie otiosæ sunt, postquam patria potestas in filiabus per nuptias tollitur, & ita casus existere nequit, ut uxor adhuc patriæ potestati subsit; similiter quando filii familias uxores ducunt, separatamque plurimum œconomiam instituunt, & ita pro emancipatis habentur, quo ipso fit, ut decisiones adductæ hodie amplius applicari non possint. Brunnem. *ad l. 3. b. t. n. 7.* Sic etiam hodie, quod mater filio, adhuc in potestate patria existenti, donat, subsistit, quia non amplius patri, sed sibi acquirit, cum ad peculium adventitium hoc referri debeat.

Permissa est donatio hæc jure Borussico.

§. III. Quamvis vero juris Romani dispositio hætenus recepta sit, ut in dubio secundum eam pronuntiandum sit, nonnulli tamen casus occurrunt, quibus a Jure Romano recessum est in quibusdam foris, quos hic potissimum explicare animus est. Sic enim

enim (I) non absolute prohibita est hæc donatio jure Barussico, ubi *Lib. 4. tit. 14. art. 4. §. 1.* ita disponitur. Wiewol gemeiniglich von der Ordnung der Rechte donationes und Übergaben zwischen Eheleuten, Mann und Frauen verbotthen seynd, auf daß sie aus Begierde der Liebe sich selbst oder ihre Kinder dadurch nicht berauben oder in eine Armuth stecken: So haben wir aus gütiger und billiger Bewegung bedacht und angesehen, daß treue Freundschaft, gütiger Wille und Handreichung, so zwischen ehelichen Gemahlen billig seyn, behalten und belohnet werden sollen. Ordnen und wollen demnach, daß zwen Eheleute, so bey einander in der Ehe sind, und keine leibl. Erben haben, eines dem andern aus freyer Willführ, unbezwungenl. mit Bescheidenheit wohl eine Gabe thun, oder sein Haab und Guth vermachen möge vor offenem Gerichte oder im Testament mit Brief und Siegel. Gewönnen sie aber nach solchem aufgerichtem Vermacht Kinder mit einander, so soll solche Gabe und Vermacht, so ferne die Kinder nicht versterben, abe und denen Kindern an ihrem gebührl. Erbtheil unabbrüchig seyn. Satis provida est hæc constitutio; cum enim divortiorum periculum apud nos nullum adeo sit, uti quidem apud Romanos, propter quod potissimum hæc donandi libertas tolli debuit; merito quoque conjugibus major libertas in foris nostris indulgenda esset, quo magis hi individuum vitæ consuetudinem inter se fovent, ut ceteris paribus nullis rectius donationes concedi debeant, quam conjugibus.

§. IV. Quapropter etiam (II) jure Lubecensi hujusmodi donationum amplior & major est libertas. Factæ enim consentientibus liberis subsistunt, secundum *art. 1. Lib. 1. tit. 5.* Weder Mann noch Weib, wann die in der

Contin. III.

G g

Ehe

Ut & jure Lubecensi.

Ehe sitzen, und Kinder mit einander erzeuget haben, Können ihre Güther einander geben noch schencken, daß es zu Recht kräftig sey, es verwilligen denn die Kinder darein. Hæc dispositio a Romano jure plane recedit, & unice in favorem liberorum facta est, quod de jure communi secus, ut ut Mey. ad *cit. text. n. r.* existimet, circa prohibitionem donationis inter virum & uxorem non discessum esse a jure communi. Apparet hoc eo magis ex *art. 2.* ubi agitur de casu deficientium liberorum, & rursus disponitur, quod donatio inter conjuges reciproca h. e. simul & eodem tempore judicialiter facta subsistat, hac adjecta limitatione: Doch sollen sie ihren nächsten Erbnehmen einem iegl. 8. Schill. und 4. st. verlassen. Equidem de jure communi quoque admittunt donationem inter conjuges reciprocam, sed non aliter, quam quatenus æqualis est *l. 7. §. 2. b. r.* ubi hæc additur ratio, quod compensatio donationum ita fiat. Verum jure Lubecensi ad æqualitatem haud restricta, sed liberior est.

Et jure Saxo-
nico.

§. V. Similiter jure Saxonico (III) valide fit inter conjuges donatio, si uxor ad hunc actum peculiarem sibi elegit curatorem, cujus auctoritate marito donet, & quidem accedente judiciali intimatione. Coler. *P. 1. dec. 12. n. 26. sqq.* Carpz. *P. 2. C. 13. def. 16.* Berlich. *P. 2. concl. 15. n. 25. sqq.* Neque enim in his, quæ judicialiter fiunt, ulla præcipitancia aut concussio metuenda est. Quod si de bonis immobilibus fiat, insinuatio ejus facienda est in foro rei sitæ, alioquin non subsistit. Coler. *cit. l. n. 43.* Similiter si curatoris desit auctoritas, sola judiciali insinuatione haud convalescit. Carpz. *cit. l. n. 8. sqq.*

Tempore na-
tivitytis Chri-
sti & natalis die
factæ valent.

§. VI. Sic etiam (IV) ex consuetudine universali receptum est, ut donationes valeant tempore nativitytis Christi inter conjuges factæ, quam universalem Germaniæ

nix consuetudinem adstruit Carpzov. *P. 2. c. 13. def. 20.* Berlich, *P. 2. concl. 15. n. 42.* Idem dicendum est, si die natali donatio modica facta esset, quod etiam jura Romana admittunt *l. 31. §. 8. b. 1.* Ex quo plerique colligunt, hodie etiam subsistere donationes in aliis diebus solennioribus factas, quibus munera offerre consuetum est, veluti ubi uxor filium peperit, vel maritus ad singularem evehitur dignitatem &c. Ex accidente tamen contingere potest, ut talis donatio, quæ facta tempore nativitatis Christi, non valeat, veluti si in agnatorum præjudicium, quibus jus perfectum quæsitum est, facta fuerit. Et ita de jure consulti M. Jan. 1700. respondimus.

Haben zwey gewisse Personen vornehmen Standes sich während der Ehe, seit 20. Jahren her, jährlich 400. Ducaten in specie zum Weihnachts- und Neu-Jahrs-Geschenk, ingleichen zu Bestreitung der außerordentlichen Ausgaben, in stets anhaltender der Frauen Krankheit etliche 1000. Ehlr. einander reciproce geschenkt, und darüber 2. Verschreibungen sub B. & C. aufgerichtet, es entsteht aber iezo bey denenselben einiger Zweifel; Ob nemlich die geschene Schenkungen an sich selbst für beständig zu achten, ingleichen wie es mit der vorhabenden insinuation zu halten, und ob die darüber errichtete instrumenta gültig, auch zum Beweis der vorgegangenen donationen hinlänglich seyn möchten, nach mehreren Inhalt der Fragen. Ob nun wol in dem zwischen beyden Personen errichteten und uns gleichfals sub A. mit übersandten Ehepacten enthalten ist, daß nach Absterben des einen der überlebende Ehegatte dasjenige, was ihm von dem Verstorbenen vor und in stehender Ehe geschenkt worden, und er demselben hinwieder geschenkt, nebst allen beweglichen Güthern behalten solle, also daß er ferner nichts, als was nach Anleitung der Ehe-Stiftung noch übrig seyn würde, nebst denen in stehender Ehe solchem Verstorbenen angeerbten Güthern, dessen Freunden heraus zu geben schuldig seyn solle; Hiernächst es auch scheinen möchte, daß, weil laut des instrumenti sub C. die Ehe-Frau die Schenkung nicht nur von de-

Facti Species

Quæstio

Rat. d. h.

nen illatis, sondern auch von denen in stehender Ehe angeerbten Güthern verrichtet, und also in hoc passu, da die pacta dotalia solcher donation auch den Worten nach zuwider sind, selbige mutuo consensu contrario, wie in dem instrumento sub C. wirklich geschehen, in so weit dem Ansehen nach gar wohl umgestossen werden könnten, ohne daß sich die Anverwandten tanquam tertii darüber zu beschweren hätten, ferner ratione insinuationis angeführet werden könnte, daß dieselbe ein actus voluntariæ jurisdictionis, und also eben nicht nöthig sey, daß sie in Gegenwart des ganzen Raths-Collegii verrichtet werde, und dann endlich so wol durch Instrumenta als Zeugen der Beweis geführet werden kan; daher dem Ansehen nach, wenn künftig jemand von den Freunden nach erfolgten Absterben des einen Ehegatten dem Überlebenden disfalls den Eyd deferiren sollte, er solchen abzustatten nicht nöthig hätte, sondern sein Gewissen durch die zwischen beyden Eheleuten aufgerichtete Verschreibungen vertreten könnte; W. a. d. anfänglich in dem Ehezarter sub A. ausdrücklich gesetzt worden, daß der überlebende Ehegatte die dem Verstorbenen in stehender Ehe angeerbte Güther dessen Freunden, nebst demjenigen, so nach Abzug des Hausgeräths, Kleindien, &c. und dessen, so der Verstorbene dem annoch Lebenden von denen vor der Ehe ererbten oder hernach zugezeugten Güthern geschenket, übrig seyn würde, heraus geben sollte, und dannenhero, da aniezo nicht nur die vorhin gehabte insgesamt, sondern auch die in währender Ehe angeerbte Güther noch dazu weggeschenket werden wollen, solche Schenkungen, theils denen ausdrücklichen Worten, theils der Meynung des angeregten Ehezarters allerdings zuwider ist, hiernächst obgleich die Anverwandten bey Errichtung solches Ehezarters dem Bericht nach zugegen gewesen, und denselben mit unterschrieben haben, ihnen doch das daraus erlangte jus quaesitum von denen Eheleuten nicht genommen, noch ohn ihr Vorwissen und Willen ein anders disfalls verordnet werden mag, auch ferner nach denen Statuten des Orts ohne dem von denen angeerbten Güthern zum Präjudiz derer rechtmäßigen Erben nichts beständig veräußert werden mag, und denn endlich aus allen Umständen nichts anders zu sehen, als daß die von denen Eheleuten quæstionis einander mutuo geschehene Schenkungen offenbar zum Prä-

Rat. decid.

Präjudiz derer rechtmäßigen Erben und wider den klaren Inhalt der Statuten geschehen, solcher Gestalt aber in Rechten keine Wirkung zu erlangen vermögen; *ratione insinuationis* aber daraus, daß dieselbe ein *actus voluntariæ jurisdictionis*, zwar dieses erfolgt, daß beyde Theile nicht dazu geladen, oder sonst Proceßmäßig verfahren werden darf; Hingegen doch daraus, daß selbige *coram consule* allein verrichtet werden könne, nicht erzwungen werden mag, auch sonst an andern Orten nebst dem Richter auch einige Schöppen zugegen seyn müssen, und dann endlich, wann der überlebende Ehegatte sich der errichteten Verschreibungen wider die etwa klagende Freunde gebrauchen wolte, solches eine *productio privatæ scripturæ* seyn würde, da hingegen die Rechte deutliche Maasse geben, daß dergleichen *scriptura privata* zwar wider denjenigen, welcher sie geschrieben, nicht aber vor ihn zu des dritten Schaden zum Beweis angeführet werden könne, auch deswegen in *concursum*, wenn gleich eine Frau sich wegen ihres Eingebrachten auf des Mannes Quittung beziehet, solche Quittung nicht präjudiciret, sondern der Beweis anderweit beygebracht werden muß. So erscheineth daraus allenthalben so viel, daß die bishero geschehene und noch vorhabende Schenkungen, nebst denen darüber errichteten Verschreibungen, denen rechtmäßigen Erben zum Nachtheil nicht bestehen mögen, und wenn sie gleich in Rechten beständig, dennoch die *insinuation* vor dem ganzen versammelten Rath nach Gewohnheit des Orts geschehen müste, es möchte auch alsdann der überlebende Ehegatte, wann ihm von denen Freunden der *Ep̄d* deferiret würde, die geschehene Schenkung durch die übersandte *Instrumenta* nicht beweisen, noch sein Gewissen damit vertreten.

B. R. B.

Decisio.

§. VII. *Ulterius (V) jure Marchico donandi facultas suo modo conjugibus concessa, his tamen conditionibus limitata est: Dergleichen so zwey Eheleute bey einander in der Ehe sind, und keine leiblichen ehelichen Erben haben, mag eines dem andern vor Gericht übergeben und vermachen zum voraus den 4ten Pfennig aller Güther liegender Gründe, Reitschaft und fahrender Haabe, welches*

Quid jure Marchico obtineat?

ches geschehen soll vor gehegten Geding. Und solches soll Kraft haben, dieweil sie nicht leibliche Erben gewinnen. Hæc donatio quartæ est inter vivos, non vero mortis causa; quippe quæ his non est inclusa limitibus, sed ad instar legatorum se habet, & jure hoc quartam excedere potest, uti late ostendit Kohl *ad Constit. March. von Erbfällen zwischen Eheleuten* 9. 12. n. 11. *seqq.* & n. 31. cum etiam per donationem mortis causa omnia bona, etiam futura, in conjugem transferri queant. *Id. cit. l. n. 32.* Patet etiam ex subsequenti declaratione prædictæ constitutionis, quod talis donatio revocetur propter supervenientiam liberorum. Ita enim porro cavetur: So bald aber sie leibliche Leibes Erben bekommen, soll solche Ubergabe und Vermächtniß keine Kraft haben. So aber die Eheleiche Leibes Erben wieder verstorben, mögen sie einander wieder aufs neue den 4ten Pfennig zum Voraus vermachen vor Gericht. Facta ergo est hæc restrictio donationis rursus in favorem liberorum, & eatenus rursus a jure communi recedit, quæ longe diversa fundamenta habet. Et ita quoque hæc donatio quartæ prohibita censeri debet, si liberi adsint prioris matrimonii, & conjux vitrico vel novercæ liberorum donare intendit, cum hæc donatio rursus tendat in præjudicium liberorum ejus, qui donat, ut recte observat Kohl *cit. l. n. 41. seqq.* Eatenus tamen jus commune adhuc in Marchia viget, quatenus conjuges de bonis propriis donare volunt: Præfens enim constitutio tantum loquitur de bonis utriusque conjugis in unum computatis, ex quibus quarta donari potest, *der 4te Pfennig aller Güther.* Denique notandum est, non tantum constitutionem hanc locum habere, si ipsimet conjuges directo sibi donent, sed etiam si per indirectum, veluti si maritus ad instantiam uxoris ejus filio donet, cum hæc donatio intuitu

tu uxoris facta censeatur, quemadmodum Menf. Aug. 1698. respondimus. Hat Johann Scotus nebst dessen Ehefrau Dorothea coram deputatis Senatus eine disposition gemacht, in welcher die Dorothea ihren Sohn I. H. zu ihrem Universal-Erbem eingefeset, Johann Scotus aber demselben, als seinem Sohn, alle seine Güther praesentia und futura per donationem inter vivos geschencket, dergestalt, daß er solche nach seinem Tode ohne jemandes Behinderung an sich nehmen, und eigenthümlich besitzen sollte, welches gedachter I. H. accepiret. Da nun hierauf zuerst die Dorothea und ein Jahr darnach auch Johann Scotus verstorben, J. H. auch die possession ergriffen, hingegen des defuncti Schwester-Söhne ab intestato die Verlassenschaft præterindiren, und daher, ob diese dispositio zu Recht beständig sey, gefragt wird. Ob nun wol diese dispositio ex hoc capite nicht impugnet werden kan, daß solches theils eine testamentariam dispositionem, theils aber einen contractum oder donationem in sich begreife, qualis contractus ab ultima voluntate abesse debet, *L. verba contraxerunt 20. ff. de V. S.* und hieselbst ein duplex negotium, quorum unumquodvis per se subsistere potest, celebret worden, als erstlich institutio filii seine Vollkommenheit erreicht hat, hernachmals des mariti donatio, welche per acceptationem donatarii erfüllt worden, und also die jura de contractu in testamento non celebrando hieselbst nicht zu appliciren, daß der maritus durch allerhand persuasiones & blanditias von seiner Frauen und deren Freunden zu solcher donation inducirt worden, cum blanditiæ non impediunt validitatem contractus vel testamenti *L. f. ff. Si quis aliq. test. prob. Manz de testam. valid. tit. 3. qu. 3. n. 5. Carpz. P. 3. c. 5. def. 7.* B. a. d. die donationes omnium bonorum in denen gemeinen Rechten nicht zugelassen, indem dadurch die restandi licentia dem donatori benommen wird, *Carpz. L. 5. Resp. 65. n. 5. Brunneri ad L. 35. C. de donat. n. 17.* welches um so viel mehr statt findet, wenn die bona praesentia & futura inter vivos verschencket werden, quam donationem nullam esse concludunt *Dd. Mod. Pistor. P. 2. consil. 19. n. 2. Cagnol. ad L. f. C. de pact. n. 266. Trentaeinq. L. 3. Resol. 3. tit. de don. num. 9.* hiernächst auch die Würdtische Landes-Constitution die donatio-

Species facti.

Rat. dubi

Rat. decis

non

nem inter conjuges, dahin auch allerdings gehöret, was der Mann auf der Frauen Verlangen ihrem Sohn schenken müssen, cum in effectu ad idem tendat, weiter nicht gültig seyn lästet, als daß einer dem andern den vierten Theil seiner Güther zum Voraus übergeben könne. Vid. Const. March. von Erbfällen §. dergleichen. Dabey sie doch in specie erfordert, daß solches vor Gerichte, und zwar vor gehegten Bedinge, geschehe, auch sonst keinen Bestand haben solle, daran es aber alhier ermangelt, indem für ein gehegtes Gericht nicht gehalten werden kan, was coram deputatis a magistratu geschieht, Pruckm. Vol. 2. Conf. 18. n. 82 zumalen wenn sie ad specificum actum nicht erfordert, oder ihnen ein solcher actus nicht committiret wird, wie abermals in diesem Falle geschehen, dabey der requisition, wenn solche der Gebühr nach erwiesen werden kan, ein mehrers nicht gedacht, als daß sie etwas vorzutragen, nicht aber ein Testament oder Schenkung aufzurichten hätten, und also ad talem actum das Gericht nicht gedinget, oder die Gerichts-Personen deputiret werden können. So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß diese donatio omnium bonorum nicht beständig, sondern für ungültig zu erklären, und daher des defuncti Schwester-Söhne ex jure devolutæ successionis intestatæ instituto interdicto quorum bonorum in des Verstorbenen Güther zu immittiren, und da dergestalt die Donatio zum wenigsten illiquida und altioris indaginis ist, der Donatarius damit ad reconventionem zu verweisen sey. B. R. B.

Decilio.

Per juramentum hodie confirmatur hæc donatio.

§. VIII. Denique (IV) valent quoque hodie hujusmodi donationes, quando juramento sunt confirmatæ a donante, quippe quod omnem repetitionem rei donatæ impedit. Seraphin. de Seraphinis de priv. juram. privil. 71. n. 3. Mynsing. cent. 2. obs. 33. Gail. 2. obs. 40. Fachin. Lib. 3. contr. c. 82. Gutierrez de juram. confirm. P. 1. c. 3. n. 17. Setser de juram. Lib. 2. c. 12. n. 7. Kohl. de pact. dotal. R. 2. n. 33. Berlich. P. 2. concl. 15. n. 14. **Quamvis**

visenim non desint, qui contrariam tueantur sententiam, quos recenset Benckendorff *ad Seraph. cit. l. n. 1.* hi tamen vel secundum principia juris Romani hanc quæstionem dijudicant, vel supponunt, absolutam hic adesse legis prohibitionem, quod tamen falsum est. Est enim hæc donatio tantum nulla, ut possit a donante, si velit, revocari; ejus autem voluntate subsistit, quale quid etiam in fundi dotalis alienatione occurrit. Sicuti hæc vero revocari nequit, interveniente juramento *c. 28. X. de jurej.* ita quoque hæc donatio. Parum autem refert, sive juramentum statim intervenerit, sive ex post facto donatio antea facta illo confirmetur, Seraphin. *cit. l. n. 6.* cum ita, si ex post facto juramentum accedit, ex geminata promissione fortior præsumtio pro donante adsit, quod sine omni concussione mariti donaverit. Et quamvis ita demum ex post facto confirmetur, fructus tamen antea percepti ex re donata repeti nequeunt, sive ab initio ita convenerit, ut prævio juramento confirmetur, sive non: qua distinctione utitur Benckendorff *cit. l. n. 10. seqq.* impedit enim juramentum omnem revocationem, & ad totam donationem, & sic quoque ad fructus antea perceptos extenditur. Ceterum donationes inter conjuges judæos factas juramento non confirmari, sunt qui asserunt, quod hi non ligentur Jure canonico: Bertazzol *conf. crim. 365. n. 15. 16.* recte tamen ab hac sententia recedit Seraphin. *cit. l. n. 60.* cum judæi æque suo juramento obligentur ut Christiani Setser *Lib. 2. de juram. c. 18.*

§. IX. Recensui hætenus casus, quibus hodie possit subsistere donatio contra jus Romanum; paucis adhuc quædam monenda sunt circa personas. Scilicet de Jure Romano subsistebat donatio, quæ concubinæ

Contin. III.

Hh

facta

An donatio
concubinæ facta
hodie subsistat?

facta erat, quoniam iustum & legitimum cum ea matrimonium non contrahebatur *l. 3. §. 1. in f. l. 58. b. t. l. 31. pr. ff. de donat.* Equidem constat, huiusmodi concubinatum, qualis apud Romanos permissus erat, in praxi nostra haud dari, adeoque de hac re dicere otiosum esse iudicat Wissenbach. *disp. 47. tb. 7.* Nihilominus tamen nonnunquam *de facto* occurrit concubinatus, qui cum hodie legibus imperii prohibitus sit, merito quaestio exsurgit, an hodie donatio talis valere debeat, & annon potius hic applicari debeat, quod J. C. in *l. 3. §. 1. b. tit. de matrimonio contra leges contracto* asserit, *valere quidem donationes, quia nuptiae non sunt, sed fas non esse eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum, qui deliquerunt.* Hinc & hodie concubinatus nuptiae non sunt, sed qui in eo vivunt, etiam delinquent, & ita cum eadem ratio hodie sit in concubinato, quae in matrimonio injusto, eadem quoque decisio hic applicanda est; singulariter tamen militi olim interdictum erat, concubinam donare *l. 2. C. b. t.* quod ad clericos quoque extendunt Seraphini *cit. l. n. 10.* in quo tamen hodie rursus nullum jus singulare occurrit.

Ita sponsa de presenti hodie recte donetur?

§. X. Sic etiam inter desponsatos donationes & olim permissae, & hodie fieri possunt, *l. 5. pr. l. 65. l. 66. b. t.* Limitant tamen communiter hanc sententiam quoad eos, qui sponsalia de praesenti contraxerunt, quod haec personae iam sint conjuges. Struv. *ca. 30. tb. 24.* Equidem de jure civili frustra haec quaestio moveretur, quippe quo talia sponsalia incognita sunt: sed moribus eam utiliore esse putant, postquam haec distinctio inter Protestantes diu est recepta. Verum supra *tit. de sponsal.* iam evici, in foris Protestantium

ita

incognita esse talia sponsalia de præsentī, quia vinculum conjugale inducunt, & illa, quæ de præsentī dicuntur, esse vera & proprie dicta sponsalia, prout in jure Romano definiuntur; quo supposito merito contrarium asserendum est, quod & praxis satis docet, qua inter desponsatos, qui pure sponsalia contraxerunt, quotidie tales donationes fiunt, & nihilominus tamen hæc apud nos sponsalia de præsentī dicuntur. Sic etiam hodie hæc prohibitio non pertinet ad Morgengabam, quæ altero nuptiarum die fit, prout supra dictum est.

§. XI. Restat, ut paucis etiam de donatione Geradæ inter conjuges de Jure Saxonico prohibita dicam. Scilicet uxori absolute interdictum est, geradam marito donare, adeo ut nequidem juramento confirmetur. *Carpz. P. 2. c. 13. def. 1.* Et huc potissimum pertinent juris Saxonici textus; prout supra §. I. dixi, ubi ratio hæc additur: **Daß sie es ihren rechten Erben entwende nach ihrem Tode,** debetur enim gerada filiabus & cognatis, quibus auferri nequit, & ita juramentum in horum præjudicium vergeret. Unde etiam est, quod nec morte confirmetur. *Berlich. P. 2. concl. 15. n. 31.* *Consensu tamen earum,* quarum interest, subsistit, maxime si juramentum accessit, vel morte donantis confirmata fuerit. Postquam autem in Saxonia invaluit, ut uxor Geradam vendere possit marito, *Carpz. cit. l. def. 9.* revera elusoria hæc prohibitio facta est, quia ita hodie uxores maritis suis Geradam vendunt, & postmodum pretium donant; quo ipso, quod *directo* fieri nequit, per indirectum admittitur. Deinde restringendum hoc est ad donationem Geradæ constante matrimonio factam: unde valet talis promissio in pactis dotalibus ante nuptias facta, prout respondimus M. Dec.

De donatione
Geradæ in Sa-
xonia.

Pacti Species.

1696. Hat derselbe in denen mit seiner Ehefrauen aufgerichteten pactis dotalibus sich dahin verglichen, daß nach ihrem in Gottes Händen stehenden Tode, wenn sie keine Kinder verlassen, oder sonst intestata versterben würde, ihre Gerade, die sie mitgebracht und in stante matrimonio, nebst dem, was sie an Erbe von ihrem marito, es mag Namen haben wie es will, die Zeit über aus Gültigkeit erlangt hat, auf ihren alsdann noch lebenden Ehe-Herrn, weil sie dagegen ihre volle Gerade ihrer Tochter erster Ehe per donationem inter vivos zugewandt, zurück fallen sollte, und iezo daraus ein Zweifel entstehet, ob solches pactum Geradæ zu recht beständig sey oder nicht? Ob nun wol dawider eingewandt werden möchte, daß die von der Frauen geschene Überlassung der Gerade auf den Todes-Fall gerichtet, und in casu mortis ohne consens der nächsten Nisttel niemand von der Gerade disponiren kan; Hiernächst diese Überlassung auch eine donation inferiren würde, welche unter Eheleuten nicht zulässig ist. W. a. d. aus denen Rechten bekant, quod pacta dotalia derogant successioni statutaria, Carpz. P. 3. C. 2. d. 4. n. 10. gegenwärtige pacta auch nicht per modum ultimæ voluntatis, sondern per modum contractus abgesetzt, indem keines Erbens oder Erbschaft darinnen gedacht wird, und das Wort, daß die Gerade auf den Ehemann zurück fallen solle, keine dispositionem mortis causa an und vor sich bedeutet, sondern solcher Zurückfall auch per Contractum wohl geschehen kan, cum & fideicommissa per pactum relinqui possint. Knipschild de Fideic. fam. nob. c. 6. n. 29. Hiernächst diese pacta vor vollzogener Ehe aufgerichtet, in welchem Fall inter desponsatos keine donatio verboten, zu geschweigen, daß dieselbst keine simplex donatio vorhanden, sondern vielmehr diese Überlassung der Gerade in compensationem beneficii a marito sperati wegen des constituirten Leib-Gedings geschehen, woraus eine donatio remuneratoria entstehet, so ebenfals unter Eheleuten verstatet wird, die Tochter auch, daß ihr dadurch präjudiciret werde, mit Bestand nicht anführen kan, weil die Mutter in diesem pactis dotalibus derselben die volle Gerade zugewandt, und nur das übrige, was sie bey der letzten Ehe, oder ex liberalitate mariti an Gerade-Stücken erlangt würde,

Rat. dub.

Rat. decid.

würde, ihrem marito hinwieder zur Dankbarkeit gegönnet, endlich auch, quod donatio Geradz in pactis dotalibus facta subsistat, adducto præjudicio in terminis behauptet Goldbeck *Tr. de jur. Gerad. c. 7. membr. 1. n. 13. seqq.* So erscheinet hievans allenthalben so viel, daß diese in der Eheiftung versprochene Zurückfallung der Gerade zu Recht beständig sey. **B. R. W.**

Decisio

§. XII. Tandem quoque in hoc titulo occurrit famosissima l. *Quintus Mutius si. b. r.* quæ cum insignem usum in praxi habeat, ejus interpretationem paulo uberiori hic adjungam. Ita autem JCtus in *cit. l.* ait: *Quintus Mutius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenit; & verius, & honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis questus gratia circa uxorem hoc videtur Mutius probasse. Idem confirmat Alexander in L. 6. C. eod. in fin. ubi ait: Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxorem matrimonii tempore honeste quasi verit, de mariti bonis eam habuisse veteres juris cultores merito crediderint. Hæc sententia apud veteres JCtos tam decantata fuit, ut etiam Plautus ejus mentionem injiciat in *Casina Act. 1. ajens:**

Interpretatio
L. si. b. r.

*Unde ea tibi? Nam peculii probam nihil habere addecet.
Clam Viro: & quæ habet parva, & baud commodi est,
Quin Viro baud subtrahat
Aut stupro invenerit. Hoc viri censeo esse omne, quicquid huic est.*

Ex hisce adductis textibus Doctores communiter hanc formare solent regulam: Quicquid uxor acquirit constante matrimonio, in dubio præsumitur ex mariti bonis acquisivisse, adeoque ad maritum, & ejus heredes pertinet, & in dubio pro marito stat præsumtio, quod

hujus opera & diligentia auctæ sunt facultates Mynsing. *Cent. XX. obs. 92.* Franciscus Niger Cyriacus *Controv. for. 41. n. 3.* Menoch. *L. 3. Præf. 5.* Petr. Heig. *P. 1. Q. 30.* Carpz. *P. 3. C. 25. Def. 8. & C. 20. Defn. 18. num. 5. & L. 1. Resp. 8. 15.* Mev. *ad Jus Lubec. l. 2. Tit. 2. Art. 12. n. 91. & 124.* Manzius *de Testam. tit. 13. Qu. 14. sq.* Lopez. *de jur. marit. & uxór. C. 4. n. 10.* Brunnem. *ad L. 15. ff. de dñt. int. V. & U. num. 1.* Berlich. *P. 2. Dec. 224. num. 18.* Gail. *L. 2. Obs. 29. num. 9.* Anton. Fab. *in c. L. 4. tit. 14. Def. 36.*

Fundamentum
hujus præsum-
tionis,

§. XIII. Fundamentum hujus præsumtionis non ex potestate maritali, sed ex eo deducitur, quod in dubio pro uxore mihiór præsumtio sit capienda. Cum enim titulum acquisitionis vel ostendere vel probare non audeat, hoc fieri videtur ex duplici ratione: (1) quod tales res sint donatæ a marito uxori, qualis donatio erat prohibita, & sic divortio forsan factó ab uxore, vel ea mortua ante maritum, ab heredibus allegari non solebat, quoniam animadvertent, se hoc modo rem talem retinere non posse. *L. 6. C. de don. int. V. & ux.* (2) quod forsan uxor acquisierit ex turpi quæstu, adulterio scilicet; qualem turpitudinem itidem allegare haud audebat. Cum itaque posterius non erat præsumendum, cum omnis præsumtio esset delicti exclusiva, prius utique præsumendum erat, atque adeo tales res, quarum acquisitionis titulus ab uxore ostendi non poterat, vel mariti esse præsumebantur, vel apud uxorem remanebant. Posterius fieri videtur, si maritus ante uxorem moriatur, quia sic per mortem talis donatio confirmabatur. Prius vero tunc fit, quando uxor ante moritur, vel alias divortium fit, vel constante matrimonio quæstio inter conjuges ventilatur, cujusnam hæc vel illa res sit. Ex quibus adductis posset potius regula ex cirt. LL. ita deduci:

duci: Quando non constat, quo titulo uxor rem acquirerit, potius eidem censetur donata a marito; quam turpi lucro quaesita; quæ regula ex eo clara esse videtur, tum quod uterque textus sub titulo *don. int. V. & ux.* reperitur, & sic in dubio ex rubrica explicandus sit, tum quod etiam in specie in *l. 6. C. de tit.* agatur de re uxori donata, & postmodum regula hæc subijciatur. Verum enim vero, quamvis hæc ita probabiliter dici possint, tamen omnes fere ad unum Doctores generaliter & latius hanc regulam extendunt, & hanc præsumptionem non tam de donatione facta uxori capiendam volunt, sed potius de acquirentu ex re ipsius mariti, quam omnino ad maritum spectare, certi juris est. Non raro enim uxores ex re mariti sibi aliquod peculium colligere, & ita marito aliquid subtrahere solent, ut ait Plautus loco citato, vel etiam suis operis aliquid acquirere, quæ omnia utique mariti esse nemo negaverit. Cum itaque uxor non possit ostendere titulum suæ acquisitionis, honestius est præsumere, res tales ex bonis mariti esse acquisitas, quam ex stupro. Quod si enim, uti antea dictum, de præsumta donatione hoc intelligendum esset, non video, cur uxor non possit hanc titulum allegare, qui aliquando ei posset esse proficuum, maxime post mortem, in quo casu potissimum tales controversiæ incidunt: neque obstat, quod in *citata L. 51.* dicatur, præsumendum esse, bona a viro ad eam pervenisse; quæ verba quidem possent intelligi commode de donatione a viro facta, sed tamen, quomodo a viro ad eam pervenerint, non exprimitur, neque donatio facile ex his verbis colligi potest, uspote quæ non præsumitur, atque adeo Imperator Alexander in *L. 6. C. de don. int. V. & ux.* hæc explicat: de mariti bonis eam habuisse, quæ clare ostendunt,

Verus sensus
L. 51. est, ad-
ducitur.

dunt, donationem hic non esse subintelligendam, quorum etiam collineat Plautus *cit. l. qui hanc veterum Jctorum regulam explicat, nec illius donationis præsumtionem pro fundamento collocat.*

Formantur
duæ regulæ ex
adductis texti-
bus.

§. XIV. Revera itaque duæ regulæ in adductis textibus deprehenduntur. Prima est: *Quicquid uxor constante matrimonio acquirit, in dubio præsumitur acquisivisse ex bonis mariti.* Brunnem. *ad cit. l. 51. n. 1.* Berlich. *decis. 224. n. 18. ibique allegati.* Altera vero hæc est: *Bona constante matrimonio ab uxore acquisita ex bonis mariti, ad ipsum maritum spectant.* Brunnem. *cit. l. n. 4.* Hæc deducitur ex potestate mariti in uxorem, illa vero ex præsumptione in mitiorem partem pro uxore capienda, uti antea dictum. De singulis itaque regulis peculiari- ter in seqq. videndum.

Regulæ primæ
requisita,

§. XV. Quoad regulam primam, ut illa, quam diximus, procedat præsumtio, certa quædam annotari solent requisita, quæ nunc quidem subincudem revocanda. *Sic volunt (1) ante omnia constare debere, bona illa, de quibus quæstio est, constante matrimonio ab uxore esse acquisita.* Ex quo concludunt, quod si uxor neget, se constante matrimonio talia bona acquisivisse, per simplicem negationem ita transferatur onus probandi in maritum vel ejus heredes, quod talia bona fuerint acquisita constante matrimonio. Rationem hanc volunt esse, quod dispositio *d. l. 51.* se fundet in eo, quod bona constante matrimonio fuerint acquisita, non autem ante vel post, & sic, qui se in illo tempore fundat, tenetur tempus ipsum probare. Salicet. *ad l. d. 51.* Decian. *Vol. 2. Consil. 47. n. 13.* Petr. Barbosa *ad l. Cajus 46. n. 12. ff. solut. matrim.* Verum ab hac sententia recedit Menoch. *L. 3. Præs. 51. n. 21. seqq.* qui hanc regulam gene-

An maritus
probare debe-
at, bona con-
stante matri-
monio esse ac-
quisita?

generalem struit, quod si bona reperiantur apud uxorem, vel constante matrimonio, vel eo soluto intra annum luctus, præsumantur bona mariti, adeoque vult, onus probandi imponendum esse mulieri, quod ante matrimonium tales res acquisiverit; alioquin enim facile uxori esset, reddere elusoriam juris dispositionem sola negatione, cum ita contra juris dispositionem maritus oneri probandi subiceretur. Idem cum Menochio Aretinus *Consil. 31. n. 5.* defendit, & hanc rationem satis concludentem adjungit, quod uxor probando, se rem ante matrimonium acquisivisse, excludat præsumtionem. Scilicet præsumit lex, omnia, quæ acquisivit uxor, esse ab ea acquisita ex bonis mariti, & sic quoque constante matrimonio; & huic præsumptioni tamdiu standum, donec probatum sit contrarium ab uxore; hæc autem facile contrarium probare potest, si ostenderit, se rem jam ante matrimonium acquisivisse, & sic ad paraphernalia referendam esse. Verum quemadmodum præsumtio fortior tollit aliam præsumtionem, ubi inter se collidunt, ita quandoque hoc in casu onus probandi marito injungi recte potest, si scilicet probabile sit ex *circumstantiis adductis*, mulierem talia bona ante matrimonium acquirere potuisse, prout etiam Perr. Faber & Menochius, alias sibimet contrarii, suam opinionem restringunt.

§. XVI. Quod si itaque constat, ante matrimonium aliquid ab uxore esse acquisitum, cessabit dispositio *l. 51.* & marito nihil juris in illam rem competet. Neque aliud dicendum arbitror, si vel maxime sponsa aliquid constantibus sponsalibus acquisierit, siue enim ex bonis sponsi acquisierit, siue aliunde, perinde est, quia inter desponsatos valet donatio, & præterea cessat ratio illius po-

Quid si ante
matrimonium
a sponsa ali-
quid acquire-
tur?

Contin. III.

li

te

testatis, quam maritus in uxorem habet, propter quam uxor acquirit suo modo, neque enim sponsa, qua talis, est in potestate sponsi, Tiraqu. *ad LL. comub. gl. 2. n. 18. seqq.* & licet nonnunquam sponsalia & matrimonium ad paria reducantur, non tamen propterea prorsus eadem sunt, sed adhuc multifariam differunt, ubi ratio diversitatis aperta dari potest, uti hoc casu, ubi sponsa nihil sponso acquirit suis operis, sed potius sibi operatur, sibi laborat, sibi tantum agit, nec adhuc societas illa conjugalis est contracta, ex qua possit marito acquirere. Et si vel maxime admitteretur, quod Gail. *l. 2. obj. 80.* fuse disputat de quaestione, *an statutum de lucranda dote habeat locum in sponsa*, de quo tamen alii dubitant, v. Grævæus *concl. 80.* Hillig. *ad Donell. l. 14. C. 5. l. d.* attamen dicta ejus ad hunc casum, ubi agitur de acquæstu, minime applicari possunt, ubi quædam communicatio bonorum quoad usum supponitur, quæ non adest regulariter, nisi in actuali matrimonio. Ceterum hætenus dicta possunt ex circumstantiis suo modo limitari. Ponamus, viduum ex statuti dispositione intra annum luctus non posse ad secundas nuptias transire, interim tamen, quia diversorium publicum exercet, citius ad sponsalia celebranda admittitur, ut auxilio & ope sponsæ diversorium exercere commodius possit. Vel ponamus, sponsum aliis de causis impediri, quo minus cum sponsa matrimonium ad aliquod temporis spatium consummare possit, interim tamen sponsam præfuisse rei domesticæ, & pendente hac administratione quædam acquisivisse, annon credendum itidem est, ex re sponsi sponsam hoc acquisivisse? Equidem ratio diversitatis hæc adesse videtur, quod uxor teneatur ad operas marito præstandas, non autem sponsa; verum hic supponimus casum, ubi spon-

Limitatio,

sa operas sponſo libera voluntate præſtat in re economica, & ſic omnino eidem ſuis operis acquirat, atque adeo eadem præſumptio pro ſponſa quoque capienda, ut, ſi non poſſit oſtendere titulum acquisitionis, potius ex re ſponſi acquiſiſſe, quam ex turpi quæſtu exiſtime-
tur.

§. XVII. Sic eodem modo quæſtio exiſtit, an etiam hæc diſpoſitio extendi debeat ad viduam, quæ forſan brevi poſt mortem viri aliquid acquirat, ita ut etiã præſumptio capi debeat, ejuſmodi acquiſita ex bonis mariti eſſe profecta? Id quod plurimi affirmant hiſce duabus ſub circumſtantiis, a) ſi bona emerit intra annum lu-
ctus mortuo marito, vel b) poſt annum luçtus remanſerit in adminiſtratione bonorum viri cum liberis ſuis Berlich. P. 2. dec. 224. n. 19. 20. Hercul. Mareſcottus l. 2. var. re-
ſol. c. 82. n. 8. Nic. Boer. dec. 81. n. 7. ſqq. Menoch. l. 3. præf. 51. n. 15. 16. Ant. Gabriel l. 1. de prob. concl. 15. n. 2. Fontanell. de pact. nupt. gl. 3. clauſ. 7. §. 5. n. 18. Plures pro hac ſententia adducunt rationes, veluti, quod uxor intra annum luçtus conſtituta adhuc in primo matrimonio conſtituta eſſe dicatur, cum nubere de jure intra tale tempus non poſſit, Boer. cit. l. quin, ne viduæ caſtitas denigretur, itidem præſumendum eſſe, ajunt, potius ex bonis mariti acquiſitum eſſe, ſi non poſſit oſtendere, unde tale quid acquiſerit. Equidem læpe injuriam viduis ex hac præſumptione, quam Dd. nimis extendunt, fieri poſſe, facile apparet, præſertim, cum poſt mortem viri ſtatus conjugalis ſocietatis ſit mutatus, atque adeo, ſi præſumptio iſta capi deberet, quaſi omnia adhuc ex bonis mariti acquiſerit, ſimul neceſſario præſumi debet, viduam hereditatem expilaſſe, & eidem aliquid ſubtra-
xiſſe, quo ipſo gravi & duriffima oneraretur præſum-

Quid de vidua
dicendum?

tione. Restringi ergo debet hæc sententia ad suos limites, & forsân hiæ sub circumstantiis intelligenda, si simul intra annum luctus in administratione bonorum mariti permanserit, & ita œconomix cum liberis operam dederit, quod maxime in viduis cauponum, mercatorum & opificum, quæ adhuc continuant mercaturam & cauponam exercent, usu venire posset. Cum enim ita insistant bonis mariti defuncti, ea administrant, imo etiam, ubi jure retentionis bonis mariti incumbunt, & de illis aluntur, & ita tenentur in commodum heredum operas suas exhibere, & acquirere hereditati, uti Carpz. *P. 2. C. 25. def. 15. n. 3. 4.* evincit; merito quoque, quicquid uxor intra illud tempus acquirit, ex bonis mariti acquisivisse videtur, nisi possit contrarium docere. Unde facile apparet, quid dicendum sit de casu, si vidua mox post annum luctus ad secunda vota transvolavit, & in secundo matrimonio aliquid acquisivit, utrum mulier præsumatur illud acquisivisse ex defuncti mariti bonis, an vero ex secundi? Certe Gabr. *d. concl. 15. n. 15. c. Boerio d. dec. 81. n. 10.* hanc præsumptionem adeo extendunt, ut potius mulier præsumatur quæsisivisse bona ex bonis prioris mariti defuncti, modo concurrant aliqua indicia prægnantia, veluti, quod prior maritus esset ditior secundo, vel, si prior pecuniam & omne patrimonium suum uxori tantum commiserit, non vero posterior, si alter mercabatur, alter non &c. Quod si vero omnia hæc pariter in utroque concurrunt, ita ut nulla præsumtio in uno sit vehementior, quam in altero, tunc mediam viam esse eligendam statuit Nic. Boer. *cit. l.* ut id ex bonis utriusque præsumatur acquisivisse. Verum enim vero, ex adductis circumstantiis apparet, potius in hoc casu regulariter præsumendum esse, uxorem acquisivisse

viffe ex bonis secundi mariti, cui operas præstare ob-
 stricta fuit. Neque adductæ circumstantiæ tam præ-
 gnantes sunt, ut uxor ex bonis prioris mariti aliquid sub-
 traxisse præsumi possit, cum leges id. *d. l. 51.* in uxoris fa-
 vorem benigniorem præsumtionem ceperint, quam
 Dd. in ejus odium ita detorquent. Hinc existimaverim,
 heredes prioris mariti non aliter audiendos esse, nisi pro-
 baverint illud, quicquid uxor secundo matrimonio ac-
 quisiverit, esse de bonis prioris mariti acquisitum. Pos-
 set tamen hæc decisio admitti in speciali casu, quem re-
 fert *Mev. P. 5. dec. 359.* ubi scilicet maritus novus a con-
 juge in bona defuncti suderinducitur, *er freyet zu ihr
 ins Haus*, nec inventarium legitime confectum est eo-
 rum bonorum, quæ tempore contracti matrimonii
 apud viduam fuerunt, tunc omnia istius domus, quæ
 cum marito priori fuit communis, esse censentur, & sic
 liberi prioris matrimonii intentionem habent funda-
 tam contra vitricum, qui inventarium facere neglexit,
 & de cujus bonis haud constat, *conf. Peck. de testam.
 conj. l. 2. c. 1. n. 1. Covarruv. l. 3. var. Resol. c. 19. n. 3.* atque
 sic tamdiu omnia ad maritum prædefunctum pertine-
 re præsumuntur, quæ sunt in istius domo, donec vitri-
 cus probaverit, hoc vel illud ad se pertinere. *Mev. cit. l.
 n. 11. 12. 13. 14.*

§. XVIII. Porro (II) *matrimonium inter Conjuges* An matrimo-
 nium initerum
 requiratur?
justum esse debet. Ceterum in uxore putativa idem as-
 serendum & præsumendum esse, facile concesserim,
 cum supra dictum sit, in uxorem putativam omnia jura
 cadere, quæ de vera uxore disposita sunt. *Menoch. L. 3.
 Praef. 51. n. 5.* De concubinato, tamen idem non esse asse-
 rendum, recte judicat *Alciat. reg. 3. Praef. 26.* quod faci-
 lius turpis quæstus præsumatur in concubina, quam in

legitima uxore, & deinde quoque donatio non prohibita inter concubinam & concubinarium; cui accedit, quod *d. l. 51.* præcise loquatur de uxore legitima, a qua argumentum ad illegitimam duci nequit. Sed in alia omnia Menoch. *c. l. ivit*, ubi etiam ex professo Alciati opinionem refutat, & varie ad hæc argumenta respondet. Si dicendum quod res est, videtur, omnino distinguendum esse inter concubinatum Jur. Rom. & hodiernum. De Jure Rom. concubina sola affectione distinguebatur a legitima uxore. *l. 41. §. 1. ff. de R. N. l. 49. §. de leg. 3.* & ita concubinatus erat matrimonium minus solenne, & in ceteris fere cum matrimonio conveniebat. Atque de hac idem dicendum, quod de legitima uxore, quia etiam concubina non poterat, pendente concubinatu, alios viros admittere, sed ei unice adhærere debebat, cuius erat concubina, & sic eadem præsumptio pro ipsa capienda videbatur. Ast cum concubinatus hodiernus parum distet a consuetudine meretricia, utique in talem concubinam cadere præsumptionem turpis quæstus credi debet, quia ipso facto turpem quæstum facit, uti recte statuit Cravetta *consil. 166. n. 8.* & Paris. *L. 1. consil. 80. n. 2.*

Uxor semper
hoc in casu
contrarium
probare tene-
tur.

§. XIX. Ulterius (III) requiritur, ut uxor non possit probare contrarium. Hæc enim, quæ hætenus adducta sunt, in mera & nuda præsumptione fundantur, quæ admittit probationem in contrarium. Interim tamen hoc operatur, ut uxori contrarium alleganti semper probatio imponi debeat. Nic. Boerius *Dec. 87. n. 5.* Berlich. *P. 2. Dec. 224. n. 23.* Aymo Cravetta *consil. 6. rom. 1.* Neque enim a probando liberatur, si vel maxime (α) bona reperiantur penes ipsam uxorem, & alias pro possessore præsumptio formanda sit, quia adducta præsumptio in *l. 67. de don. int. Vir. & Ux.* fortior, & pro
uxo.

uxore favorabilior; Mascard. *de prob. concl.* 214. (6) vel etiam adulterium commisisset, & de illo fuisset convicta. Gabr. *L. 1. de prob. Concl.* 15. n. 9. Menoch. *de præf. L. 3. Præf.* 57. n. 17. Sed hoc non caret dubiis, præsertim cum in adulteram cadat præsumptio turpis quæstus, & ita benignior interpretatio pro illa fieri haud possit, cum semel mala semper talis credatur. Equidem adultera non videtur liberanda esse ab onere probandi, ne ex delicto commodum sentiat, sed hoc fit per indirectum, & illa hoc in casu liberatur a probando, non quia deliquit, sed quia in ejus persona cessat illa præsumptio, quæ onus probandi in eam devolveret. Baldus *in l. cum oportet C. de bon. qualib. n. 12.* Sic etiam (7) volunt, ne quidem mariti confessionem sufficere posse ad tollendam hanc juris præsumptionem. Notum enim, confessionem factam inter personas donare prohibitas nihil operari, sed aliunde sumendas esse probationes, cum talis confessio in fraudem legis videatur facta. Berlich. *cit. l. n. 24.* Paris. *L. 1. conf. 62. n. 12.* Recedit ab hac sententia Menoch. *cit. l. n. 27.* putatque, hoc in casu standum esse confessioni mariti, quia sic revera præsumptio turpis quæstus non potest hic locum habere, cum maritus ipse fidem faciat, pecunia uxoris vel ejus singulari industria rem talem esse acquisitam; quod omnino procedere existimandum est, si de solo præjudicio ipsius mariti agatur; licet enim vel maxime pecunia ex lucris mariti esset quæsitæ, potuisset tamen illam ipsam uxori donare, ad eum effectum, ut post mortem mariti eo nomine inquietari ab heredibus mariti haud possit, quibus omnino mariti confessio obsistere debet. Ceterum si hac confessione aliis præjudicium crearetur, creditoribus forsan in concursu, contra quos uxor allegaret, ædes

ædes forſan, vel prædia ad ſe pertinere, quia ejus nomine a marito eſſent comparata, idque maritus confiteretur, major difficultas ſuboriretur, an creditores huic ſoli aſſertioni mariti, quæ in fraudem eorum fieri potuit, ſtare teneantur? Licet enim hac confeſſione ſibi maritus præjudicare poſſit, tamen tertio inde præjudicium inferri nequit. Unde ſi talia bona conſtante matrimonio quæſita ſua eſſe dicat, merito contra creditores in concurſu hoc probare debet. *L. 1. C. de dot. caur. Ant. Faber in C. lib. 5. tit. 10. def. 1. n. 1. Gail. L. 2. obf. 81. n. 2. Carpz. P. 1. C. 28. def. 72. n. 3.* ſi vel maxime maritus in teſtamento confeſſionem feciſſet. *Carpzov. cit. l. def. 73. n. 2.* vel eandem juramento confirmaveſſet, *Carpz. ib. n. 5.* a qua tamen ſententia recedit *Gail. L. 2. Obf. 81. n. 7.* ſed a plerisque reprobat. *Grævæus L. 2. concl. 51. conſil. 1. n. 4. Fabr. ad Gail. cit. l.* Ex quo ſluit, (d) huic præſumptioni non tantum locum eſſe ad commodum mariti ejusque heredis, ſed etiam ad commodum ſingularis ſucceſſoris mariti, veluti ſi maritus rem conſtante matrimonio acquiſitam alienaveſſet, vel hypothecæ loco alii tradidiſſet, & poſtmodum uxor illam tanquam ad ſe pertinentem vindicaret; quod eo magis hic dicendum eſt, quia ordinarie, qui vindicat aliquam rem, dominium probare debet. *Menoch. cit. loc. n. 19. Conf. Berlich. Dec. 224. n. 22.* Denique (e) hanc præſumptionem adeo extendunt, ut etiam contra tertium poſſeſſorem proficiat, qui habet cauſam ab uxore, veluti, ſi uxor rem conſtante matrimonio acquiſitam alienaveſſet. *Gabr. cit. concl. 15. n. 10. Menoch. cit. l. 18.* ex hac ratione, quod nemo poſſit plus juris in alterum transferre, quam ipſe habet; jam vero mulier nullum jus habere videtur in iis rebus, quæ mari-

ri-

riti esse præsumuntur. Equidem obstare videtur, quod, qui vindicat rem a tertio possessore, dominium suum probare debeat; & quod pro omni possessore præsumtio sit, quod iuste possideat. Quemadmodum autem præsumtio pro possessore satis levis & generalis est, & fortiori elidi potest, & præterea actori tum demum domini probatio incumbit, nisi præsumtio juris, quæ hic adest, eum a probando liberet: ita facile hæc dubia sua sponte corruent. Debet itaque possessor dominium uxoris, a qua causam suam habet, probare, quem in finem ei, vel ejus heredibus, litem denunciare potest, ut veniant, eique assistant.

§. XX. Uxoris itaque est probare, bona Quomodostante matrimonio acquisita ad se pertinere, quod probare possitmodo fieri possit, plenius explicavit Mascard. uxor, rem con-*de Probat. Concluf. 214.* Hanc probationem variæ instruere stante matri-possunt præsumptiones pro uxore, quo pertinet, si satis monio acqui-constet, mulierem divitem marito inopi nupsisse, sitam ad seGabriel. pertinere?*cit. Concl. 15. n. 25.* cum enim maritus nulla bona haberit, præsumi nequit, constante matrimonio acquisita ex bonis mariti provenisse, quin, quod turpis quæstus *præsumtio hic plane locum habere nequeat, cum constet, eam aliunde pecuniam habuisse.* Ceterum si maritus quidem inops sit, sed tamen multa ex officio, quod gerit, administret, & tunc uxor acquirat res immobiles; gravior ratio dubitandi esse posset, an sic quoque censeatur ex bonis mariti acquisivisse? Certe si rationem *d. l. 51.* penitus considero, quæ ideo bona acquisita mariti esse vult, ne alias in uxorem turpis quæstus suspicio cadat, h. e. quod adulterio acquisiverit, vel pecuniam marito subtraxerit, non aliter judicare possum, quam quod hæc ad præsentem casum applicari

Contin. III.

Kk

non

non possint, cum enim satis opulenta sit, non potest præsumi, quod ex turpi quæstu eandem acquisiverit. Conf. Petr. Müller. *in not. ad Struv. Ex. 29. §. 56. lib. 2.* Refert huc etiam hanc causam Menoch. *cit. Præf. 51. n. 32.* si uxor sit industria, & vero similiter ex suis negotiationibus potuisset bona acquirere, quod ita cesset præsumtio turpis quæstus per se, & ita non necesse sit, ut credamus, uxorem ex bonis mariti acquisivisse, sed potius hoc in casu, quicquid acquirit, hoc sibi acquirere: veluti si uxor publice negotietur, & ita ex licita negotiatione quæstum faciat. Berl. *Dec. 224. n. 27.* Gabriel. *cit. Concl. 18. n. 12.* Sed vero ipsum nullo modo admittendum esse, constabit ex iis, quæ supra *sit. de rit. Nupt. de operis uxorum dixi.* Licet enim vel maxime ratio *d. l. 51.* huc applicari non possit, non tamen propterea statim uxor, quicquid ita acquirit, sibi acquirit, sed potius marito suo, cui tales operas debet, Carpzov. *P. 3. C. 23. Def. 9.* Petr. Heig. *P. 1. Qu. 29. n. 17.* Anton. Faber *in C. rit. de probat. Def. 41.* Mev. *ad Jus Lubecens. P. 2. tit. 2. Art. 12. n. 93. seqq.* Neque obstat, quod Menochius urget, quod scilicet uxor non teneatur ad artificiales operas; nam illud ipsum petit id, quod est in principio, & si vel maxime a marito non possit ad has cogi, tamen aliud dicendum, an, ubi semel aliquid suis operis industrialibus acquisivit, hoc non acquirat marito, de quo supra *cit. l.* Sic quoque dubium remanet circa illum casum, quod, quando uxor administravit bona alicujus, cessare debeat præsumtio, eandem acquisivisse ex bonis mariti, prout ex Alexandro tradit Menoch. *d. præf. 51. n. 39.* quod major præsumtio hic adsit, illam acquisivisse ex administratione, quam ex turpi quæstu. Sed cum ipse concedat, regulariter administratorem non præsumi, acquisivisse

viffe ex bonis administrandis, vid. *lib. 3. pras. 52.* non vi-
deo, cur non æque hoc ad mulierem applicari possit,
quæ stante præsumptione adhuc censetur acquisivisse
ex bonis mariti, & si præsumtio quædam capienda es-
set, quod potius ex industria circa administrationem ad-
hibita aliquid acquisivisset, tamen & hoc quoque mari-
to esset adjudicandum. Facilius tamen admittitur ille
casus, quem *Id. n. 36.* adducit, quando scil. pecunia a
consanguineo ad hoc mulieri data sit, ut scil. ea sibi ipsi
aliquid acquirat, quamvis cautelam illam pessimam
merito damnemus, qua quidam suadent, ut uxor sibi
curet fiste donari pecuniam, nam fraude detecta, ni-
hil operabitur hæc ficta donatio.

§. XXI. Quemadmodum vero hæc præsumtio
tantum operatur, ut uxori probatio incumbat, quod
illa, quæ constante matrimonio acquirat, ex propriis
bonis acquisiverit, effectum suum potissimum exerit
in petitorio, ita in possessorio uxor satis tuta est, neque
ob hanc præsumptionem statim expellenda a possessione
illarum rerum; quod contingere posset, si heres ex
testamento mariti impetrasset immissionem ex *l. f. G.
de Ed. D. Hædr. tollend.* & vigore hujus etiam prætende-
re vellet immissionem in acquisita ab uxore, quæ ta-
men in possessione earum est, & adhuc dubium, an
sint bona hereditaria, præsertim cum ne quidem talia
pro heredem aut pro possessore possideat, intuitu quo-
rum possessorum immissio potissimum suos effectus
habet. Menoch. *l. 3. Pras. 51. n. 44.* Marta in *Digest. no-
viss. Tom. 3. Tit. de nupt. cap. 68.*

§. XXII. Sequitur altera regula, quæ vult, ut
quicquid uxor constante matrimonio acquirat ex re ma-
riti, ad maritum pertinere debeat, cum enim *l. si. ff. de*

An in possesso-
rio hæc præ-
sumtio aliquid
operetur?

Quatenus ad
maritum ejus-
modi acquisita
pertineant?

don. int. V. & ux. præsumat, ex bonis viri id acquisitum esse, merito quoque hunc ipsum effectum hoc habebit, ut, si non possit uxor ostendere, unde tale quid acquisiverit, hoc mariti esse. Sec hæc ipsa conclusio indiget declaratione. Nam dux hic potissimum exsurgunt quæstiones: (1) an maritus sibi possit vindicare dominium earum rerum, quas uxor constante matrimonio emit; (2) an non maritus vel ejus heredes possint agere ad pretium repetendum. Prior quæstio omnino neganda est. Licet enim vel maxime (α) res talis ex pecunia mariti sit comparata, (ε) & alias regula vulgata sit, quicquid acquirit operis suis uxor, acquirit marito, nullo tamen modo inde maritus dominium prætere potest. Non ex priori ratione, quia pretium non succedit in locum rei: nec respiciendum, cujus pecunia res sit comparata, sed quis comparaverit *l. non unde 7. C. si serr. pet.* & emens rem, non censetur eam pro alio, quam pro se ipso emere *l. 3. C. si quis alt. vel sibi l. 25. §. 1. ff. de petit. hered.* multo minus ex posteriori ratione maritus vel ejus heredes jus quoddam prætere potest, uti voluisse videtur Modestinus Pistor. *Vol. 1. Conf. 1. n. 46. seqq.* & Hartmannus Hartmanni *l. 2. tit. 35. Obs. 10. n. 5.* quia hæc acquisitio proprie ad quæstum ex operis uxoris proveniente non pertinet, qualia quæ sint, demum marito acquiruntur, ut pariter supra dictum, atque hac ratione incaute Mynsing. *Obs. 92. n. 2. & 3.* hanc regulam hic applicuit. Altera quæstio sine dubio affirmanda est, hoc effectu, ut uxor vel heredes ejus teneantur restituere pretium, quem in finem marito actio personalis concedenda est. Alciat. *Tract. de Præsum. Reg. 3. Præf. 26. n. 14.* Berlich. *P. 2. Dec. 224. n. 32. seq.* Mantica *de tac. & amb. conv. l. 4. Tit. 22. n. 8.* Carpz. *P. 3. C. 25. Def. 11.*

in fin. nisi uxor probet, pecuniam sibi a marito donatam esse, & donatio morte mariti confirmata sit, l. 55. ff. de don. int. Vir. & ux. ibique Br.

TIT. II.

DE DIVORTIIS ET REPUDIIS.

§. I.

Divortiorum usus, si antiqua respiciamus tempora, Divortiorum usus frequens. ita frequenter apud plerasque gentes fuisse cernitur, ut fere Juris Gentium dici mereatur, quatenus Jus Gentium pro moribus earundem accipimus. Eundem jam apud antediluvianos observavit Seldenus *de jurat. juxta discip. Hebr. lib. 5. c. 9.* De Judæorum vero divortii attestantur S. literæ; vid. Buxtorff. integro *Tr. de Spons. & Divort.* & Seldenus *in uxore Hebraa.* B. Dn. Linck. *Dissert. de usu divort. Sect. 2.* Et Judæos hac in parte imitati sunt Muhammedani. Vid. Ant. Geufræus in *tr. de Turc. rebus & cerem. lib. 2.* Ægyptiorum mores non adeo ab his abhorrebant, ut eruditiores animadvertant, Judæos forsan morem hunc ab iisdem vidisse & didicisse. Vid. Buxtorff. *cit. loc. p. III.* Quin & Græcis familiaria erant. Alexand. ab Alex. *lib. 4. c. 8.* Joseph. Scaliger. *Animadvers. ad Euseb. n. 29.* Et denique de Romanorum moribus plenus est hic titulus, quibus adeo indulgebatur divortii, ut etiam bona gratia, vel ob levissimam causam, admittenda fuerint. l. 32. §. 10. *de donat. int. Vir. & ux.* Vid. A. Gellius *Noct. Att. lib. 4. c. 3.* & B. Linckius *cit. l. m. 4.* Petr. Greg. Tolofanus *lib. 9. Syntagm. c. 15.* Arnif. *de jure Connub. c. 6. Sect. 3.* Sed sicuti singularum Gentium jura circa divortia diversa deprehenduntur, ita etiam jura nostrorum temporum divortia

quidem non adeo in totum reprobant, retrinxerunt tamen, & sub certis tantum causis eadem admiserunt, quamvis non sine ingentibus Dd. diffensionibus, quæ sicuti in materiis matrimonialibus sæpe frequentes sunt, ita quoque circa causas divortiorum mirifice sese exferunt.

Divortium
quid?

§. II. Ostendit autem Divortii derivatio ipsa ejus intimam indolem: Divortium enim a *divertere* descendit, quod proprie secessionem a recta via facere significat, vel etiam *diversitatem mentium* denotat, ut aliqui aludunt. Barnab. Briffon. in *tr. de Verbor. signif. verb. divortium*. Quia itaque illi, qui divortium faciunt, matrimonii dissolutionem procurant, in jure etiam a se invicem divertere dicuntur, i. e. discedunt, vel in diversas partes abeunt, inter se quasi divisi. Kitzel. in *Synopsi Matrimon. cap. 8. theor. 2.* Gerhard. in *LL. Theol. de Conjug. §. 56.* Schneidew. *de Nupt. §. 4. n. 3.* Et ita de jure Romano divortium tollebat ipsum vinculum matrimoniale, quod effectus divortio annexi, ut & jura varia divortiorum, satis ostendunt, quæ explicat Henric. Brouwerus *de jure connubiorum c. 31.* Nec erat eo tempore cognita *separatio aliqua quoad thorum & mensam*, prout quidem postea ex principiis Juris Pontificii irrepsit, prout infra evincam. De Judæorum divortii non est quod dubitemus, nec ulla alia separatio videretur cognita fuisse. Cum vero hodie divortia *publica* fiant *auctoritate*, hinc mores Romanorum & Judæorum hactenus in eo non imitatur, adeoque hoc intuitu divortia sunt nihil aliud, quam *dissolutiones vinculi matrimonialis inter conjuges ad huc viventes, ex justa causa, publica Consistorii auctoritate facta.* Lauterbach *tit. de divort.* Brouwer. *de jure connub. c. ult. n. 2.* Kitzel. *Synopsi Matrimon. c. 8. tb. 2.* & Dd. *communiter ad tit. ff. de Divort.*

Jure Civili in-
cognita est se-
paratio quoad
thorum &
mensam.

§. III.

§. III. Dum itaque in praxi protestantium ad Divortium totalem dissolutionem vinculi conjugalis denotat. essentialiam divortii requirimus dissolutionem totalem vinculi conjugalis, eo ipso fortiter contradicimus Pontificiis, qui nullam talem dissolutionem in conceptu *divortii* admittunt, quod ex professo defendit Bellarminus *lib. 1. de matrimon. c. 10. seqq.* Contra quos tamen ex Nostratibus plurimi jam classicum cecinerunt, uti Beustius *de Matrim. P. 2. c. 16. 20. 23. seqq.* Scherzerus *in System. Theol. lib. 16. §. 18.* Schilter. *in not. ad Aurel. Augustin. libros de divort. conjug. ad Pollent.* Gerhardus *in Loc. Theol. de Conjug. §. 563. seqq.* Res interim salva est, & his constat fundamentis perspicuis. Fundamentalis locus est *Matth. V. 32.* ubi Salvator noster ita: *Ego vero dico vobis, quod omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœchari, & qui dimissam duxerit, mœchatur.* Conf. *Matth. XIX, 5.* De quo textu ut recte judicari possit, sciendum est, Christum ibi reprobasse Phariseorum interpretationes & Judæorum mores, qui divortia ex levioribus admittebant causis, & quia hæc controversia inter judæos erat insignis, dum nonnulli, Schammæanorum Sectam secuti, solam turpitudinem strictè dictam admittebant, alii vero Sectæ Hillelianae dediti, quamlibet causam justam reputabant; quæ sententiæ etiam populo admodum grata, imo fere recepta erat, teste Seldeno *in ux. Heb. 1. 3. c. 20. p. 329.* Christum tentare voluerunt Pharisei, *cit. cap. XIX.* ut animadverterent, cui nam parti inter dissentientes faveret. Ex quibus constat, Christum fuisse interrogatum de dissolutione matrimonii *quoad vinculum*, hæc enim tantum inter Judæos erat cognita, & sic etiam responsio Christi de *totali dissolutione* intelligenda, dum aperte libertatem divortiorum ad unam causam, *Adulterii* scilicet, restringit. Imo

Fundamenta
hujus senten-
tiæ.

Explicatio loci
Matth. V.

Imo si aliam admittamus interpretationem, dicendum foret, (quod tamen absurdum) Christum per verba *Ego vero dico vobis*, doctrinam suam non corruptelis & falsis interpretationibus Phariseorum, sed Mose opposuisse, quippe qui de *vera dissolutione* loquitur. Conf. Gerhard. *in locis Theol. de Conjug. §. 564.* Joh. Buxtorff. *de sponsal. & divort. p. 2: n. 5. p. 116.* Ziegler. *ad Lancellot. lib. 2. tit. 16. §. 9. verb. si alter conjugum.* Neque verba Christi, quæ *cit. loc.* adjunxit: *quæ Deus conjunxit, homo ne separet*, absolute sumenda, quasi totalis dissolutio vinculi matrimonialis eo ipso sit prohibita. Uti enim Christus non absolute fuit interrogatus, ita etiam nec absolute respondit, neque his verbis totam decisionem quæstionis contineri voluit, quod ex ulteriori ejusdem declaratione apparet. Buxtorff. *cit. loc.* Idem clarissime ex rationibus decidendi patet, quæ in hac controversia a Christo *Marth. XIX.* adducuntur, ubi provocat ad primævam conjugii institutionem, secundum quam matrimonium deberet esse indissolubile, adeoque inde infert, ex lege morali omne matrimonium esse indissolubile; ab hac tamen generali prohibitione excipiendam esse causam *adulterii*, quod directo cum natura conjugii pugnaret. Exceptio itaque de *totali dissolutione* est intelligenda, quia Regula a Christo proposita loquitur de *indissolubilitate vinculi matrimonialis.* Conf. Gerhard. *cit. loc.* Quin quod Salvator, secundum primævam illam institutionem totam hanc controversiam decidens, illum demum adulterium committere pronunciet, qui divortium ex causa non approbata faciens aliam duxerit. Ex quo firmiter inferri potest, illum adulterii reum non esse, qui ex causa probata repudiando uxorem aliam duxerit. Vid. Lightfoot. *Hor. Hebr. in Marth.*

Matth. c. 5. & c. 19. p. 278. illustris Dn. Thomaf. diff. de crimin. Bigam. §. 40.

§. IV. Hisce iisdem fundamentis Paulus *1 Cor. VII, 10.* innititur, dum controversiam: *utrum fidelis cum infideli secure & salva conscientia possit in matrimonio subsistere?* decidit. Probatur ulterius sententia ex *1 Cor. VII, 10.* Provocat enim ibi ad Salvatoris nostri decisionem, uxorem a viro discedere non debere propter indissolubilitatem a Christo tantopere contra Pharisæos defensam, licet vel maxime disparitas religionis adsit, modo infidelis cum ea cohabitare consentiat. Adeoque hic tantum regulam a Christo datam confirmat, non excludens propterea exceptionem, B. Dn. Linckius *de usu divort. sect. 4. m. 4.* sed potius subintelligens. B. Gerhard. *cit. loc. p. 570.* Id quod innuunt ipsa verba Pauli, dum pergit *1 Cor. VII, 15. Quod si infidelis discedit, discedat, non enim servituti subiectus est frater aut soror in bujusmodi casu.* Si enim persona deserta libera est a lege viri desertoris, potest salva conscientia alii nubere, ut non adulterium committat, atqui ita ratio decidendi ipsius Pauli ipsam supponit exceptionem Christi, *Matth. V.* declarantem. Conf. B. Gerhard. *4. c. p. 570.* Neque vero Paulus hic contrariatur Christo, dum etiam desertionem malitiosam pro legitima causa divortii pleni adstruit, ceu Theologi nostri & Jcti jam dudum evicerunt. Conf. Buxtorff. *de spons. & divort. p. 2. n. 9. p. 126.* B. Dn. Brunnemann. *de Jur. Eccl. l. 2. c. 17. §. 26. ibique not. Gerh. c. l. §. 624.* Brouwerus *de Jur. connub. l. 2. c. 18. n. 12.*

§. V. Hæc quoque doctrina non abhorret a Consensus primitivæ Ecclesiæ, quod probat Tertullianus *libr. de Monog. c. 9.* verba Christi repetens, hoc modo: *Quoniam qui dimiserit uxorem suam, præterquam ex* Consensus primitivæ Ecclesiæ cum nostra sententia.

Contin. III.

Ll

causa

causa adulterii, facit eam adulterari. Conf. Dn Schilter. *Histor. Jur. circa dogma Ecclesiæ de dissolut. Matrim. quoad vinculum. §. 6. & seqq.* Imo & Justinus Martyr in *Apolo-
gia pro Christianis* recenset, uxorem christianam pietatis causa marito infideli & flagitioso repudium misisse adeoque divortium fecisse. Nec ipse Gratianus dissimulare hoc potuit, quum in *C. Quædam, 19. caus. 32. qu. 7.* ita inquit: *Quædam cum fratre viri sui dormierit; decretum est, ut adulteri nunquam conjugio copulentur. Illi vero, cujus uxor stuprata est, licita conjugia non negentur; quod idem quoque ex Concilio Triburienfi confirmatur can. 24. caus. 32. qu. 7.*

Qua occasione
coeperit de hac
doctrina dubi-
tari?

§. VI. Cœpit vero temporibus subsequentibus de hac doctrina dubitari, præsertim cum Augustinus in *Comment. ad Matthæum V.* hanc quæstionem reassumisset, pernegans illam exceptionem regulæ quoad dissolutionem matrimonialis vinculi, & potestatem alteri nubendi, quæ tamen opinio non ubique approbata fuit, declarante Schiltero *c. 1. §. 13. & 14.* Quo facit decretum Pontificis Zachariæ, adductum a Gratiano, *can. 23. cas. 32. qu. 7.* ubi ita pronunciat. *Concubuiſti cum ſorore uxoris tuæ? Si feciſti, neutram habeas: & ſi illa, quæ uxor tua fuerit, conſcia ſceleris non fuit, ſi ſe continere non vult, nubat in Domino, cui velit.* Add. Linckius de *Uſu divort. Sect. 3. Membr. 7.* Semel tamen in dubium vocata iſta doctrina ſenſim atque ſenſim progreſſus fecit, ita ut in Concilio Foro-Julienſi *ſub fin. ſeculi VIII. can. 10.* libertas nubendi etiam poſt reſolutum ex fornicationis cauſa matrimonium fuerit reſtriſta, ſc. ut vivente adultero ſecundæ nuptiæ minus licitæ judicaretur, quod & in Concilio Nannetenſi confirmatum fuit. Conf. Gonzalez-Tellez in *not. ad c. 1. de divort.* Et quum denique inter

inter Pontificios falsa illa hypothesis, quod matrimonium sit sacramentum, stabiliretur, accedente publica conciliorum approbatione, tandem sublata est penitus omnis divortiorum libertas *quoad vinculum* absque distinctione; cui sententiæ ut colorem adderent, provocarunt ad verba ipsius Salvatoris: *Quos Deus conjunxit, homo ne separet.* Quibus etiam adhuc accessit approbatio Concilii Tridentini, *Sess. 24. de matrimon. cap. 7.* quod anathema dixit iis, qui asserunt ecclesiam errare, quando docet, propter alterius adulterium matrimonii vinculum non posse dissolvi. Fuerunt tamen hac in re cauti admodum Patres Concilii Tridentini, quod non simpliciter anathema dicere voluerunt iis, qui contrarium statuunt, ob rationem, quam fusius recenset *Suavis Histor. Trident. lib. 8. & ex eo Ziegler. ad Lancell. lib. 2. t. 16. f. 9.*

Sublata divortiorum libertas apud Pontificios.

§. VII. Quamquam vero hæc duo fulcra Pontificiorum satis inania sint, cum hætenus non evictum, matrimonium esse sacramentum, vid. *Ziegl. ad Lancell. lib. 2. tit. 2. §. 1. p. 301.* & assertum Christi solum respiciat controversiam de libertate divortiorum *ex injusta causa*, id quod ipse contextus innuit. Vid. *Buxtorff. cit. loc. p. 116. & seq.* inde tamen originem sumit *separatio quoad thorum & mensam*, quæ apud Pontificios tunc adhibetur, ubi Christus divortium plenum concesserat. Sicuti vero non inique Lutherus *Tom. V. Jenens. Germ. fol. 252.* hanc separationem inane animorum spectrum, *ein nichts, ja ein lauter Gespenst*, dixit, quatenus a Pontificiis admittitur, revera contradictionem contineat; ita in nostris Ecclesiis post reformationem merito doctrina Christi de divortio pleno *quoad vinculum* restituta est; remansit tamen certis in causis

Pontificiorum sententia de divortio inanis.

Separatio quoad thorum & mensam quomodo retenta?

separatio quoad thorum & mensam, & contra Pontificios defensa, ita, ut jam communiter divortium in totale & parziale dividatur. Retinetur videlicet separatio illa hunc maxime in finem, ut sit medium temporale, quo vel majora inter conjuges evitantur mala, vel adiguntur, ut tandem in gratiam redeant. Vid. not. ad Brunnem. J. E. lib. 2. c. 17. §. 31. Linckius cit. loc. Sect. 5. memb. 6. Brouwer. de Jure Connub. lib. 1. cap. 29. Schilter. in instit. Jur. Can. lib. 2. tit. 12. §. 10. Carpz. P. Decis. 180. num. 5. & seq. Joh. Georg. Nicolai de divort. & repud. P. 2. c. 5. num. 5. Richter. Consil. 515. V. II.

Differentia divortii & separationis quoad thorum & mensam.

§. II. Differentiæ utriusque divortii, in primis in causis ejusdem, attenduntur: Aliæ enim sunt causæ divortii *totalis*, aliæ *partialis*. Causæ divortii *totalis* ut plurimum tantum duæ adstruuntur: Nimirum *adulterium & desertio malitiosa*. Kitzel. in *Synopsi de Matrimon. cap. 8. theor. 4.* Nicolai de *Divort. part. 2. c. 1. num. 24.* Carpzov. in *Jurispr. Consistor. lib. 2. tit. 11. def. 203. & seqq.* Non tamen desunt, qui plures alias æque graves admittunt, quas longa serie recenset Bruckner in *Decis. Matrimon. c. 16. n. 7.* quibus addi potest Joh. Miltonus *peccal. lib. de divort.* qui, domestica fortassis calamitate irritatus, ut judicat Pufendorffius de *Jure Nat. & Gent. lib. 6. c. 1. §. 24.* asserere conatur, etiam per principia religionis Christianæ mores intolerabiles, disparitatem & renitentiam animorum inter conjuges, esse justam divortii causam, qua in sententia etiam fuit Dn. Renne-
mannus in *Jurisprud. R. G. membr. 1. disput. 42. th. 36. lit. e. d.* cujus verba integra adduxit B. Dn. Struvius *Exercitat. 30. thes. 41.*

Utrum ob infidias vitæ struclæ tota-

§. IX. Ut de hac quæstione eo rectius constet & simul appareat, quatenus in consistoriis nostris divortii indul-

indulgeri debeat, principalem controversiam hic ante ^{le divortium} omnia excutiendam esse judico, quæ de aliis facilius ^{admittatur?} judicandi aditum parabit. Quæstio scilicet hodie sæpe in consistoriis nostris hæc movetur: Annon etiam infidiæ vitæ alterius conjugis structæ justam causam præbeant pro dissolvendo *vinculo* matrimoniali? Ubi, si Dd. evolvo, deprehendo, plerosque id negare, & tantum separationi quoad thorum & mensam locum facere. Vid. Dn. Linckius *de Usu divort. sect. 5. memb. d. Carpz. Jurisprud. Consist. lib. 2. def. 217. n. 2. Beust. part. 2. de Matrim. cap. 9. Wamefius Consil. jur. Pontif. 549. n. 9. & seq. Brouwer. de Jure Connub. lib. 2. c. 29. n. 11. Arnif. de jure connub. cap. 6. sect. 10. n. 26. & seqq. Joh. Georg. Nicolai de divort cap. 5. n. 30. & 31. Gerhard. in loc. Theol. de Conjug. §. 683. Dedeckenn. Vol. 3. Consil. lib. 4. Sect. 2. & Sect. 8. num. 3. 4. 5. Richter. Vol. 1. part. 5. consil. 17. n. 19. Schilter. in Respons. Argentor sub n. 81. B. Dn. Ziegler. ad Lancell. lib. 2. tit. 16. §. 9. verb. thori tantum fiat separatio &c. Conf. præjudicia Consistorii Hennebergensis apud Dn. Brucknerum in Decision. Matrimon. c. 25. n. 9.*

§. X. Fundamenta hujus sententiæ communis adeo apud plerosque applausum meruerunt, ut vix illa ^{Rationes dubitandi.} in dubium vocata fuerint, ex quo factum est, ut Doctores non adeo solliciti fuerint in compilandis multis argumentis, hanc sententiam confirmantibus, ceu ordinarie fieri solet, quoties adversarii non adsunt. Rationes itaque magis ex mente eorum, quam verbis proferre licebit, ut etiam intactum nihil relinquatur, quod ab adversariis probabiliter pro hac sententia afferri posse visum fuerit. Et quidem (1) illa ab omnibus statim afferri solet ratio, quod Christus nullam ^{1) quod tantum duæ sint causæ divortii pleni.} aliã divortii causam, præter adulterium, admisserit, ^{Matth.}

Matth. 5. sicuti itaque exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: ita eodem modo dicendum videtur, hic regulæ a Christo contra Phariseos defensæ standum, quum insidiæ vitæ structæ a Christo non fuerint exceptæ a regula. Accedit, quod Christus videatur loqui *exclusive* in excipiendo adulterio, ita ut ejus sensus in hæc duo membra commode dissolvi posse videatur: 1) Matrimonium est indissolubile, nec 2) quævis causa ad id dissolvendum admittitur, sed tantum adulterium. Quicquid itaque non est adulterium, illud non solvit vinculum conjugii: Atqui insidiæ vitæ structæ non habent rationem adulterii: E. Conf. Mentzer. *Tom. 4. Disp. Marburg. disp. 15. tb. 99. seqq.* ubi particulas illas, quæ in Græco textu habentur, *παρετός κ, ει μη*, esse exclusivas, ex aliis parallelis locis Scripturæ S. ostendit, quam sententiam etiam probat Gerh. *in loc. Theol. de Conjug. §. 564.* & Critici communiter ad locum Christi *Matth. V, 32. & XIX, 9.*

2) Quod in adulterio fit ratio specialia.

§. XI. Porro (II) exceptionem hanc unicum fundari in natura ipsius conjugii asserunt, quæ proinde non commode ad alias posse extendi causas videtur. Ideo enim causam adulterii a generali prohibitione divortii exceptam fuisse contendit Gerh. *cit. l. quod conjuges ex primæva Dei institutione sint una caro, Gen. II, 24. Matth. XIX, 6.* Sed uxor, quæ fornicatur, fit una caro cum adultero, maritus, qui fornicatur, fit una caro cum scorto, uti Paulus philosophatur *1 Cor. VIII, 16.* Ergo hic specialis ratio esse videtur, quod non amplius maneat vinculum unitatis conjugalis, sed nefarie per adulterium dirumpatur, adeoque adultera hoc modo repudietur. Inde jam inferunt quoque DD. hoc casu dissolvi *ipso jure* matrimonium, non exclusâ tamen de.

declaratoria judiciali sententia, quia ante omnia constare debet de veritate perpetrati criminis, nisi ipsum delictum sit notorium. Carpz. *Jurispr. Confist. lib. 3. tit. 5. def. 69.* Nicolat *de divort. & repud. p. 2. c. 1. n. 65. seqq.* Cum itaque adulterium tollat ipsum fundamentum matrimonii, juxta Carpz. *cit. l. n. 10.* & sic specialem rationem habeat, non videtur idem dici posse de infidiis vitæ alterius conjugis structis, nam & sic censetur nihilominus adhuc durare vinculum conjugale; quum fundamentum matrimonii, quod in fide non quavis, sed *conjugali*, & ad finem matrimonii præscriptum tendente consistit, non tollatur.

§. XII. Et hæc sententia (III) videtur menti ipsius Christi satis congrua. Cum enim ipsi controversia ^{causa videtur ab ipso Christo exclusæ.} tunc temporis valde interjudæos agitata proponeretur, & Pharisei in duplici errore circa divortiorum doctrinam hærent, (1) quod divortium in lege Mosis esset præceptum, (2) quod ex lege Mosis illud permitteretur ob quascunque causas: Christus hæc quoque duo membra tangit, & quoad prius membrum respondet, Mosen divortia concessisse propter *Σκληροκαρδιαν eorum*, non vero præcepisse, quin potius tantum indulgisse, ceu pluribus declarat Buxtorff. *de spons. & divort. p. 2. §. 3. seqq.* Ad alterum membrum respondet, non esse divortium concedendum ob quascunque causas, sed tantum ob adulterium. Hinc inferunt dissentientes: Si Christus voluisset, ut etiam infidiæ vitæ structæ essent justa causa dissolvendi matrimonium quoad vinculum, procul dubio id quoque expressisset, cum tamen tantummodo exclusit causam adulterii. Dum itaque Christus ad quæstionem: *Licetne homini dimittere uxorem suam quavis ex causa?* simpliciter negati-

gative respondit & solum adulterium excepit; fortiter contradicere voluit Phariseis, qui admittebant etiam sine omni dubio divortia ob insidias vitæ structas, quum ob leviores ea admiserint. Ex quo probabiliter inferitur, Christum etiam hanc causam excludere voluisse.

§. XIII. Ex quo ulterius (IV) inferunt, quia Christus, Mosen explicans, ostendit, nullum præceptum divortii proprie dicti occurrere, sed tantum legis indulgentiam & licentiam; hæc vero, quum ob *Συληροκαρδιαν* demum sit indulta Judæis, h. e. ut explicat Buxtorffius *de divortiiis & sponsal. cit. l. p. 120.* ob pertinaciam, contumacem obstinationem, & inflexibilem Judæorum duritiem, hinc merito fundamentum hujus licentiæ omnino esse odiosum, & Deo non adeo probabile. Quemadmodum itaque ceu ex regulis bonæ interpretationis constat, odiosorum stricta est facienda interpretatio, adeo, ut extensio de casu ad casum non sit admitenda, ob *c. odia, 15. de R. J. in 6.* ita & hic dicendum videtur, omnem excludi debere extensionem. Neque enim sub causa adulterii necessario continentur insidiæ vitæ structæ, sed potius, si has pro causa sufficienti admittere velimus, opus videtur interpretatione extensiva, quæ tamen in hac materia exulat.

§) Quod nec Paulus hujus causæ fecerit mentionem, & probabiliter illam excluderit.

§. XIV. Non leve quoque (V) præsidium pro sententia hac constituit, quod Paulus Christum explicans *1 Cor. VII, 10. seqq.* non faciat mentionem hujus exceptionis, sed simpliciter asserat: *iis, qui matrimonio juncti sunt, præcipio, non ego, sed Dominus, uxorem a viro non discedere*, adeoque itidem scopus Pauli est, coercere libertatem divortiorum. Quin imo cum addat, religionis disparitatem nequidem solvere matrimonium, quæ tamen tunc temporis, ubi Christiani in odio omnium ingen-

ingenti erant, valde animos hominum a se invicem abalienabat, videtur dicendum idem de insidiis vitæ structis, quæ itidem ab alienationem animorum quidem inferunt, sed tamen ex Pauli doctrina hæc non videtur esse sufficiens causa pro dissolvendo quoad vinculum matrimonio. Accedit, quod Paulus quidem malitiosam desertionem ibi admittat, & parti innocenti facultatem tribuat aliud matrimonium contrahendi, quæ tamen non reprehenditur in insidiis vitæ structis. Nam illa demum fit, quoties vel localiter alter conjugum alterum malitiose deserit, vel debitum conjugale pertinaciter denegat, quo casu demum licitum est divortium. Gerh. de Conj. §. 624. Havem. Gamol. lib. 3. tit. 7. §. 3. conf. tr. de diff. spons. sect. V. §. 8. Tales vero desertiones in insidiis vitæ structis non reprehenduntur, nec per se eis annexa est malitiosa desertio, præsertim cum in tali casu soleant homines, ne suspicio insidiarum oriatur, dissimulationibus uti, & aliud agere, aliud vero mente concipere. Potest itaque casus dari, ubi insidiæ vitæ alterius conjugis struuntur, ut tamen nulla subsit desertio malitiosa. Et denique si quoque adsit talis desertio, fiet divortium, ob causam concurrentem, non ob insidias vitæ structas. Unde etiam negat Gerh. de conj. §. 361. lævitiam æquiparari posse desertioni.

Non videtur desertioni malitiose æquiparari posse insidiæ vitæ structæ.

§. XV. Illud quoque consideratione dignum esse judicant, quod (VI.) Christus *Mattb. XIX.* provocet ad primævam institutionem, addens rationem: *Quos Deus conjunxit, homo ne separet.* Unde inferunt, in dubio magis pro matrimonio conservando, quam eo dissolvendo esse pronuntiandum, præsertim cum in hac materia occurrant, plura dubia, nec Christi nec Apostolorum hac de voluntas satis liquida sit. In dubio au-

6) ex ratione Christi: quos Deus conjunxit, homo non separet.

Contin. III.

M m

tem

tem dicunt, securiorem viam esse eligendam. Unde Gisbertus Voëtius *Polit. Eccl. p. 1. lib. 3. tr. 1. sect. 3. c. 3. q. 10.* maluit in quæstione hac ἐπιχειρῆναι, quam aliquid determinare. Accedit, quod matrimonium in *c. f. X. de sent. & rejudic.* ad causas favorabiles referatur, adeoque in dubio pro ejus conservatione pronunciandum sit, uti communiter ex hoc textu inferunt Canonistæ. Conf. Brückn. *decis. matrim. c. 19. §. 45.* Paul. Cypræus *de jure connub. P. 1. de Sponsal. c. 4. §. 14.* Beust. *de Spons. P. 1. c. 9.* Kitzel. *Synops. de matrim. c. 4. theor. 9. lit. b.* Engel. *in Colleg. jur. Can. ad tit. qui matrim. accus. poss. n. 9.*

7) Quod matrimonium representet unionem Christi cum Ecclesia.

§. XVI. Sat speciose quoque (VII) pro hac sententia pugnat mystica illa repræsentatio unionis Christi cum ecclesia, quæ in matrimonio latitare creditur. *Epb. V. 24.* Equidem Pontificiorum ineptias de sacramento matrimonii hic intactas relinquo; vid. interim Brouwer. *de jure connub. lib. 1. c. 9. n. 345.* Gerh. *Lac. Theol. de Conjug. §. 16. §§.* cum solummodo mihi res sit cum nostratibus, eorumque hypothësis, quibus neutiquam hæc Pontificiorum sententia accenseri potest. Interim ex hoc typo idem non raro inducere solent, quod pontificii ex hypothësi sua de sacramento matrimonii inferunt. Neque tantum in N. T. in matrimonio latitare videtur mysterium illud unionis Christi cum Ecclesia, cum illud jam in V. T. Prophetis & Patriarchis innotuerit, quod vel Salomon ostendit, ex professo scribens epithalamium de nuptiis inter Christum & ecclesiam. vid. Chemn. *in Exam. Concil. Trid. inc. 1. de matrim.* Id ipsum quoque evidens est ex *Jerem. III. 9. Revertimini, inquit, filii adversantes, dicitum Jehova, nam ego conjugio junctus sum vobis.* Conf. *Hof. II, 19. & Ezech. XVI. per ros.* Ex quo jam inferunt, dupli-

plicem matrimonium involvere respectum: *spiritualem*, quatenus sub matrimonio inumbratur unio illa indissolubilis Christi cum ecclesia. (2) *Civilem*, quatenus denotat societatem maris & foeminae liberorum procreandorum causa institutam. conf. Gerh. *loc. cit. §. 33.* Audiamus Carpzovium in *Jurispr. consist. lib. 2. def. 21. n. 7.* ubi ita: *Matrimonium non est contractus tantum civilis, sed res conscientia, & tale negotium, cui character spiritualis est impressus, quippe foedus matrimonii sanctissimum non tam a contrahentium consensu, quam DEI auctoritate & voluntate dependet.* Ex hiis suppositis jam probabiliter inferri potest, neque in nostro casu dissolutioni quoad vinculum locum esse posse, propter arctissimum illum nexum, qui in matrimonio latitat, & propter respectum illum spirituale, quem omne matrimonium præ se fert. Inde rursus Carpz., *cit. l. n. 8.* ait: *Est matrimonium de causis spiritualibus, sive ecclesiasticis, de quibus vere ait Pontifex, ea, quæ spiritualia sunt, & conscientiam concernunt, facilius construuntur quam destruuntur, in c. inter corporalia, 2. X. de transl. Episcop.*

§. XVII. Ex hac hypothese fluere videtur, quod **matrimonium sit juris divini, & contineat foedus divinum, uti loquitur Tarnov. de conjug. lib. 1. c. 86. qu. 3.** id quod rursus novum (VIII) argumentum contra *rationalem* quoad vinculum *dissolutionem* in casu præsentis constituere videtur. Quam assertionem desumere solent ex *Prov. II, 17. Mulach. II, 14.* Dum enim Deus sit autor conjugii, & benedictione sua in prima institutione confirmavit, adeoque ab arbitrio humano ejus vinculum non dependeat; iniquissimum videtur, divellere illud vinculum ob causam a Deo nullibi approbatam, qualis est casus infidiarum vitæ structarum,

Mm 2

cum

8) Quod matrimonium sit foedus divinum.

cum tamen fœdus matrimonii sit sanctissimum, quod non a contrahentium, sed a Dei autoritate dependet, ut loquitur, *Cypr. de Spons. c. 13. §. 11. n. 2.* Quæ si suppōnamus, firma adversus dissolutionem totalem potest inde elici conclusio. Alioquin enim in alterius arbitrio positum esse videtur, delicto suo se eximere ab obligatione matrimoniali. Quid enim facilius foret, quam fingere insidias, vitæ alterius conjugis struendas, & ita innocentem conjugem irritate, ut ad totalem dissolutionem agat, id quod alter forsan unice intendit. Ex quo tamen conjugale vinculum in ludibrium quoddam facile converti posset.

9) Quod nocens eo ipso finem per insidias intentum consequatur.

§. XIX. Ex quo jam novum (IX) contra dissolutionem videtur deduci posse argumentum. Videlicet, qui sui conjugis vitæ insidias struit, ejus est intentionis, ut ab ipso liberetur, nec ita ulterius cum eo cohabitare teneatur. Jam vero si asseramus, ob insidias vitæ structas posse a parte innocente peti totalem dissolutionem vinculi conjugalis, favore afficitur singulari ille, qui odium meruit, imo per indirectum finem intentum assequitur, & sic ex suo delicto meliorem suam conditionem facere videtur, quod principiis juris adversatur, *l. 134. §. 11. R. I.* Ne itaque liberetur ab onere alendi uxorem & aliis oneribus matrimonialibus ferendis, congruentius principiis juris videtur esse, unice hic concedere separationem quoad thorum & mensam. Quo ipso simul uxori innocenti satis consultum erit.

10) In quem finem maxime apud nos retenta separatio quoad thorum & mensam.

§. XIX. Speciem quoque (X) huic sententiæ affert, quod in nostris ecclesiis, uti supra monitum, imprimis ob hunc finem retenta sit separatio quoad thorum & mensam, ut matrimonium saltem ad certum tempus suspendatur, animorum reconciliatio obtineatur,

atur, & majora mala, homicidium, aliaque incommoda quam plurima, quæ exinde metuuntur, inter conjuges impediuntur, salvo interim & illæso manente vinculo conjugali. *Carpz. p. 2. def. 180. Brouwer. de jur. connub. l. 1. c. 29. Nic. de divort. c. 5. n. 5. Schurff. cent. 7. conf. 42. Havem. in Gamol. l. 3. tit. 10. §. 3. Bruckn. in dec. matrim. c. 25. n. 6.* Hinc etiam communiter a Dd. potissima ratio retentæ separationis quoad thorum & mensam constituitur nimia sævitia mariti, h. e. si ultra modum in uxorem sæviat, vel etiam mortem aut verbera atrocia (mit Arm u. Bein entzwey schlagen) uxori minetur, *Bruckn. cit. l. n. 15. Nic. cit. l. n. 24. Ziegl. ad Lancell. lib. 2. tit. 16. §. 18. & fufius Brouwer. de jur. connub. l. 2. c. 29. n. 11. sqq. & alii plures, quos allegat Kitzel. Synopsi de matrim. c. 8. rb. 6. lit. e.* qui omnes concludunt, hoc in casu non plenum divortium, sed tantum separationem quoad thorum & mensam locum habere. Jam vero sine dubio ad illam sævitiam graviolem pertinent insidiæ vitæ alterius structæ, & in his quoque obtinetur finis, propter quem separatio in nostris est retenta Ecclesiis. Et huc spectare videtur responsum, quod a Schiltero *in Argent. resp. sub num LXXXI.* adductum est, id quod illustrationis gratia integrum hic referre lubet :

Anna Margaretha E. contra M. Joh. B.

Illæ bittet separationem quoad thorum & mensam, weilien Responsum de
 er sie nicht allein an ihren Ehren öfter angegriffen, und eine ieder- separatione
 mans Hure gescholten, sondern auch unterschiedlich mahl ohn Ur- quoad thorum
 sach so grausamlich geschlagen, daß sie sich bey andern ehrlichen & mensam ex
 Leuten nicht dörrffen sehen lassen: bey nächtlicher Weil kein Licht capite sævitia
 mit sich in der Schlaf-Kammer dulden wollen, ein Messer mit sich & furbris.
 in das Ehe-Bette genommen, ihr mehrmalen im Schlaf nach der son-
 Gurgel gegriffen, und auf kein Zusprechen weder Geist- und Welt-
 lichen sich bessern wollen, auch von seinem furore nicht bestrepet,

M m 3

sondern allein sein: dilucida intervalla habe. Er ist der Beschuldigung nicht abredig, vermeynet aber mit Einwendung ein und andern liederlichen exculation selbig zu vertheidigen. Daß sie ihm aber zu geklagten übeln Tractament Ursach gegeben habe, ist für ein nicht vermuthlich, quia delicta non præsumuntur. Sie hat fürs andere mit ihrem ersten Herrn eine solch friedliche Ehe besessen, daß die geringste Klage wider sie niemalen vorkommen etc. Wann dann nun ehrliche Matronen, die sonderlich eine vernünftige, ruhige, und gute Ehe vorhin besessen, weder dergleichen Ehren-Verletzungen, noch tyrannische Schläge vertragen können, sondern ihnen in gemeinen Rechten hiebevot erlaubt gewesen, sich der gänglichen Scheidung hierwider zu bedienen, quia verbera ingenius aliena sunt l. 8. §. 2. & 3. C. de repudiis. Et si cum flagellis aut fustibus fiunt, injuriola sunt, Novell. 17. c. 14. ibique Gotthofredus. Heutiges Tages aber vielmehr die Separationem quoad thorum & mensam begehren können c. 8. §. 13. X. de restit. spol. c. de benedict. 5. c. 32. qu. 1. Barbof. Thef. pract. l. 6. Sævicia, ax. 1. quia sævicia æquiparatur desertioni. d. ax. 1. Und einer ieden Christlichen Obrigkeit von Amtswegen obgelegen, sorgfältig zu verhüten, daß keine machinationes und gefährliche Nachstellungen, so irgend an das Leben zwischen Eheleuten verübet werden, l. ult. in fin. C. de futuris G. Everhard. 2. conf. 32. num. 35. vorgehen mögen. Al'o halte dafür, daß keine verübte Schmähung, sævicia, machinatio und Unrichtigkeit des Verstandes gnugsame Ursachen seyn, ihr mit begehrtter Ehescheidung zu Tisch und Bett zu willfahren: bevorab weil keine Besserung bey ihm wegen seines übermachten Hochmuths zu hoffen, nachdem er auch zu Speyer bey seinem Rectorat-Dienst nicht verbleiben können: vielweniger cautionem de non offendendo zu præstiren vermag, oder Klägerin derselben trauen darf.

SENTENTIA.

In Ehe-Sachen Anna Margaretha E. Klägerin, an einem, wider ihren Ehemann, M. Johann B. Beklagten, am andern Theil, ist auf erhobene Klage und angezogene inquisition, auch
 libri

übrigen Bor- und Einbringen nach mit Urtheil zu Recht erkannt, daß Klägerin dem Beklagten zu Tisch und Bett ferner ehelich bewohnen, um vorgebrachter, und in der Geschichte erfundener erheblicher motiven willen, nicht schuldig, sondern von ihm zu separiren seye, als wir sie beede dann auch hiemit durch unsern Richterlichen Spruch besagter massen von einander scheiden Publ.d.3. Dec. 1662.

§. XX. Quidam, inter quos etiam est Arnisæus 11) Quod in-
de jur. connub. c. 6. §. 10. p. 324. & Kitzel. *Synops. matrim. c. 8.*
lib. 3. lit. g. ad naturam hujus delicti respicientes inde no- fidiaz non pos-
 vum argumentum (XI) pro sua sententia constituunt. sunt referri ad
 Distinguendum enim putant inter delicta directo illa delicta,
 ipsum vinculum conjugale tangentia, & inter delicta quæ vinculum
 diversi generis. Illorum delictorum duo tantum ad- connubiale læ-
 mittunt, scil. *adulterium* & *malitiosam desertionem*, & hæc dunt.
 demum solvere matrimonium credunt, quia directo
 delicta talia fidei matrimoniali vim inferunt, quæ ta-
 men ratio in aliis quibuscunque delictis cessare vide-
 tur. Ex quo inferunt, neque furtum, neque homici-
 dium, neque plagium aliudve crimen, quod matrimo-
 nii substantiæ non repugnat, sufficientem causam esse,
 ut matrimonii vinculum intercidatur. Vid. *c. quasi. 2.*
X de divort. Brouw. de jur. connub. l. 2. c. ult. n. 22. Nic. *de*
divort. P. 2. c. 1. n. 25. Carpzov. *Jurispr. consist. lib. 2. def.*
203. Gerhard. *de conjug. §. 682.* Beust. *de jur. connub. p.*
2. de matrim. c. 13. Respons. Argent. a Dn. Schiltero
 edita, *Resp. LXXI.*

§. XXI. Non parum quoque stringere videtur 12) Quod alie
 (XII) illa ratio, quod nunquam ad totale divortium mediis immi-
 deveniendum, quoties adhuc alia remedia sufficientia nenti malo
 superant, quibus imminens conjugum malum averti succurri possit.
 possit. Jam autem si probatum fuerit, structas esse
 insidias vitæ, judex cautionem de non offendendo ul-
 te.

terius uxorem exigere debet & solet, ut eo ipso facilius obtineatur reconciliatio a parte uxoris, sævitiam ulteriorem a parte mariti metuentis. Ex quo concludi potest, ne quidem statim ad separationem quoad thorum & mensam hoc casu procedi posse, quoties per talem cautionem securam fieri potest mulier. vid. Carpz. *cit. loc. def. 218. n. 12.* quo & directo tendunt decreta a Carpzovio subiecta, hisque verbis concepta sunt: **Daß Klägerin ihrem Ehemann, ehe und zuvor Er ihre gnugsamen Vorstand, sie NB. an ihrem Leib, und Leben nicht mehr zu gefährden, und mit nothdürftigem Unterhalt zu versorgen, bestellet, beyzuwohnen nicht schuldig.** Imo & illud quoque ulterius patet inde, quod etiam aliquando admitti possit cautio juratoria, si uxor huic fidere velit, uti iudicat Carpz. *c. l. def. 219. n. 5.* quo casu iterum iuramentum ad hunc casum, de quo hic ago, dirigi solet his verbis; **Ich N.N. schwere htemit einen Eyd zu Gott, daß ich hinsüro mein Weib N. an ihrem Leib und Leben nicht beschädigen noch gefährden wolle, als mir Gott helffe, durch Jesum Christum unsern HErrn. conf. Dedekenn. in consil. zbeol. vol. 3, lib. 4, sect. 2, Beust. de matrim. p. 2. cap. 9. Nic. de div. p. 2. c. 4. n. 41.** Dum itaque per cautionem talem sufficienter securitati alterius conjugis prospici potest, adeo ut, si uxor in illam consenserit, nequidem possit locum habere separatio quoad thorum & mensam, Carpz. *cit. l. def. 220. & 221. Nicol. cit. l. n. 56. sqq.* imo si justas dissentendi causas non habeat, cur cautionem recipere nolit, ad hoc cogi posset. Nicol. *cit. loc. n. 58, Carpz. cit. loc.* indeque non videtur hoc casu unquam locum esse posse totali divortio. Ex quo porro inferunt Dd, quia post decretam separationem quoad thorum & mensam ex capite sævitiae, vel insidiarum
vitz

vitz structarum, reconciliatio fieri posset, altero con-
 jugo ad frugem redeunte & mores suos corrigente,
 tunc omnino revocandam esse vitæ consuetudinem,
 adeo ut alter conjux refractarius, causa cognita, ali-
 quando juste ad hoc cogi possit, quod tamen amplius
 obtineri nequit, si dicamus, divortium plenum hic
 concedi debere, Carpz. c. l. def. 216. Havem. in Gamol. lib.
 3. tit. 10. circa finem. Inde Brouw. de jure connub. L. 2. c.
 19. n. 18. notanter ait: *Debet in marito penitentia esse locus,
 in uxore venia. Iracundia, ultionis cupiditas, adversæ mentis
 pertinacia a conjugibus abesse debent. Qui correxit vitam
 & emendavit mores, sustulit separationis causam, ut ea sub-
 lata effectus quoque cessare debeat. Pauli præceptum est:
 mulier separata conciliator viro. 1 Cor. VII. 11.*

§. XXII. Addi posset & (XIII.) illud dubium,
 quod hierologia seu benedictio sacerdotalis jam accel-
 serit, adeoque illud non facile dissolvi debeat. Equidem
 vix suspicor, Dd. qui hanc sententiam fovent, ad hanc
 rationem aperto Marte provocaturos esse, cum in no-
 stris quidem ecclesiis conclamatum sit, benedictio-
 nem sacerdotalem ad substantiam matrimonii non
 pertinere. vid. Brouw. de jur. connub. lib. 2. c. 27. num. 14.
 Joach. Hildebr. de nuptiis. vet. Christian. & notas ad jus
 eccl. Brunnem. lib. 2. c. 16. §. 6. Theologi Jenenses apud
 Dedek. fol. m. 850. ubi contra M. G. D. hoc dogma con-
 firmarunt. Interim tamen huic rationi ex auctoritate
 hierologiæ nimium indulgent in aliis similibus mate-
 riis, quando v. c. quæstio oritur de sponsalibus poste-
 rioribus, quibus illa accessit, an jam sint priora postpo-
 nenda? Ubi plurimi ob sanctitatem & auctoritatem
 hierologiæ id asserunt, quos tamen jam refutavi in *tr.*
de diff. Spons. Sect. 4. c. 2. §. 5. seqq. Dum itaque nimium
 Contrin. III. N n hu-

13. Argumen-
 tum ab hiero-
 logia petitur.

huic tribuunt, forsitan etiam hanc pro sua adducere possunt sententia.

14) Argumen-
tum ab autori-
tate juris cano-
nici petitur.

§. XXIII, Denique (XIV) juris canonici auctoritas multum stabilivit hanc sententiam. Quemadmodum enim vulgatum Dd. assertum est, in rebus conscientiam tangentibus sequenda esse decisa juris canonici, ita etiam incaute sæpe in matrimonialibus sequuntur illud ipsum jus, non examinando rationes seu principia; unde ejusmodi profluxerint conclusiones. Audiamus vero decisionem Juris Canonici. Ita enim legitur in *c. 1. X. de divortiiis*: *Si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis consiliata est, & ipse aliquem illorum se defendendo occiderit, potest ipse post mortem uxoris, si voluerit, aliam ducere: ipsa autem insidiatrix penitentia absque spe conjugii stet subjecta.* Ex quo concludunt, quod, quia demum post mortem uxoris aliam ducere possit, vivente ea matrimonium plene dissolutum non fuerit. Et cum praxis Consistoriorum nostrorum jus canonicum hac in parte sequatur, ceu supra allegati Dd. evincunt, non adeo mirandum, quod plerique huic sententia institerint, ut fere communis facta sit,

Assertus, de-
vortio totali in
hoc casu lo-
cum esse.

§. XXIV. Hactenus itaque omnia fundamenta, quæ pro separatione quoad thorum & mensam adduci possunt, recensui. Quæ si examino, animadverto, illa non concludere, nec evincere, quod probandum erat. Ex quo statim inducor, ut asseram, veriolem esse sententiam contrariam, scilicet dissolutionem vinculi conjugalis ob infidias vitæ structas esse omnino admittendam. In qua sententia eo magis confirmatus sum, postquam deprehendi, non paucos magnæ auctoritatis Doctores a nostris stare partibus, quamvis plenus hanc sententiam non semper excusserint. Præ-
ter-

terquam enim quod in *tr. de diff. Spons. Sect. 5. §. 9. sqq.* jam illam adstruxerim sententiam, alii quoque jam idem asseruere, inter quos præcipue sunt Bruckn. *in decis. matrim. c. 18. n. 20.* ubi etiam in calce capitis duo præjudicia adducit. Milton. *lib. pecul. de divort.* Melancht. *de Conjugio*, cujus verba exhibet Hemmingius *p. 1055.* Rennem. *in Jurispr. Rom. Germ. memb. 1. dis. 42. §. 35. sub lit. B.* cujus sententiam videtur quoque approbare Dn. Struvius *exerc. 30. tb. 41.* id quod clarius exprimit *in diss. de divortio cap. 4. §. 9.* conatum nescipe veneficii facere locum divortio. Add. B. Dn. Müller. *in notis ad prælaudati Auctoris Ex 48. tb. 58. in fin.* Bœckelm. *in Meditation. inaugural.* ubi adhuc plures adducit Ictos & Theologos, qui ob alias quoque causas, quam ob solum adulterium & malitiosam desertionem, divortium plenum admittunt. Et quamvis B. Linckius, ceu supra §. 9. dixi, alibi dissentientium castra secutus, vela tamen retraxisse videtur *in Comment. ad Decretal. tit. de Divort. §. 10. conf. Sarc. de Sancto conjugio. P. 4. p. m. 155. & 156.* Joh. Kitzel. *Syn. matrim. c. 8. theor. 6. lit. 1.* Althuf. *Dicæol. lib. 1. c. 74. §. 31.* Brückn. *Cent. 3. qu. 4.* Wesemb. *in Paratitl. ff. de matrim. n. 11.* Dedeken. *Vol. III. lib. 4. Sect. 4. n. 6. & Sect. 6. n. 14. p. 356.* Monner. *de Marrim. p. 5. c. 13.* Farinac. *qu. 149. n. 155.* Scherzer. *in System. Theol. Loc. 27. de Conjug. §. 18.* aliique, qui ab his, speciatim vero a Brucknero, allegati sunt.

§. XXV. Ne vero hic solis Dd. auctoritatibus ^{Rat. Decid.} pugnare velle videar, in medium producamus fundamenta, pro nostra sententia pugnancia. Videlicet concedunt dissentientes, ob adulterium licitum esse divortium. Cur vero non æque ob attentatum maritici- ^{Gravius est de-} ^{licitum atque-} cidium, vel uxoricidium? Major certe ratio est in

atum mariti-
idium. quam
adulterium

ultimo, quam in priori casu. Equidem adultera fit perfida, & fidem matrimonialem frangit. At quæ insidias vitæ mariti struit, & perfidiæ & homicidii attentati rea est, quo ipso vinculum matrimoniale dirimere totis annitur viribus. Quænam itaque est perfidia major inter focios, tam intime, tam arctissime conjunctos, quam si alter alterius vitæ insidietur? In solo adulterio quidem mœcha focium amoris petit, sed adhuc marito suo adhæret, eumque nihilominus amare potest, adeoque non ita vinculum conjugale violento modo dissolvere conatur, uti quidem conjux attentans homicidium. Cum itaque major ratio sit in insidiis vitæ alterius conjugis structis, merito eodem modo admittendum est in hoc casu divortium, quo Christus illud admisit ob adulterium. Gutierrez. *Comm. Quæst. lib. 1. cap. 24.*

Cur Christus
concessit di-
vortium ob
adulterium?

§. XXVI. Quæ connexio ut eo clarior appareat, imprimis videndum de natura adulterii, & cur Salvator noster imprimis adulterium exceperit. Ipsi Theologi, quando ad hanc materiam dilabuntur, argumenta ex ipsa natura adulterii petere solent, ubi contra Pontificios pro dissolutione totali disputant. Sic Gerhard. *de conjug. §. 564.* ideo Deum adulterium excepisse asserit, quod vinculum matrimoniale dirumpatur per adulterium, cum uxor, quæ fornicatur, sit una caro cum adultero, & maritus, qui fornicatur, sit una caro cum scorto. *1 Cor. VI. 16.* Ex quo apparet, adulterium esse tale delictum, per quod, immediate vinculum conjugale dirimitur, dum scil. fides conjugalis, per quam quis se uni solum addixerat personæ, plane a conjugate fornicante læditur. Neque enim unam carnem fieri cum adultero vel adultera aliud significat, quam

quam ita dissolvere priorem unionem legitimam, ut inde nova unio oriatur. Quod ut plenius intelligatur, mysticam interpretationem simul in subsidium adducamus. Quemadmodum enim unio matrimonialis representat unionem mysticam Christi cum ecclesia; ita non raro ipse Deus sub divortio adumbrare mystice voluit hominum perfidiam, & discessionem ab unione cum summo DEO, quo in primis spectat Ezech. XVI. per totam. Quid autem est illud adulterium spirituale aliud, quam violatio fœderis cum DEO initi? Ergo & adulterium verum seu proprie dictum consistit in læsione vinculi conjugalis, seu actu tali, per quem dirimitur unio inter conjuges.

Mystica adulterii interpretatio.

• §. XXVII. Quemadmodum itaque ex hætenus declarata natura adulterii apparet, Salvatorem ideo ab indissolubilitate conjugii excepisse adulterium, quia fit tale delictum, per quod immediate & proxime dirimitur ipsum vinculum conjugale, ita non putandum est, DEUM ratummodo restringere suam mentem voluisse ad adulterium, cum ratio sub conceptu adulterii latitans fit latior, quam ut solo adulterio concludatur. Quod si jam conferamus insidiarum vitæ structarum naturam cum indole adulterii, nescio, an diversa inter utrumque casum possit excogitari ratio, quum adhuc durius & violentius videatur quis lædere vinculum matrimoniale per insidias vitæ structas, quam per solum adulterium. Non enim alium ob finem insidias vitæ conjugis alter conjux struit, quam ut velit dirumpere vinculum conjugale. E contrario uxor, quæ fornicatur, sæpe intentionaliter non committit hunc actum, quasi in totum velit dissolvere matrimonium, sed ut libidini suæ tantum induk-

Deus voluit causas divortii ad solum restringere adulterium.

Pat ratio in adulterio & attentato homicidio.

geat, quamvis dissolutio matrimonii sub hoc actu contineatur.

Quanam præterea causæ præter adulterium hic admittendæ?

§. XXIX. Accedit nova ratio, quod plurimi non improbabiler defenderint, non tantum causas æque graves vel graviores, ejusdem generis, sed etiam diversi generis admittendas esse, quod patet ex Rennemanni *Jurispr. Rom. Germ. m. 1. d. 42. tb. 36. tit. c. d.* ubi inter alia has causas admittit, inquit: *Quin & bodie pii Magistratus eo, quo dictum est, modo, non tantum ex illis ante recensitis, sed etiam ex aliis gravioribus causis vel æque gravibus, pro circumstantiarum suasionem, divortia concedere queant, dummodo illæ ad furorem, morbum fonticum vel alias calamitates, in quas alteruter sine culpa sua post nuptias consummatas incidit &c.* Ejusdem sententiæ esse videtur Brucknerus in *decis. matrim. c. 16.* ubi justas divortiorum causas explanat, itidemque plures admittit, sed non adhibita distinctione, utrum sint ejusdem, & diversi generis cum adulterio causæ. Quamvis itaque plerique dubitare soleant, utrum causæ diversi generis, quæ non eandem cum adulterio habent rationem, hic admitti possint, tamen de causis ejusdem generis id nemo negabit, cum notum sit vel ex primis Jurisprudentiæ principiis, rationem legis, non verba esse inspicienda. Neque vero nobis obstat, quod Christus tantum expresserit fornicationem, πορνείαν, nam congruenter volebat respondere ad controversiam sibi propositam, ubi, uti supra monitum, duæ Sectæ erant, Hilleliana, quasvis, etiam levissimas, causas admittens, & Schammæana, non nisi graves & adulterium seu totalem dissolutionem vinculi conjugalis inferentes causas respiciens. Quia itaque Schammæana schola admittebaturpitudinem pro justa divortii causa, hinc patet evidenter, Christum hanc opinionem approbasse, & ideo

ideo *πορνείας* mentionem fecisse. Seldenus *de uxor Hebr. lib. 3. c. 22.* Respondet ergo Christus tantum ad alia capita, de quibus tunc temporis controversia erat, scilicet de minoribus causis: non quod unice divortia velit restringere ad adulterium. Neque enim unquam dubium erat apud Judæos, insidias vitæ structas justam esse causam dissolvendi matrimonium, sed hoc tantum in controversiam ducebatur, an quævis causa, an vero tantum turpitudine faciat divortio locum.

Cur Christus tantum exceperit adulterium?

§. XXIX. Posset quidem pro sententia hac quoque adduci, quod eruditi adhuc disputent de intellectu vocis *πορνείας*, utrum videlicet solum delictum adulterii vel concubitus illiciti, an vero & alia majora delicta comprehendat, quæ alias in scriptura S. vocabulo fornicationis denotari solent. Vid. Seldenus *de ux. Hebr. l. 3. c. 23. 28.* & 31. Buxtorff. *de spons. & divor. P. 2. p. 128.* Sicuti etiam canones vocem *πορνείας* late satis extendunt, comprehendentes etiam sub illa idololatriam. Vid. *C. Idololatria. C. non solum, c. 28. qu. 1.* Verum illam controversiam lubens intactam relinquo, & industriæ Criticorum refervo. Vid. interim Gerhard. *de Conjug. §. 606.* Illud tamen bene a prælaudato Gerharo cit. l. dictum esse puto, quædam esse crimina adulterio graviora, vel saltim æqualia respectu legis divinx, cum cujus norma & regula pugnant, alia respectu conjugii, cujus vinculum dirimere debent. Negat vero, non de gravitate & æqualitate delictorum in priori sensu hic agi, sed in posteriori, respectu scilicet ad conjugium habitum, quo refert bestialitatem, sodomiam, incestum. Applicemus vero jam hæc distinctionem ad nostrum casum de insidiis vitæ alterius structis, & sine dubio æque grave est delictum, ac adulteri-

Ambiguitas vocis:

πορνείας.

rium respectu habito ad ipsum conjugium, cujus vinculum dirimere debet, id quod ex antecedentibus patet.

Ostenditur ulterius, non solum adulterium pugnare cum vinculo connubiali.

§. XXX. Neque vero admitti potest illorum sententia, quasi unice delictum contra vinculum conjugale committatur per concubitum, quo etiam Gerhardus illud restrinxisse videtur, sed etiam aliis modis illud dissolvi directo per delictum potest, quod optime observavit Paulus, admittens præterea *malitiosam desertionem*. Omnia enim argumenta, quæ vulgo pro solo adulterio, a Christo prohibito, afferuntur, commode etiam Paulo objici possunt. Unde si aliquid virium iis inesset, Paulus peccasset, quod divorcium concessisset ob malitiosam desertionem. Sed optimus hic sui Magistri interpretis magis ad mentem ejusdem, quam verba respiciebat, & inde jam facili negotio inferebat, sub voce *πορνείας*, tanquam delicto principaliori contra matrimonium commisso, contineri delicta alia, quibus directo & immediate vinculum matrimoniale læditur, qualis erat *desertio malitiosa*, quia plane hæc fini matrimoniali repugnat. Ecquid vero quæso magis fini matrimonii repugnat, quam infidiæ vitæ alterius conjugis structæ? Admittunt Theologi pariter & Jcti, ob pertinacem debiti conjugalis denegationem concedi posse dissolutionem totalem. Gerhard. *cit. l. §. 630*. Havemann *in Gamol. Synopt. lib. 3. tit. 7. Posit. 3*. Nicol. *de div. p. 2. c. 2. n. 53*. Brucknerus aliique a prælaudato Auctore allegati *in decis. matrim. c. 17. n. 18*. Cur vero hoc dictum Pauli eo usque extendunt? Ecquid gravius est, denegare debitum conjugale, an vero plane alterius vitæ infidias struere?

Infidiæ repugnant fini matrimonii.

Infidiæ.

§. XXXI. Quæ meditatio me ducit ad aliud argu-

gumentum a *desertione malitiosa* petitur. Concedunt semper inferre videntur desertionem quandam. hactenus illam dissolutionis totalis causam justam esse. An vero insidiæ vitæ alterius conjugis structæ possunt esse unquam sine malitiosa desertione, quam duplicem constituunt, *Localem* alteram, alteram *non Localem*, quæ magis animorum est? Ad hanc sine dubio non nuda denegatio debiti conjugalis, sed etiam insidiæ vitæ alterius conjugis structæ referuntur. Utrobique eadem est ratio, quam bene exponit Brucknerus in *decis. Matrim. c. 18. n. 16.* inquit: *Paulus rationem non ponit in infidelitate, sed in temeraria excussione jugi conjugalis. Et desertor est, cui, ut Apostolus loquitur, non placeat cohabitatio, i. e. qui individuam illam vitæ consuetudinem penitus abruptit.* Cui vero magis displicet cohabitatio conjugalis, quam ei, qui insidias alteri struit? Quis magis excutit jugum connubiale, quam uxor, quæ venenum præparando propinandoque morti destinaverat maritum? Conf. *rr. de diff. Sponsal. Sect. V. §. 9.* ubi asserui, Gutierrezium Canon. *Quæst. L. 1. c. 24.* vim hujus argumenti agnoscere. Unde non raro Jcti pariter ac Theologi malitosæ desertioni solent æquiparare insidias vitæ structas. Vid. Bruckner. *cit. loc. n. 25.* Phlipus Melanchth. *de Conjugio*, cujus rationes quidem adducit Gerhardus *de Conjug. §. 631.* sed cum ejusmodi epicrisi, ut tandem vel invitus *in fin. cit. §.* fateri necessum habeat, *si sævitia sit plane incorrigibilis, eam desertioni non immerito comparari.* Eundem fere in modum Harbardus *de Conjug. p. 93.* relatus a prælaudato Gerharo, philosophatur: *Quando, inquit, alter conjugum insidias vitæ alterius struit, vel leonis instar inhumana crudelitate comparem trahat, nec admonitus corrigitur, tum qui impedit necessaria pietatis officia, Magistratus auctoritate coercendus est, vel se-*

Contin. III.

O O

pa

paratione prius ad tempus facta emendatio & reconciliatio tentanda, vel, si in immanitate pertinaciter perseveret, persona innocens intolerabili iugo liberanda est, ne justo dolore fracta, aut indignatione superata, abiciat pietatis exercitia, & aliquid injuste ac Christiana vocatione indignum faciat. Conf. Dn. Linckius *ad Decret. tit. de Divort. §. 10. in f. Dn. Thomafius Jurisprud. Div. lib. 3. c. 3. §. 69. seqq.* Pruckner. *Cent. 9. qu. 4.* Giesb. Voetius *in polit. Eccles. p. 1. lib. 3. tract. 1. Sect. 3. c. 3. quest. 10.* Beza *de repud. & divort. p. m. 201.* ubi paria esse dicit, *discedere ab aliquo, & minis vel vi aliquem a se abigere.* Plenius id declarat Kitzel. *Synopsi Matrim. c. 8. Theor. 6. lit. i. p. m. 249.* inquit: *Omnimodam conjugum separationem seu plenum divortium hisce in casibus decernam, si ex omnibus circumstantiis, puta personarum, structurarum infidiarum vita, savitia & propter ea etiam irrogata pena qualitate, nec non etiam lapsu temporis, iudicis eisdem arbitrio astimandi, appareat, quod nulla amplius spes reconciliationis vel redintegrationis istius matrimonii supersit, & pars innocens parti nocenti propter capitales inimicitias non amplius tuto & sine vitæ periculo credi possit, tum quod isto casu, propter denegatum debitum conjugale divisionemque unitatis carnis & individua vitæ consuetudinis, nocens persona pro desertrice haberi possit.*

Kitzelii sententia.

Separatio quoad thorum & mensam hoc casu est medium inidoneum,

§. XXXII. Ipsa quoque ratio *separationis quoad thorum & mensam*, quatenus in nostris retinetur ecclesiis, suppeditat argumentum pro totali divortio, ceu jam docui *in tr. de Diss. Sponsal. Sect. V. §. 9.* ostendens, parum ex tali separatione commodi habere innocentem maritum, quem venenum præparando propinandoque morti destinaverat uxor, si ingratiſſimam ad-

huc

huc alere teneretur, & ipse interim in cœlibatu vivere sine ulla matrimonii adjutrice compelleretur. Videlicet retinetur & adhibetur in nostris ecclesiis tunc demum separatio temporalis, ubi adhuc spes superest, conjugem nocentem ad meliorem frugem rediturum. Cautio hoc ca- su insufficiens. Ast vero nescio, an, si semel infidelitatis vitæ alterius stru- Etæ fuerint, innocenti conjugi consulendum sit, ut ad conjugem priorem revertatur, præsertim cum nec cautio hic tollere possit justum timorem, quem semel innocens concepit, & non raro homines aliud agere, aliud simulare, soleant. Possent enim uxor, quæ pertæsa est sui mariti, & jam novas nuptias animo concepit, simulare pœnitentiam, & ita sua simulatione maritum cogere, ut cum ea in gratiam & pristinam cohabitationem rediret. Quo casu certe nova occasio ipsi daretur, se per novas insidias liberandi a marito, & ita novas ambiendi nuptias, quas ambire non poterat, quamdiu tantum separata erat ab eo quoad thorum & mensam. Ergo inuicilis & insufficiens merito hæc separatio in hoc casu est, præsertim cum uxori infidiatrici semper obstet præsumptio juris, vi cujus semel mala, semper præsumitur talis in eodem genere delicti. Si itaque nequidem tutori, fraudulentè tutelam administranti, ulterior administratio concedenda est, etsi satis offerat, quia satisfactio ejus propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari pupilli sui facultatem præstat, juxta *§. 12. §. de suspect. Tut. l. 5. & 6. ff. eod. l. fin. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Quomodo potest maritus adigi, ut ulterius cohibitet uxori infidiatrici, si satis offerat, cum hic non agatur de dispendio fortunarum, sed de vitæ periculo, cui se necessario exponit, qui cum tali uxore denuo se conjungere de-

bet. Vid. Kitzel. *Synopf. matrim. cap. 8. Theor. 6. lib. 1.* ubi p. 250. notanter ait: *Persona innocens ad redintegrandum tale matrimonium, in quo secundum verba Imperatoris nostri in l. quisquis, C. ad L. Jul. Maj. vita futurum est supplicium, & mors solatium, adigi non debet, cum conjux innocens semel interemptus a nocente per executionem ab ipso praestitam, & juris remedia, resuscitari & in vitam restitui nequeat, nec propter dolum & contumaciam, imo intentatum parricidium personae nocentis conjugii innocenti, prohibendo ipsi ulterius matrimonium, laquei conscientiae injiciendi sunt. &c.*

Novam argumentum ex ipso delicto defunctum, quia etiam olim solum attentatum homicidium puniuntur.

§. XXXIII. Non leve quoque argumentum pro hac sententia deduci potest ex ipso delicto ab uxore insidiatrice commisso. Videlicet ex jure civili notum est, conatum occidendi, adeoque & insidias vitae structas ordinariam poenam meruisse, *l. 7. 8. 9. C. ad L. Cornel. de Sicar. l. 1. §. 3. ff. eod.* qui enim alterius vitae insidiatur, parum distat a latrone, qui etiam ex solo apparatu, attentata alterius invasione, pro tali habetur, dum a parte ipsius nihil superest, quo minus delictum perfectum reputetur. P. Müller *ad Struv. Ex. 48. tb. 50. lit. c.* Cum enim talis insidiatrix uxor parum distet a vero homicida, quamvis hodie extraordinaria tantum poena locum habeat, Carpzov. *Pr. crim. p. 1. qu. 2. n. 54.* merito quoque dissolutio matrimonii concedenda: quantum enim in ea fuit, dissolvissè jam videtur vinculum matrimoniale. Imo quamvis hodie poena sit extraordinaria, tamen non dubium, quin ad suffigationem quandoque deveniri possit: Num vero dicemus, maritum innocentem hoc casu sequi teneri uxorem perfidam & insidiatricem? An vero propter alterius delictum in perpetuo vivere coelibatu? Ubi certe poena derivaretur in ipsum maritum, propter cujus favorem tamen uxor puniatur.

Con-

Confirmavit hoc ipsum Bruckner. *in decis. Matrim. c. 15. n. 21.* duobus casibus, quibus uxores vitæ maritorum infidias struxerant, & venenum cibo miscuerant, ubi cum res successu caruisset, fustigatio cum perpetua relegatione veneficis dictata fuit, divortiaque plane quoad maritos decreta, hisque nova inire conjugia permis- sum.

§. XXXIV. Denique addi potest & illa ratio, quod Separatio quo- ad thorum & mensam non est dilatanda. separatio quoad thorum & mensam sit merum inven- tum Pontificium, inanibus superstructum fundamen- tis. Quantum iraque fieri potest, merito ab hoc me- dio, quod in nulla ratione genuina fundatur, abstinend- um, ad evitandas illas male cohærentes conclusiones, quæ exinde sequuntur. Ostensum jam supra est, quid de hoc genuino Pontificorum partu judicaverit Luthe- rus. Idem alii quoque cordatiores non dissimulant. Sane in eo omnes conveniunt, non facilem debere esse judicem in admittenda hac separatione, *ne membra Christi, utor verbis Brouweri de jure connub. lib. 2. c. 29. n. 7. exponantur infidiis Satanae tentanti, quos longius, quam ut jejuniis & orationi vacent, sejungit tempus, 1 Cor. VII, 3. Fragilis enim est humana natura, & in separato matrimonio ad libidinem praecept.*

§. XXXV. Ne vero aliquod dubium, quo se dis- Responsio ad dubitandi rationes. sentientes munire possint, amplius superfit, operæ pre- tium esse duco, illa, quæ supra recensita sunt; penitus jam remove. Et quidem primum dubium, in §. X. tactum, non adeo magna laborat difficultate. Provo- Quatenus Christus Matt. 5. loquatur exclusive. catur ibidem ad exceptionem Christi, solum adulteri- um excipientis. Sed quidem hætenus non probatum est, Christum loqui *exclusive*. Responsio enim Salvato- ris interpretanda est ex controversia ipsi formata. Quæ- rebatur videlicet, *an ob quamvis causam liceret diverte-*

re ab uxore, ut videbatur in legibus Mosaicis statutum? Et ad hoc respondebat negative, excipiendo adulterium. Non voluit autem Christus excludere causas majores vel æque graves *ejusdem generis*, de quibus non erat consultus, sed minores tantum apud Judæos usitatas removebat. Unde si de hoc casu interrogatus fuisset Salvator, ubi major malitia, quam in adulterio: idem haud dubie respondisset. *Cont. tr. de dissensu Sponsal. Sect. V. §. 10.* Et posito, id quod tamen in suspensio relinquo, particulas illas; *παρεκτός*, *εἰ μὴ* esse exclusivas, tamen illæ tantum excludunt ea, quæ sunt diversi, non quæ sunt ejusdem generis. Ast vero jam in rationibus decidendi probatum est, insidias vitæ structas proxime convenire cum malitiosa desertione & adulterio. Equidem alii quoque respondent, Christum privatis pro lubitu ex quibuscunque causis frivolis divortia instituentibus, non Magistratibus pro exigentia necessitatis civium causas divortiorum determinantibus, regulas præscribere voluisse. *Bruckn. in decis. Matrim. c. 16. n. 24.* Verum id difficulter admittitur a Theologis nostris, vid. *Gerhard. de Conjug. §. 605. sqq.* imo nisi assertio ad certos limites reduçatur, evenire inde posset, ut contra mentem Christi mos veterum Judæorum, quascunque causas admittentium, introduceretur. Ergo concludimus, posse Magistratum admittere causas æque graves vel graviore, quod etiam videntur innuere verba Christi *Matth. V. 32. παρεκτός λόγου πορνείας*, *excepta causa fornicationis*, *λόγος* autem in genere significat *proportionem*, ut adeoque non solum adulterii crimen, sed etiam alia huic crimini æqualia & proportionata, vel eodem etiam majora flagitia, divortii causas constituent. Et ita jam quoque exinde interpre-

tatio:

An Magistra-
tas plures cau-
sas legibus ad-
mittere possit?

tionem accipit locus *Matth. XIX. 9.* Neque hanc rationem evellunt, quæ contra regerit Gerh. *cit. loc. §. 606.* nam supponit semper, Christum loqui simpliciter & absolute; imo exclusive & exceptive, adeoque vocem τὸ λόγῳ intelligi non posse; nam jam assertum est, Christum respexisse in responsione ad statum Judæorum, ex quavis levissima causa divortia admittentium.

An & quatenus sit specialis ratio in adulterio?

XXXVI. Alterum dubium in §. XI. sat speciosum est, videturque illa, quæ in §. *antec.* sunt dicta enervare. Verum regeri potest, Christum in adulterio utique respexisse ad dissolutionem unionis conjugalis, quæ in adulterio occurrit; verum illa dissolutio etiam in insidiis vitæ structis deprehenditur, & adhuc evidentius, quam in desertione malitiosa, ubi tamen ex doctrina Pauli ob eandem rationem divortium admittitur. Quæ enim maritidium intentat, illud unice agit, ut matrimonium dirimat, & se a nexu conjugali liberet. Quamvis vero non semper consilio respondeat eventus, sufficit tamen, tale delictum hic ab uxore esse commissum, quod immediate tangit vinculum inter conjuges, & sic cohabitationi contrarium est. Expressius dici potest: *uxor*, quæ adulterium committit, tantum solvit fidem conjugalem: quæ vero marito mortem intentat, illa non tantum vinculum illud speciale inter conjuges tollit, sed universale etiam, quo homines natura conjungunt, & propter quod nefas esse dicitur in *l. 3. ff. de J. & J.* hominem homini insidiari.

Magis solvit fidem, qui insidias struit, quam qui est adulter.

§. XXXVII. Hisce suppositis, jam per se corrumpitur dubium tertium in §. XII. Neque enim verba, neque mens Christi videtur excludere voluisse hanc divortii causam, de qua agimus. Et nescio sane, quomodo illi, qui adeo strictissime verbis Christi inhærent, & illa simpli-

Responsio ad tertium dubium.

pliciter *exclusiva* esse jubent, sint Paulum conciliaturi cum nostro Salvatore. Si enim tantum & unice admittere voluit adulterium, etiam excludere voluisse creditur maliciosam desertionem. Sed falsum esse posterius, ipsi dissentientes fatentur. Ergo etiam prius. Neque vero admitti potest, quod dissentientes supponunt, quasi Christus etiam comprehenderit hanc causam de insidiis vitæ structis: nam hæc causa non erat inter Judæos controversa, sed solummodo sententia Sectæ Hillelianæ, quæ levissimas causas admittebat.

Respondetur
ad quartum
dubium.

§. XXXIIX. Ad rationem dubitandi quartam in §. XIII. recte enucleandam permittendum est, Salvatorem sermonem suum non opponere Mosis, sed Pharisæis, qui verba Mosis in alium sensum detorserant. Quum etiam Pharisæi arbitrarentur, a Mose præceptum esse divortium, hinc tandem respondet, Mosen propter duritiam cordis Judæorum permisisse, dimittere uxores, *ceterum, pergit, a principio non fuit ita.* Buxtorff. *de sponsal. & divort. p. 2, §. 5. 116.* Dicit itaque, ipsa divortia esse contra intentionem primævam Creatoris, matrimonium instituentis, introducta tamen propter *σκληροκαρδίαν*, h. e. quod adeo duri sint corde homines, & amorem & pacem deserant unionemque, quam inter homines DEUS constituit. Quamvis itaque non negemus, ini- que fecisse Pharisæos, quod legem Mosis adeo extenderint ad quasvis causas, etiam levissimas; tamen id minime admittere possumus, Mosen etiam non intelligi debuisse de hac causa gravissima, si insidias uxor vitæ mariti struxisset, & vice versa. Unde tandem ita concludimus: Ob quamcunque causam Moses concessit divortium, de illa causa etiam CHRISTUS est interpretandus; Atqui ob graviores causas

Moses etiam
intelligendus
de insidiis vitæ
structis.

Mo-

Moses concessit divortia, quod & recte admittebat Schola Schammæana, cujus sententiam approbavit Christus. Seld. *de Uxor. Hebr. Lib. 3. c. 20. p. 329.* Ergo etiam Salvator de illa est interpretandus. Unde non tam in hoc nostro casu fit interpretatio *extensiva*, sed potius *declarativa*, dum saltem ex Mosis lege interpretatio instituitur, quomodo Christus fit intelligendus. Certe si hoc argumentum de odiosis restringendis aliquid in recessu haberet, valeret etiam contra Paulum, ob desertionem malitiosam admittentem divortium.

§. XXXIX. Sed pergo ad quintum dubium EX Respondetur ad quintum dubium. doctrina Pauli petitur, qui etiam hujus causæ nullam facit mentionem. Si scopum Pauli *1. ad Cor. VII.* intueor, animadverto, illum tantum fuisse interrogatum de illa quæstione, utrum diversitas religionis solvat matrimonium? Et hanc quæstionem enucleat ex doctrina Salvatoris nostri negative, modo infidelis consentiat habitare cum fidei. Adeoque non mirandum, quod nostri casus mentionem non fecerit, quippe de illo nec controversia erat, nec interrogabatur. Ceterum Argumentum a diversitate Religionis ad nostrum casum non strin- git. sequentia hæc: *Si nequidem diversitas religionis solvit vinculum matrimoniale, sequitur, quod etiam non solvant idem insidiæ vitæ alterius conjugis structæ*, merito negatur. Neque enim 1) verum est, diversitatem religionum inducere animorum abalienationem, id quod exempla & V. & N. Testamenti testantur, & experientia nostrorum temporum corroboratur. 2) Paulus etiam in decisione hujus quæstionis addit hanc limitationem *Si hic (infidelis) consentiat cobabitare cum ea*, quod tunc uxor fidelis non debeat virum dimittere, quoniam sic nullum impedimentum ponitur consuetudini connubiali. 3) Non quævis etiam abalienatio animorum inducit di-

Contin. III.

Pp

vor.

vortium, sed talis, qui finem tollit matrimonii, & vinculum dissolvit, qualis deprehenditur in malitiosa desertione, & insidiis vitæ structis. Quod ultimo demum additur, insidias vitæ structas non necessario comprehendere desertionem malitiosam, illud in rationibus decidendi jam satis declaratum & excussum est. Vide, §. XXXI.

Respondetur
ad sextum ar-
gumentum.

§. XL. Sextum argumentum in §. 15. quod a dissentientibus adducitur, petitur ex verbis Christi: *quod DEUS conjunxit, homo ne separet.* Sed nec illud nobis obstat: Respondeat pro nobis Jus Canonicum in c. 18. c. 33. q. 2. ubi ita: *Quos DEUS conjunxit, homo ne separet. Quæris, quomodo? Subaudi violenter, sine lege, absque ratione, quos DEUS conjunxit, homo ne separet. Non enim homo separat, quos pœna condemnat, quos reatus accusat, quos malefium coarctat.* Unde quoque apparet, sæpe in abusum trahi hoc Christi dixerium. Sæpius enim in dubium vocari posset, an hos Deus conjunxisset, ubi ex eventu apparet, conjugem conjugi insidias struere, litigiis & rixis mütuis omnem vitam agere, & ita minime unionem servare, quam Deus in hac societate adeo inculcaverat. Unde nescio, an inique dixerit nostrorum Theologorum quidam: *Quos diabolus conjunxit, homo separet.* Conf. Buxtorff. *de divort. p. 118.* docens, noluisse Christum per hoc assertum licentiam & facultatem divortiorum omnem tollere, sed duntaxat arbitrariam ac privatam illam Judæorum repudiandi & dimittendi uxores consuetudinem, de qua Pharisei quæsierunt. Deinde quod additur in *eod. f. 15.* matrimonium esse favorabile, adeoque pro ejus conservatione in dubio esse pronunciandum, id a nobis non quidem negatur, sed non tamen hunc habet sensum, quasi ob justissimam causam non possit pro dissolutione pronunciari, sed potius,
ne

Quomodo in-
telligendum
dictum Chri-
sti, quos Deus
conjunxit, ho-
mo ne separet.

ne temere quid fiat contra matrimonium, quæ temeritas tamen hic abest. Imo etiam securitas vitæ adhuc est favorabilior, cui omnino consulendum: quod aliter fieri commode nequit, nisi per dissolutionem totalem matrimonii.

§. XLI. Septimum argumentum in §. 16. ducitur a mystica illa repræsentatione Christi cum ecclesia. Quemadmodum vero Pontificii exinde matrimonium in classem sacramentorum retulerunt, & causas matrimoniales spirituales esse voluerunt, ita cavendum maxime, ne inde quid inferamus, quod papalibus principiis propius, quam vero intellectui hujus mysticæ interpretationis accedit. Et sane Carpzovium, cujus verba in *cit. §. 17.* relata sunt, hanc in abusum traxisse, jam docui in *rr. diss. sponsal. Sect. 3. §. 18.* quasi videlicet per hoc negotium *character quidam spiritualis impressus contrahentibus fit*, quod nihil aliud est, quam Pontificii indulgere, matrimonium esse sacramentum. Et ut propius ad rem accedam, illud quidem ex hac mystica repræsentatione sequitur, *difficulter* ad dissolutionem matrimonii esse progrediendum, non vero plane non esse dissolvendum *matrimonium*, alioquin enim ne quidem ob adulterium & malitiosam desertionem esset dissolvendum matrimonium. Quemadmodum itaque peccata dissolvunt unionem inter Deum & homines, juxta assertum Prophetæ: **Eure Sünden scheiden euch und euren GOTT von einander**: ita quoque tale turbidum & dissonans matrimonium, ubi alter alteri insidias struit, non potest amplius repræsentare illam indissolubilem unionem Christi cum Ecclesia.

§. XLII. Octavum argumentum in §. 17. inde desumptum, quod matrimonium sit fœdus Dei, & constet, Respondetur ad argumentum octavum.

auſtoritate divina, ex haſtenus dictis jam pariter facile diſſolvitur. Non negamus hic ipſam hypotheſin, ſed negamus tantum conſuſionem inde deduſtam. Hoc videlicet tantum exinde ſequitur, in arbitrio hominum non eſſe, illud vinculum temere diſſolvendi, quod conſtat auſtoritate divina; at vero hic nulla temeritas a deſt, ubi inſidiae vitae ſtruuntur. Satis convenienter loquitur Sarcerius, vom Zeil. Eheſtand P. 4. p. 158. So kan ein jeglicher vernünftiger Menſch wol gedencken, daß Gott die Ehe eingefezt habe zu Ehren und guten dem Menſchen, und nicht zu Schanden und ſeinem Verderben. Darum die, ſo in keinen Stücken dem gedrängten Ehemenschen zu Hülffe kommen, und die Ehescheidung überoin in keine Weiſſ noch Wege zulassen, thun gleich wie die Phariſäer, die von wegen des Geboths vom Sabbath, dem Buchſtaben nach, den Menſchen zu Grund und zu Schaden gehen lieſſen.

Reſponſio ad nonum argumentum.

§. XLIII. Ad nonum argumentum in §. 18. facilis eſt reſponſio. Quamvis enim uxor maritum inſidians forſan per hanc diſſolutionem finem ſuum, propter quem inſidias innocenti marito ſtruxit, aſſequatur; hoc tamen tantum fit per indirectum & accidens. Neque enim ideo diſſolvitur matrimonium, ut uxor inſidiatrix favore afficiatur, ſed ut innocenti marito conſulatur. Hinc & regula iuris in §. 18. adducta, *quod nemo ex ſuo delicto lucrari debeat*, ita declaratur, ut procedat, quatenus *directo* quis lucretur ex delicto, per accidens enim bene fieri poteſt, ut quis lucrum ex delicto capiat. l. 5. ff. *ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.* ff. *de vi bon. rapt.* Barboſ. in *Theſaur. Loc. Commun. L. 1. c. 17. ax. 3. & Lib. 4. c. 13. ax. 11.*

Reſp. ad arg. decimum.

§. XLIV. Decimum dubium in §. 19. taſtum per ſe jam corruiſt ex iis, quae dicta ſunt in §. 32. ubi oſtenſum, ſeparationem quoad thorum & menſam non eſſe

esse modum idoneum, ut securitati innocentis conjugis satis consuli possit. Et sane oppido falsum est, quod in nostris ecclesiis propter insidias vitæ structas retenta sit separatio quoad thorum & mensam. Confundunt enim, qui talia asserunt, simplicem sævitiam cum ejusmodi sævitia, quæ connexas habet insidias, quibus vita alterius conjugis periclitatur. Priori casu hactenus admittimus separationem, & concedimus, ideo retentam esse illam, cum sperari adhuc possit morum emendatio, & obtineri animorum reconciliatio. Vid. Gerh de *Con. jug.* §. 631. Beust. p. 2. de *matrim. cap. 9.* Nicolai de *divort. c. 5.* Ast ubi semel insidiæ vitæ sunt structæ, nunquam conjux innocens securitate plena gaudebit, licet vel maxime nocens cautionem præstiterit.

§. XLV. Equidem ut ad argumentum undecimum in §. 20. propositum respondeam, necesse esse non puto, cum jam aliquoties in antecedentibus demonstratum sit, insidias vitæ structas æquiparari desertioni, & æque tangere vinculum conjugale, quam adulterium. Quamvis itaque cetera delicta forsan non solvant matrimonium, diversa tamen est ratio in *mariticio intentato*. Unde statim pergo ad dubium duodecimum in §. 21. Verum & huc quadrabit eadem responsio, quæ formata est in §. *antecedente*. Negamus enim adhuc, sufficientem esse hoc casu cautionem ad avertendum ab innocente conjugæ omne vitæ periculum. Operatur quidem aliquando cautio illud, ne maritus sæviet ulterius in uxorem, eamque non adeo duriter tractet; verum a simplici sævitia argumentum ad insidias vitæ structas non valet. Conf. §. 31. Et durum sane foret, si maritus innocens compelli deberet ad *cohabitandum rursus uxori, & se ita de novo exponendum*

Respondetur ad undecimum remissive.

Ad duodecimum.

dum periculo, ex illa sola ratione, quod cautionem præstare parata sit, cum cautio malevolum ejus tamen animum non mutet.

Respondetur
dubio petult.
& ultimo.

§. XLVI. Non puto autem, dissentientes tuto fidere posse dubio decimo tertio, ab hierologia petito, quia apud omnes in confesso est, illam non esse de substantia matrimonii; adeoque transeat illud quoque dubium, & demum *ultimum* prodeat, quod ab auctoritate juris Canonici petatum. Verum opponamus juri Canonico jus Civile. Nam in *l. 8. §. 2. C. de repud.* plenum divortium conceditur ob insidias vitæ structas. Et deinde jam ostendi in *tr. de dissensu sponsal. Sect. V. §. 11. textum in c. 1. X. divort.* ab improba Pontificiorum manu esse corruptum, integrum vero retentum in *c. si qua mulier 6. c. 31. qu. 1.* ubi ex concilio Wermeriensi sive Wormatiensi huc translata verba sequentia; *Si qua mulier in mortem viri sui cum alijs hominibus consiliata sit, & ipse vir ipsius hominem se defendendo occiderit, & hoc probare potest, ille vir potest ipsam uxorem dimittere, & si voluerit, aliam accipere.* Quod si itaque textum genuino suo nitore restituamus, potius pro nostra sententia facit, constituens, totali divortio locum esse. Conf. Bruckner. in *decis. matrimon. c. 18. n. 20.* ubi ex Reginone Prumiensi de *disciplin. Eccles. lib. 2. §. 117.* eandem corruptionem demonstrat.

Quid hoc casu
circa totale di-
vortium re-
quiratur. ?

§. XLVII. Atque ita, ni fallor, hactenus evitum dedimus, ob insidas vitæ structas posse agi ad totale divortium. Cum vero hodie non amplius privata auctoritate suscipiantur divortia, hinc quoque hoc casu Judicis competentis requiritur cognitio & sententia. Vid. Carpzov. in *pract. crimin. p. 2. qu. 58. n. 20.* Bruckner. *Decis. Matrim. c. 18. n. 22.* & quidem ante omnia

con-

conjugi agenti in hoc casu probatio insidiarum & sævitiarum incumbit. Rol. a Valle *vol. 3. consil. 27. n. 2.* Heeser. *in loc. commun. de honorum commun. p. 2. c. 16. n. 233.* Et cum in hac materia insidiæ soleant fieri remotis arbitris, hinc indicia etiam sufficiunt, & faciliores probationes admittuntur. Heeser. *cit. loc.* Quæcunque autem indicia probant veneficium, ex iisdem etiam insidiæ inferri possunt, veluti si suspecta persona venenum emerit, si veneficium minata fuerit, si cum conjugate innocente inimicitias capitales gesserit, si reapse jam venenum cibis miscuerit. Vid. *art. 37. Constit. Crim.*

Car. ibique Daniel Clafen. Probat is itaque insidiis, non tantum divortium concedendum, sed etiam insuper pars nocens ad judicem secularem remittenda, ut debitam nocenti pœnam infligat, qua de re cautum in *Ordin.*

Remittenda
pars nocens
ad judicem se-
cularem pani-
enda.

Consistor. March. tit. 69. inf. ita: Befinden sie aber, daß das Weib ihrem Manne, oder der Mann seinem Weibe mit Gift, oder in andere Wege nach seinem oder ihrem Leben gestanden, und solches würde bewiesen, oder es wären gnugsame indicia oder Vermuthungen dazu vorhanden, sollen die Assessores solches der weltlichen Obrigkeit, da die Beklagten gefessen, darinnen vermöge des Zeil. Reichs Heilichen Hals. Gerichts Verordnung, und wie Recht, zu verfahren, auflegen.

§. XLIIIX. Requiritur itaque quoad probationem, ut ostendatur, realiter insidias fuisse vitæ alterius conjugis structas, quod contingit non tantum eo in casu, si ab ipso conjugate, ejus consilio & ope, vel conjugate instigante ab alio structæ alterius vitæ insidiæ reperiantur: sed etiam, si sciat uxor, mariti sui vitam sub ancipiti hædere, neque indicet periculum, neque studeat imminens periculum propulsare, sed dolo malo taciturnitate sua insidias promoveat, Brouwer. *de jure connub. l. 2. c. 29. num. 11.*

Requiritur in-
sidiarum vitæ
structar. realis
probatio acto-
ris.

Nam

Justus metus
insidiarum fa-
cit locum di-
vortii pleni.

Quo casu ju-
dex sedulo cir-
cumstantias
observare de-
bet.

Aliz vitæ, aliz
bonorum &
honoris insi-
diar.

Ob insidias ho-
noris vel bo-
nor. potest agi
ad separ.
quoad tho-

Nam & in moralibus rei criminum habentur non tantum illi, qui suas manus delicto accommodarunt, sed etiam qui alio modo concurrerunt ad effectum. Vid. *nostra disp. de imput. fact. alien. c. 1.* Pufendorff. *de l. N. & G. lib. 1. c. 5. §. 5. ult.* Quæritur vero, an metus struendarum insidiarum vitæ, si non vanus sit, sed talis, qui in constantem hominem cadere possit, hic sufficiat ad dissolutionem matrimonii totalem? Equidem facile largimur Brouwero *cit. loc.* metum hunc justum esse ad impetrandam separationem quoad thorum & mensam. Verum, ut etiam ad totalem dissolutionem deveniri possit, quæstio altioris est indaginis. Puto tamen, judicem ex circumstantiis arbitrari debere, utrum innocenti conjugi satis consuli possit per cautionem, aut etiam separationem quoad thorum & mensam; an vero spes non super sit, nocentem conjugem ad frugem reddituum, quo casu melius est prævenire quam præveniri, & per totale divortium insidias imminentes avertere, præsertim si capitalibus inimicitiiis accesserit denegatio debiti conjugalis, quod Dd. facilius admittunt. Vid. Nicolai *de divort. c. 5. n. 26.*

§. XLIX. Debent autem insidiæ esse structæ vitæ alterius conjugis. Aliud itaque asserendum esse puto de insidiis ab uxore mariti *bonis vel honori* structis, quo casu Richter. *vol. 1. p. 5. Conf. 17. num. 9.* quidem concedit separationem quoad thorum & mensam, id quod tamen non admittit Nicolai *de divort. c. 5. n. 34.* ob has causas; 1) quod hoc nulla lege cautum sit, 2) quod tales insidiæ alijs remedijs legitimis averti possunt, ut adeoque ad separationis remedium extremum & subsidiarium recurrendum non sit. Verum cum hoc casu non possit non capitalis inimicitia oriri, cum illam communiter arguant ex insidiis, bonis vel honori structis,

Vid.

Vid. Dn. Hoppius in *Diff. de inimic. capital.* & Dd. communiter ad §. II. *f. de Excus. tut. vel curat* & vero ipso fatente Nicolai *cit. l. n. 29.* separationem ob talem implacabilem inimicitiam concedendam, hactenus, si recte Richteri sententia intelligatur, non denegandam putarem separationem.

§. L. Cæterum ex hactenus allatis rationibus facile apparebit, utrobique locum esse divortio, siue uxor marito, siue maritus uxori struxerit insidias. Quamvis enim quoad adulterium a marito commissum uxori recte denegetur actio ad petendum divortium, ceu fusius demonstravi *de diff. spons. sect. V. n. 5.* tamen hic diversa adest ratio. Interim videas controverti etiam hoc inter Doctores, an, si uxor insidias vitæ mariti struat, liceat huic diuertere? Dd. hac de re in diversa abire notat Sanchez. *lib. 10. disp. 18. n. 7.* Qui negant, ducuntur textibus Juris canonici, qui tantum loquuntur de marito uxori insidias struente. Et quamvis, maritus & uxor sint correlativa, ac proinde quod dispositum in marito, censeri quoque videatur dispositum in uxore; id vero locum non habere, quoties utriusque correlativi non eadem adest ratio. Esse autem diversitatis rationem putant, quia uxor nequit coercere virum, ipsumque punire, ac potest vir ipsam uxorem. Verum hæc dubia sunt de nihilo, & plane non evincunt id, quod evincere debebant. Nam non video rationem diversitatis in utroque casu, & idem favor securitatis vitæ utrobique militat, præsertim, cum & illa fundamenta, supra plenius excussa, in utroque casu locum habeant. Unde & Sanchez. *cit. l. n. 8.* ipse fatetur, non obligare matrimonium ad cohabitationem cum tanto vitæ discrimine. *Qua ratio, inquit Sanchez. aequè militat in utroque conjugè, cum vitæ alterius insidiatur, nec aliter coerceri potest, nisi divortio facto.* Et quamvis textus

Contin. III.

Qq

tus

tus tantum disponant de mariti sævitia, non tamen inde evincitur, eos solum ad illum casum esse restringendos, præsertim cum expresserint casum communiorem & uti plerumque accidere solet.

Limitatio sententia defen-
sæ.

§. LI. Atque secundum hanc sententiam pronuntiandum esse existimo, si hæc quæstio in ordinati-
onibus provincialibus seu ecclesiasticis non sit decisa; alioquin enim huic standum est. Sic postquam in *jure Boruss. provinc. lib. 2. tit. 4. art. 8. §. 2.* tantum separatio quoad thorum & mensam hoc casu permessa, totale divortium in regno Borussiae decerni nequit. Ita enim disertis verbis ibidem disponitur: *Da aber auch dargethan und erwiesen, daß ein Ehegatte den andern veneno mit Gift, Gewehr und Waffen oder in andere Wege hätte tödten und umbringen wollen, so mag zwar nicht die Ehe ganz und gar durch ein Urtheil getrennet, noch dem Unschuldigen an einen andern sich zu ehlichen erlaubet, sondern gegen deren schuldigen Theil criminaliter und peinlich geklaget, und zu gebührlicher Strafe nach Anweisung der Rechte gezogen werden.* *jure provinciali* verustiori sententiam contrariam decisam fuisse, patet ex particulis literis majusculis exaratis: *zwar, nach, sondern, quæ noviter editioni de anno 1685. adjectæ sunt.*

An alie cause
diversi generis
admitti debe-
ant?

§. LII. Quæ cum ita sint, tres causæ hodie inter protestantes ad divortium decernendum admittendæ sunt, quæ ipsum vinculum conjugale rumpunt & dissolvunt, *adulterium, malitiosa desertio, & insidiæ vitæ structæ,* & ita a jure civili recessimus, quod plures justî divortii causas admittit. *Nov. 117. c. 10. N. 141.* Equidem, quod supra jam obiter observavi, nonnulli etiam plures causas, diversi licet generis, admittunt, ut furorem, morbum gal-

gallicum, vel alium contagiosum, qui fini matrimoniali obest, impotentiam supervenientem &c. inter quos primatum gerunt Rennemannus Brucknerus; quorum sententia quidem non omni fundamento destituta est, uti de illa quædam dixi in *tr. de dissens. Spons. Sect. V. §. 12.* Interim tamen praxis contraria est, nec ab ea facile recedendum, nisi Principis dispensatione concurrente ob gravissimas causas. Sic consulti de casu, quo uxor alicujus morbo cancrino incurabili laborat, Mens. Jan. 1696. respondimus sequentem in modum: Als derselbe uns einen Bericht samt einer Frage zugesicket ic. Hat Sempronius an. 1673. sich mit der Caja verlobet, und ungeachtet er bald nach der Verlobung wahrgenommen, daß derselben zuweilen einige Beulen unter dem Gesichte und Armen aufgefahen, dabey sie große Hitze und Schmerzen empfunden, hat er dennoch, als ihm berichtet worden, daß solches von einer vorher gehaltenen Hauptkranchheit herrühre, und sich wohl wieder verlieren würde, das Eheversprechen mit ihr vollenzogen, auch in die 4 Jahre einen vergnügten Ehestand geführt, und 2 Kinder erzielet. Hat sie nach Ablauf solcher 4 Jahre das malum erst bekommen, so endlich an dem einen Arme zum offenen Schaden ausgebrochen, auch nach diesem anderer Theil des Leibes angegriffen, nicht weniger ist Caja an Händen und Füßen ganz lahm, u. die Gelencke an den Fingern dermassen inficiret worden, daß sie zum Theil herausgenommen werden müssen, wie denn auch aus dem vordern Theil der Hirnschal ein Stück herausgefallen. Hat ferner Sempronius seit währender Kranchheit, nummehr in die 17. Jahr, an allen ersinnlichen kostbaren Arzeneymitteln zwar nichts ermangeln lassen, nichts destoweniger ist der Cajæ Zufall von Tage zu Tage schlimmer worden, so daß die Medici an ihrer Genesung selbst zweifeln, und den effectum pro incurabili halten, auch so gefährlich vorstellen, daß man sich darbey einer Contagion zu besorgen, und es hat die Caja, da sie nummehr in die 10. Jahr ganz lahm und bettlägerig gewesen, und weiter nicht kommen können, als wohin sie die Magd mit Züchern gehoben, weder des

Species facti.

Qq 2

Sem-

Quæstio.

Rat. Dubit.

Sempronii Haushaltung versehen, noch demselben die eheliche Pflicht leisten können, immittelst befindet sich derselbe noch in einem vigorösen Alter, daß er sich länger zu enthalten nicht getrauet, daher der Herr berichtet seyn will: Ob nicht dieses unglückselige matrimonium quoad vinculum getrennet, und Sempronio sich anderweit zu verheyrathen nachgelassen werden könne? Ob nun wohl derselbe für Sempronium anfänglich anführet, daß von dem Apostel. 1 Cor. 7. v. 9. gesagt wird: Es ist besser freyen, als Brunst leiden, welches ob rationis generalitatem nicht nur von Ehelosen Personen, sondern auch von denenjenigen Eheleuten, da der eine Theil die eheliche Pflicht zu leisten nicht vermöchte, und selbige mehr auffer als in der Ehe lebten, zu verstehen sey; Hierdurch auch des Sempronii Gewissen gerathen, dessen Haushaltung verbessert, und vielen besorglichen Inconvenientien abgeholfen werden würde; Hiernächst aber die Caja, da sie wegen stetswährender Bettlägerigkeit weder die Haushaltung zu führen, noch dem Sempronio ehelich zu begegnen geschickt, pro civiliter mortua, und weil weder finis primarius noch secundarius matrimonii mehr zu erlangen, die Ehe selbst für verloschen billig zu halten wäre, überdiß der Sempronius sich seines Orts eines contagii zu befahren, im übrigen aber von denen Doctoribus die dissolutio matrimonii ob morbum gallicum zugelassen würde, welchem dieser affectus cancrinus incurabilis billig gleich zu achten, und endlich der im Bericht angeführte Brucknerus in *decisionibus matrimonialibus* die affirmationem quæstionis weisläufig ausgeführt hätte. Diemeilen aber dennoch auch bey denen Protestirenden, sowol von den Theologis als ICris keine andere Ursachen der dissolutionis matrimonii quoad vinculum, als Ehebruch und malitiosa desertio, oder was zu diesen beyden Stücken gerechnet werden kan, zugelassen werden, nicht weniger per observantiam judiciorum ecclesiasticorum ausgemacht, daß weder furor noch impotentia oder morbus contagiosus superveniens die Ehe gänzlichen zerrinnen könne, es sey dann, daß der eine Theil durch seine Schuld oder Bosheit sich dergleichen Zufall gezogen, und sich zur ehelichen Pflicht untüchtig gemacht hätte,

auf-

Rat. Decid.

ausser dem aber der eine Ehegatte des andern Unglück dem bey der Copulirung vor Gottes Angesicht beschworenen Versprechen nach billig mit Geduld zu tragen hat, wie denn in gegenwärtigem Fall, daß die Caja ihren Zufall selbst verursacht, nicht zu finden, ingleichen solcher allerdings, da er erst 4 Jahr nach getroffener Ehe sich mercklich hervorgethan, pro morbo & postea exinde orta impotentia concumbendi superveniente zu achten; Hiernechst was dasjenige, so Sempronio zum besten angeführet werden könnte, und zwar anfänglich des Apostels in dem angezogenen Orte enthaltene Meynung anbelanget, solche von denen Theologis unsrer Kirchen nur auf unverehlichte Personen verstanden wird, inmassen denn der Apostel in dem vorhergehenden 8ten Versicul, daß er dieses denen Ledigen und Witben sage, ausdrücklich meldet, bey welcher Bewandniß es auf verehlichte Personen nicht extendiret, weniger zu Tranquillirung des Gewissens ein unzulässiges Mittel gebraucht werden mag, hingegen Sempronius durch sein eifriges Gebet um Geduld, auch durch Fasten, Wachen u. geziemende Arbeit dem fleischl. Triebe zu widerstehen, u. von Gott der Hülfe, die er ihm nun in die 10. Jahr geleistet, ferner zu erwarten hat, und wie wol er vermeynet, daß solche Mittel nicht zureichen wollen, dennoch kein Zweifel, wenn solche mit gebührenden und rechten Ernst angegriffen werden möchten, Gott seine Gnade darzu geben werde, inmassen denn Lutherus in seinem Büchlein vom Ehelichen Leben *in fin. part. 2. Tom. 2. Altenb. p. 215.* das vorgeben, man könne sich nicht enthalten, für sehr unwahrscheinlich hält, immittelst Sempronius seine Haushaltung durch andere, und zwar die fleischl. Begierden nicht reizende, Personen führen lassen kan, ferner die Ehe unter denen Christen keinesweges per mortem civilem aufhöret, noch solche, wenn sie einmal würcklich vollzogen, cessante sine aufgehoben wird. Nechst dem wegen des besorgenden contagii Sempronius zwar der Cajæ die Eheliche Pflicht zu leisten nicht angehalten werden, jedoch deshalb die gänzlichliche dissolutionem matrimonii nicht erlangen mag. Ueberdiss was die Dd. von Zertrennung der Ehe ob morbum gallicum statuiren, von dem Casu, wenn der eine Ehegatte sich solchen durch seine Schuld zugezogen, und welcher sodann zur malitiosæ desertioni zu

rechnen, verstanden werden müssen, im übrigen aber Brucknerus am angezogenen Orte selbst aethet, daß in praxi das contrarium von seiner Meinung observiret werde, und collegia juridica nicht so wol auf speculationes theoreticas, als was durch gemeine Rechte hergebracht, zu sprechen angewiesen sind. So erscheint daraus allenthalben so viel, daß des Sempronii und Cajæ matrimonium quoad vinculum nicht getrennet, noch Sempronio sich anderweit zu verheyrathen gestalten Sachen nach nachgelassen werden könne. B. R. B.

Decisum.

Sufficit præsumtum adulterium ad divortium.

§. LIII. Interim in eo conveniunt in praxi consistoria nostra, non præcisè requiri ad divortium decernendum plene probatum adulterium, quod demum per immersionem feminis perficitur; tale enim tantum requiritur ad pœnam adulterii ordinariam decernendam: sed utique sufficit adulterium præsumtum, & conjecturis urgentissimis inductum, veluti si nudus cum nuda in eodem lecto reperti fuerint c. 12. X. de præf. Nam talis illicita conversatio, & impudica cohabitatio ad πορνείαν, quam Christus ad justam divortii causam admittit, seu turpitudinem referri debet, quæ vinculum conjugale violat & frangit. Declarabo hoc notabili quodam casu, de quo consulti Mense Jul. 1699. ita respondimus: Hat

Facti species.

ein Fürstl. Rath Adel. Geschlechts, Namens Aristobulus im 36sten Jahr seines Alters sich mit Fulvia, auch von altem Adel. Geschlechte und 17 Jahren Anno 1685. ehelich verbunden, und mit derselben nach und nach 3. Kinder gezeuget. Nachdem nun Aristobulus iezuweilen in Fürstl. Berrichtungen verreisen müssen, hat Fulvia sich immittelst mit andern in Buhlschaft eingelassen, wovon ob schon Aristobulo ein und anders mal vertrauliche Eröffnungen geschehen, er es doch nicht glauben wollen, sondern seiner Frauen Ehrlichkeit jederzeit das Beste zugetrauet, bis endlich Anno 1695. da sie mit dem vierten Kinde schwanger gegangen, sich ein und das ander hervorgethan, wodurch Aristobulus einen mercklichen Verdacht geschöpft,

schöpft, jedoch wegen seiner immerwährenden Fürstl. Verrichtungen genauere Achtung auf sie zu geben keine Gelegenheit gehabt, und ob er sie wohl verwarnet, hat sie doch in ihrem bösen Vorhaben verharret, und absonderlich auf des Kindes Ammen boshaftige Verleitungen allerhand verdächtige Zusammenkünfte mit Studenten angestellet, mit ihnen collationiret, sie suspecto loco & tempore bestellet, auch nach Gelegenheit beschencket, und weil das ordinarium hierzu nicht langen wollen, ihren Schmuck, Silberwerck, Kleider und andere Sachen, auch so gar die Trauringe versetzt und verkaufet. Als nun Aristobulus dieses alles erfahren, ist er schlüßig worden, zu Vermeid- und Abkommung alles Anlasses, den Ort seines Aufenthalts zu ändern, und sich etliche 20. Meilen weit davon niederzulassen, immassen auch A. 1696. solches würcklich geschehen, in Hoffnung, es würde nunmehr, da zumal die verführichte Amme auch fortgeschaffet worden, die Fulvia sich besser aufführen: Allein es hat dieselbe nur neue Gelegenheit ihr böses Leben fortzusehen gesucht, zu dem Ende zu denen Frauens-Personen, welche die schlimmste Renommée gehabt, sich sofort gesellet, auch gar mit leichtfertigen und öffentlichen Huren behänget, welche ihre Briefe an gewisse, wegen Unzucht und Leichtfertigkeit absonderlich beruffene Officirer tragen, und selbige zu ihr zu kommen, invirciren müssen, gestalt auch solches würcklich erfolget, so daß Kinder und Gesinde im Hause davon genugsam zu sagen gewußt: Worbey absonderlich vorgegangen, daß sie einem Lieutenant durch ihren Zungen ein Briefgen geschicket, und ihm solches zu eigenen Händen einzuliefere befohlen. Als nun der Junge den Lieutenant aller Orten gesucht, und ihn endlich bey einem vornehmen Cavalier an der Tafel angetroffen, auch alda selbigem das Billet in Gegenwart vieler andern Cavaliers zu Händen gestellet, dieser, als er deswegen von der Compagnie angestochen worden, öffentlich heraus gesaget, wie das Schreiben von der Fulvia wäre, welche ihn l. h. nicht ungeschoren ließe, bis er käme. Worbey sie es noch nicht bewenden lassen, sondern als das Carneval angegangen, und sie von ihrem Ehe-Herrn zwar Erlaubniß erhalten, in Begleitung honettes Dames

mes denen Ballen und Festivitäten je zuweilen bezuwohnen, sie solchem Befehl zuwider einsten des Nachts nach 12. Uhren mit einer Stadt- und Land-bekanten losen Hure sich in Bauren Habit verkleidet, die Redoute und Gassen durchstrichen, auch wer weiß wo? bis Morgens 4 Uhr aussen blieben, da immittelst Aristobulus ihr Aussenfeyn inne worden, ihre Mutter, welche die Tochter immerzu entschuldiget, herbey ruffen lassen, ihr den ganzen Handel umständlich erzehlet, auch sie so lange aufgehalten, bis diese ihre liebe Tochter sich des Morgens von der Wanderschaft eingestellet, also daß die Mutter, wie es zugegangen, selbst sehen und glauben müssen, welche zwar darüber sehr erschrocken, jedoch den Aristobulum flehendlich gebeten, ihrer und der Familie zu schonen, und die Sache nicht alzuhart zu ressentiren, wodurch sie ihn auch, da zumat der Fulvia und der Kinder fußfälliges Bitten darzu kommen, so weit bewogen, daß er nach etlichen Tagen sich resolviret, für dieses mal nichts weiter zu urgiren, darneben aber sich vorbehalten, wenn sie dergleichen Excesse mehr verüben würde, sie als ein leichtfertiges Mensch von sich zu stoßen, darein sie denn nebst der Mutter consentiret, und sich deswegen schriftlich reversiret. Von dieser Zeit an sind fast drey Viertel Jahr hingegangen, daß Aristobulus von der Fulvia nichts gehöret, ausser daß sie noch immerfort mit allerhand losen Pack und Gesinde umgangen, so daß er sich mit ihr völlig aussöhnen, und das Abendmahl des Herrn nebst ihr (welches bisher conjunctim nicht geschehen) zu nehmen sich vorgesehet, dagegen sie sich aber mit ihren mensibus singulari quodam fato entschuldiget; Inzwischen wird Aristobulo unermuthet eine Reise auf etliche Wochen aufgetragen, in dessen Abwesenheit die Fulvia durch alle Schrancken der Treue, Zucht und Erbarkeit hindurch gerissen, dergestalt, daß Stadt und Land davon erschollen, Aristobulo auch auf seiner Rückreise sowol münd- als schriftlich Nachricht davon zugekommen, massen nach deutlicher Aussage etlicher eydlicher Zeugen gewisse Leute, darunter ein Hauptman und Student absonderlich berüchtiget, unterschiedliche mal des Nachts um 8. und 9. Uhr zu ihr ins Haus kommen, und bis Morgens bey ihr allein ver-

verbleiben, auch so gar der letztere einsten zu Mitternacht bey ihr im Bette liegend gefunden worden, da sie nur mit dem blossen Hemde über dem Leibe gekleidet gewesen, wie denn auch am andern mal von den Zeugen des Morgens, da sie Abend zuvor den Hauptmann heraus gehen sehen, die vestigia in dem Bette und den Roth von den Schuhen datan Fleben gefunden, anderer dergleichen Actuum mehr, davon die Zeugen umständlich deponiret, zu geschweigen. Als nun Aristobulus bey seiner Wiederkunft sich zwar von dem, so er unterwegs erfahren, gegen seine Frau nichts mercken lästet, jedoch gegen ihre Mutter sich sofort höchlich beschweret, und aus der Sache zuvörderst mit der Fulvia Curatore zu communiciren vorschläget, auch sie dahin mit zu reisen ersuchet, schläget sie doch solches mit Vorwendung allerhand Entschuldigungen alles aus, fährt auch des andern Tages mit vielen injurieußen Worten gegen den Aristobulum heraus, also daß er zu seiner bessern Verwahrung die obgemeldten Zeugen endlich abhören zu lassen genöthiget wird, welches als Fulvia vermercket, sie eine fremde Chaise miethet, alles was sie von Silber, Kleinodien und Kleidern noch übrig hatte, zusammen packet, und ohne Vorwissen ihrer leiblichen Mutter, Bruders und Eheherrn nach Brage zu reiset. Bey welchen Umständen denn gefragt wird: Ob Aristobulus sich von seiner Frau scheiden lassen kan, und ihm andernorts zu heyrathen erlaubet? Demnach erachten wir vor Recht: Obwol 1. ungeachtet im Alten Testament Deut. 24 v. 1. & 3. die Ehe-Scheidung um geringer Ursach wegen, nemlich um etwa einer Unlust willen, oder wie der Lateinische Interpres redet, propter aliquam fœdiratem, und wenn das Weib nicht Gnade vor des Mannes Augen gefunden, von Gott zugelassen worden, und auch schon nachhero unter denen Römern Theodosio und Valentiniano bis auf Justinianum die Ehe wegen allerhand geringen Verbrechen, als: Si uxor fuerit latronum fautrix, aut extraneorum virorum convivia appetens, aut invito marito sine iusta & probabili causa foris pernoctaverit, vel circensibus aut theatralibus ludis, isto prohibente, gavisâ fuerit, aut falsitatis crimini se miscuerit &c. getrennet werden mögen, dennoch nach der heut zu Tag üblichen

Contin. III.

Rr

pra-

praxi aller Evangelischen Kirchen, und nach Anweisung des Ausspruchs Christi Matth. 5. v. 32. Iqq. 19. v. 9. wie auch des H. Apostels Pauli I Cor. 7. v. 15. keine andere causa divortii quoad vinculum matrimonii für gültig geachtet wird, als nur das adulterium & malitiosa desertio; Chemnit. *Exam. Troid. Conc. sess. 24. de matrim. c. 2.* Gerhard. *loc. de Conjug. §. 602. 624. Et in confess. Catbol. l. 2. p. 3. art. 19. c. 2.* Mejer. *Diss. Theol. 3. de repud. Et div. §. fin.* Kirzel *synops. matrim. c. 8. th. 4. lib. 6.* Nic. *de divort. p. 2. c. 1. n. 24.* inmassen Christus in angezogenem Orte Matth. 5. selbst deutlich saget, daß Moses dem Jüdischen Volcke um ihres Hertzens Härtigkeit willen die Ehescheidung um einer solchen geringen Ursach willen zugelassen habe, vom Anfange aber solches nicht gewesen, sondern Gott vielmehr den Ehestand eingefeket habe, daß Mann und Weib ein Fleisch seyn, i. e. perpetuo bey einander leben sollten, alldieweil was Gott zusammen gefüget, der Mensch nicht scheiden soll; Auf welch dictum auch Ambrosius sich beruset und schreibt in *can. 2. caus. XXXIII. qu. 2.* *Dimitis uxorem, quasi iure, sine crimine, & putas, id tibi licere, quia lex humana non prohibet? sed divina prohibet. Qui hominibus obsequeris, Deum verere, audi legem Domini, cui obsequuntur, etiam qui leges ferunt.* Solchem göttlichen Befehle und Ordnung auch die Christen um so vielmehr folgen sollen, nachdem ihnen der Höchste im Neuen Testamente uberiorem gratiam versprochen, wenn er durch den Propheten Jeremiam c. 31. v. 33. und Ezech. 36. v. 16. verheissen: *Scribam legem meam in corde eorum, auferam cor lapideum & dabo vobis cor carneum.* Wie Gerhardus anführet cir l. §. 608. und wann schon hiernächst 2. Aristobulus aus diesem principio die Ehescheidung suchen, und mit Hindansetzung anderer bey denen Juden oder vormals gültiger Ursachen, sich auf seiner Ehefrauen begangen adulterium allein fundiren wolte, es doch scheint, ob werde er damit nicht fortkommen, indem solches noch nicht der Gebühr nach erwiesen, sintemal die angegebene und abgehörte Zeugen theils domestici und in seinem Dienste begriffen gewesen, theils singulares sind, deren einer dieses, der andere jenes gesehen haben will, insgemein aber nicht concludiren können, daß die Fulvia an ihrem Ehemann

herra brüchig worden sey; jam autem notum est, quod in probandis criminibus requirantur probationes luce meridiana clariores, & quod in levioribus quoque causis testes domestici, singulares amici &c. non faciant fidem, Dec. *conf.* 188. n. 8. Gomez. *lib.* 3. *resol. tit. de prob. delict.* imo, quod nec conjunctio singularium probationum locum inveniat in criminalibus, juxta Hippol. de Marfil. *conf.* 20. n. 48. *sqq.* & nunquam jungantur probationum species, nisi quando unaquæque species per se & in suo genere est perfecta. Bald. *in l. si quis ex argentariis u. de edendo add.* Cæpolla *conf.* 32. n. 37. Auch die angeführten facta an sich selbst also beschaffen zu seyn scheinen, daß daraus nicht etwas böses oder gar ein Ehebruch zu schliessen, denn was die Conversation mit denen Leuten betrifft, welche nicht eben so gar bonæ famæ gewesen, selbige war nicht zu loben, jedoch auch nicht pro illicita noch inhonesta zu halten, indem es nicht heimlich, sondern öffentlich, auch über diß von einer solchen vornehmen Person geschehen, quæ honestatis præsumptionem pro se habet, interpretatio enim actus semper ita est facienda, ut excludatur delictum, Menoch. *conf.* 37. n. 104. Cephal. *l.* 3. *conf.* 397. n. 98. maxime ubi qualitas personæ sinistram opinionem excludit; Farinac. *pr. Crim.* p. 3. q. 85. n. 26. Und die nächtliche Besuchung der Balls mit des Aristobuli Vorwissen und Erlaubniß, die Verkleidung aber in Bauers-Habit nach Anleitung der damaligen Fasten-Zeit und Carnivals geschehen, in welcher einem jedweden eine Masque zu nehmen und dadurch sich eine Ergebung zu machen, vergömet gewesen, qui autem facit id, quod alii facere consueverunt, & solitum est, dolose agere non censetur. *L. quid si 17. §. 12. d. ad. edict.* Decian. *v. 1. resp.* 29. n. 16. Im übrigen gar nicht probable ist, daß der Studiosus, dessen im Zeugniß=rotulo gedacht worden, so unverschämt, oder die Fulvia so kühn sollte gewesen seyn, sich ins Bett zu legen, und sich darinnen betreten zu lassen, cum ejusmodi furtivi amoris actus in occulto & remotis arbitris exerceri soleant, auch daher der Zeugen Aussage überaus verdächtig zu seyn schenket, quæ autem speciem falsi habent, nec verisimilia sunt, illa non produntur, nec attendi

debent, *l. fin. pr. ff. quod met. caus. l. 34. §. 5. ff. de leg. 2.* & testes deponentes non verisimilia præsumuntur falsi, Decius *Cons. 94. in fin. Cravett. Cons. 171. n. 6.* Zu geschweigen, daß die Zeugen unmöglich attestiren können, daß der in dem Bette gefundene Roth eben von des Hauptmanns Schuhen gewesen sey, und also auch in diesem Stück keinen Glauben meritiren. Endlich 3. noch dieses kömmet, daß Aristobulus sich, nachdem er seiner Frauen üble mores allbereit zur Gnüge erlernet, und, daß sie sich sehr verdächtig erwiesen, gewußt, ihr dennoch pardoniret, und wegen dessen, was sie vorgenommen, nicht weiter urgiret, sondern sie ferner bey sich behalten, und mit ihr eine geraume Zeit ohne sondern Scrupel gelebet. *Remissionè vero inter conjuges semel facta tollitur causa & actio divortii, nec datur regressus ad jura, quibus semel renunciatum fuit, per l. 17. §. 1. de acquir. hered. l. 14. §. 9. ff. de æd. ed.* Und es daher das Ansehen gewinnen will, daß die gängliche Ehescheidung hieselbst nicht statt finden könne; Weil aber dennoch vor Evangelischen JCtis auch solcherley Ursachen zur Ehescheidung für sufficient erachtet werden, welche dem adulterio oder malitiosæ desertioni gleich zu schätzen, und per æqualem consequentiam dahin redigiret werden können, wie zu sehen bey dem Brucknero *in decis. matrim. cap. 16. num. 1. ibique alleg. Dd.* Hiernächst, wenn man auch schon nur bey dem adulterio verbleiben wolte, 2. nicht zu leugnen, daß Fulvia des begangenen Ehebruchs zur Gnüge quod præsentem actionem überführet sey, sintemal so viel fortissima argumenta aus denen allegirten Umständen und im Zeugniß-rotulo enthaltenen factis erscheinen, daß niemand zweifeln kan, sie habe ihre eheliche Treue mehr als einmal gebrochen, nachdem bekant, quod copula carnalis sit difficillimæ probationis, *Paris v. 4. cons. 54. n. 64. Menoch. l. 2. A. F. Q. cas. 11. adeoque adulterium directo & specificè probari nequeat. Corn. V. 2. cons. 116.* Und die præsumptiones & indicia fortiora in dergleichen casibus billig das meiste thun müssen, ander gestalt man nimmer hinter solch delictum gelangen könnte, *Rennem. Cons. 167. num. 7. Anchoran. in cap. literis X. de præf. n. 6. Add. cap. præstrea 27. x. de testibus §. l. 34. Cod. ad L. Ful. de*

Rat. decid.

de adult. ibi manifesta fide & indiciis evidentibus, obangezogene indicia auch dergestalt beschaffen, daß niemand solche für geringe, oder non urgentia halten kan, indem zu geschweigen, daß die Fulvia an fremde Cavaliers Briefe geschicket, und selbige zu ihr zu kommen invitiret, dergleichen scriptio litterarum eine Vermuthung ziemlicher Liebe giebet, Paris *d. conf. n. 64.* sie dadurch über die massen sehr graviret ist, daß sie sich nicht geschueet, andere dergleichen Purſche in Abwesenheit ihres Eheherrn zu mehrmalen, und zwar des Nachts in ihr Haus zu lassen, in die Stube und gar ins Bette aufzunehmen, und bis am Morgen bey sich zu behalten, quando enim ex compacto & tempore nocturno quis ad mulieris domum accessisse probatur, omnino conjectura adulterii ex eo capitur, *l. palam. 43. ff. de ritu nupt. cum primis si admicula accedant. Mynf. Resp. 1. n. 23. ut qualitas mulieris & juvenis, Dec. in cap. tertio loco X. de prob. n. 59. absentia mariti, Bald. in L. neque natales 10. C. de probat. ib. licet non probentur, iteratio & frequentatio, Menoch. lib. 5. præf. 41. num. 21. Gratiarum actio pro obtenta gratia, so aus des Studiosi bey denen Zeiten befindlichen verschiedenen Schreiben ganz deutlich und mit Umständen, daß er Zeit Lebens solche vergnügte Stunden nicht vergessen wolle, erhellet, adeo, ut præsumtionem hanc esse violentam, omnes fateantur, und hierzu ferner kömmet der Fulviae nächtliches Auslaufen und Verkleidung, inter urgentia quippe adulterii indicia refertur, quando uxor sine permissu viri discedit ex domo mariti, & extra lares mariti commoratur, *L. 8. ff. 3. C. de Repud. verb. foris pernoctantem. Riminald. jun. Conf. 274. n. 31. Cravett. Conf. 205. Menoch. L. 5. præf. 31. n. 122.* auch niemand in Abrede seyn wird, daß aus des Studiosi mit der Fulvia in einem Bette aufgeschlagenen Lager nichts gutes von ihr zu vermuthen sey, zumal sie nur mit dem Hemde bekleidet gewesen, ex præparatorius enim probatur adulterium, *Blanc. tom. 15. de judic. n. 65. ubi de dotis amissione ob osculum luxuriosum, cum primis ex amplexu luxurioso in loco suspecto addito remotis arbitris. Sanchez. de matrim. lib. 10. Disp. 12. num. 45.* quamvis enim si juvenis cum femina in complexu reperiatur, clausa er-*

iam janua, non nisi conatum adulterii probatum censerit tradant Dd. in cap. Præterea X. de vestib. Cravett. Conf. 205. n. 21. illud tamen solum obtinet, quando criminaliter & ad pœnam agitur, ut ut etiam Damhoud. Prax. Crim. cap. 178. n. 14. doceat, posse quoque criminaliter condemnari, quando nudus cum nuda inveniat, quia hæc vehemens & violenta est præsumptio, nicht desto weniger ad civilem actionem, quæ saltem ad separationem tendit, dergleichen præsumptio zureichend ist. Corn. V. 4. Conf. 142. n. 11. sqq. Burr. ad cap. ex litteris X. de præsumt. n. 5. Licet testes de immixtione nihil deponant; idemque dicendum, quando vestiti decumbunt vel unus vestitus, Mascard. de probat. V. 1. concl. 59 n. 6. Campeg. de test. reg. 385. quæ enim cum viro cubuisse deprehenditur, non solum corrupta mente, sed etiam adulterare putatur, Alex. V. 7. conf. 77. n. 1. sqq. und bey solchem vielfältigen Verdacht des Ehebruchs hieher billig derjenigen Dd. Meynung zu ziehen, welche das Wort, *noceat*, dessen Matth. 5. gedacht wird, nicht allein de consummato adulterio, sondern auch de omni impuritate adulterii præsumtionem inferente verstehen, Brouw. de Jur. connub. L. 2. C. 31. circ. f. p. 686. Grov. ad cap. V. Matth. v. 32. quod non improbat D. Caloy. in obs. ad b. l. Grov. hieher gehöret auch der locus Hieronymi, ubicunque est fornicationis suspicio, ibi libere uxor dimittitur, Lucas Burgens. in comm. ad cap. V. Matth. v. 32. adductus a Marth. Polo in Synops. Critic. d. C. 5. und hierzu kömmt, daß, da der Aristobulus sie ihres üblen Verhalten wegen öfters erinnert, sie ihn auch um Bezeihung gebeten, quæ petitio veniæ jam per se indicium delicti facere potest, Blancus in L. f. ff. de Quæst. n. 38. Marian. Socin. V. 2. conf. 32. n. 17. sie hernachmals es doch desto ärger getrieben, und daraus der Schluß leicht zu machen, was an ihr zu thun sey, quæ enim semel deliquit, tanto facilius continuasse censetur, Rom. conf. 167. n. 7. seq. Menoch. V. 1. conf. 31. n. 24. quin imo maxima est adulterii præsumptio, quando vir uxori denunciavit iterato, ne cum alio esset, & hæc tamen deinceps cum eo deprehenditur; *auth. Si quis ei C. ad L. Jul. de adult.* Jason. in L. transigere n. 5. C. de transact. Menoch. L. 5. præf. 41. n. 9.

199.

399. Und ob schon 3) denen Zeugen vorgeworffen werden wolte, daß, weil selbige theils domesticci, theils mulieres wären, sie de veritate nicht deponiren könnten, so gehöret doch der Ehebruch unter die crimina excepta, bey welchen auch testes inhabiles admittiret werden, Farin. *L. 2. de test. tit. 6. qu. 61. opp. 10. n. 33.* Mascard. *de Prob. V. 1. concl. 278. n. 7.* allemassen in specie die domesticci in causa adulterii admittiret werden. *L. consensu 8. §. 6. C. de repud. Socin. V. 1. conf. 17. n. 5. Grat. V. 2. conf. 50. n. 5.* und obgleich ein Weibsbild in casu capitali kein testis omni exceptione major ist, Cæpoll. *conf. crim. 32. n. 2.* Cravett. *conf. 99.* Cephal. *V. 2. Conf. 223. n. 23.* adeo, ut furtum non possit plene probari per duas feminas, Angel. Aretin. *V. 1. conf. 72. n. 57.* doch in adulterio und dergleichen occultis criminibus es eine andere Beschaffenheit hat, Farin. *d. l. Jason. in L. fin. ff. quib. ut indign. n. 7.* ferner auch denen Zeugen keine singularitas imputiret werden kan, noch sie ex hoc fundamento verworffen werden, cum consuetudines adulterinæ iterari soleant, Jason. *Vol. 2. conf. 1.* und daher unterschiedene Zeugen, welche von unterschiedenen actibus reden, pro singularibus nicht zu halten, *L. per sententiam C. de penis.* Mynsing. *Cent. 2. obs. 20.* neque etiam etiam singularitas admniculativa spernitur, quando ad rem unam tendit, veluti in adulterio, tunc enim plene probat. Alex. *V. 7. Conf. 13. n. 24.* Cravet. *conf. 73. n. 33.* Endlich auch nicht hindert, daß 4. durch alle diese angezogene indicia und Zeugen-depositiones das allerirte adulterium noch nicht völlig für probiret erachtet werden mag, da doch in delictis ein völliger Beweis, wie oben gemeldet, erfordert wird, und es mit blossen conjecturis licet fortissimis nicht ausgerichtet ist; Sintemal ein notabler Unterscheid zu machen unter der Criminal- und Civil-Action, deren jene ad pœnam promeritam s. corporis afflictivam s. mortis infligendam, diese aber: ad dissolv. matrimon. & lucrum dotis obtinendum anaestellet wird, dergestalt, daß in processu criminali die indicia & præsumptiones fortiores nicht anders als ad torturam suscipiendam dienen, Bald. *V. 5. conf. 447. Rom. conf. 45.* hingegen, wann nur civiliter ad divortium geflaget wird, die condemnatio auch ex solis præsumtionibus fortioribus & violentis erfolgen kan, gestalt der Pabst. Ale-

Alexander III. *in cap. 12. X. de presunt. in terminis* ausdrücklich respondiret: Consul. tuæ aliter respondemus, quod ex hujusmodi violenta suspitione fornicationis potest sententia divortii promulgari. Et hæc est communis Canonistarum sententia, August. Barboſa *ad d. c. 12 n. 2.* Sanchez. *de matrim. lib. 10 Disp. 12. n. 45.* Mascard. *de prob. concl. 57. n. 6. sqq.* Mynſing. *Resp. 1. n. 28. & 35.* Nicol. *de divort. c. 1. n. 63.* auch die Juristen-Facultät zu Wittenberg dergestalt in terminis gesprochen; wie solches responſum zu befinden iſt beyh. Strykio *tr. de diff. spons. sect. 5. §. 3.* quoad effectum enim actionis civilis probatio per indicia urgentia habetur pro plena, *c. 27. X. de test. Corn. V. 1. conf. 192.* Menoch. *V. 1. conf. 31. n. 25.* & indicia sunt loco probationis, Falin. *in Cap. Veniens de test. illat. 2.* Lud. de Penna *in L. quemadmodum C. de agric. & cens.* Menoch. *A. I. Q. f. 2. cas. 29. n. 1.* ut adeo moralis certitudo sufficiat, quæ prudentissimos viros ad judicandum inducit, adulterium fuisse perpetratum. Sanchez. *de matrim. d. Disp. 12. n. 4.* maxime in criminibus ejusmodi occultis, quæ directo probari nequeunt; Hippol. de Marsil. *in dep. rubr. C. de prob. n. 239.* und nachdem so viel indicia zusammen kommen, solche, licet forte imperfectam, doch eine probationem plenam ausmachen, juxta illud: Quæ non probant singula, juncta juvant, Mynſ. *Cent. 5. obs. 33.* Theod. *Colleg. Crim. disp. 6. th. 2. k.* auch endlich 5) dem Aristobulo nicht schaden kan, daß er seinem Ehe- weibe hiervor alles remittiret, und sie ferner bey sich im Hause und seinem Tisch behalten, indem solches eines Theils mit der ausdrücklichen condition und reservation geschehen, wenn sie sich besser verhalten würde, dem sie aber nicht nachgelebet, andern Theils auch auffer solcher reservation dem Manne nicht verwehret werden kan, ob novam supervenientem causam das Weib zu ver- stoffen, vielmehr die canones in diesem Fall maritum zur dimission und Suchung der Ehescheidung verbinden, wenn das Weib, welcher der Mann schon mehrmalen condoniret hat, in ihrem ehebrecherischen Leben noch immer fortfähret, *cap. 3. X. de adult.* allwo der Pontifex deutlich schreibet: Si vir sciens, uxorem suam deliquisse, quæ non egit pœnitentiam, sed permanet in fornicatione, & vixit cum ea, reus erit & particeps illius peccati.

ti. Idque ex præcepto scandali, quia videri posset patrocinari & conniveri turpitudini illius. *Can. 1. & 6. caus. 32. qu. 1. L. 2. §. 2. & l. 29. ff. ad L. Jul. de adult. L. 2. C. d. t.* Zimmassen auch in denen geistlichen Rechten zugelassen, ut ejusmodi mulierem etiam post septem annos & peractam pœnitentiam maritus de adultério accusare & dimittere possit. *Can. 8. caus. 33. qu. 2. v. 5. nam si verum.* So erscheint hieraus allenthalben so viel, daß da nun mehro auch Aristobulus, wegen tragenden Abscheues vor ihrer leichtfertigen Art und ob evitandam speciem lenocinii, ihr ehelich nicht beywohnen kan, gleichwol auch ohne Verletzung seines Gewissens, ja Lebens und Gesundheit, nach dem Zeugniß der Medicorum, ausser der Ehe zu leben nicht vermag, ihm so wenig die Ehescheidung, als Verstattung anderweiter Verhehlung verwehret oder abgesprochen werden können. B. R. B.

Decisio.

C.

§. LIV. In eo quoque recessimus a jure civili, quod ob adductas causas parti innocenti integrum non sit, propria auctoritate divertere sed demum causa cognita, & divortio per consistorium decreto; id quod etiam in plerisque consistoriorum ordinationibus caveri solet. *Vid. ord. consist. March. tit. 63. Jus provinc. Boruss. lib. 2. tit. 4. art. 1. §. 1.* Puto tamen, hanc sententiam magis esse *declaratoriam*, quam *privatoriam*, quia adulterium ipso jure tollit matrimonium, etiam ante judicalem declarationem, & ita non demum sublatum vel dissolutum censetur a tempore latæ sententiæ, ut recte statuit Huberus *in prælect. ad h. t. §. 14.* Effectus hujus observationis insignis est. Quid enim si pars innocens, abjecta uxore adultera, pendente processu divortii, cum alia concumbat, an ut simplex stuprator, an vero ut adulter puniendus? Prius utique asserendum, si adulterium ipso jure tollit matrimonium. Proinde ante biennium & quod excurrit secundum hanc sententiam pronunciamus in casu, quo maritus uxorem adulte-

Divortium hodie auctoritate consistorii decernendum.

Ut tamen ipso jure tollatur matrimonium.

Contin. III.

S s

ram

ram ejecerat, & ad divortium egerat, & nondum lata sententia divortii, in expeditione constitutus aliam duxerat, ubi quæstio movebatur, an pœna polygamiz in eum esset statuenda? Existimavimus, causam divortii prius esse discutiendam, tanquam quæstionem præjudicialem, qua discussa, & divortio decreto, pœnam polygamiz ordinariam omnino cessare. Equidem in *l. 8. pr. C. b. t.* dicitur, *matrimonium non nisi misso repudio dissolvi*; sed hæ litteræ repudii necessariae erant, ut de voluntate innocentis constaret, quemadmodum in foris nostris itidem actio eo nomine instituenda est. Similiter in *N. 117. c. 8.* accusatio legitima prærequiritur, & hac demum probata, integrum esse marito dicitur, mittere repudium; sed rursus id necessarium erat, quando de adulterio non satis constabat, quod in omnibus ejusmodi juris articulis hodie quoque necessarium est, quæ *ipso jure* fieri dicuntur. Ex hac observatione quoque hoc fluit, maritum adulteram manifestam ejicere posse, etiam ante sententiam judicalem, hoc effectu, ut ei cohabitare non teneatur; Interim tamen alimenta & litis sumtus adhuc ei suppeditare tenetur, antequam sententia divortii decernatur, prout dixi in *tr. de action invest. Sect. 1. m. 2. §. 36.* id quod marito injungitur per sententiam provisionalem. Imo qui ad divortium agere intendit, omnino vitare debet amplexus nocentis conjugales, ne videatur remisisse injuriam sibi illatam, & matrimonium, *ipso jure* solutum, redintegrasse. Brunne-
mann. *de jure eccl. lib. 2. c. 17. §. 20.* Quod tamen distinctione indiget, prout optime provisum est in *ord. Prov. Boruff. lib. II. tit. 4. art. 1. §. 2.* In diesem Fall wollen wir, daß ein Unterscheid zu machen sey, ob der Ehebruch offenbar und ohne Weitläufigkeit kan ausgeführt werden: alodenn ist der Mann berechtiget, die Frau auszustoßen, und

Innocens am-
plexus conju-
gales nocentis
vitare debet.

und ihr die eheliche Pflicht zu versagen. Da es aber ein Zweifel ist, und muß bewiesen und ausgeführt werden; der Mann aber würde durch die hohe Obrigkeit oder Consistorialen zur ehelichen Beywohnung gezwungen, ob er sie denn gleich, lite pendente, in hangenden Rechten, hier auf ehelich erkennet; so soll ihm doch solches, wenn schon der Ehebruch erwiesen, an seinen Rechten nichts nachtheilig oder präjudicirlich seyn. Da aber der Mann ohne solchen Zwang die Ehebrecherin freywillig zu sich nähme, und ehelich erkennete, so ist hiedurch die *accusatio adulterii quo ad maritum*, was den klagenden Theil anlangt, gefallen. *Similiter si uxor ob adulterium mariti ad divortium agit, facilius contingere potest, ut illa invita & reluctans ad amplexus conjugales a marito adultero cogatur, itaque eo ipso plane sibi non præjudicat.*

§. LV. *Similiter, si vel maxime causæ divortio- In quo foro*
rum judiciali sententia olim definitæ fuissent, minime *Judæorum*
tamen ad Episcopi cognitionem, sed judicis secularis *causæ matri-*
decisionem pertinuissent; sed hodie expeditum est, de *moniales dis-*
divortiis Christianorum tantum agi in consistoriis. Ni- *cutantur?*
colai de divorz. & repud. P. 2. c. 6. n. 18. seqq. An vero etiam
hoc applicari debeat ad divortia Judæorum, si forsitan
contentiones desuper incidant, non adeo expeditum
est. Secundum principia juris Canonici eorum matri-
monia quidem dicuntur esse legitima, sed non rata, hæc
non eam significationem habentia, quæ Christianorum
matrimoniiis tantum subsit. In his unice latere figuram
unionis Christi cum ecclesia, non in Judæorum connu-
biiis, & consequenter hæc causis ecclesiasticis haud ac-
centent, sed inter mere civiles rejiciunt. Ita quidem
canonistæ. Si praxin protestantium intuemur, non
quidem negari potest, sacramentum in matrimonio
nullum a nostratibus agnosci; interim tamen reliquias

ex hoc sacramento quam plurimas adhuc superesse in foris nostris certum est; inter quas etiam merito referendum, quod causæ matrimoniales in consistoriis dirimendæ sint. Quodsi ergo ex principiis juris canonicæ hæ causæ hodie æstimari debent, illam, quam de Judæis adducunt, exceptionem merito quoque in foris nostris retinendam censeo, cum apud nos major ratio sit, causas matrimoniales ad seculare forum trahendi, quam apud Pontificios.

Annon iudex secularis hanc cognitionem de causis matrimonialibus præscribere possit?

§. LVI. Adeo vero communiter iudicem secularem a cognitione causarum matrimonialium & speciatim divortii excludunt, ut illam nequidem præscriptione immemoriali acquiri posse censeant, quod spiritualia respectu laicorum sint in præscriptibilia, & hi in mala fide versentur, quæ impedire videatur omnem præscriptionem. Nicolai *P. 2. de divort. c. 5. n. 26. seqq.* Inde inferunt, principem jurisdictionem ecclesiasticam non alia sub qualitate exercere, quam quatenus est episcopus, & inde esse, quod nobiles jurisdictionem hanc nullo tempore præscribere possint. Verum hæc non satis coherere, praxis nonnullorum locorum docet. Sane Hamburgi causæ matrimoniales coram Senatu peraguntur, tanquam in foro competente, & cerebrina est ratio, quam vulgo fingunt, quod principes nostri tanquam clerici hanc jurisdictionem exercent, & consequenter a laicis præscribi non possit. Contrarium praxis ostendit in quibusdam civitatibus municipalibus, quibus tamen jura episcopalia adscribere non tutum foret. Mey. *ad jus Lubec. P. 1. qu. 3. n. 19.* Rectius ergo hoc jus ex jure summæ potestatis circa sacra, quam ex jure episcopali deducitur; uti &, in quibus locis nulla sunt consistoria, illæ causæ coram supremo iudicio expediun-

diuntur. Est videlicet præscriptio immemorialis instar tituli legitimi, imo legitima concessio superioris inde valide infertur, nec in rebus nauci, sed imo maximis iuribus acquirendis utilis est.

§. LVII. Interim ordinarie tantum pertractantur causæ divortii inter protestantes in consistoriis, & quidem ut causæ ecclesiasticæ. Licet enim, subducto conceptu sacramenti, tales revera non sint, quod agnoscit Lutherus in præf. libelli von Ehe: Sachen, sub hac qualitate tamen inter protestantes hæcenus constanter pertractatæ sunt, & adhuc hodie pertractantur, postquam in matrimonialibus jus canonicum in plerisque sequimur. Inde dependet decisio quæstionis, an in causis divortii & aliis quæstionibus matrimonialibus hodie permittitur provocatio a consistoriis Principum ad summa imperii tribunalia? Quod omnino negandum est; neque enim hæc summa tribunalia ullam in causis ecclesiasticis, vel quæ pro talibus habentur, habent cognitionem, sed jurisdictio ecclesiastica juxta I. P. intra terminos cujusvis territorii apud protestantes se continere debet, adeoque subsistendum in appellatione ad ipsum Principem territorii, quemadmodum in pluribus locis a consistoriis permittitur appellatio ad sanctius Principis consilium. Est quippe jurisdictio ecclesiastica tota, quatenus ab episcopis vel papa olim exercita fuit, suspensa in territoriis protestantium, & inde merito inferendum, quod in omnibus illis causis, in quibus episcopi Germaniæ & Pontifex Romanus usu & consuetudine jurisdictionem exercuerunt, cognitio unice ad Principes protestantes pertinere debeat, & quidem independentem, postquam hæc jurisdictione se intra terminos territorii continere debeat. Sicuti

An in causis divortii detur appellatio ad summa tribunalia imperii?

vero episcopi olim in causis divortii jurisdictionem hanc exercuerunt, nulla concessa provocatione ad summa imperii tribunalia, ita quoque eodem modo Principes hodie illam exercere debent. Unde *in Memor. visitat. de anno 1570.* expresse cautum est, **Daß Ehe-Sachen und andere ans Cammer-Gerichte nicht gehörige keines weges sollen angenommen werden.** Conf. Denais *de jur. camer. tit. matrimoniales causæ* 187. Roding. *pandect. Camer. lib. 1. tit. 31. n. 4. 8.* Gail. *lib. 1. obs. 112. num. ult.* Reincking. *de regim. secul. & eccl. lib. 2. class. 2. c. 14. n. 41.* Limneus *lib. 9. §. publ. c. 2. n. 186. seqq.* Dominus Bodinus *diff. de illicita a princip. potest. provocat. in caus. eccles. §. 19. & 35.* Nicolai *de divort. & repud. p. 2. c. 6. n. 59.* Textor *ad R. I. noviss. disp. 1. th. 76.* Schweder. *introd. in jus publ. p. spec. sect. 2. c. 17. §. 31.* Dn. Coccei. *jus publ. c. 32. §. 8.*

Quid si controversia de divortio inter principes protestantes sit?

§. LVIII. Quid itaque dicendum est, si controversia de divortio inter Principes protestantes oriatur, quis hujus competens iudex est? Sunt qui forum austregarum hic locum habere posse autumant, Petr. Frieder. *de proces. lib. 1. c. 10. n. 4.* Mevius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 4. n. 48. & p. 2. decis. 365.* forsitan ex generalitate *ordin. Cam. p. 2. tit. 4. §. 1.* ubi forum austregarum fundatum esse dicitur in omnibus causis, **warum oder aus was Ursachen das wäre**, ut *cit. l.* dicitur. Sed contrarium adstruxi *in diff. de Foro Austreg. §. 33.* quoniam forum Austregarum, tanquam prima Principum instantia, tantum in iis causis locum habet, in quibus admittitur provocatio ad summa imperii tribunalia, quæ tamen in his causis illicita est, ut antea demonstravi, conf. Linck. *diff. de immed. imp. prot. for. in caus. matrim. sect. 2. num. 17.* Unde nullo minus hæc tribunalia summa, in his controversiis, tanquam in instantia prima, judicare possunt, quam-

quamvis textus *cit. l. 1b. 74. seq.* Imperatorem legitimum judicem hic agnoscat, & exemplo Ludovici IV. Imperatoris, qui inter Johannem, Regis Bohemiæ filium, & Margaretham, Ducem Carinthiæ, in causa divortii sententiam tulit, hoc confirmari posse videatur. Verum, postquam ipse Imperator hodie jurisdictionem ecclesiasticam sibi non competere profitetur, nec eam a multis retro seculis exercuerit, non video, ex quo fundamento illam hodie sibi adscribere possit in causis divortiorum Principum protestantium; neque hic exemplis judicandum est, sed legibus. Nihil ergo superest, quam ut vel consistorio suo hanc causam committat, vel in certos arbitros partes compromittant, vel judicium aliquod ex personis minus suspectis forment, & decisionem causæ ei committant, quod praxi recentiori firmatur. Quod si vero uxor Principis, actoris vices sustinentis, contra hæc judicia extraordinaria protestata sit, suadent communitè, ut causâ ad facultatem quandam transmittatur, & ejus decisio publicetur, quod de justitia causæ publice constet.

§. LIX. In eo quoque recedunt mores nostri a juris Romani dispositione, quod, divortio decreto, parti innocenti quidem novæ permittantur nuptiæ, neutiquam vero nocenti. *Carpz. lib. 2. Jurispr. consist. def. 190.* nisi prævia dispensatione consistorii. *Id. def. 191.* Hæc pœna celibatus impositi Juri Romano incognita, & jure canonico demum introducta est, *c. 12. X. de presunt. c. quædam cum fratre 19. c. 32. q. 7.* & inde quoque in foris protestantium recepta est. Idem quoque in *jure provinciali Boruss. lib. 2. tit. 4. art. 3. §. 2.* cautum legimus. Was den überwundenen, schuldigen und condemnirten Theil anlangt, obwol auch etliche fürnehme Juristen der Meinung, daß sich dasselbige ander-

De pœna celibatus nocenti imposita.

der-

Derweit, so fern es sich nicht enthalten kan, und damit Hurerey und andere grobe Laster, Sünde und Schande zu vermeiden, in Heyrath wohl möge einlassen: So wollen wir doch solches mit nichten gestatten, sondern es soll das überwundene und verurtheilte Theil, vermöge dieses unfers Land-Rechtes, auch nach Ordnung der Rechten aus dem Wege gebracht werden. Da aber je nach Gelegenheit der Personen und Sachen das condemnirte und schuldige Theil zu ordentlicher Strafe nicht gezogen würde, und also ihm die verwürckte Strafe von uns erlassen, so soll sich das schuldige Theil in ein ander ferner Land machen. Cum itaque plerumque abitio extra territorium parti nocenti injungi soleat, vel etiam desertor per se alibi degat, dubium exsurgit, annon prævia dispensatione illius loci licite matrimonium inire queat, ut in loco priori, quo ipsi cælibatus impositus est, puniri haud possit? Qua de quaestione Mens. Febr. 1710. consulti ita respondimus: Seyd ihr vor 17. Jahren von dem Fürstlichen Schwanenburgischen Consistorio von eurem Ehe-Weibe propter malitiosam desertionem quoad vinculum matrimonii geschieden, euch aber, als parti nocenti, anderweit zu heyrrathen nicht vergönnet werden wollen. Habt ihr darauf aus Antrieb eurer complexion eine ledige Person als eine Ausgeberin zu euch genommen, und mit derselben drey Kinder gezeuget, und, da ihr diese sündliche Lebens-Art erkannt, solche hinweg verlassen, und in einem andern Lande prævio responso prudentum, und nach erhaltener special-concession von dem Ober-Consistorio zu Denders, mit der Amanda euch ehelich trauen lassen, darauf die Landes-Obrigkeit zu Veghel wider eure gehabte Concubine inquisition angestellet, und dieselbe des Landes verweisen lassen. Weil ihr nun an demselben Ort annoch bey 10000. Thlr. immobilia, wie auch unterschiedliche nomina habt, und besorgt seyd, daß, wann ihr all dort euch wieder einfinden würdet, man euch deswegen in Strafe ziehen werde, daher, ob solches geschehen, könne, gefragt wird? Ob nun wohl sonst ein desertor, wann er sich cum persona soluta fleischlich vermischet, als ein Ehebrecher be-

Facti Species.

bestraft wird. *Carpzov. Pr. crim. qu. 58. n. 61.* Weil aber solches nicht zu verstehen ist von dem Fall, da die Ehescheidung quoad vinculum noch nicht erkannt worden, dergleichen hier geschehen ist, und daher dissoluto vinculo in der That kein adulterium vorhanden seyn kan, sondern ihr nur deshalb straffällig seyd, daß, da euch die anderweitige Verheyrathung noch nicht erlaubet, sondern vielmehr untersaget worden, ihr ein deterius vitæ genus, nemlich den concubinatum erwählet, welches gestalten Sachen nach pro simplici stupro nicht gehalten werden mag, sondern etwas härter anzusehen. Was die anderweitige Verheligung betrifft, wann wir zuörderst supponiren, daß die Amanda in dem Lande, woselbst euch a Consistorio die anderweitige Heyrath verbothen, sich nicht, sondern in einem andern Lande aufgehalten, ihr auch daselbst bey dem Ober-Consistorio zu Denders, da ihr die permission zu heyrathen gesucht, diesen Umstand nicht verschwiegen, daß euch bey der Ehescheidung von dem Consistorio zu Lezel die Heyrath untersaget worden, und nichts desto minder euch die Heyrath erlaubet ist, ihr bey solchen Umständen ratione dieser anderweitigen Heyrath von dem Consistorio zu Lezel keines delicti beschuldiget werden möget, sintemal in loco contracti matrimonii die dispensation erfolget, und die Ehe darauf ordentlich vollzogen worden, folglich solches matrimonium pro legitimo zu achten, dessen effectus sich auch ultra territorium Principis dispensantis beziehet, weil man in æstimanda validitate negotii allezeit auf die solennitates & requisita, ubi actus est gestus, reflectiren muß. per *l. si fundus 6. de Esic. & ibid. Dd. Stryk. Tr. de diffens. sponsalit. §. 46.* Und da in locis contracti matrimonii von euch nicht pecciret, und das geschehene Verboth, so von dem Consistorio zu Lezel geschehen, eines andern Landes-Herrn Consistorium nicht obligiren kan, daß es super matrimonio inibi contrahendo nicht sollte dispensiren können, und ihr also unter des Lezelischen Consistorii Jurisdiction nichts strafbares begangen, indem auch di-delicta secundum leges loci, ubi commissa sunt, zu æstimiren seynd. So erscheinet hieraus so viel, daß ihr zwar wegen des concubinaris mit einer leidlichen Geld-Strafe, jedoch dieser andern

Decisio.

Contin. III.

T:

Hey:

Heynath halber von dem Pöpelischen Confistorio mit keiner Strafe angesehen werden möget. **B. R. B.**

An divorcio
decreto matri-
monium pri-
vata auctori-
tate redinte-
grari possit?

§. LX. Quemadmodum vero olim de jure Romano divortia auctoritate privata fiebant, ita non dubium est, quin etiam per divortium dissoluta matrimonia redintegrari privata auctoritate potuerint. *l. 30. ff. de jur. dor. l. 33. ff. de R. N. c. 9. ff. solut. matrim.* Ast id ipsum rursus ad mores nostros applicari nequit, ceu ex §. *antec.* patet, cum parti nocenti integrum non sit, ad prius reverti matrimonium, ob pœnam cœlibatus ipsi impostam. Accedit, quod prius matrimonium in totum dissolutum sit, & ad illud redintegrandum secundum mores nostros duo necessaria sint: (1) a parte nocentis confistorii dispensatio, ut pœna cœlibatus tollatur, (2) a parte utriusque, repetita benedictio sacerdotalis, quia revera novum initur matrimonium, & ita de novo omnia solennia sunt repetenda, adhibita etiam publica proclamatione. Potuisset enim contingere, ut interim impedimentum aliquod obvenerit, quod redintegrationem matrimonii impedire posset. Conf. Brouwer. *de jur. connub. lib. 2. c. 18. n. 11.* Nicolai *de divorc. & repud. P. 2. c. 1. n. 74. seqq.* Quod si secundum principia juris R. de hac questione judicandum esset, novæ solennitates haud necessaria viderentur, cum secundum *l. 33. de ff. R. N.* redintegratum matrimonium sit idem cum priori. Sed hanc Philosophiam adductæ circumstantiæ, quæ hodie in redintegrandis matrimoniis occurrunt, non admittunt.

De desertione
malitiosa re-
missive.

§. LXI. Superesset adhuc, ut de desertione malitiosa speciatim agerem, quippe cujus processus in jure Romano non definitus aut præscriptus est, sed merito ad jus modernum referri debet. Verum cum de hac materia quoad praxin in terris protestantium jam fusius ege-

egerim in *tr. diffus. sponsal. Sect. VI.* illam hic recoquere supersedeo, & ad prædictum tractatum me remitto.

§. LXII. A dissolutione matrimonii ob tres hactenus explicatas causas omnino distingui debet nullitas matrimonii, ob quam non tam matrimonium dissolvitur, sed nullum declarari petitur, daß die Ehe zu Recht nicht beständig sey. Hic enim plures concurrere possunt causæ, quam hactenus in divortio admittæ sunt, quas ex professo explicavi in *tr. de diff. spons. Sect. V.* & propterea hic excutere supersedeo.

De nullitate matrimonii remissive.

§. LXIII. Hactenus de dissolutione matrimonii *totali* actum est, quæ etiam apud Romanos tantum cognita fuit, pauca etiam de separatione quoad thorum & mensam adhuc addenda sunt. Supra jam §. II. præmissi, hanc plane in jure Romano non esse fundatam, sed privatam quidem conjugum discessionem ibidem deprehendi, quæ tamen cum hac separatione minime comparari potest. De privata apud Romanos conjugum discessione ita *Jctus in l. 32. §. 13. ff. de donat. int. vir. & uxor: Si mulier & maritus diu seorsim quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant, (quod scimus interdum & inter consulares personas subsequutum) puto donationes non valere, quasi daraverint nuptiæ: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio. Idem quoque firmatur ex l. 15. ff. de act. rer. mov. ubi quoad actionem rerum amotarum parum referre ait Jctus: utrum simul, an separatim habitaverint.* Ex his textibus Brouwerus *de jur. connub. t. 29. n. 3.* evincere conatur, separationem quoad thorum & mensam jam apud Romanos in usu fuisse. Verum jam supra in §. 6. genuinos fontes hujus separationis aperui, simulque ostendi, illam primitus ab Augustino inventam esse ad salvandam hypo-

De separatione quoad thorum & mensam.

pothesin de indissolubilitate matrimonii. Neque enim illa, quæ apud Romanos in usu erat, privata conjugum & voluntaria secessio speciem hujus separationis constituebat, cum fierent utriusque voluntate, commoditatis gratia, privata auctoritate, quandoque etiam ex necessitate, utpote si maritus officii gratia alibi commorarii cogeretur, uxore Romæ relicta. Sicuti ergo nec hodie tales privatæ secessiones separationi huic æquiparari possunt, ita quoque nec exempla Romanorum huc recte trahuntur. Neque etiam seorsim constituta habitatio apud Romanos omnem usum thori impediēbat, sed hic eorum arbitrio relicta erat. Nec hodie desunt exempla conjugum, seorsim habitantium, etiam in diversis locis, qui tamen non recte dicuntur quoad thorum & mensam separati, quæ separatio auctoritate consistorii decernitur, invita plerumque altera parte, ob scævitas aliasque causas. *Conf. not. ad Jus Eccles. Brunnem. lib. 2. c. 17. §. 31. Arnif. de jure connub. c. 6. Sect. 2. Nicolai de divort. P. 2. c. 5. n. 1.*

Ufus ejus in
foris prote-
stantium.

§. LXIV. Quamvis vero hæc separatio quoad thorum & mensam in jure Canonico potissimum in hunc introducta sit finem, ne ob adulterium aliasve causas legitimas matrimonium dissolveretur, non tamen in nostris consistoriis in hunc, sed alium aptiorem & commodiorem finem retenta est, tanquam remedium aliquod interimisticum, quo mentes conjugum a se invicem alienatæ ita eo rectius ad concordiam & pacem reducerentur, & graviora mala evitarentur, & consequenter nunquam apud nos fit in perpetuum, sed tantum ad tempus, saltem non ea intentione separatio decernitur, licet contra intentionem consistorii contingere possit, ut hæc separatio perpetua sit. Potissimum itaque
ob

ob ejusmodi emergentes causas decerni solet, ob quas divortium haud concedendum, utpote ob rixas gravissimas & inde ortam inimicitiam, ob quam non statim ad concordiam reduci possunt, prout Mens. Jul. 1699. ad acta nobis transmissa respondimus. Als dieselbe uns über- Sententia
 gebene vielfältige Beschwerung und Gegenbeschwerung, darüber geführten Beweis und übrige acta in Ehescheidungs-Sachen des Beckers H. N. M. gegen dessen Eheweib, zugeschickt zc. Daß die geuchte gänzliche Ehescheidung nicht statt habe, es wird aber bey bewanten Umständen zugelassen, daß diese Eheleute sich noch eine zeitlang von Tisch und Bette scheiden mögen, bis sie sich herzlich und gründlich unter einander versöhnet, weswegen ihnen dann beyderseits von ihren Seelsorgern beweglich zuzureden, auch welcher Theil sich endlich gar nicht darzu bequemen wolte, zum Gebrauch der h. Sacramente nicht zuzulassen ist; Im übrigen ist der Mann die sammtlichen Kinder zu sich zu nehmen und zu alimentiren schuldig, der Frauen aber bey noch währender deren Widerspenstigkeit fernere alimenta zu prästiren nicht gehalten. Rat. Decid.
 dem in Sachen H. N. M. und dessen Eheweib nichts erhebliches, wodurch die Ehe quoad vinculum gänzlich aufgehoben werden könnte, bewiesen, oder beygebracht worden, so kan wegen des an beyden Seiten abschwebenden Hasses und Widerwillens das vinculum conjugale nicht getrennet werden; Weil aber doch die Gemüther gegen einander sehr verbittert seyn, und die Versöhnung bisher vergeblich versuchet, darbey befunden worden, wie so wol das Weib zu neuem Zwiespalt Ursach gegeben, als auch der Mann ihr ungebührlich begegnet; und dann durch einige Abwesenheit die Gemüther wieder besänftiget werden mögen: So ist zu Verhütung fernern größern Aergernisses beyden Theilen zwar zugelassen, sich auf eine zeitlang von einander zu entfernen, jedoch ihnen solches nicht beständig nachzugeben, sondern sie endlich per censuram Ecclesiasticam zu Christl. Versöhnung zu bringen; Indessen ist der Mann, weil die Frau an dieser Scheidung Schuld hat, derselben alimenta zu geben nicht schuldig, er bleibt aber gehalten, seine Kinder als ein Vater zu versorgen.

Causa separa-
tionis.

§. LXV. Porro ut plurimum decerni solet separatio hæc ob mariti sævitiam, talem scilicet, quæ quidem cum insidiis vitæ structis non est conjuncta, interim per alia media vix corrigi potest, de quo judex arbitratur. Nicolai *de divort. P. 2. c. 5. n. 21.* Ante omnia enim tentanda est conjugum reconciliatio, quem in finem a marito in uxorem sæviente nonnunquam pro re nata cautio de non offendendo præstanda est, & quidem vel pignoribus vel fidejussoribus, prout judex illam idoneam esse æstimaverit, Carpz. *P. 2. Jurispr. eccl. lib. 2. def. 216. 220.* quod præjudicio illustravi in *not. ad Jus Eccles. Brunnem. lib. II. c. 17. §. 31.* Optime tamen monet Brouwer. *de jur. connub. lib. II. c. 29. n. 19.* hanc cautionem tunc admittendam esse, si maritus signa quædam vitæ melioris & sepositæ ferocitæ ediderit; cum alioquin constet, cautionem per se non emendare malos mores, sed sæpe ulterius sæviendi in uxorem occasionem præbere, ut alibi de suspectis tutoribus asserit Imperator in §. 12. *J. de susp. tut.* Unde etiam uxor desuper audienda est, simulque exploranda, an cautionem admittere velit; quod si enim ex probabilibus causis illam admittere recusat, tunc simpliciter decernenda separatio. Nicolai *de divort. P. 2. c. 5. n. 58. seqq.*

De usu Nov.
117.

§. LXVI. Denique etiam in hac separatione constituere solent usum *Nov. 117. c. 9.* in qua Imperator justas divortii totalis causas recensuit, veluti (1) si contra imperium aliquid cogitaverit, (2) si vir insidiatus fuerit vitæ uxoris, & vice versa, (3) si maritus uxorem aliis adulterandam tradere tentaverit, (4) si vir falsè uxorem adulterii accusaverit, & vice versa, (5) si mulier cum viris extraneis nolente marito convivatur, aut cum eis lavat, (6) si nolente viro extra domum manserit, (7) si

(7) si spectaculis interfuerit, invito viro, (8) si maritus contemserit uxorem & cum aliis mulieribus frequenter convivari convincitur. Conf. Brouw. *cit. l. c.* 29. n. 30. Equidem in quibusdam causis admitti posse hanc separationem existimo, imo in secunda etiam totale divortium, prout supra evici; sed sextam & septimam insufficientem esse arbitror, adeoque usum hujus Nov. in hac materia directo nullum agnosco, sed potius judicis arbitrio relinquendum esse arbitror, ob quas causas ad hoc remedium subsidiarium deveniri debeat.

§. LXVII. Separatione facta quoad thorum & mensam, salvum adhuc manet vinculum conjugale, & tantum illi effectus ad tempus suspenduntur, qui ex cohabitatione dependent, unde supra *tit. de R. N.* dictum est, quod uxor separata interim nullas operas marito prestare debeat. Cetera vero jura salva manent, adeo ut etiam maritus uxori ad alimenta teneatur, maxime si propter mariti culpam hæc separatio facta est; Carpz. *lib. 2. Jurispr. Consist. def. 213.* quod si enim culpa uxoris separatio decreta est, illa alimenta petere nequit, prout ex sententia ad §. *LXXV.* adducta apparet. Similiter quoque maritus dotem retinet, nec separata ad eam repetendam agere potest, si vel maxime culpa mariti occasionem separationi dedit, nisi periculum dissipationis immineat, prout Mens. Febr. 1697. pronunciamus.

Sententia.
Auf Vorbringen und übergebene Schriften in Sachen C. A. Implorantin an einem, H. A. Imploraten andern Theils, erkennen Bürgermeister und Rath u. u. Würde Implorantin vermittelst Eides erhalten, daß sie im Decemb. vorigen und im Januar. dieses Jahres, sich bey Imploraten im Bette nicht eingefunden, oder denselben zu sich ins Bette nicht gelassen, inmassen ihr solches zu thun oblieget, so ist Implorat ihr Haus zu räumen und über dem von ihren eingebrachten Güthern ihr so viel zurück zu lassen

Rat. decid.

verbunden, davon sie ihrem Stand gemäß leben kan, wegen der übrigen Güther aber ist Implorat gestalteten Sachen nach derofelben zureichende Caution, daß solche unveräußert, und unbeschwehret bleiben sollen, zu bestellen schuldig. Im Fall aber Implorantin vorerwehnten Eyd nicht abstarren könnte, ist diese Sache hinwieder an das geistliche Consistorium zu verweisen, darinnen ferner zu verabscheiden, was recht ist. B. N. W. Obgleich Implorantin vermeynet, daß, nachdem die separatio quoad thorum & mensam bey dem Consistorio Rechts-Eräftig ertannt worden, ihr alle eingebrachte Güther restituiret werden müßten, zumaln da der Maritus Ursache zu solcher Separation gegeben. Weil aber dennoch durch diese Separation von Tisch und Bette das vinculum matrimonii keines weges gehoben wird, und also eine Frau das jus repetendi dotem & illata, welches ihr sonst soluto matrimonio erstlich zustehet, nicht prætendiren kan, zumaln dergleichen separationes durch erfolgte Versöhnung allezeit wieder aufgehoben werden können, und daher bey den Evangelischen Consistoriis ein maritus post talem separationem weiter nicht verbunden wird, als daß er seine dergestalt separirte Ehe-Frau entweder alimentire, oder von ihrem Eingebrachten so viel heraus gebe, daß sie davon nach ihrer condition leben könne, Carpzov. in *Jurispr. Eccles. lib. 2. def. 213. num. 6. & def. 214. num. 6. Beult. de Jur. Connub. p. 2. cap. 9. in fin.* Dawider auch mit Bestande nicht urgiret werden kan, quod talis maritus, qui causam separationi dedit, amittat jus successionis intestatæ. Færster. *de success. lib. 9. c. 3. in fin.* Kohl. *de success. conjug. p. 1. num. 40.* Weil hieraus nicht folget, daß er deshalb so fort bey seinem Leben der Frauen alle Güther heraus geben müste, indem, wie bereits oben erwehnet, so lange beyde separirte Personen leben, das vinculum bleibet, und die cohabitation per reconciliationem allezeit wieder redintegriret werden kan; wann aber der Tod durante dissensione erfolget, so kan der Maritus alsdann kein ferneres successions-Recht an denen Güthern prætendiren, quia culpa sua effecit, quo minus tempore mortis substituerit cohabitatione conjugalis. In Erwägung aber, daß hierbey in actis öfters angeführet; wie Implorat hur prodigalität geneigt, und also das

das periculum dissipationis bonorum zu besorgen, in welchem Fall, wenn nicht gnugsame caution von dem marito gestellet werden kan, eine Frau auch constante matrimonio dorem & illata zu repetiren besugt ist, l. 29. C. de jure dot. So ist hierauf in sententionando reflectiret, und insonderheit, weil das Haus ihr eigen ist, und die habitatio ad alimenta mit gehöret, auch die commoratio in iisdem ædibus nur zu mehrerm Streit Gelegenheit giebet, darbey aber auch zugleich hauptsächlich beobachtet werden muß, was Implorat in seiner post inrotulationem ad acta genommenen und uns zugesandten Schrift erwehnet, und der Implorantin darüber das Gewissen gerühret, daß sie sich nemlich sowol im Decembr. als Jan. mit Imploraten zusammen im Bette gefunden, welches, so es ungezwungen von ihr geschehen, eine renunciacionem juris hac sententia Consistoriali quæsitæ & redintegrationem matrimonii mit sich führen würde, daher, wenn sie solches endlich abzulehnen nicht vermöchte, dieser præjudicial-Punct vorhero zur Entscheidung des Consistorii zu verweisen ist, da dann sonder Zweifel, zumalen wenn Implorat cautionem de non offendendo bestellet, pro ulteriori cohabitatione zu erkennen seyn wird, dadurch die bisherige controversia de restituendis bonis gänzlich dahin fällt. Idem quoque existimat Carpz. cit. l. def. 215. dicendum esse de successione statutaria, etiamsi vel maxime pars nocens superfit, quod adhuc duret vinculum conjugale, quæ sententia tamen admodum dura est. Indignus enim est beneficio successione hujus, qui sævitia sua ansam separationi dedit, adeoque merito illa privandus est, prout dixi in not. ad jus eccl. Braun. lib. 2. c. 17. §. 32.

TIT. III.

SOLUTO MATRIMONIO
DOS QUEMADMODUM PETATUR.

§. I.

In repetenda
dote primo ad
pacta dotalia
respicendum.

Quid circa repetendam dotem juris sit, determinatur pactis, statutis, & denique jure communi. Et quidem (1.) ante omnia videndum est, quid circa dotis repetitionem in pactis dotalibus cautum sit, quibus omnino standum est, quatenus defectu nullo laborant, quippe quæ derogant statutis & juri communi. *l. 1. C. de pact. convent. l. 29. §. f. ff. de pact. dotal. Gail. lib. 2. obs. 80. n. 14. seq. Kohl. de pact. dotal. p. 1. n. 7. seqq.* Si vel maxime detrahant statutariis lucris. *Mev. lib. 2. ad jus Lubec. tit. 2. art. 12. n. 266.* adeo, ut nequidem vidua illa impugnare possit ex capite læsionis ultra dimidium. *Carpz. P. 3. C. 20. d. 3. Berlich. P. 3. concl. 27. n. 32.* Inde in constit. *March. Joach. I. von Erbfällen unter Eheleuten expresse disponitur: was in der Ehebestimmung von beyderseits Freundschaft bedinger, verbriefet und beschloffen, das eines dem andern übergiebet nach seinem Tode am Gelde, führender Saabe oder Vortheil an liegenden Gründen zu voraus zu haben, soll bey Recht kräftig bleiben.* His deficientibus moribus primario ad statutariam dispositionem videndum est, de qua etiam hic quædam præmittenda sunt.

Deinde ad sta-
tura, ubi de ju-
re Lubecensi.

§. II. De jure Lubecensi *lib. 2. tit. 2. art. 12.* hac de re ita cavetur: Stirbet einem Manne sein Weib, und haben sie keine Kinder mit einander, der Mann soll der Frauen nächsten Erben wieder geben den halben Theil Gutes, welches er mit ihr bekommen. Gleichergestalt stirbt der Mann, welcher mit seiner Frauen keine Kinder gezeugt, die Frau nimmt zuvor ihr zu dem Manne gebrachtes Gut, so fern es vorhanden ist, da aber noch etwas von dem Gute

the drüber, das soll sie zugleich theilen mit des Mannes Erben. Sic itaque hoc jure maritus lucratur dimidiam partem dotis illaræ vel etiam tantum promissæ, *Mev. ad cit. text. n. 36.* imo etiam paraphernalium & receptitorum, *Id. cit. l. n. 52.* cum quædam communio inter conjuges jure Lubecenti obtineat. Cum autem tantum fiat mentio eorum bonorum, welche er mit ihr bekommen, inde *Mev. cit. l. n. 94.* concludit, acquæstum conjugalem haud esse dividendum. E contrario superstiti uxori jus pinguius concessum videtur, uti contextus docet. Similiter jure ^{Hamburgensi.} Hamburgensi communio inter conjuges obtinet, & virtute hujus illa, quæ in jure communi disposita sunt, minime obtinere possunt, sed *P. 3. tit. 3. art. 8.* ita cautum est: Stirbet einem Manne seine Ehefrau, und sie keine Leibes-Erben von ihnen beyden geboren im Leben verlassen, sollen anfänglich alle Schulden gerechnet, und von dem sammenden Guth abgezogen werden, was denn übrig befunden, davon behält der Mann zwey Theile und giebet denen nechsten Freunden seiner gewesenen Frauen den dritten Theil. Scheidet auch nach dem Willen Gottes aus diesem Leben der Mann, und keine Kinder, so sie mit einander gezeuget, verläßt, die Schulden werden gleichergestalt von dem vollen gemeinen Gute bezahlet, und was denn mehr in der Erbschaft vorhanden, davon empfähet die Frauen den halben, und die Freunde ihres verstorbenen Mannes den andern halben Theil, es wäre dann in der Eheveredung ein anders beliebt. ^{Gastroviensi.} Juxta statutum Gastroviense uxor reperit dotem, & præterea dimidiam partem allodialium mariti, uti testatur *Mevius cit. l. n. 312.* De jure ^{Sufatensi.} Sufatensi maritus dimidiam lucratur dotem, uti refert *Esbach. ad Carpz. P. 2. c. 44. def. 1. sqq.* ubi etiam refert, quid ^{Coloniensi.} jure Coloniensi dispositum sit. Scilicet in eo ita caverur, daß das Letztlebende von beyden Eheleuten den Hensraths-Pfennig erblich behalten, in allem andern aber des erst Abgestorbenen zugebracht, wie auch bey stehender Ehe anerfallenen liegenden oder beweglichen Güthern, (worunter auch die Renthschreibungen, sie seyn kostbar oder unkosbar, so dann die Baarschaft

schaft von abgelegten jährlichen Renten mit zu verstehen) sein Lebelang, es thue sich dasselbe wieder verheyrathen, oder in Wittibstand verharren, Leibzüchtig verbleiben. Vid. Cöllnische Rechts-Ordnung tit. 8. §. 3. Hoc jure itaque cessat in totum dispositio juris communis, cum maritus hic lucratur dotem, & uxor donationem propter nuptias, salvo usufructu in reliquis bonis. Porro de jure Rigenli lib. 4. tit. 6. §. 1. ita conjugibus prospectum est: Stirbet eine Frau ohne Kinder, so behält ihr Mann zwen Eheile alles Gutes, und der Frauen nechste Anverwanten haben einen Theil. Stirbet der Mann ohnbeerbet, so nimmet die Frau ihre Morgengabe voraus, und hernacher die Helfste des Gutes, welches sie beyde hatten, und des Mannes nechste Anverwanten die andere Helfste. Fluit hæc dispositio ex communiione omnium bonorum, quæ hoc jure inter conjuges obtinet, uti dixi in diff. de collat. jur. statut. Rig. cum jure commu. c. 3. n. 67.

Nördlingens. Statuta Nördlingensia hic distinguunt tempora mortis, ut ex P. 3. tit. 7. apparet, ubi ita cautum est: Diweil bißhero ahier von uhralten Zeiten, und weiltänger dem menschliche Gedächniß erreichen mag, in steten Gebrauch zwischen Eheleuten gehalten worden, wo deren eins inner Jahrs-Frist, von ihren Kirchgang und Einleitung an zu rechnen, ohne eheliche Leibes-Erben verstorben, daß derselben abgelegte Ehegemächts Haab und Güther, liegend und fahrend, zum halben Theil seinen nächsten angesibten wieder hinter sich zurück gefallen, und die andere Helfste neben dem Ehelette den Ueberlebenden bleiben; aber nach verfloßener Jahrs-Frist das überlebend Ehemächt des abgeleitn ganzen Vermögen, nichts ausgenommen, ausserhalb Lehn, die nach Lehns-Ordnung und Recht gefallen, völlig geerbet, und daß auch ein Ehegemächt des andern Schulden zu bezahlen schuldig, so soll es auch hinfüro bey demselben bleiben und gehalten werden &c. Secundum Statuta Brunsvicensia tit. 19. §. 2. uxor, mortuo marito, dotem, donationem propter nuptias & geradam præcipit, ex reliquis bonis dimidiam capit.

Rigenli.

Nördlingens.

Brunsvicens.

§. III. De jure Marchico uxor habet electionem, Marchico.
 an dotem & illata repetere, an vero collatis bonis suis
 dimidiam petere velit; neque enim invita compelli-
 tur, dimidiam hanc accipere Kohl. *ad constit. March. q. 5.*
 quæ electio tunc in primis viduæ utilis est, si super bo-
 nis defuncti motus est concursus. Ubi autem dimi-
 diam capere præoptat, conferre debet dotem suam,
 etiam promissam cum usuris, de quo plenius actum est
 in *rr. de success. ab intest. diff. IV. c. 3. §. 22. sqq.* si vero uxor
 præmoritur, heredes ejus etiam dotem & illata repe-
 tere possunt, sed tantum pro dimidia parte, quia altera
 dimidia ad maritum devolvitur; Kohl. *cit. l. q. 6. n. 3.*
 Cæterum vidua nobilis electionem habet, utrum do-
 tem repetere, an vero dotalitium loco ejus præoptare
 malit, ut plenius ostensum est in *diff. de vidua nobili*
March. c. 2. n. 8. sqq. Electione semel facta vari-
 are nequit, nisi causa prægnans allegetur, ob quam
 possit restitui in integrum. Müller. *in pract. civ. March.*
ref. 87. n. 31. De jure Saxonico distinguitur, utrum dos Saxonico.
 in mobilibus, an vero immobilibus consistat; illam
 lucratur maritus, cum sit heres mobiliaris Carpz. *P.*
3. c. 23. def. 34. n. 2. modo consensio thalami facta fuerit,
vid. jus prov. Saxon. l. 1. art. 45. & lib. 3. art. 45. nec refert,
 utrum dos sit soluta, an tantum promissa? nam &
 hanc cum usuris mortua uxore adhuc petere potest,
 Carpz. *cit. l. def. 3. & 4.* Inde quoque lucratur parapher-
 nalia mobilia ex eadem ratione. *v. rr. de success. ab intest.*
diff. 4. c. 3. §. 9. Vidua vero, maxime nobilis, electionem
 habet, utrum dotem repetere, an vero dotalitium
 eligere malit, de quo cum plenissime actum sit in *diff.*
de vidua nobili Saxon. brevitatis gratia B. L. ad illam re-
 mittere placuit.

An valeat statutum, ut maritus totam dotem lucretur in præjudicium liberorum?

§. IV. Sunt adhuc alibi locorum statuta; quæ hunc de repetitione dotis articulum aliter determinant, quæ omnia hic referre infinitum foret. Non intempestivum autem erit, nonnulla de valore quorundam statutorum adjicere, quæ admodum dura videntur, & ita a quibusdam in dubium vocantur. Quæritur scilicet, an valeat statutum, quo uxore præmoriens maritus lucratur totam & integram dotem in præjudicium liberorum primi matrimonii, etiam quoad legitimam? Tale statutum non valere, existimat Carpz. *L6. resp. 54. n. 1. sq.* si tota legitima liberis auferatur. Atque hæc sententia expressa sanctione Electorali in Saxonia confirmata est *p. 3. c. 12.* habita distinctione, utrum legitima sublata an minuta sit, ita ut posteriori casu statutum quidem valeat, non vero priori, uti expresse dicitur: *Da aber dasselbige (legitima) durch ein statut specificke ganz und gar aufgehoben wäre, das solle von Unkräften seyn, und denen Eltern, ungeachtet solches statuts, die gebührende legitima gegeben und zuerkannt werden.* Cardio controversiæ huc redit, utrum legitima statuto tolli possit? Communis sententia est, quod quidem minui, non autem tolli penitus possit, quod si debitum naturale, & jure naturæ debeatur, *l. 7. §. f. si tabb. test. null. ex tab. l. 7. pr. de bon. damnat.* quam sententiam in Camera servari testantur Gail. *2. obs. 22. n. 71.* & Myns. *cent. 5. obs. 43.* eamque communiter approbant. vid. Carpz. *def. 1. ad cit. C. 12. p. 3. Richt. p. 3. decis. 143. n. 1. sqq.* Thes. *def. 1. decis. 263. n. 4.* Jo. Petr. Surdus *Conf. 357. n. 36.* Menoch. *Conf. 250. n. 109.* Berlich. *P. 3. corol. 18. n. 26.* Hartm. Pistor. *obs. 131.* Interim tamen non defuere, qui tale statutum, de quo antea mentio injecta est, valere, & legitimam in totum statuto tolli posse existimant, & quidem vel ideo, quod

fal-

falsum sit, legitimam juris naturæ esse, cum potius more juris positivi & humani sit, nec semper alimentorum rationem habeat, præsertim si liberi aliunde, unde vivere possint, habeant. v. Rol. a Valle *de lucro dotis qu. 24.* Wefenb. *lib. 1. tit. 39. obs. 10. & 12.* Non incognita esse talia statuta, ostendi in *tr. de success. ab int. diff. 1. §. 13.* ubi etiam simul asserui, hanc posteriorem sententiam verriorem & juri conformiorem esse, quatenus alimenta necessaria sub illa haud continentur. Et ita in Saxonia quidem statutum prædictum non valebit, bene tamen extra Saxoniam sub adducta limitatione.

§. V. Antea dixi, in Marchia, Saxonia alibique statuta esse, vigore quorum vidua optionem habet, utrum illata repetere, an portione statutaria contenta esse velit. In quibusdam locis tamen hæc optio adempta est superstiti, & constitutum, ut, collatis illatis & aliis bonis, certam portionem accipiat, & ita cum liberis aliisque heredibus dividat, de cujus statuti valore etiam dubitatur. Non valere hujusmodi statutum, asserit Colerus *p. 1. decis. 39.* quippe quod Tyrannidem continere & contra jus naturæ esse videretur, quod tantum liberis post mortem parentum successionem tribuit, cum tamen, stante hoc statuto, pater vel mater cum liberis propria bona dividere teneretur. Verum hæc iniquitas cerebrina est, cum jus naturæ successionem liberorum aliarumque personarum præcise haud determinet, sed, dispositioni juris civilis relinquat, quod etiam tot leges municipales, quibus separatio liberorum stabilita est, comprobant. Unde etiam Carpz. *lib. 6. resp. 53. n. 3.* asserit, talem consuetudinem non infrequentem esse in terris Electoratus Saxonici; eamque potissimum vigere in plerisque oppidis ad

An electio statuto tolli possit, ut vidua aut illata repetat, aut portionem statutariam habeat?

Al-

Albim sitis, idque etiam præjudiciis nonnullis confirmat. Conf. eundem *lib. 6. resp. 52.* Cum enim pactis dotalibus hæc optio superstiti adimi possit, nulla apparet ratio cur non etiam statuto idem fieri queat.

Ad quodnam
statutum re-
spiciendum sit
in repetitione
dotis?

§. VI. In tanta diversitate statutorum sæpe contingit ut varient statuta locorum, ubi dos constituta est seu ubi desponsatio facta, & ubi matrimonium dissolvitur; inde quæstio exsurgit, secundum quodnam statutum de repetitione dotis statuendum sit? Clara hic adest decisio in *l. 65. ff. de judic. in repetenda dote attendendum esse statutum loci, ubi maritus, in cujus forum uxor transiit, habitavit seu domicilium habuit, non ubi uxor ducta, vel promissa dos est.* Conf. Brunn. *cent. 3. decis. 54. n. 3.* Cavell. *p. 1. decis. 14. n. 18.* Jo. Heeser. *de honor. commun. p. 2. loc. 8. n. 27. sqq.* Mev. *ad jus Lub. lib. 2. art. 12. n. 397. sqq.* Rolandus a Valle *de lucro dotis qu. 15.* Unde etiam idem quoque dicendum est, si post contractum matrimonium maritus domicilium suum mutaverit, alibique sedem fortunarum suarum transtulerit, cum tempus mortis seu dissolutio matrimonii hic respiciendum, & ita judicandum sit secundum statuta ultimi domicilii, quod jure Lubecensi *lib. 2. tit. 2. art. 10.* clare decisum est, modo maritus hac intentione se alibi contulerit, ut perpetuo ibi maneret, alioquin prius domicilium retinet, pro quo etiam merito præsumendum, cum mutatio domicilii in dubio haud præsumatur. Richt. *de succes. ab intest. in proem. n. 22.* Heeser. *cit. l. n. 36. seqq.* ubi etiam *n. 41.* plene docet, ex quibus conjecturis mutatio domicilii induci possit. Hoc tamen ante omnia quoque attendendum est, an statutum sit generale, an speciale. Pleraque
sta-

statuta urbium eos tantum respiciunt, qui subsunt jurisdictioni urbanæ illius loci, sive quoad res ibi sitas, sive quoad personam, & ita stringere eos nequit, qui ab hac exempti sunt: Ut sunt ministri principis, qui proinde circa hunc juris articulum haud sequuntur statuta loci, Brunnem. *ad l. 17. ad munic. num. 4.* Heeser. *cit. l. num. 66. seqq.* nisi forsan bona immobilia sub jurisdictione oppidana sita habeant. *Id. cit. l. n. 68.* Conf. Esbach. in *Carpz. P. 3. C. 12. def. 16. num. 2.* Aliud dicendum de jure provinciali, quippe quod generale est, & ita quoscunque, cujuscunque conditionis sint, ligat, & ita secundum hoc in repetenda dote statuendum erit. Illustrabo hoc responso quodam *Mens. Decembr. anno 1704.* a Facultate nostra concepto: Hat Cajus, ein Reichs-Freyer von Adel unter der Fränckischen Ritterschaft und Hofrath im Fürstl. Anhaltisch mit Mevii, eines Reichs-freyen von Adel, auch unter der Fränck. Ritterschaft Tochter, Mevia an. 1703. sich verehliget, und obgedachter Mevius Cajo sowol mündlich, als auch durch 2. an ihn abgelassene Handbriefe versprochen, und sich obligiret 3000. Thlr. loco dotis zu geben, selbige aber noch nicht entrichtet, worüber Mevia jedoch ohne Leibes-Erben verstorben, daher gefragt wird: 1) Ob Cajus solche 3000. Rthlr. dotal-Gelder mit Bestande Rechts fordern könne? 2) Ob in dem Fall, da er solche Gelder zu fordern befugt, er auch zugleich die Usuras a tempore nuptiarum præterirendiren möge? Ob nun gleich, so viel die erste Frage betrifft, eingewandt werden möchte, daß in gegenwärtigem casu keine ordentliche pacta dotalia vorhanden, und überdem nach den gemeinen Rechten der Mann dotem absque speciali pacto nicht lucriren könne, auch hier kein dos realiter exsoluta, sondern nur promissa vorhanden. *W. a. d. aus denen Rechten bekant, quod ad essentiam pactorum dotalium simplex promissio sufficiat, nec præcise solennis scriptura desideretur, l. 20. l. 43. l. 44. l. 57. de jur. dot. Carpz. P. 2. C. 43. def. 8. Myns. de pact. nup. obs. 18. Fontanella de pact. nup. P. 2. Claus. 6. gl. 3. n. 36. Struv. Ex. 30. f. 16.*

Rat. dub.
Rat. decid.

Contin. III. XX

Und dann MeviusCajo so wol mündlich als auch durch zwey Hand-
 Briefe 3000. Thlr. loco dotis zu geben sich verobligiret, hiernächst
 quando de successione conjugum quæritur, man nicht ad jura
 loci, ubi contractum est matrimonium, sed ubi domicilium ha-
 buit maritus, zu sehen hat, *l. exigere 65. ff. de judic.* Mevius *ad Jus*
Lub. P. 2. t. 2. art. 12. num. 397. folglich in diesem casu das Sächsl.
 Recht, welches in der Anhalt. Landes-Ordnung confirmiret tit.
 36. §. in Mangelung 2c. zum fundament muß geleyet werden, nach
 welcher der Mann heres mobiliaris ist, Petr. Peck. *de testam. con-*
jug. l. 1. C. 43. n. 15. und also integra dos dem Manne zufallen muß,
 si illa in pecunia numerata consistat, non tantum si dos reali-
 ter numerata, sed etiam si promissa tantum fuerit, Gail. 2. *obs. 97.*
 Carpz. *P. 3. C. 23. def. 3.* cum etiam dos cauta & promissa dos
 esse videatur quoad effectus juris, Hahn. *ad Westit. de Jur. dot.*
n. 2. Fachin. l. 10. contr. c. 24. Perez. in C. de dot. promiss. num. 2.
 gleichwol aber denen Eltern, wenn keine immobilia vorhanden, von
 solchen mobilibus legitima gebühret. Berlich. *P. 3. concl. 29. n. 60.*
 Carpz. *P. 3. c. 23. def. 19.* So halten wir davor, daß Cajus sol-
 che 3000. Thl. dotal-Gelder, detracta a parentibus legitima, mit
 Bestand Rechtens fordern könne. So viel die 2. Frage betrifft:
 Obwol sonst nach Anweisung der Rechte man leicht die præsum-
 tion fassen kan. quod usuræ a marito constante matrimonio non
 petita censeantur remissa. Richter. *P. 2. decis. 74. n. 19. seqq.*
 Carpz. *P. 2. C. 42. def. ult.* W. a. d. dieses am meisten in dem Fall
 seine Richtigkeit hat, wenn der Mann vor der Frauen gestorben,
 und von dessen Erben die Zinsen nachgefordert werden, Richt. *c. 1.*
 dieses aber auf gegenwärtigen Fall nicht kan appliciret werden,
 sondern nach den gemeinen, auch Sächsl. Rechten ausgemachet ist,
 quod maritus dotis non solutæ usuras exigere possit. *l. f. §. 2. in*
f. C. de Jur. dot. l. 2. C. de dot. promiss. Perez. ad C. tit. de dot. prom.
num. 2. in f. Carpz. P. 2. C. 30. def. 6 & Const. 42. def. 14. Brun-
ner. ad l. f. §. f. C. de jur. dot. Berlich. *P. 2. concl. 38. num. 16.*
 auch sonst nicht zu præsumiren, quod usuræ sint remissa aut
 donata, indem der maritus indessen die onera matrimonii getra-
 gen, dafür ihm die fructus dotis gebühren. *l. pro oneribus 20. C. de*
jur. dot. So halten wir davor, daß Cajus zugleich nebst dem dote die
 usur.

Decisio.

Quæst. 2.
Rat. dub.

Rat. decid.

SOLUT. MATRIM. DOS QUEMADM. PET. 347

usuras a tempore nuptiarum fordern könne. **B. R. W.** Cum vero postmodum idem casus repetita vice Mens. Jul. 1705. ad nostram facultatem delatus fuisset, pro prioris responsi declaratione & corroboracione sequentem in modum respondimus. Demnach derselbe über das ihm in vorigem Jahr ertheilte responsum, nebst communication dessen, was einige privat-JCti in eben der Sache für ein rechtliches Bedencken abgefasset, unsere declaration verlanget, so erachten wir ic. und zwar was den (1) Punct ratione promissæ dotis betrifft, weil wir iezo aus dem uns in originali communicirten Schreiben ersehen, welchergestalt der Schwieger-Vater nur eigentlich von dem Seinigen aus denen besizenden Güttern 1000. Ehl. seiner Tochter zur gänglichen Ablage constituiret, die übrigen 2000. Ehl. aber erst nach der Mutter Tod aus deren Verlassenschaft geerbet werden sollen, und also, da die Mutter noch am Leben und die Tochter vor derselben verstorben, die devolutio partis hereditariæ nicht erfolgt, so declariren wir unser voriges responsum dahin, daß der Vater loco dotis ein mehrers nicht als die 1000. Ehl. nebst denen a tempore nuptiarum gebührenden Zinsen zu bezahlen verbunden sey; Und obwol hiernächst in den beygefügtten privat-responsis ratione domicilii ein Zweifel gemacht wird, ob in diesem Fall secundum statuta Anhaltina succediret werden könne; allermassen der maritus sich in Anhalt nur ratione officii, als ein Fürstlicher Rath aufhielte, er aber sonst seine Stamm-Güter unter dem freyen Reichs-Adel hätte, woselbst nicht anders als secundum jus commune succediret werden könnte, und daher propter deficiens domicilium in Anhaltinatu juxta Carpz. L. 6. R. 38. er ad jura illius loci nicht provociren könnte, zumal der dos auch niemal in Anhalt gebracht noch auch legaliter constituiret worden, sondern nur noch alles in terminis tractatum und auf die Genehmhaltung der Braut-Bruder bestanden, woraus kein beständiges Recht erzwungen werden könnte. Wenn aber hingegen ermogen wird, wie gleichwol des mariti Vater ein Anhaltischer Vasall gewesen, und daselbst ein ansehnliches Lehn-Guth gehabt, der maritus auch in An-

Ulterior declaratio Resp. preced.

Rat. Dub.

Rat. decid.

halt geböhren, daselbst erzogen, die Lehns-Pflicht abgelegt, und ob er wohl sein Lehn-Guth verkauft, so hat er doch dadurch keines weges intendiret, sein Vaterland zu verlassen, oder sein daselbst ererbtes Vermögen an andere Orte zu transferiren, sondern hat die Kauf-Gelder bey der Landschaft hinwieder belegen, auch würckliche und beständige Dienste in diesem Fürstenthum angenommen, und also das geringste indicium, sein domicilium aus Anhalt zu transferiren, nicht vorhanden gewesen, und daher der Schwieger-Vater, da er seine Tochter nach Anhalt verheyrathet, gar nicht verlangt, daß der Schwieger-Sohn sich aus Anhalt weg, nach seinen andern Güthern begeben möchte. Im übrigen aber die constitutio dotis bey ihrem Vater ein debitum legale ist, wozu ein Vater auch citra promissionem aut numerationem actualem obligiret wird, *per l. f. C. de dot. promiss.* und was derselbe wegen seines Sohns consensu erwühnet, solches nicht per modum conditionis, sondern ad facilitandum negotium pro cautela abundantanter geschehen, inmassen ja der Sohn kein beständiges jus contradicendi gehabt, indem die dotatio filiarum ein necessarium onus ist, so auch auf Stamm-Güthern haftet, er auch ad factum patris præstandum verbunden ist 2. *Feud. 45.* Endlich was de nondum constituta donatione propter nuptias eingewandt werden will, solches ganz unerheblich ist, weil die dotis illatio vorher gehen müssen, und ist der damalige maritus notorie von solchen Mitteln gewesen, daß es am Gegenvermächtniß nicht ermangeln würde. So ist daher kein Zweifel, daß dem nunmehrigen viduo die 1000. Thl. dotis nebst denen Zinsen von der verstorbenen Frauen Vater zu bezahlen sind. **B. R. B.**

Decisio.

An etiam clericorum & professorum uxores in repetenda dote sequantur statuta loci?

§. VII. De eo quoque circa dotis repetitionem contendere Dd. video, utrum clerici, Professores alique cives Academici, eorumque uxores circa dotis repetitionem statutis loci ligentur? Hoc certum est, in immobilibus statuta loci esse attendenda, quia quod hæc subsunt jurisdictioni oppidanæ: ast major dubitatio est de mobilibus & nominibus, an in his viduæ ligentur statutis loco-

locorum? Hoc expeditum est, prædictas personas non esse subjectas jurisdictioni loci, & inde quoque in repetenda dote ad statuta ejus non esse respiciendum, docent Carpz. *lib. 6. resp. 42. Mev. ad Jus Lubec. qu. 3. n. 24. seqq.* Verum in alia omnia ivit Berlich. *P. 3. conclus. 26. n. 9. seqq.* ubi ita: *Hoc statutum quoque ligat non solum laicos, sed etiam clericos, ita ut clericorum uxores etiam secundum statuta laicorum succedere teneantur, veluti etiam Doctorum & aliorum scholarium uxores in academiis succedunt suis maritis secundum statuta civitatis, ubi Academia sustentatur, quod verum est, si statutum conceptum sit in rem.* In hac diversitate sententiarum interesse puto, utrum statutum loci sit diversum a jure provinciali, an vero cum eo conveniat. Priori casu standum erit sententiæ Carpzovii, cum ita magis ad jus provinciale in repetenda dote respici debeat, & clerici & Professores jurisdictioni oppidanæ minime subsint. Posteriori vero casu admitti potest sententia Berlichii, quia ita revera nulla pugnancia jurium adest, nisi forsitan Academix propriis suis legibus instructæ sint, quemadmodum hæc nostra Academia circa successione[m] propria jura a potentissimo Rege Porussix accepit.

§. VIII. Denique si nec pactis dotalibus, nec statutis locorum articulus de repetenda dote determinatus sit, recurrendum ad jus commune, & secundum illud pronuntiandum, quatenus in praxi contraria observantia adferri nequit. Neque enim hic quoque jus Romanum in totum receptum, sed in quibusdam ab eo recessum est, ut sigillatim explicandum erit. Primo constat, regulariter tantum dotem repeti *soluta matrimonio.* Ex accidente tamen contingere potest, ut constante matrimonio repetatur, ut clare dicitur in *l. 24. pr. ff. b. r.*

In subsidium ad jus commune recurrendum.

Dos quandoque constante matrimonio repetitur.

ubi J Ctus ita: *si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* Conf. *J. 29. C. de jur. dot.* Et hoc jure quoque nos hodie uti satis expeditum est, modo paupertas probata fuerit. Conf. *Carpz. P. 1. c. 28. def. 69. & P. 2. C. 24. def. 11. Pruckmann. vol. 1. conf. 18. num. 66. Gail. 2. obs. 83. Richter. ad aurb. donationem quoque C. de jur. dot. quod tot concursus excitati vivente marito satis indicant. Ceterum quo jure in repetenda dote hoc casu præ aliis creditoribus uxor gaudeat, infra ad tit. de reb. autor. jud. possid. commodius explicabitur.*

Una cum donatione propter nuptias,

§. IX. Præterea quoque in *aurb. donationem quoque C. de jur. dot.* uxori concessum est, donationem propter nuptias constante matrimonio exigere, cum quodam dominium ei in illam concessum sit. *Richter. ad cit. aurb. num. 20.* Quo casu ex accidente fit, ut fructus donationis hujus uxor percipiat, convertendos tamen in familiarum utilitatem. *Id. cit. loc. n. 22.* Et hoc quoque in *Marchia juris esse, ostendi in diff. de vid. nobil. March. c. 2. n. 21.* Quin & jure Saxonico idem obtinere ex eo patet, quod, quo loco uxor hæc donata in concursu petere possit, ibidem determinatum reperitur. Nam *P. 1. C. 28.* dicitur: *In dem Gegenvermächtniß aber hat sie sich diffals der priorität den Gläubigern zum Nachtheil nicht anzumassen. Imo in Process. Sax. tit. 43. §. 3. hoc ulterius ita declaratum: So wollen wir, wenn ein Mann bey seinem Leben in Unglück und Schulden gerathen, und seine Haab und Güther zu Bezahlung derselben nicht zureichen würden, daß die Ehe weiber ihres Gegenvermächtniß halber mit andern gemeinen Gläubigern, die sonst keine Verpfändung haben, in gleichem Recht stehen.* Alias in plerisque locis hypotheca tacita gaudet *Martin. ad Proc. cit. l. n. 11.* An vero

vero hodie in dotalitio idem quoque dicendum sit, quosdam dubitare animadverti. Affirmat id ipsum Richter. *ad autb. cit. 45.* Negat vero Kohl. *de success. conjug. qu. 9. n. 29.* & ita decisum esse simul subjungit. Urget vero potissimum, quod dotalitium demum constituatur in eventum mortis, cujus existentia expectari debeat, & quod hoc in præjudicium creditorum vergeret. Sed eadem argumenta etiam donationi propter nuptias objici possent, quæ tamen in casu inopiæ mariti nihilominus exigitur. Scilicet dotalitium quidem exigit, ita tamen, ut fructus ejus adhuc ad maritum pertineant, quemadmodum idem de dote quoque dicendum est. Nec huic decisioni observantiam Marchiæ indistincte obstare, ostensum est in *diff. cit. n. 23.*

§. X. Pervenio ad casum dissoluti matrimonii, qui emergit vel morte vel *divortio*. Et quidem si morte uxoris matrimonium dissolvitur, de jure Romano distinguitur inter dotem profectitiam & adventitiam. Illam pater repetebat, *l. 4. C. b. t. 15. §. 11. de jur. dot. l. 59. ff. b. t. si vel maxime ex eo matrimonio superstitibus essent liberi. l. 4. l. 6. b. t. l. 6. de jur. dot. Fachin. lib. 3. contr. c. 71. Struv. ex. 30. §. 49. Richter. ad autb. sed quamvis C. de R. V. A. n. 17. seqq.* Verum ab hoc jure recessum est per universalem consuetudinem Germaniæ, quæ satis in ratione fundata est, quia, dissoluto licet matrimonio, onera tamen educandorum liberorum non cessant, & quamvis dos materna ad liberos devolvatur, marito tamen superstiti salvus est ususfructus. De hac generali observantia testantur Sande *2. decis. Fris. 2. decis. 5.* Thefaur. *decis. 190.* Struv. *cit. l. Hahn. ad Wesenb. b. t. n. 3.* Brunnem. *ad l. 10. b. t. n. 1.* Kohl. *de pact. dot. al. p. 1. n. 44.* Perez. *in C. b. t. n. 5.* Richter. *de success. ab int. sect. 4. m. 1. n. 2.*

Quid si morte uxoris dissolvitur matrimonium?

n. 2. ubi præjudicium quoque adfert. Ceterum dos adventitia ad heredes uxoris pertinet, l. un. §. 6. & 13. C. de R. V. A. nisi is, qui dotem dedit, eam sibi reddi, pactus sit. l. 24. C. de jur. dot.

Quis hoc casu donationem, propter nuptias repetat?

§. XI. Circa donationem propter nuptias itidem hoc casu distinguebatur, utrum maritus eam constituisset, an ejus pater. Illo casu maritus illam retinebat, etiamsi adsint liberi, *l. 18. C. de donat. ante nupt.* quippe quibus patris viventis haud debetur hereditas. Hoc vero, siquidem filius in patris potestate constitutus erat, donata ad patrem revertebantur, *l. 2. C. de bon. que lib.* Sed moribus hoc non observari, asserit *Lauterbach. de donat. propt. nupt. §. 58.* quin potius maritus retinet hæc donata, nec patri restituit, non quidem ex hac ratione, quam *Lauterbach* adfert, quod filius per matrimonium a patris potestate liberetur; hoc enim in filiabus quidem procedit, sed non in filiis: verum quia ut plurimum contingit, quod filii post contractum matrimonium separatam œconomiam instituunt, maxime tunc, si donatio propter nuptias pro ipsis a patre sit constituta, quia ita ipsimet onera familiæ sustinere possunt. Interim tamen sicuti filia dotem, ita quoque filius donationem propter nuptias postea conferre debet.

Quod si maritus præmoriatur?

§. XII. Si vero mariti morte dissolutum erat matrimonium, multum interest, utrum filia adhuc esset in patria potestate, an vero sui juris. Priori casu pater de dote profectitia agebat, filia consentiente, *l. 2. §. 1. b. r. l. 71. de evict. l. 2. l. 7. C. b. r. de adventitia vero filia agebat patris consensu l. 7. C. b. l. 34. §. 5. de legat. 2.* Posteriori vero ipsa dotem tam adventitiam quam profectitiam repetebat, *l. 71. cit. l. un. §. 2. C. de R. V. A. ut quandoque*

doque etiam contra patrem agere possit *l. 44. pr. sol. matr.* Verum hodie hujusmodi distinctiones haut obtinent, nec recipi potuerunt, postquam casus contingere nequit, ut filia post matrimonium adhuc patriæ potestati subsit, quippe quod illam potius tollit. Unde sicuti olim emancipata filia dotem repetebat, ita quoque hodie hoc indistincte dicendum est. Et ita hodie omnem disputationem de jure repetendæ dotis inter patrem & filiam communi, frustraneam & otiosam esse, recte censet P. Müller. *in add. ad Struv. ex 30. tb. 50. l. E.*

§. XIII. Non desunt vero, qui in praxi jus repetendæ dotis tunc uxori adjudicant, quando scienter obærato marito nupsit, quod ipsum defendit Carpz. *P. 1. c. 28. def. 84. Gail. 2. Obs. 84. Surdus conf. 374. n. 22. Struv. ex. 30. tb. 56.* Sed hæc ipsa sententia Carpzovii in Saxonia reprobata est per *decis. noviss. 6.* quam & plures alii ex Practicis strenue sequuntur. Vid. Brunnem. *ad l. 24. b. t. n. 8. Mev. discuss. levam. inop. debit. c. 6. n. 160. Finckelth. obs. 86.* Neque enim mulier, quæ obærato nupsit, remisisse jus suum videtur, quod nequidem expresse facere potuit, cum pacta, quæ indotatas uxores faciunt, uxoribus haud noceant. Imo obærati ut plurimum vel ideo nuptias cum optima dote ambiunt, ut inde creditoribus, & rei familiari suæ succurrere possint, quod uxori fraudi minime esse debet.

§. XIV. Quamvis vero uxor dotem de jure communi repetat, fructuum tamen maritus factus est dominus, & hætenus si percepti sunt, eos lucratur. Pendentes vero ultimi anni dividuntur inter maritum & heredes uxoris, vel uxorem & heredes mariti pro rata, seu habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit *l. 7. §. 1. b.* Inde potissimum ad

Contin. III.

Yy

com.

Quid si uxor scienter obærato nubat?

Quid circa fructus ultimi anni obserandum?

De jure Saxo-
nico.

computationem anni respiciendum est, quam in *l. 6. b. 1.* Jctus ita definit, ut terminus a quo sit dies nuptiarum, & terminus ad quem idem dies sequentis anni. Computantur itaque fructus totius anni, & habita ratione ultimi anni, divisio eorum instituitur, quod Jct. declarat in *l. 7. §. 1. sqq. b. 1.* De pensionibus prædiorum quoque idem servatur, *l. 7. §. 11. b. 1.* Ut & de fructibus rerum mobilium *l. 7. §. 9. b. 1.* Verum in Saxonia alio jure utuntur, quod in jure antiquo provinciali fundatum est. Sic enim *lib. 1. art. 58.* disponitur: Des Mannes Saat, die er mit seinem Pfluge wircket, die ist verdienet, als die Egde darüber gehet: und der Garten, als er gerodet, gesäet und geharcket ist. Idem repetitur *lib. 3. art. 76.* Nimmt ein Mann eine Witbe, die eigen oder Lehn- oder Zins-Güther zur Leibzucht hat, was er also in dem Guthe mit seinem Pfluge arbeitet, stirbet denn das Weib, ehe er das besäet, er soll es vollend arbeiten und säen, und auch abschneiden, Zins und Pflicht soll er aber davon geben, und thun dem, dem es gehöret. Stirbet aber die Frau nach der Saat, als die Egde das Land bestrichen, die Saat ist ihres Mannes, und er ist niemand nichts pflichtig davon zu thun, weder Pflicht noch Zinse, da sie allein selbst kein Zinsgeld pflichtig von was. Idem quoque jure novissimo reperitum, quia *P. 3. const. elect. 32.* ita caverur: Gleiches Falls, da ein Weib liegende Gründe hat, und verstorbet nach der Saat-Zeit, so behält der Mann die Früchte. Idem enim generatim juris est in Saxonia in usufructu, quem etiam maritus habet in omnibus bonis uxoris, adeoque hæc dispositio non tantum ad dotem restringenda, sed ad paraphernalia quoque pertinet, cum de jure civili divisio fructuum ultimi anni tantum ad res dotales restringi debeat; Proinde quia in dotalitio quidem usus fructus uxori competit, similiter quoque illa post mortem fructus industriales ad heredes suos transmittit, si agro confito, rastrisque subactio decesserit. Carpz. *P. 3. C. 32. def. 4.* H. Pistor. *lib. 1.*

qu.

qu. 24. n. 75. § 99. Köppen p. 1. dec. 30. n. 17. Finckelth. obs. 54. Coler. P. decis. 164. n. 4.

§. XV. Similiter diversitas hic occurrit inter jus commune & Saxonicum ratione censuum & pensionum, quæ singulis mensibus vel certo præfinito tempore solvuntur. De jure communi enim pariter pro rata temporis divisio instituitur, l. 7. §. 1. § 99. b. r. sed de jure Saxonico itidem quidem hæc divisio suo modo approbata est, P. 3. Constit. elect. 16. ibique Carpz. def. 2. § 3. Berlich. p. 3. concl. 34. n. 37. si ante diem præfinitum uxor mortua sit: quarum autem pensionum dies cessit, earum lucrum marito cedit per *jus prov. Sax. lib. 3. art. 76. inf.* Was auch Zinses oder Pflicht in der Frauen Guth unbezahlet wäre, den man ihr geben solt, stirbet sie nach dem rechten Zinsstag, dis alles ist des Mannes heimgefallen Guth, als er des Erben gewesen seyn solt, ob sie ohne ein Mann wäre geblieben. Præterea quoad eos census & pensiones, quorum dies nondum venit, hæc singularis dispositio juris Saxonici obtinet, quod intra tricesimum exigibiles ad maritum pertinent, Carpz. P. 3. C. 16. def. 8. & 32. def. 20. Quoad partes metallicas ita jure Saxonico distinguitur, ut ipsæ partes quidem immobilibus accenseantur, & hereditibus defunctæ uxoris cedant excluso marito, Id. P. 3. c. 25. def. 1. proventus autem jam separati mariti lucro cedant, nondum autem separati, licet brevi post mortem uxoris eorum perceptio immineat, nequidem pro rata temporis marito cedant. Id. def. 2.

Quid de pensionibus dicendum?

§. XVI. Denique adhuc notandum est, nimis liberalem in hac de divisione fructuum materia esse Grønewegium de LL. abrog. ad l. 7. b. r. ubi asserit, moribus nostris supervacua esse atque inutilia, quæ de

Grønewegii sententia de usu hujus materiz examinatur.

fructuum divisione inter virum & uxorem diversimode a Dd. traduntur, imo ea omnia pulverem & tribunalia inituro dediscenda esse. Duplici argumento suam sententiam munire nititur: (1) quod jure Codicis leges de discussione fructuum adductæ abrogatæ sint per *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* Postquam enim licentia divortiorum, ob quam hæc divisio fructuum potissimum introducta esse videtur, jure Codicis restricta est, *l. 8. C. de repud.* inde refert, abrogari quoque debuisse hanc divisionem, ita ut fructus omnes percepti lucro mariti cedant. (2) quod hodie propter communionem omnium bonorum inter conjuges marito fructus omnino debeantur. Verum ex his rationibus abrogatio universalis minime conficitur. Nam in primo argumento nulla jurium derogatio occurrit, uti ipse contextus docet, his conceptus verbis: *pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit: vel si uxori capere donationis causa permisit, eum, in quantum locupletior facta est, posse agere, manifestissimi juris est.* Nullum indicium hic occurrit, ex quo concludi possit, loqui textum hunc de fructibus ultimi anni, sed in genere de fructuum acquisitione constante matrimonio, præter ultimum annum, quod verba finalia *d. l. 20.* ostendunt, quæ supponunt casum, quo maritus permisit donationis gratia, ut uxor illos perciperet, quod de fructibus ultimi anni intelligi nequit. Alterum argumentum universale non est, sed tantum ad ea loca pertinet, ubi adest talis inter conjuges omnium bonorum communio, cui fructus eo casu imputandi sunt, qua cessante divisio fructuum juris communis obtinebit.

§. XVII.

§. XVII. Quamvis vero ad hæc jura & bona con- Propter do-
tem & cetera
bona obtinet
etiam jus re-
tentionis.
sequenda viduæ actiones dentur, rectius tamen eidem
confulitur per *jus retentionis*, quod ei pro dote, para-
phernalibus, donatione propter nuptias, imo & dota-
licio & portione statutaria, & quæ alias ex pactis dota-
libus debentur, concessum est, & singularia sua mori-
bus commoda habet. Neverhahn. *de priv. viduit. m. 3. sect.*
24. Hennius de fidej. c. 15. n. 117. Carpz. p. 2. c. 25. def. 8. sqq.
Mev. ad jus Lub. lib. 1. tit. 5. art. 13. n. 6. Berlich. p. 2. concl.
32. n. 2. sqq. Mynf. art. 6. obs. 82. Jure Saxon. Elect. p. 3. c. 33.
disertis verbis hoc ipsum jus viduæ assertum est: **Die-
weil die Witwe mit dem Manne bey seinem Leben in glei-
cher Gewehr gefessen, nach seinem Tode das *jus retentionis*
hat.** Singularia autem jura viduæ moribus indulgen-
tur, quæ alias per se ex jure retentionis non fluunt.
Huc pertinet, (1) quod vi hujus juris non tantum bo-
nis allodialibus, sed etiam feudalibus, ad quæ tamen
tacita hypotheca, uxoribus ratione dotium attributa,
se non extendit, incumbere possit, uti diserte jure Sax.
Elect. p. 3. c. 33. provisum est, **auch nach seinem Tode das
jus retentionis hat, also, daß sie aus denen Lehn-Güthern
vor Entrichtung ihrer weibl. Gerechtigkeit zu weichen
nicht schuldig.** In Camera tamen contrarium receptum
est, uti testatur Mynf. cent. 6. obs. 45. (2) Interim viduæ,
dum bona mariti retinet, exinde debentur alimenta,
quod rursus perspicue traditur in jure Sax. Elect. p. 2. c. 25.
**Wie denn auch die Frau so lange das *jus retentionis* in den
Lehn-Güthern und ihren Unterhalt haben soll, bis sie des
ihren vergnügt.** Idem in plerisque locis obtinere, Mev.
testatur *ad jus Lubec. n. 48. Brunnem. ad l. 25. b. 1. n. 14.*
Esbach. ad Carpz. p. 2. c. 25. def. 12. n. 2. quod quidem a jure
communi non adeo deviare afferit Mev. cit. l. vix tamen

est, ut solidis argumentis evinci queat. Neque enim perceptio alimentorum per se ex jure retentionis fluit; nec illa ex dotis causa peti possunt, quæ soluto matrimonio desinit, sed si dicendum quod res est, debetur ista perceptio adhuc pristinae communioni bonorum, quæ olim per totam fere Germaniam obtinuit, unde vestigia quædam remanserunt. Unde, licet jus retentionis cedi possit, & ad heredes transeat, hoc tamen jus singulare ei cohærens non transit. *Surdus de alimentis tit. 1. qu. 44. n. 72. sqq. Mev. cit. l. n. 25. sqq. (3)* Idem jus quoque moribus indulgetur viduæ, si vel maxime, dum absens esset, ab aliis possessio apprehensa fuerit; *Carpz. l. 4. resp. 19. n. 6. sqq.* quod ex ratione juris Saxonici *p. 3. c. 33.* adducta fluit, *dieweil die Weiber mit dem Manne bey seinem Leben in gleicher Bewehr gesessen,* id quod etiam præjudicio illustratum est *in diff. de vid. nobili March. c. 4. n. 12. sqq. conf. Lauterb. diff. de jur. retent. §. 1. H. Pistor. obs. 107. n. 6.* quod rursus ad reliquias communionis omnium bonorum, quæ olim inter conjuges obtinuit, referendum videtur, cum ex jure communi id ipsum probari nequeat.

Quid juris, si
divortio ma-
trimonium
solutum sit?

§. XVIII. Denique superest, ut videamus, quid juris sit, si divortio solutum sit matrimonium. De jure communi expeditum est, maritum innocentem lucrari dotem, quæ uxori adulteræ in pœnam adimitur, *Nov. 117. c. 8.* paraphernalia autem eidem salva manent. *Hahn. ad Wes. tit. ad l. Jul. de adult. n. 19. voce: banc autem præcipuam inf.* etiam de jure. Quamvis enim quidam ex *C. plerumq. 4. X. de donat. int. vir. & uxor.* contrarium asserere velint, & voce *dotalitii*, quæ ibi occurrit, paraphernalia intelligenda esse velint, merito tamen hoc repudiandum est, cum potius donatio propter nuptias ea

VO-

voce designetur. Cæterum in praxi etiam maritum paraphernalia lucrari, idem asserit *ad b. t. in f.* cum Joachimo a Beust. *de jure connub. p. 2. c. 21.* quod de jure Saxonico satis expeditum est, quo paraphernalia ejusdem *ferè* juris censentur, quo dotalia. Carpz. *pr. crim. qu. 64. n. 18.* Ast extra Saxoniam merito juri communi insistendum est, cum ibi adhuc hodie dispar omnino ratio sit dotis & paraphernalium bonorum, præsertim cum pœnæ privationum sint odiosæ, & sic restringendæ. Lauterb. *in colleg. pract. b. l. tb. 18.*

LIB. XXV.

TIT. I.

DE IMPENSIS IN RES DOTALES FACTIS.

§. I.

Quamvis dos soluto matrimonio restituenda sit, marito tamen competit jus *retentionis* ob impensas in rem dotalem factas, hac servata distinctione, ut quæ impensæ quærendorum fructuum causâ factæ sunt, eas vir ex suo facere debeat, nec ullam eo nomine ex dote habeat deductionem, *l. f. b. t. Garl. de expens. c. 14. n. 13. Knipsch. de fideic. famil. c. 12. n. 185.* etiamsi expensæ fructus excedant. Gilken. *de impens. p. 2. c. 3. n. 4.* Si autem in rem ipsam factæ fuerunt, marito deductionem concedunt ex dote, si *necessariæ & utiles* scilicet fuerunt. *l. 1. sqq. b. t.* Et quidem illæ etiam ignorante muliere fieri possunt, cum ad has faciendas maritus simpliciter obligetur, adeo, ut si a marito neglectæ sint, judex eum tanti damnare debeat, quanti mulieris interfuit eas impensas fieri. *l. 4. ff. b. t.* Hæ vero, *utiles* scilicet, non aliter deducuntur, quam si *voluntate* mulieris, vel

Doctrina Jur.
R. circa im-
pensas in do-
tem factas.

vel *expressa* vel *tacita*, factæ fuerint, *l. 8. ff. b. r.* Deinde pro necessariis tantum jus retentionis indultum est, non item pro utilibus, sed earum nomine, dote prius restituta, actio vel mandati vel negotiorum gestorum competit, *l. unic. §. 5. C. de R. V. & A.* denique voluptuariæ impensæ exigi nequeunt, sed tantum tolli, *l. 1. l. 9. b. r. l. un. §. 5. cit.* etiamsi voluntate uxoris factæ fuerint. Sic itaque cum nomina in dotem data vir exigit, sumtus in exactionem facti attendendi sunt, nec condemnatio ad restitutionem dotis fieri debet, nisi earum habita ratione *l. 56. de jur. dot.* Conf. Heeser. *de commun. bon. p. 1. l. 4. n. 17.* Garfias *de expens. c. 13. n. 37. seq.* Fab. *in C. lib. 5. tit. 7. def. 52.* Idem quoque dicendum est, si in vindicandas res alias in dotem datas maritus expensas facere debuit; quamvis enim maritus impensas litis pro *conservanda dote* ex fructibus facere debeat, diversa tamen est ratio impensarum, quæ pro *acquirenda dote* fieri debent. *Mev. p. 8. decis. 257.* & ita quoque ad quæstionem nobis propositam in facultate nostra sequentem in modum pronuntiavimus: Ob eure Schwieger-Mutter das hinterlassene Haus von ihrem Bruder ererbet, jedoch der erste Mann, Christoph Wagner, dessen Tochter ihr zur Ehe gehabt, solches durch einen kostbaren Proceß gewinnen müssen, eure Tochter die von ihrem Großvater aufgewandte Kosten von der Groß-Mutter Erben zu repetiren befugt sey? Wann gleich eingewandt werden möchte, daß der maritus alle commoda dotis zu genießen, und daher auch die onera tragen müsse: *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* Weil aber dennoch eine Frau dasjenige, was sie dem Manne zustreuet, dergestalt zu lieffern verbunden, daß er es genießen könne, und daher was der Mann für Proceß-Kosten zu Erhaltung dergleichen Güther aufwenden muß, nicht ad dotem acquisitam, sondern acquirendam gehören, welche die Frau aus eigenen Mitteln aufzuwenden verbunden gewesen.

Fu-

Quæstio.

Rat. dub.

Rat. Decid.

Fufar. *de fideic. substit. qu. 670. n. 6. Alex. vol. 2. conf. 168.* Knipsch. *de fideic. famil. c. 12. n. 156.* zumalen da auch ein Mann die expensas, so auf res dotales jam acquisitas geschehen, wann sie von einiger Erheblichkeit sind, wiederfordern kan: *l. 5. ff. de impens. in res dot. fact.* So erscheinet hieraus so viel, daß eure Tochter solche vom Großvater aufgewandte Kosten wieder zu fordern wohl befugt sey. **B. R. B.**

Decisio.

§. II. Quod ad praxin attinet, ante omnia quaestio hic tangenda, an dispositio *l. un. §. 5. C. de R. V. A.* adhuc hodie locum habeat, ut pro utilibus marito tantum actio, non vero retentio concedatur? Equidem Schilterus in *pr. jur. Rom. ex. 36. §. 121.* arbitratur, moribus nostris non adeo receptum esse rigorem Justinianeam, sed iudicem pro religione posse etiam maritum ob utiles impensas in detentione rerum dotalium tueri. In eandem sententiam quoque inclinat Groenew. *ad cit. l. un. §. 5. de R. V. A.* existimans, utiles impensas ipso jure dotem minuere, nec referre, an ex voluntate mulieris in res dotales impensæ factæ sint, nec ne, cum maritus sit legitimus uxoris curator. Verum, cum de contrario utu non satis constet, nec ullum etiam præjudicium a Schiltero allegatum sit, præterea quoque quod in favorem uxorum introductum est, eis nec hodie denegari queat; merito juri Romano hac in re tamdiu standum esse existimo, donec evidenter contrarium probetur. Neque etiam hodie marito permissum esse debet, invita muliere impensas utiles in fundum dotalem facere, ex quibus cogeretur substantiam suam vendere, cum in genere onerosus creditor in hujusmodi casibus non sit audiendus, *l. 25. ff. de pignor. act.* & utiles impensæ semper æstimari debeant ex persona ejus, qui eas refundere debet: *l. 38. de R. V. Mev. p. 2. decis. 210.* Tiraquellus *de*

An hodie pro utilibus retentio locum habeat?

Contin. III.

Zz

retr.

retr. convent. §. 7. gl. 1. n. 5. Marefcottus lib. 2. c. 109. n. 20. Brunnem. ad l. 8. b. t. n. 3. Gail. lib. 2. obf. 12. n. 7.

Quando mori-
bus celfet re-
petitio impen-
farum?

§. III. Regulariter ergo, quæ hic de repetitione impenfarum in res dotales factarum difpofita funt, adhuc in viridi funt obfervantia, exceptis tamen illis locis, in quibus communio bonorum inter conjuges obtinet, fiunt enim ita impenfæ in rem communem, & quia in communione omnium bonorum focius focio non tenetur ad rationes reddendas, fed omnium quafi unum patrimonium eft, adeo, ut inde communio omnium bonorum deducatur, fi de rebus adminiftratis ratio non fit reddita, *Mev. ad jus Lubec. p. 111. tit. 8. art. n. 5. Faber in C. lib. 4. C. tit. 27. def. 3. Mantica de tac. & ambig. convent. lib. 5. tit. 10.* confequens eft, nec de impenfis in communia bona factis rationes reddendas effe, & eatenus affentendum eft *Grænewegio de LL. abrogat. b. t. afferenti*, hujus tituli nullum ufum effe ob communionem bonorum receptam. Hac vero deficiente, ut in plurimis Germaniæ locis ignota eft, vel etiam pactis dotalibus communione bonorum exclufa; omnino impenfarum in rem dotalem factarum ratio habenda eft, quatenus maritus dotem non lucratur.

Quid in Marchia juris?

§. IV. Similiter quoque ob ftatutariam fucceffionem tituli hujus ufus deficere poteft, ut in Marchia, ubi quidem communio bonorum nulla adefl, uti probat *Kohl. ad Conftit. March. qu. 1. n. 3.* interim tamen fucceffio conjugum ita adornata eft, ut altero conjugum defuncto fuperftes, collatis omnibus bonis, dimidiam capiat; ut ex *Conftit. Joachimi I. von Erbſällen* conftat. Quod fi itaque maritus moritur, uxori integrum eft, an dimidiam capere, an vero illata repetere velit. Priori cafu omnia, quæcunque tempore mortis habuit, conferre

ferre debet, & sic ex bonis ita communicatis dimidiam de mobilibus & immobilibus capit, adeoque impensarum in dotem factarum vel ideo ratio haberi nequit, quia dos hic non repetitur, sed potius defuncto succeditur, & bona in eo statu, quo sunt tempore mortis, dividuntur, posteriori vero diversa est ratio: Neque enim constitutio Marchica necessitatem imponit superstiti dimidiam suscipiendi, & ita ea repudiata dotem repetere potest. Kohl. *ad Constit. March. qu. 5.* Sed heredes mariti tamen ad ductum hujus tituli impensas deducere vel repetere possunt. De jure Lubecensi *p. 2. tit. 2. art. 12.* uxore mortua sine liberis, maritus uxoris bona in divisionem affert, & exinde heredibus dimidiam tradit, alteramque dimidiam capit, ex quo concludo, nec hic impensarum rationem haberi posse, quoniam bona uxoria tempore mortis dividuntur in eo statu, quo eo tempore sunt. Casu vero inverso, si maritus præmoritur, uxor illata omnia repetit, & reliqua iidem dividit, interim, quia illata sua repètit, rationem impensarum quoque habendam esse existimat Mev. *cit. l. n. 180.*

Quid jure Lubecensi?

§. V. Præterea in *L. un. §. 5. C. de R. V. A.* retentio dotis non tantum denegatur ob utiles impensas, sed in favorem mulierum ob alias quoque causas exclusa est, veluti ob mores, ob res amotas &c. ut uxor eo expeditius dotem suam consequatur. Moribus tamen Saxonis retentio dotis marito facilius conceditur, quia hanc tamdiu exercet, donec ei de mobilibus aliave portione debita satisfactum sit. Carpz. *P. 2. C. 25. def. 18.* Berl. *P. 2. concl. 31. n. 28.* Coler. *de process. execut. P. 1. c. 2. n. 234.* Mev. *ad jus Lub. lib. 1. tit. 5. art. 13. n. 110.* quod sane juri communi vix conveniens asseri potest, utpote secundum

Retentio dotis an hodie locum habeat ob alia debita?

quod, uti antea dictum, omne jus retentionis marito in dote denegatur.

TIT. II.

DE ACTIONE RERUM
AMOTARUM.

§. I.

Quid rerum
amotarum ju-
dicium?

Rerum amotarum iudicium introductum est ad veruseam, quæ uxor fuit, ut dicitur in *l. 1. pr. ff. de act. rer. amot.* quæ scilicet divortii intuitu marito quid surripuit, ita ut divortium secutum sit, *l. 25. eod.* nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur: *l. 2. ff. b. r.* ut ut in effectu furtum fiat, lenius tamen coërcetur mulier, *l. 29. ff. b. r.* interim res amota usucapi nequit *cit. l. 29.* & res est periculo mulieris, quia in perpetua mora est ad instar prædonis & furis *l. 17. §. 2. b. r.*

Quid si con-
stante matri-
monio furtum
fiat?

§. II. Quod vero usum ipsum hujus tituli concernit, res distinctione indiget & de singulis membris separatim videndum est. Primus casus est, si in matrimonio sine divortii consilio uxor marito res subtrahit, cessat rerum amotarum actio, maritus tamen ipsas res condicere potest, quia ex justa causa non possidet, & inde condictio sine causa locum habebit, *l. 25. b. r.* vel in factum, ut dicitur in *l. 2. C. eod.* id quod sine dubio adhuc locum habebit in illis locis, ubi nulla communio bonorum obtinet; hæc enim ubi adest, furtum proprie inter conjuges fieri nequit, quia rei propriæ non est furtum *arg. l. 1. b. r.* adeoque condictio hæc quoque cessat. Ceterum alia actio pœnalis vel famosa non competit, *l. 2. C. b. r.* sed lenius mulier coërcetur, ut dicitur in *l. 29. b. r.* Hoc adhuc eatenus usum hodie habet, (1) quod magistratus

ex

ex officio in hoc furtum inter conjuges commissum inquirere non possit, ut dicitur in *art. 165. Ord. Car. crim.* Doch soll die Obrigkeit oder Richter in diesen Fällen von Amts wegen nicht klagen noch strafen. Quamvis enim alias remissio partis læsæ inquisitionem a magistratu instituentem non tollat, hoc tamen tantum *ordinarie & regulariter* intelligendum, & ad hunc casum exceptum extendi nequit. Clasen. *in comment. ad cit. art. p. 713.* (2) Quod si tamen maritus uxorem accusaverit, Jctorum decisioni rem committendam esse arbitratur Carolus V. *art. cit.* simul tamen additur: auch erfahren, was in solchen Fällen das gemeine Recht sey, und sich darnach halten, ubi indubie per jus commune, das gemeine Recht, jus Romanorum intelligitur, adeoque illud simpliciter hic approbatum est. Jam vero nec pœnalis, nec famosa actio hic locum inter conjuges habet, ergo multo minus quædam accusatio, quæ adhuc magis infamat, sed tantum simplex conditio ejus, quod furto ablatum est. Berlich. *P. 5. Concl. 44. n. 55.* Interim in *constit. 6. Saxon.* von dem Diebstahl der verwandten Personen non omnis pœna remissa, sed tantum mitigata est his verbis: Wann Mann, Weib oder Kinder einander bestehlen, und der Diebstahl groß ist, so sollen dieselbe mit Willkürlicher Strafe, jedoch nicht am Leben oder Leibe, sondern mit Verweisung, Gefängniß und dergleichen beleyet werden. Conf. Carpz. *prax. crim. qu. 82. num. 42.* Quod si itaque furtum non est magnum, nequidem pœna locum habebit. Conf. Idem *de arbor. consanguin. diff. 3. n. 218. seqq.*

§. III. Alter casus est, si intuitu divortii furtum factum & divortium revera secutum est, dabatur itidem tantum *rerum amotarum actio*, non *furti*, aut alia pœnalis *l. 25. b. r.* Erant enim apud Romanos divortia frequen-

An hodie rerum amotarum actio usum habent?

tissima, adeo ut privato ausu & bona gratia conjuges discedere potuerint, nec judicialis sententia expectata aut requisita fuerit. Cum vero rariora apud nos sint divortia, rarior quoque hujus actionis usus erit, fatentibus Lauterbachio *in Colleg. pract. b. r. §. 11.* Eckolto *b. r. inf. Struvio Ex. 30. tb. 69.* Schiltero *Ex. 36. §. 122.* Brunne-
 manno *ad l. 2. C. tit. n. 6.* ubi asserit, non magnam hujus rei esse utilitatem. Solent autem communiter huc adferre casum, si quis intuitu desertionis malitiosæ faciendæ vel adulterii commissi res amoverit, & inde divortium factum sit; neque enim infrequens est, tali in casu furtum fieri, & inde hujus actionis usus aliquis esset, difficulter tamen distingueretur a *condictione furtiva*, cum utraque res furtiva condicatur. Quamvis enim de jure Romano hanc differentiam assignare soleant, quod *condictio furtiva* detur indistincte contra heredes, sive sint locupletiores facti, nec ne, *l. 9. ff. de cond. furtiv.* actio autem rerum amotarum in solidum, sed in quantum ad eos pervenerit, *l. 3. ff. inf. l. 3. C. b. r.* adeoque comparatio, quæ in *l. 6. §. 4. b. r.* instituitur, non *absolute*, sed *secundum quid* intelligi debeat; Bachov. *ad Wesenb. b. r. lit. D. C. I. A. b. r. §. 7.* Lauterbach. *b. r. §. 9.* dubitari tamen merito posset, utrum hæc distinctio adhuc attendi debeat, postquam in jure Canonico, quod moribus sequimur, constitutum est, ut actiones ex delicto rei persecutoriæ indistincte contra heredes dentur. *c. 5. X. de rapt. c. f. X. de sepult.* Mev. *p. 5. decis. 39.*

Quid si filia fam.
 mil. uxor amove-
 rit?

§. IV. Quod si uxor filia familias divortii causa quid amoverat, in patrem de peculio dabatur actio *l. 3. §. 4. b. r.* Hoc vero vel ideo hodie fieri nequit, quia matrimonio contracto, filia sui juris est, & ita peculium profectitium amplius habere nequit. Accedit, quod raro-

rariora apud nos sint peculii profectitii, maxime in filiabus, exempla, & inde ob res amotas nunquam hodie in patrem actio de peculio dabitur. Sic etiam si maritus filius famil. res uxoris amoverat, dabatur itidem actio de peculio in patrem, *l. 6. §. 2. b. t.* cujus legis itidem applicatio hodie deficit, quia vix casus hodie occurreret, quod filius matrimonium contrahens peculium profectitium habiturus & retenturus sit.

§. V. Denique tertius casus est, si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus, divertisset, si convaluerit vir, utilis actio rerum amotarum ei danda est *l. 21. pr. b. t.* Hunc casum facilius in praxi existere posse, communiter asserunt, cum non adeo rara apud nos sint exempla, uxores intuitu mortis quid subtraxisse, maxime iis in locis, ubi ex statuto nulla eis successio tribuitur. Quod si tamen actionis hujus utilis circumstantias accurate ponderamus, apparebit, non adeo frequenter hunc casum nostris in foris contingere posse. Requiritur enim (1) ut mortis intuitu uxor res quasdam surripuerit. (2) Ut maritus convaluerit. (3) Divortium factum sit: durante enim *matrimonio* huic locus nullus esse poterat *l. 25. b. t.* Jam vero sicuti generaliter rariora apud nos sunt divortia, ita quoque nec in hoc casu frequentiora sunt. Quod si tamen uxor, marito convalescente, malitiose eum deseruisset, & divortium secutum esset, casus existeret, cui hæc actio applicari posset.

Quid si intuitu
mortis res sus-
cepta sit?

TIT.

TIT. III.

DE AGNOSCENDIS ET ALEN-
DIS LIBERIS VEL PARENTIBUS, VEL
PATRONIS, VEL LIBERTIS.

§. I.

Sententia J Cti
Plautiani.

Olim J Cto Plautiano cautum erat, ut mulier post divortium factum, si se pręgnantem putet, denunciaret ipsi marito, vel parenti, in cujus potestate est, aut, si nullius eorum copiam habeat, domum denunciare debeat: denunciatione hac facta, mariti erat, aut mittere custodes, aut ei denunciare, quod non sit ex se pręgnans. *l. 1. §. 3. b. r.* Alioquin si neutrum facit, cogitur maritus partum agnoscere, & si non agnoverit, extra ordinem coërcetur. *l. 1. §. 4. b. r.* Facile autem patet, hoc tantum pertinere ad divortia Romano more facta, h. e. privata auctoritate absque sententia judicis, & circa hæc utique contingere poterat, quod uxor, divortio facto, se pręgnantem assereret. Ast vero, cum hodie divortia hoc modo fieri non possint, sed prævia judicis ecclesiastici cognitione, & sententia interveniente fieri debeant, lites autem de divortio hodie tam diu protrahantur, ut contingere amplius nequeat, divortio facto, illam adhuc esse pręgnantem, omnino asserendum videtur, in foris nostris deficere casus, quibus hæc J Cti Plautiani dispositio applicari possit. Inter Judæos tamen facilius casus existere posset, ubi, divortio facto, mulier adhuc pręgnans esset, quia Judæorum matrimonia facilius dissolvuntur, nec judicialem decisionem & cognitionem requirunt.

§. II.

§. II. Aliud quoque Sctum tempore Hadriani factum est *de agnoscendis liberis*, qui constante matrimonio eduntur, l. 5. §. 1. ff. b. r. pro his enim urgens est præsumtio, quod sint legitimi, nisi manifestissime contrarium probetur, l. 6. ff. de his qui sui vel al. jur. sunt. de cuius praxi hodiè nullum superest dubium. Extensa tamen est hæc agnoscendi partum necessitas ad eos quoque liberos, qui extra matrimonium geniti sunt, ad hunc effectum, ut a patre alantur, quemadmodum pater de jure civili *naturales* seu ex concubina natos alere tenebatur. *Autb. licet C. de natural. liber.* Postquam autem concubinatus in foris nostris extra matrimonium non datur, hoc ipsum, quod de *naturalibus* dispositum est, ad *Spurios* applicatur, & hoc intuitu stuprata sæpe hodiè agit de *agnoscendo partu*, & quidem in foro seculari, si nulla matrimonii contrahendi quæstio concurret. Quod si stuprum confessus est, se tamen nihilominus patrem esse neget, ex concubitu nascitur ingens præsumtio contra eum, ut interim alere eum teneatur, nec juramentum stupratae requiratur. *Carpz. jurispr. eccl. lib. 2. def. 232.* Quamvis enim *Rebuffus de sent. provis. gl. 2. n. 30.* asserat, Spurios non fieri provisionem, quod nomine filiorum non contineantur; moribus tamen ex æquitate canonica aliud dicendum est, cum ipsa naturalis ratio dicat, spurios a stupratore esse alendos. *Carpz. P. 4. C. 27. def. 5. Finckelth. obs. 102. n. 9. Mev. ad jus Lubec. lib. 4. tit. 5. art. 1. n. 26. Surd. de alim. tit. 1. qu. 10. Thesaur. pedem. decis. 211.* Idem quoque dicendum, si absens vel in fuga stuprator sit, quia enim fama contra eum militat & fuga eum suspectum reddit, interim succurrendum filio Spurio & ex bonis fu-

De agnosca-
dis liberis con-
stante matri-
monio editis.

gitivi stupratoris ei alimenta assignanda. vid. *diff. nostra de decreto interimist. c. 2. n. 85.*

Pater hodie
quoque alere
tenetur libe-
ros.

§. III. Quæ præterea in *b. 1. de obligatione naturali* ad alimenta præstanda occurrunt, adhuc hodie in viridi sunt observantia. Nam adhuc hodie quoque patri onus alendi incumbit, non matri, nisi in subsidium, adeo ut si mater aluit liberos, eo nomine a patre liberorum, ejusque heredibus alimenta præstita repetere possit, id quod potissimum usu venire solet in liberis illegitimis, quos mater interim alit, & salva alimentorum repetitione a patre præstanda. *Carpz. P. 2. C. 10. def. 24.* Idem quoque dicendum de avo & avia materna; quippe quibus onus alendi non incumbit, quamdiu pater adest. *Surdus cit. 6. qu. 8. n. 13.* Quod si pater, etiam stuprator, inops est, onus alendi ad avum paternum devolvitur, etiam si vel maxime stuprata habeat, unde partui alimenta suppeditare queat. *Coler. de aliment. lib. 1. c. 8. n. 12.* *Carpz. Jurispr. Consist. lib. 2. def. 243.* adeo ut quamdiu avus paternus adest, ad avum maternum non deveniatur, qui itidem in subsidium tenetur. *Brumm. ad l. 5. b. 1. n. 4.* *Carpz. P. 2. C. 10. def. 20.* *Gudelin. de jure noviss. lib. 1. c. 14.* *Coler. de aliment. lib. 1. c. 8. n. 2.* etiam si vel maxime nepotes sint illegitimi. *Coler. cit. l. n. 4.* *Carpz. cit. def. 20.*

An matri onus
alendi tribus
primis annis
incumbat?

§. IV. Equidem in *l. nec filium 9. C. de P. P.* asseritur, quod remedium alimentorum majori triennio petenti adversus patrem competat, ex quo communiter inferunt, matri onus alendi tamdiu incumbere, quamdiu tertium non excefferit annum, quia ut *Godofr. in not. lit. g.* addit, non solebant infantes ante triennium mamma depelli, quod etiam apud Judæos obtinuisse constat ex *Maccab. VII.* unde *Glossa ad jus prov. Saxon. lib. III. art. 74.* ait: *wisse auch, daß die Mutter die Kinder bis zu dreien Jah-*

Jahren nehren soll. Obligatur enim mater ad lactandum, quatenus ad hoc idonea est, sive sit legitima sive illegitima mater, quod etiam Gregorius urget in *c. f. D. s. prava, ait, in conjugatorum moribus consuetudo surrexit, ut mulieres filios, quos gignunt, nutrire contemnant, eosque aliis mulieribus ad nutriendum tradant, quod videlicet ex sola causa incontinentiæ videtur inventam: quia dum se continere volunt, despiciunt lactare, quos gignunt.* An vero inde colligi possit, ante triennium patri, etiam stupratori, onus alimentationis regulatè non incumbere, alia quæstio est. Utur enim non desint, qui patrem per hoc triennium ab omni sumtu liberent, vid. Coler. *de aliment. lib. 1. c. 6. n. 4.* Finckelth. *obs. 102. n. 12.* hoc tamen cum grano salis est accipiendum, & ad alimenta lactis restringendum; ast vero sola lactis præbitione non absolvuntur alimenta infantulo necessaria, adeoque adhuc pater reliquos sumtus pro arbitrio judicis determinandos præstare debet Carpz. *P. 4. C. 27. def. 5. inf.* Coler. *cit. l. Finckelt, cit. l. n. 17.* Richter. *P. 2. decis. 88. n. 33.* Brunnem. *ad cit. l. 9.* Quid quod si mater ad lactandum idonea sit, pater etiam sumtus ad lactandum præbere debet Hahn *ad W. b. l. n. 4.* Paul Christinæus *vol. 3. decis. 143. n. 6.* Coler. *de aliment. cit. l. 7.* Ceterum nec hoc præcise in praxi sequimur, ut mater per triennium lac infanti præbere, & ita pater interim minores sumtus facere debeat, quamvis præjudicia apud Richterum huc collineent, sed si hodie infans uti plerumque fit, intra triennium delactatus fuerit, stuprator ad cetera alimenta quoque obligatur Carpz. *P. 4. C. 27. def. 5. inf.* Addunt quoque hanc limitationem, si mater ita pauper, sit, ut si lactaret, non haberet unde viveret. Christinæus *cit. l. n. 6.* quam tamen tantum restringit Coler. *cit. l. n. 9.* ad liberos vulgo quæsitos, de quo tamen merito dubito, cum

hoc casu potius pater matri alimenta præstare debeat, ut infantem lactare ipsa queat.

Mater in subsidium ad alimenta tenetur.

§. V. Mater & materni ascendentes & hodie quoque tantum tenentur in subsidium, deficiente patre & paternis ascendentibus, l. 5. §. 2. b. 1. Surdus de alim. tit. 1. qu. 103. n. 1. seqq. Sand. decis. Fris. lib. 2. tit. 8. def. 2. Imo hæc obligatio magis ad matrem quam fratrem divitem spectat. Tusch. lit. a. concl. 287. n. 7. Quamvis vero Groenew. ad l. 5. §. 14. b. 1. existimet, hodie communibus parentum expensis alendos esse liberos, sequæ in eo fundet, quod moribus bonorum communio universalis inter conjuges sit, adeo ut quæ erogavit in liberos, a patre repetere non possit: facile tamen apparet, hoc demum ad illa loca restringendum esse, ubi hæc universalis communio bonorum viget, quæ tamen in Germania non ubique locum habet. Hoc vero adhuc singulariter notandum, quod in Saxonia, si mater vidua usufructum liberorum sibi vindicet, etiam liberos alere teneatur, quam sententiam plene propugnat Richter decis. 18. a qua tamen recedit Carpz. lib. 6. resp. 70. itemque desuper Richtero movit, & tandem obtinuit, ut ejus sententia in Saxonia Electorali per decis. noviss. 62. decideretur. Extra electoratum autem Richteri sententiæ communiter insistitur.

An hodie incestuosus debeantur alimenta?

§. VI. Quemadmodum vero dictum est, quod illegitimis etiam debeantur, ita sane durum esse videtur, quod juxta Nov. 74. c. f. & autb. ex complex. C. de incest. nupt. liberi ex damnato & incestuoso concubitu prognati alimenta ne quidem a matre petere possint. Hoc tamen de jure canonico immutatum esse plerumque asserunt Bartolus de alim. v. 17. Brunnem. ad cit. autb. Gail. 2. obs. 86.

n. 3. Gudelin. *de jure noviss. lib. 1. c. 15. Carpz. p. 3. c. 14. def. 11. n. 1. Gonzalez. ad c. 5. n. 4. de eo qui dux. in matrim. Richt. p. 2. decis. 88. n. 34. Zoel. ad tit. 10. de eo qui dux. in ux. n. 5. idque ipsum quoque in praxi sequimur. Quamvis vero B. Linckius in *Comment. ad decret. tit. cit. §. 4. prædicat, in cit. c. 5. non agi de liberis ex adulterio prognatis, adeoque nec asseri posse, jus civile per jus canonicum esse immutatum; tamen circumstantiæ ostendunt contrarium, cum in cit. textu occurrat ejusmodi casus, quo is, qui legitimam uxorem habebat, pellicem ei adjunxerat, & quamvis eam abjecerat, postea tamen rursus eandem recepit, & cum ea diu cohabitavit, quin & mortua uxore per decennium adhuc cum ea vixit decemque liberos ex ea suscepit. Hos mortua uxore prognatos fuisse, supponit B. auctor, quæ circumstantia tamen nec in textu exprimitur, nec satis probabilis est, cum enim diu ante mortem uxoris cum ea cohabitaverit, quis dubitaret, quin etiam quidam ex decem illis liberis adulterini fuerint? Quicquid vero sit, non negant interpretes, in praxi receptum esse, ut omnino alimenta liberis ex damnato concubitu natis præstentur Richt. *ad autb. cit. ex complexu nefario in f. Gail. 2. obs. 88. n. 4. B. Linckius cit. l. in f.***

§. VII. Indignis tamen denegari posse alimenta Indignis recte denegantur alimenta. constat ex *l. 5. §. 11. ff. b. 1. quo casu communiter adferre solent causas exheredationis, quod pater ex iis possit alimenta denegare, ex quibus exheredare filium queat. Bartolus de alim. n. 11. Jo. Baptista Pontanus de alim. c. 5. n. 2. Coler. de alim. lib. 1. c. 11. n. 88. & lib. 2. c. 12. n. 12. quod tamen Colerus restringit ad eas exheredationis causas, in quibus pater immediate læditur, quæ limitatio rationem habet, cum secundum *l. f. C. de alend.**

lib. non aliis denegari possint alimenta, quam qui in patrem peccaverint. Deinde quoque hoc tantum intelligendum esse existimo de alimentis lautioribus & civilibus, ut scilicet pro conditione patris non sit alendus; alendus tamen est ad necessitatem, ne fame pereat, delictum enim illa, ad quæ pater jure naturæ tenetur, penitus tollere nequit. Huc quoque referunt, quod filio non operanti prorsus alimenta possint denegari, Pontanus de alim. c. 7. n. 8. quod quilibet alimentarius alenti tenetur ad operas, & ingratus sit, qui illas recuset, & inde quoque uxori, quatenus domi ab heredibus viri alitur, incumbat, operas adhuc præstare Id. c. 27. n. 12. Martin. Coler. de alim. lib. 1. c. 11. n. 9. & lib. 2. c. 6. Restrinxit autem hoc ipsum ad casum, si ex lege debeantur alimenta, idque probat ex l. sicut 48. ff. de oper. libert. Sed de generalitate hujus sententiæ merito dubito, quid enim? An parentes liberis operari tenentur, si ab his alimenta percipiunt, quæ utique in casu inopiæ & indigentia illis præstanda sunt? Christinæus vol. 3. dec. 143. in f. An credendum est, patronum operas præstitisse liberis suis, si ab his alimenta percepit? Videndum ergo existimo, an præter alimentorum præstationem quædam potestas in alentem adsit, & in alimentario quædam obligatio ad obedientiam nec ne? Priori casu sententia Coleri admittenda est, vel ita filius patri, uxor marito operas præstare tenetur propter obligationem ad obedientiam, quæ in ipsis est, non priori. Unde liberi, qui etiam operas serviles in domo patris præstiterunt, eo nomine nec in concursu nec in successione aliquid prætere possunt. Diversa est ratio eorum, qui operas præstare non obstricti fuere, & tamen præstiterunt, veluti si pupilla tutori operas serviles præstitit, quod præjudicio confirmat Coler. cit. l. in f.

§. VIII. De patrinis quoque in praxi quæritur, ^{An patrinus suscepto teneatur ad alimenta?} an suscepto teneatur ad alimenta, & vice versa, an susceptus patrinum alere teneatur? Sane de jure canonico de hoc non adeo dubitandum videtur, postquam constat, patrilios pro patribus spiritualibus haberi, quemadmodum suscepti liberorum vicem intrant, adeo ut etiam matrimonia eorum propter hanc spirituales cognationem sint interdicta, id quod jure nostro quoque cautum est *l. 26. c. de nupt.* Franciscus Curtius *de testib. concl. 30. inf.* Philipp. Francus *ad c. f. de cognat. spirit. in 6.* Verum cum in terris protestantium hujus cognationis spiritualis nulla habeatur ratio, nec etiam effectus civiles exinde fluant, merito quoque obligatio ad alimenta cessat, consentiente Struv. *ex 30. §. 78.* Sic etiam vice versa quoque nec patrinus egentes a susceptis alendi sunt, ut hoc urget Tiraquell. *de pan. tempor. caus. 21. n. 9.* quia utrobique eadem ratio est. Conf. B. Simon *diff. de jure parrinorum c. 4. §. 9.*

§. IX. Porro etiam hodie moribus filiz Vasalli ^{An filius Vasalli de functi debeantur alimenta ex feudo?} defuncti alimenta ex feudo tamdiu, donec nupserint, accipiant. Carpz. *de oner. vas. feud. dec. III. pos. 10.* si modo allodialia non adsint, vel his præstandis non sufficientibus, ^{Quæstio. Rat. Dubie.} quamvis in Marchia & Pomerania indistincte debeantur, ut dixi *in exam. jur. feudal. c. 21. qu. 14.* Ceterum postquam filiz elocatae sunt, hoc onus expirat, prout respondimus Mens. Febr. 1700. ad quæstionem: ^{Quæstio.} Ob die Herzogin M. E. nach aufgehabener Ehe, da sie restitutionem dotis cum usuris prætendiret, auch über dieses noch alimentum fordern möge? ^{Rat. Dubie.} Ob nun wohl die Herzogin sich diffals in dem Fürstbrüderlichen Recess. de Anno 1667. den 3ten Martii, davon

Der Extract sub lit. N. beygeleget worden, gründet, darinnen auch enthalten ist, daß, wenn in keiner Linie keine junge Herren oder Gebrüder mehr vorhanden, denen Fürstl. Fräulein insgesamt bey jeder Linie oder Portion auf eines bis drey inclusive jährlich 2000. Gulden gereicht werden sollen, diesem auch nicht entgegen zu seyn scheint, obgleich die Herzogin bereits vermählet gewesen, weil doch solche Ehe wiederum aufgehoben worden, und dieselbe bishe-
 ro ad secunda vota nicht wiederum geschritten ist. W. a. d. in Dem Recess. de anno 1667. den 3ten Mart. ausdrücklich nur der Fürstl. Fräulein gedacht wird, und daraus sich so fort von selbst ergibt, daß, wenn dergleichen Fräulein aus ihrem Stande treten und sich vermählen, das onus alimentandi denen Lehn- Bettern nicht ferner aufgebürdet werden könne, sondern jene mit dem überkommenen dote friedlich seyn müssen, welches auch denen gemeinen Lehn- Rechten allerdings bestimmit ist, Mev. p. 3. dec. 367. ab init. Und die Herzogin M. E. aber Anno 1683. mit W. E. Vermählung, und so bald der Trauungs- Actus celebrirer gewesen, die Fürstl. Ehe-Gelder laut der specie facti fol. 12. von denen Landschaften ihr wirklich gelieffert worden, die nachhero erfolgte Ehescheidung auch sie in den vorigen Stand nicht wiederum gesetzt hat, sondern genug ist, daß die Vermählung einmahl warhaft geschehen, wie dann in Rechten sonst versehen, quod eo sermone, dum nupta erit, primæ nuptiæ significantur, l. 89 §. 1. ff. de V. S. Zu geschweigen, daß die Herzogin über dem noch ansehnliche paraphernal- Güther dem Bericht nach gehabt, sich standmäßig erhalten zu können; So erscheinet daraus so viel, daß die Herzogin M. E. da sie restitutionem der ihr bey ihrer Vermählung assignirten Ehegelder cum usuris fordert, überdem an noch einige alimenta, von Zeit der geschehenen Vermählung an, ferner zu fordern nicht befugt sey. B. R. W.

Rat. Dubit.

Decisio.

Alimenta denegans successione privatur.

§. X. Denique ad ductum l. 6. pr. ff. h. t. quæritur, an ob denegationem alimentorum jus succedendi amittatur? asserit enim JCtus, patronum alimenta petita non præstando amissione hereditatis liberti puniri, quod

quod & rationem habet, quia necare videtur, qui alimenta denegat *l. necare videtur 4. ff. de agnosc. vel alend. liber.* Unde mater quoque denegando alimenta liberis successione privabitur, *Carpz. P. 3. C. 26. def. 25. Modestian. Pistor. P. 2. qu. 57. Castrenf. lib. 1. cons. 430. n. 3.* Et cum maritus uxori ad alimenta etiam teneatur, similiter quoque is successione commodo privandus est, si alimenta denegaverit, *Carpz. d. l. def. 5. Coler. P. 6. decis. 257. n. 5. Berlich. P. 3. concl. 36. n. 46. Kohl. de success. conjug. P. 1. n. 18.* quæ privatio tamen locum non habebit, si jure permitte hæc fuerint denegata, de quo antea dictum est. *Conf. tr. noster de success. ab intest. diss. 12. c. 4. §. 17.*

TIT. IV.

DE INSPICIENDO VENTRE CUSTODIENDOQUE PARTU.

§. I.

Inspectio ventris apud Romanos variis in casibus erat necessaria. Primus casus est, si uxor divortio facto denunciaverit marito, se ex eo esse prænantem, quo casu vir inspectionem ventris desiderare poterat, *l. 1. §. 12. f. de agnosc. vel al. lib.* quæ hodie tamen velideo cessat, quia dari casus nequit, quo uxor adhuc sit prægnans, divortio auctoritate judicis facto. Alter casus erat, si uxor, divortio facto, se negaret esse prænantem, maritus autem juste crediderit, illam esse ex se prænantem, & se patrem potius optet, quam carere filio velit, quo casu prætor domum honestæ personæ eligebat, in quam veniebat, ut possit inspicere, *l. 1. pr. §. 1. seqq.* Sed hic casus rursus hodie non est dabilis, quia ob litium diurnitatem contingere nequit, ut, divortio facto, ad-

Hodie inspectio ventris quandoque necessaria est.

Contin. III.

Bbb

huc

huc disputetur, utrum uxor prægnans sit nec ne? Tertius casus est, si mulier, quæ graviore & corporali poena plectenda est, se prægnantem asserat. Quia enim differenda est poena *l. 3. de poen. ne innocens partus cum matre pereat*, ante omnia de graviditate constare debet, quem in finem etiam hodie inspectio decernitur. Vid. *Caroz. pr. crim. P. 3. qu. 37. n. 26.* ubi sequens præjudicium adducit: So wird ietztberührte Straffe des Staupen. Schlagens so lange billig eingestellt, bis ihr euch durch die Behnmutter oder Hebammen mit Zuziehung anderer verständiger Weiber bey ihr erkundiget, wie es um sie disfalls eigentlich beschaffen. Denique quartus casus erat, si mulier mortuo marito prægnantem se esse dicebat: ubi his, ad quos ea res pertinebat, bis in mense denunciare debebat, ut mitterent, si vellent, quæ ventrem inspicerent. Quo casu mitti debebant quinque duntaxat mulieres, quæ simul omnes inspicerent, dum ne qua earum, dum inspicit, invita muliere, ventrem tangeret *l. 1. §. 10. b. 1.* Hodie quoque hoc edictum utilitatem habere asserunt, si vidua præsertim defuncti nobilis prægnantem se dicat, & ventris nomine bonorum possessionem petat *Hahn. ad W. b. 1. inf. Struv. ex 30. apb. 81. Conf. tr. nosser. de jur. sensuum diff. 1. c. 1. n. 45.* quia hanc petere nequit, nisi constet, quod prægnans sit. Ceterum quæ de denunciatione & forma inspiciendi simul adjiciuntur, non præcise observantur, sed simplex notificatio sufficit, iis facta, ad quos ea res pertinet, ne forsan bona defuncti occupent: ut autem se ad inspectionem simul offerat, minus necessarium puto. Equidem in *jure Sax. prov. lib. 1. art. 33.* ita disponitur: Nun vernemt, da ein Weib, die ein Kind trägt nach ihres Mannes Tod, und die sich beerbafftig beweiset zu der Begräbnis oder zu dem dreyßigsten, und hat die Frau

Frau das Gezeugniß an vier Mannen, die es gehöret haben, und an zween Weibern, die ihr hülffen an ihrer Arbeit. Das Kind behält des Vaters Erb. &c. *Hilce verbis denunciatio mulieri præscribitur, quoniam beerhäftig erweisen, est denunciare, ut Schilker. ex 36. f. 125. docet. Addit tamen recte glossa, hanc denunciationem esse rem meri consilii, & modum inspiciendi ventrem in practica non observari, licet inspectio ipsa hoc casu quandoque urgeri possit. Conf. Lauterbach. h. t. f. 2. in f.*

§. II. Verum etiam ob alias causas inspectio ^{Inspectio etiam ob alias causas fieri potest.} decerni potest, quorum potissimum pertinet casus, si mulier suspecta sit de partu etiam edito, quo casu, si negaverit, se clam infantem edidisse, inspectio decernitur. Ita enim disponitur in *Const. Carol. V. crim. art. 35.* So man eine Dirne, so für eine Jungfrau gehet, in Argwohn hat, daß sie heimlich ein Kind gehabt und ertödtet habe, soll man sonderlich erkunden, ob sie mit einem grossen und ungewöhnlichen Leibe gesehen worden sey. Mehr, ob ihr der Leib kleiner worden, und darnach bleich und schwach gewesen sey. So solches und dergleichen erkunden wird, wo dann dieselbe Dirne eine Person ist, dazu man sich der verdachten That versehen mag, soll sie durch verständige Frauen an heimlichen Stätten besichtiget werden. *Credendum enim hac in re obstetricibus juratis, quamvis tantum de credulitate deponant, ad effectum, ut tortura decerni possit. Farinac. Pract. crim. P. 4. tit. 16. qu. 147. n. 141.* Similiter eadem inspectio locum habet, si puella quædam sit suspecta, quod gravida sit, & tamen uterum celare velit; præcavendum enim est, ne, quod communiter tali in casu intendunt, infanticidium committant. Sic etiam quando de *virginitate*, de *sexu*, de *inhabilitate* ad matrimonium dubitatur, ventris inspectio decernitur, & medicorum arbitrio

trio committitur, de quo pluribus dixi *in rr. de jure sens. cit. l. n. 49.* Conf. Paul Zachias *quæst. Med. leg. lib. 4. tit. 3.* ubi de notis virginitatis & corruptionis disputat.

De solemnibus
circa tempus
pariendi ob-
servandis.

§. III. Quando uxor post mortem mariti gravi-
da deprehendebatur, & tempus pariendi appropin-
quabat, multas ac diligentes præcautiones requirebant
olim leges Romanæ, ante, in, & post partum obser-
vandas, quæ fuse describuntur in *l. 1. §. 10. ff. b. r.* Præ-
cavere enim tam solenni modo pariendi volebant, ne
fœtus commutaretur, & alienus partus familiæ subji-
ceretur, quod tunc inprimis necessarium erat, ubi
quædam suspicio contra viduam pugnabat. De Hen-
rici VI. uxore, Constantia, constat, quod, ne suspicio ef-
set, eam, utpote annosam, uterum mentitam, partum
supposuisse, in medio Panormitanæ ecclesiæ vestibulo
tabernaculum sibi tendi jussit, ubi ventre custodito,
nulla matronarum exclusa palam & populo spectante
Fridericum II. Cæsarem enixa est, quod exemplum
hic affert Dion. Gothofred. *in not. ad l. cit. p.* Verum
horum solemnium hodie nullus usus, sed vel duobus
testibus juratis facile de certitudine matris creditur,
quod etiam in adducto loco speculi Saxonici dicitur,
ubi fit mentio *zweyer Weiber, die ihr hülfen in ihrer
Arbeit.* Et adeo partui non deneganda successio, si vel
maxime modus hic non sit observatus, præsertim cum
JCr. in *l. 1. in f. b. r.* ipsemet confiteatur, *morem regionis
inspiciendum esse, & secundum eum & observari ventrem
& partum & infantem oportere.*

TIT

TIT. V.

SI, VENTRIS NOMINE MULIERE IN POSSESSIONEM MISSA, EADEM DOLO MALO AD ALIUM TRANSLATA ESSE DICATUR.

§. I.

Pertinet hic titulus potissimum ad materiam *bonorum* præcis hujus *possessionis*, & quidem *decretalis*, quæ *ventris nomine* tituli. decernitur. Quemadmodum hæc bonorum possessio decretalis adhuc hodie insignem usum præbet, præsertim in feudalibus, uti ostendi in *rr. de succ. ab int. diff. g. c. 7. 10.* & infra ostendendum erit: ita quoque dubitari nequit, quin hujus actionis usus esse possit, si mulier ventris nomine in possessionem missa, eandem dolo malo in alium transtulit, quo casu condemnatur ad interesse. Datur enim hæc actio contra eum, in cujus potestate ea fuerit, si dolo ejus alius in possessionem fuerit admittus. *l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. eod.* Cum vero hodie hic casus non sit dabilis, ut uxor possit adhuc esse in potestate patris, de eo quoque frustra quæritur. Interim si hodie pater dolo fecisset, ut possessio esset in alium translata, daretur contra patrem actio de dolo. Similiter quoque nec illud, quod in *l. 1. inf. b. r.* traditur, hodie applicari potest, quod in patrem hæc actio detur, si quid ad eum pervenerit, & uxor, quæ dolo fecit, filia familias fuerit. Ita enim olim adhuc patri acquirebat, & ita ex dolo ejus ad patrem quid pervenire potuit, quod hodie secus est.

§. II. Ceterum etiam contra ipsum possessorem, Quale remedium detur contra possessorem? qui per fraudem viduæ possessionem adeptus est, agi potest, de quo dicitur *l. 1. §. 2. b. r. Coget autem eum decedere non prætoriam potestate vel manu ministrorum, sed ue-*

lius & civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit. Quale vero interdictum locum habeat, dubitatur, alii putant interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, Bartolus ad cit. text. in f. alii aliter. Sed cum hi, quorum interest, hactenus non possederint, magis videtur esse interdictum ad adipiscendam possessionis, & cum ut plurimum hodie loco interdictorum mandata cum vel sine clausula decernantur, ut ex professo docet Petrus Friderus de mandat. it. interdictis, etiam non dubium est, quin hujusmodi in casu mandata sine clausula peti possint, cum is, in quem fraude possessio translata est, nullam defensionem pro se facile allegare queat.

TIT. VI.

SI MULIER VENTRIS NOMINE IN POSSESSIONE CALUMNIÆ CAUSA ESSE DICATUR.

§. I.

Ufus hujus tituli.

FLuit usus hujus tituli ex antecedentibus, quibus ostensum est, hodie viduam ventris nomine in bonis defuncti relinqui. Est enim æquitati maxime conveniens, ut, quemadmodum magistratus facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine, ita ejus calumniam quoque impunitam non relinquat, ut dicitur in *l. 1. §. 1. b. r.* Datur itidem hæc actio ad interesse *l. 1. §. 4. b. r.* quorum pertinent (1) quæ in alimenta sunt erogata, quæ si calumnia abfuisse, haud repeti potuissent, *l. c. §. 7.* (2) quæ propter calumniam mulieris amisit, veluti hereditatem verus heres adire non potuit propter mulieris missionem, & in hoc impedimento decollerit, quo casu heredi

heredi ejus datur hæc actio *cis. l. ff. 8.* (3) quæ deminuta sunt in hereditate *c. l.* Sic etiam legatarii hac actione cum muliere calumniose se prægnantem asserente agere possunt, si inde effectum est, ut heres non potuerit adire hereditatem.

§. II. Non tantum autem hac actione tenetur, sed præterea etiam infamis fit, ut constat ex *l. 15. seqq. de his qui nos. infam.* debuit enim coerceri, quæ prætorem decepit *l. 17. eod.* Idem dicendum est, si quidem prægnans sit, sed ex alio concepit, *l. 16. eod.* modo (1) non falsa existimatione decreta sit, sed per calumniam se prægnantem dixerit, *l. 18. eod.* (2) pronunciatum fuerit, eam in possessione calumniæ causâ fuisse, *l. 19. eod.* in dubio enim sententia in meliorem partem accipi debet. Brunnem. *ad cit. l.* Quamvis vero non desint, qui dubitant, an leges, de infamia disponentes, hodie receptæ sint, hoc tamen sine omni ratione fieri judico, præsertim in delictis & graviori dolo, qui in calumnia deprehenditur, unde pro hujus rei usu merito pronunciandum est.

An hodie mulier, quæ per calumniam se prægnantem asserit, fiat infamis?

TIT. VII. DE CONCUBINIS.

§. I.

Quibus apud Romanos grave videbatur legitimam uxorem ducere, propter sumtum in uxorem faciendum, his permissum erat concubinam, obscuro loco natam, sibi adjungere *l. 3. b. r.* consuetudinis non vagæ sed diuturnioris gratia: & ita olim erant uxores minus solennes, & inter uxorem & concubinam nihil nisi dignitas intererat, *l. 49. §. 4. de leg. 3.* tantum cælebs eam habere poterat, in quo differebat a pel-

Licentia concubitus de jure Rom.

a pellice, quam maritus præter legitimam uxorem *illita* libidinis gratia habebat, *l. 121. §. 1. d. V. O. l. 144. de V. S.* Sic etiam unam concubinam tantum habere permissum erat *N. 18. c. 5. N. 89. c. 12. §. 5.* & ab extraneo in eam adulterium committebatur, *l. 13. pr. ad l. Ful. de adult.* Interim legitimi matrimonii effectus cessabant in hoc concubinato, & liberi inde nati dicebantur naturales, nec in patria potestate erant, nisi justis nuptiis demum subsequerentur. Et hæc, quia concubinatus per leges nomen assumserat, extra legis pœnam erat, ut dicitur *in l. 3. in f. b. t.*

Quid de jure canonico?

§. II. Cum ergo concubinatus ita in morem abiisset, ut nec sub Cæsaribus Christianis tolleretur, hæc tenus ejus usus quoque acquisitus in ecclesia toleratus fuit. Sic enim dicitur *in c. 4. D. 34. Is, qui non habet uxorem, & pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur, tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinae sit conjunctione contentus.* Idem quoque repetitur *e. seq.*

Abrogatio concubinatus per Leonem.

D. 34. c. 11. 12. c. 32. q. 2. c. 2. 6. D. 31. Sed Leo Imperator jam suo tempore hunc concubinatum sustulit, uti apparet ex ejus *Nov. 19.* ubi ita: *Neque minus ea lex, quæ probe cum concubinis immisceri, non erubescens id permitendum judicavit; bonestatem susque deque habuit. Ne ergo hoc legislatoris erratum dedecore nostram rempublicam afficere sinamus; itaque lex illa in æternum silet. Ab illa enim non modo religionis, verum etiam naturæ injuria secundum divinam Christianisque convenientia præcepta prohibetur.* Ex quo etiam factum est, ut postea concubinatus jure canonico reprobatus fuerit, cum antea tantum quodammodo quibusdam in locis toleratus fuerit. Gonzalez. Tellez. *ad c. 6. X. de cobabit. cleric. in fin.* In concilio Tridentino *Sess. 24. de reform. matrim. c. 8.* tanquam grave crimen concubinatus depingitur his verbis:

Gra-

Grave peccatum est, homines solutos concubinas habere, gravissimum vero, & in hujus magni sacramenti singularem contemptum admissum, uxoratos quoque in hoc damnationis statu vivere, ac audere eas quandoque domi etiam cum uxoribus alere & retinere: unde in hujusmodi concubinariorum, tam solutos, quam uxoratos, excommunicatio decernitur. Conf. Zegerus Bernardus van Espen in jure univ. eccl. P. 3. tit. 4. §. 54. sqq.

§. III. Non sine ratione itaque in recessibus Imperii ^{Prohibitio juris recentioris.} quoque hic concubinatus prohibitus est, qui in eo matrimonio hodie distinguitur, quando quis diuturnam consuetudinem cum muliere habet, quæ tamen per benedictionem sacerdotalem legitime ei non est copulata.

Sic enim in reform. polit. de an. 1548. tit. von leichtfertiger Beywohnung disponitur. Diweil auch viel leichtfertige Personen ausserhalb von Gott aufgesetzter Ehe zusammen wohnen, so ordnen und wollen wir, daß eine jede geistliche und weltliche Obrigkeit, der solches ordentlich zugehöret, ein billiges Einsehen haben soll, damit solch öffentlich Laster der Gebühr nach ernstlich gestraffet, und nicht geduldet werde. Idem quoque repetitum est in ordin. polit. de an. 1577. tit. 26. von leichtfertiger Beywohnung.

Quod ergo olim permissum erat, hodie in delictum incidit: quemadmodum etiam in ordin. elect. prov. Sax. de a. 1550. tit. von verdächtigen und leichtfertigen Weibespersonen cautum legitur: mit verdächtigen und leichtfertigen Weibespersonen ausserhalb der Ehe haus zu halten, soll männlichen in unsern Landen verbotthen seyn. Wird sich aber iemand des unterstehen, der soll über die Verkleinerung, so ihm von männlichen daraus erfolgen wird, von seiner Obrigkeit, oder in Mangel von uns selbst darum gestraft werden. Provocatur quoque ad hanc ordinationem in Ordin. Magd. c. 6. §. II. Wir wollen auch nicht gestatten, daß iemand, wes Standes er sey, in unserm Herzogthum Magdeburg und dessen Hoheit mit Concubinen und

Contin. III.

Ccc

un-

Rat. Decid.

unehrlichen Weibern soll haushalten, und sich mit denen solle vermischen, sondern wollen dieselbe unehrliche Haushaltung aus justehender Landesfürstl. Obrigkeit, inhalts des H. Reichs Policcy-Ordnung gar verbothen haben, und uns gegen die Verbrecher mit ernstest Strafe zu bezeigen wissen. Ubi etiam communiter pœna arbitraria locum habere solet, & vel scortationis pœna coercetur Carpz. p. 4. c. 28. def. 5. Christin. vol. 3. dec. 144. n. 3. Mev. ad jus Lubec. lib. 2. tit. 2. art. 9. n. 19. sq. Solet præterea his, qui ut conjuges ita diu cohabitarunt, injungi, ut copula sacerdotali conjugantur, ut decisum est a Facultate nostra anno 1698. Menf. Aug. ubi ita: Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß Implorant mit dem Staupenschlage zu verschonen, im übrigen aber bleibt es bey vorigem Urtheil billig. Es ist auch Implorantin mit Christian Schepers durch priesterliche Hand zusammen zu geben B. R. W. Weil Implorant in actis selbst gestanden, daß er bereits vor dem eine Hure mit sich herum geführt, auch daß er mit der iehigen Weibsperson, so er vor seine Frau ausgiebet, ehelich vertrauet sey, nicht dargethan, sondern vielmehr sein Vorgeben falsch befunden worden, und er dergestalt wider des H. Reichs Policcy-Ordnung de an. 1548. tit. von leichtfertiger Beywohnung, freventlich gehandelt, und durch solches sein Vorgeben ein falsum begangen, wie er denn auch, um desto freyer zu sündigen, seinen Namen verändert, so ist er zwar in consideration, daß er ein Soldat, mit dem Staupenschlag zu verschonen: Jedennoch aber hat er die übrige Bestrafung sattfam verdienet, derowegen es bey vorigem Urtheil in so weit gelassen worden, es ist aber dabey zugleich, damit diese beyde Personen ex vita concubinaria heraus gerissen werden, die priesterliche Copulation hinbey gefüget, denn ob sie gleich ihrem Vorgeben nach bereits vertrauet seyn wollen, so ist doch solches mit nichts dargethan, sondern vielmehr das vor falsch befunden worden, derowegen in casu dubio sicherer ist, daß sie öffentlich durch des Prediges Hand zusammen gegeben werden.

§. IV.

§. IV. Ceterum minime pro concubina haberi Quenam pro concubina haberinequit? debet, quæ publica sponsalia cum juvene celebravit, benedictionem sacerdotalem postulavit, sed impetrare non potuit, forsan ob religionis disparitatem, prout in casu quodam notabili Mense Jan. 1698. respondimus: Hat Titius, so Römisch-Catholischer Religion zugethan, Cajam, Facti species. welche Lutherisch ist, anfänglich geschwängert, hernach aber und an demselben Tage, da Caja eines Kindes genesen, sich mit ihr öffentlich verlobet, auch sofort nicht allein bey dem Superintendenten zu Leipzig, sondern auch bey dem Consistorio daselbst um die priesterliche Copulation angesuchet, welche ihm aber, weil er Römisch-Catholisch, abgeschlagen worden. Hat er hierauf seine Verlobte, die Cajam, zwar alimentiret, jedennoch aber bey ihr nicht gewohnet, bis ohngefähr anderthalb Jahr hernach, da er sich zu ihr auf eine Stube begeben, und an einem Tische mit ihr gespeiset, jedoch des Nachts in einer absonderlichen Kammer und Bette gelegen, auf welche Art die beyden Personen beyammen gelebet. Ist darauf Caja verstorben, und es hat der Magistrat zu Leipzig wider Titium, als ob er mit der Caja in concubinato gelebet, inquisition angestellet, es ist auch, nachdem Titius auf inquisitional-articul geantwortet, und unterschiedliche Zeugen wider ihn abgehört worden, Titio darüber (1) daß er mit Caja in einem Bette nicht gelegen, (2) seit der geschehenen Schwängerung sich weiter mit ihr fleischlich nicht vermischet, (3) noch selbige vor seine Ehe-Frau ausgegeben, daß juramentum purgationis zuerkannt worden. Ob nun wohl Titius nicht wenig graviret zu seyn scheint, daß dessen Anführen nach, die eine Zeugin, so zuletzt, als Magd, bey ihm und der Caja gedienet, ausgesaget, daß Titius und Caja beyammen in einem Bette gelegen, Titii Hauswirth und dessen Ehefrau aber deponiret, Titius hätte Cajam für seine Ehefrau nicht ausgegeben, woraus zu folgen scheint, daß er nicht affectionem maritalem gegen Cajam gehabt, und also in concubinato mit derselben gelebet, solche Beywohnung aber absque prævia benedictione sacerdotali geschehen, und also bey solchen Umständen Titius zu Abstattung des ihm auferlegten Reinigungs-Eydes allerdinge gehalten sey. Rat. Dec. Dennoch aber und dieweil in Inquisitionis-

Sachen bey Auserlegung des juramenti purgatorii, wenn dasselbe zu Recht bestehen soll, vor allen Dingen erfordert wird, daß ein gewisses delictum vorhanden sey, wovon der inculparus sich zu reinigen nöthig hat, welches zwar in diesem Fall der concubinatus seyn soll, solcher concubinatus aber, denen von demselben angeführten Umständen nach, alhier nicht zu finden ist, indem Titius und Caja sich mit einander öffentlich verlobet, und dadurch, daß sie nicht vagum & libidinosum concubitum, sondern eine eheliche und eheliche Beywohnung intendirten, öffentlich bezeuget, auch solche publica sponsalia, dem Landes Gebrauch und Sächsischen Kirchen-Ordnung gemäß, durch die priesterliche Einsegnung zu vollziehen, nicht nur bey dem Superintendenten, sondern bey dem Consistorio angesuchet, und dadurch noch weiter, daß sie nicht im geringsten einen concubinatum intendiret, publice contestiret, wobey ihnen beyderseits nicht zu imputiren, noch denselben schädlich seyn kan, daß sie solche gesuchte Trauung nicht erhalten, indem sie ihres Theils alles dasjenige gethan, so sie vermocht, und zu thun schuldig gewesen, hingegen die Copulation ihnen wider den klaren Inhalt der allgemeinen Reichs-Gesetze, vermöge deren sowol die Römisch-Catholischen, als Lutherischen und Reformirten geduldet werden sollen, und deren jurium connubialium so wohl, als anderer jurium communium, durchgehends fähig sind, abgeschlagen worden; Hiernächst Göttlichen Gesetzen, und bewährter und Lutherischer Rechtslehrer Meinung nach, die benedictio sacerdotalis nicht ad essentiam matrimonii gehöret, als welche in consensu contrahentium legitime & publice declarato bestehet, sondern nur als eine Solennität, implementum & publicum testimonium matrimonii jam ante perfecti eingeführet ist, auch dahero cohabitatio infidelis cum fidei, animo conjugali facta, citra hierologiam illam pro vero matrimonio geachtet wird. Vid. Hahn (cum autoribus ibid. alleg.) *ad Wesenb. de ritu nupt. n. 5. ad verb. benedicente nubentibus Ecclesie ministro*, & ubi elegans præjudicium JCorum Helmstadiensium. Ja aus diesem Fundament selbst in denen Sächsis. Rechten dec. 49. noviss. die Kinder so ante accedentem benedictionem sacerdotalem von öffentlichen verlobten Personen gezeuget worden, pro liberis legitimis & he-

reditatis paternæ capacibus geachtet werden, nach eben denselben Rechten, dasjenige nur pro concubinato gehalten wird, wenn jemand mit einer verdächtigen und leichtfertigen Weibes-Person haus hält. vid. Const. Maurit. de an. 1580. Tit. von verdächtigen und leichtfertigen Weibespersonen; dergleichen dieselbe nicht ist, mit welcher sich ein Mann öffentlich verlobet, auch die Verlöbniß durch priesterliche Copulation zu vollenziehen, bereit gewesen, und dannenhero, wenn auch gleich alle drey Puncte, darüber Titio das juramentum purgationis zuerkant, sich in der That anders verhalten, als er schwören soll, dennoch dadurch Titius keines concubinatus überwiesen, oder solches delicti halben graviret worden, weil er gethan, was er vi publicorum sponsaliorum præcedentium zu thun befugt gewesen, auch demselben nicht entgegen stehet, daß sein Wirth und Wirthin deponiret, Titius hätte Cajam nicht vor seine Ehefrau ausgegeben, weil theils die Magd als die andere Zeugin, ihnen gerade widerspreche, theils auch Titius, wenn es sich gleich in Wahrheit so verhielte, durch solch sein Vorgeben dem vorhin per publica sponsalia & efflagitaram benedictionem sacerdotalem würcklich declarirten consensui conjugali nichts detrahiren können, auch gesetzt, daß er hernach würcklich Sinnes geworden, Cajam nur als seine Concubine zu gebrauchen, er dennoch dadurch nichts mehr als ein peccatum cogitationis, welches menschl. Gesezen und Strafen nicht unterworfen, committiret hätte, das angefangene matrimonium aber doch bey Kräften geblieben wäre; Endlich die beyden Puncte; Ob Titius mit Caja in einem Bette gelegen, und dieselbe vor seine Ehefrau ausgegeben, nicht das delictum selber, deßhalber inquiriret werden wollen, sondern nur indicia delictum inferentia sind, der Magd Aussage auch wegen des ersten dasselbige nicht erweist, sondern solche depositio nur ein indicium longe remotum ad probandum hoc alterum indicium ausmachet (indem die Zeugin bey der Bejahung, daß Titius und Caja mit einander in einem Bette gelegen, dieses als rationem scientiæ angeführet, weil sie der Cajæ Bette bisweilen mehr eingerissen gefunden, als Titii seines, auch in der Cajæ Bette Papier gefunden, womit Titius die Haare aufgewickelt) und aber

Decisio.

Quæst. 2.

Rat. Dubit.

Rat. Decid.

Decisio.

bekanten und gemeinen Rechten nach der Reinigung-End nicht ob indicia delicti, sondern ob ipsum delictum per indicia, vel alias probatum, einem inculpato imponiret wird. So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß Titius so wenig wegen des andern als des ersten und dritten Puncts gestalten Sachen nach, mit dem juramento purgatorio beleet werden könne. Auf die 2. Frage E. W. B. R. Will derselbe ferner berichtet seyn, ob Titius, wenn er alle drey Puncte, oder doch nur den ersten und dritten einräumete, und den andern, da es ja erfordert würde, abschwüre, dennoch mit einer Strafe beleet werden könne, und wie hoch selbige etwa determiniret werden möchte? Ob nun wohl sonst auf verdächtige und leichtfertige Beywohnung eines Mannes und Weibes willkühr. Strafe gesetzt, welche entweder auf etliche Wochen Gefängniß oder eine Summa Geldes, nach Gelegenheit der Umstände determiniret zu werden pfleget, auch sonst hergebracht, daß der concubitus sponsi cum sponsa ante benedictionem sacerdotalem mit einer Kirchen-Busse pfleget beleet zu werden. Dieweil aber dennoch bey der ersten Frage ausgeführet, daß die Beywohnung Titii und Cajæ nicht für eine verdächtige leichtfertige Beywohnung oder concubinat, sondern für eine rechtmäßige und beständige Ehe zu achten, und solchergestalt kein delictum vorhanden ist, weshalb impositio pœnæ, utpote quæ semper delictum supponit, statt finden solte, noch Cajæ imputiret werden kan, daß benedictio sacerdotalis nicht erfolget, indem sie selbige gebührend gesucht, ihnen aber solche vi majore, cui resistere non potuerunt, und zwar nulliter & contra Leges Imperii abgeschlagen worden, und über dieses Titius als Römisch-Catholisch mit keiner Kirchen-Busse unter denen Evangelischen anzusehen ist; so mag auch Titius solches angeschuldigten concubinarus oder frühzeitigen Benschlafs halben gestalten Sachen nach mit einiger Strafe nicht beleet werden. B. R. W.

LIB.

LIB. XXVI.

TIT. I.

DE TUTELIS.

§. I.

Impuberes in tutela esse, naturali juri conveniens esse Materia de tutela usum adhuc hodie habet. afferit imperator in §. 6. t. de Attil. tutor. ut, qui perfectæ ætatis non sunt, alterius tutela regantur. Quæ cum ita sint, facile apparet, usum hujus materiæ in praxi satis amplum esse, adeo ut juris Romani dispositio in plerisque locis adhuc hodie in Germania obtineat, paucis exceptis, quæ vel in recessibus imperii, vel statutis locorum vel mutata, vel juri Romano sunt superaddita. Imo quod mireris, in tantum dispositio juris Romani recepta est, ut etiam inter ipsos obtineat principes, uti praxis imperii testatur, & convenientibus locis indicandum erit. Conf. Dn. Coccejus *de tutel. illustr.* Dn. Rhez. *de jur. publ. lib. I. tit. 23.* §. I. Myler. ab Ehrenb. *de princ. imper. p. 1. cap. 29.* Satis accurate Dn. Coccejus *in juris publ. prud. c. 29. n. 7.* ait: *Ne in re gravi fluctuemur, ponendum omnino, tutelas illustrium quoque censerit ex jure communi, donec appareat, jure publico vel moribus vel legitimis pactis gentilitiis aliquid immutatum.* De aliis tutelis regiis agit Dn Hertius *diff. de tutel. regia.*

§. II. Proinde nec hodie quoque vocatis ad tutelam integrum erit, utrum tutelam suscipere velint, nec ne? sed itidem compelli possunt, nisi iustas excusationis causas allegare possint. Ratio enim, quæ in pr. J. de excus. assignatur, quod tutela sit munus publicum, naturalis est, & ita ubique merito obtinere debet. Eleganter enim in l. 2. §. 1. ne de statu defunct. afferitur, quod im-

Tutela quoque hodie munus publicum est.

impuberes sint in publica tutela reipubl. & consequenter reipubl. primario hæc tutela incumbit, cui etiam impuberes nati sunt l. i. §. 15. ff. ventr. nom. Cum vero hi, qui reipubl. præsumt, haud possint per se omnium tutelas explicare, aliis hoc munus, quod sibi primario incumberebat, demandare debent, ut ita tutores gerant munus quoddam publicum. Eleganter proinde dicitur *in ordin. polit. Magdeb. c. 43. §. 1.* Es hat Gott selbst der Obrigkeit und denen Gerichtshabern ernstlich befohlen, daß sie sich der unmündigen und minderjährigen Personen Sachen und Güter treulich befohlen seyn lassen sollen, und haben die Römischen Käyser, auch ehe sie noch Christgläubig worden, und von diesem ausdrücklichen Befehl Gottes etwas gewußt, in ihren beschriebenen Rechten beweglichen verordnet, daß die Obrigkeiten mit unausfesslicher Sorgfalt bedacht seyn sollen, wie die minderjährigen Personen nach Vermögen redlichen versorget, und da sie arm und nothdürftig, zur Erziehung wohl untergebracht werden mögen, welches auch in des H. R. Reichs Satzungen bestäriget ist.

An hodie possint dari tutores iis, qui sunt in patria potestate?

§. III. De jure Romano tantum habent tutores capita libera, seu qui sunt sui juris: non vero qui sub patria potestate l. 239. pr. ff. de V. S. Imo nec hodie illis tutores dari posse, Dd. recte statuunt *Mev. p. 4. decis. 94. n. 1. Carpz. lib. 5. respons. 84. n. 5.* ubi tamen hanc rationem addit, quod pater liberorum suorum sit naturalis tutor, **naturl. Vormund**, quod nec videtur *Mev. p. 3. decis. 247. n. 2.* negare. Verum hæc, quæ patri adscribitur tutela, plane ab hac, de qua hic agimus, diversa, immo ipsa *patria potestas est*, quæ longe potentior, quam nuda tutorum vis ac potestas, deprehenditur. Unde quoque minus recte parentes, nomine liberorum comparentes dicuntur se sistere in **natürlicher Vormundschaft ihrer Kinder**, sed potius **Kraft habender väterlichen Gewalt über ihre Kinder.** Unde infero (I.) patrem
li.

liberis tutores constituere non posse, quamdiu adhuc eosdem in sua potestate retinet, sed eos ante omnia esse emancipandos & a sacris paternis dimittendos. Docet hoc publica praxis imperii in actis emancipationis Læwensteinianæ, quæ B. Kulpisius dissertationi de *adopt. & emancip. princip.* adjecit. Argumentum horum actorum hoc est: *Ludovicus Senior, Comes de Læwenstein, cum anno 1587. sæpius pro confirmandis curatoribus, quos filiis suis nominarat, supplices in consilium libellos, prævia tamen excusatione a legitima parentum cura, exhibuisset, nec quicquam obtinuisset, sed semper repulsam tulisset, tandem re penitus deliberata, quod existens in patria potestate tutorem vel curatorem habere non possit, cogitat de emancipandis filiis, seque admitti ad emancipationis actum petit, sicque non solum ad emancipationem admittitur 27. Martii supra commemorato anno 84. sed etiam curatorum confirmationem postea obtinet.* Fuerat autem tenor decreti ultimi Cameralis, antequam de emancipandis liberis consilium cepisset: *lässet man esbey vorigem Decret nochmals endlichen verbleiben, und soll sich der Supplicant dergleichen unförmlichen Supplicirens hinführo bey Straffe nach Ermäßigung enthalten.* Ratio decidendi hujus decreti erat, quod liberis suis tutores & curatores petierat, antequam eosdem a patria potestate dimisisset. At animadvertit tandem hunc defectum Comes de Læwenstein, & inde in literis ad Dd Leonhardum Wolffium datis hoc confessus est, sondern muß diß der Mangel seyn, daß *Camera jura antiqua* in solchen Sachen noch möchte observiren, und wir vermöge selbigen (*diewel filiis in potestate patria sanæ mentis & præsentibus constitutis keine tutores noch curatores gegeben werden*) in alle Wege und zuvor diese unsere Söhne zu emancipiren, und unser väterlichen

Contin. III. Ddd

sichem Gewalt erledigen müssen. Sequuntur deinceps acta emancipationis solennis & curatorum constitutio; trinam supplicationem pro decernenda & admittenda emancipatione etiam exhibet Blumius *de supplicat. tit. 14. in fine.*

Nec mater hodie liberis adhuc in patria potestate constitutis dare potest tutores.

§. IV. Fluit quoque (II) ex ante supposito principio, nec hodie matrem posse liberis suis constituere in testamento tutores qui adhuc nexibus, patriæ potestatis subsunt. Coler *decis. 226.* Nam & pater in bonis maternis usufructum habet, & virtute ejus legitimam administrationem. Hoc tantum matri indultum est, ut marito suo possit adimere usufructum & præterea ipsam administrationem *Nov. 117. c. 1. aurb. excipitur. C. de bon. quæ lib.* Hoc facto etiam bonis his testamento curatores constituere potest, qui sunt *simplices bonorum curatores*, de quibus demum *lib. XLII. Tit. 7.* agendum, non vero tales, qui minoribus constituuntur, utpote qui itidem non aliis, quam liberis sui juris constitui possunt. Interim tamen, adempto patri usufructu & administratione, inspectio tamen in ipsos administratores ei minime deneganda, cum ejus interfit, ut bona bene administrantur. Provisum id est in *ord. Polit. Magd. c. 42. §. 4.* ubi ita; *Wodurch ihm aber die Aufsicht über die Verwaltung der Vormünder und Curatoren, auf die jährliche Abnahme der Rechnung, und der so gar verordnet, daß er keine Lebens-Mittel hatte, zum Unterhalt ein gewisses, so die Obrigkeit nach der Kinder Vermögen zu setzen hat, ingleichen die Succession an solchen Güthern anbenommen bleibet.* Quin nec indistincte patri adimi potest administratio, si iusta causa desit, prout *Mens. Jul. 1709. respondimus: Hat L. H. An. 1700. zu Hamburg ein Testament aufgerichtet, und darinnen seine Ehe-Frau, seinen Sohn J. H. und seinen Enckel von der Tochter L. W. zu seinen Erben eingesetzt, dabey aber verordnet, daß seine des*

Facti species.

Te-

Testatoris Ehe-Fraue die Verwaltung der Güther alleine führen, und daferne sie bey noch währenden unmündigen Jahren des Enckels mit Tod abgehen möchte, sie befugt seyn solle besagtem Enckel gewisse Vormünder zu benehien, in dessen Verbeibung der Testator zweyen von des Enckels mütterlichen nächsten Anverwanren die Vormundschaft aufgetragen, und folglich des Enckels noch lebenden Vater davon gänzlich ausgeschlossen hat; Und wird daher gefraget, ob er solches zu thun befugt gewesen? Ob nun wohl sonst einem Extraneo Testatori denen von ihm eingesetzten unmündigen Erben in Ansehen der von ihm, dem Testatore, herkommenden Erbschaft gewisse Vormünder zu bestellen, unbenommen: Weil aber dennoch in gegenwärtigem Fall des unmündigen L. W. Vater annoch am Leben ist, in den Rechten, auch sonderlich in den Statut. Hamb. p. 3. art. 6. tit. 7. klar versehen, daß einem Vater die Verwaltung und administracion seiner ehelichen Kinder mütterlichen oder anderer Haabund Güther gebühre, wosferne der Kinder nächste Freundschaft nicht gründliche und erhebliche Ursachen fürwenden könnte, warum der Vater zu solcher administracion nicht gelassen werden solle, der Testator aber dergleichen Ursach nicht angeführet, des Unmündigen Vater auch, dem Bericht nach, ein in vollen Credit und Ehren-Ämtern sitzender, weitberühmter Handels-Mann ist, welcher als inhabilis ad administrandum keinesweges anzusehen. So erscheint daraus so viel, daß der Testator L. H. seinen Schwieger-Sohn, als des unmündigen L. W. Vater, von seines Sohns Vormundschaft auszuschliessen nicht befugt gewesen. B. R. B.

Quest.
Rat. Dubit.

Rat. Decid.

Decisio.

§. V. De jure Romano porro tutores tantum constituuntur impuberibus, puberibus vero curatores, non tamen nisi volentibus & perentibus §. 2. 3. I. de curat. unde de jure Romano ingens inter tutelam & curatellam adest differentia. Nam (1) impuberes etiam inviti tutores accipiunt, non vero minores, nisi in quibusdam casibus, veluti si liti interesse coguntur. §. 2. I. cit. l. si tutor iis rationes reddere vult L. 7. C. qui pet. tut. vel cur. cum absque curatoris consensu tutor plene liberari non

Differentia inter tutelam & curatellam.

possit. Denique si debitor ipsi solvere desiderat *l. 7. §. 2. de minor.* Hisce concurrentibus casibus etiam inviti accipiunt curatores, sed non nisi ad prædictas causas; in ceteris libere agunt. (2) Tutores primario personæ ejusque educationi præficiuntur, curatores bonis, adeo ut tantum eorum consensus desideretur, quando minor de bonis suis disponit, non vero ubi similiter personam suam obligat, *l. 3. C. de restit. in integr.* (3) Tutela definit pubertate, adeo ut tutor invitus cogi non possit ad curatellam subeundam *§. 18. l. de excusat.* curatella demum finitur majorennitate vel venia ætatis impetrata. (4) curatores etiam dantur singulis rebus & causis, *§. 2. l. de curat.* non item tutores *§. 4. l. qui testam. tut. dar. poss.* (5) pupilli sunt etiam in tutela legitima, sed minorum curatella legitima non datur, cum agnati vel ideo hac curatella non sint gravandi, quia minores testamentum condere & ita eos excludere possunt. (6) auctoritatis interpositio quoad tutores debet fieri sollemniter, pure, ipso præsentente tutore *§. 2. l. de aut. tut. l. 9. §. 5 eod. l. 7. §. 1. de rescind. vendit.* est enim actus legitimus. Interpositio consensus a parte curatoris nullam desiderat sollemnitatem, sed perinde est, quomodocunque explicetur.

An adhuc hodie superfit?

§. VI. Fuit itaque de jure Romano satis insignis inter utramque speciem differentia in ipso effectu, quæ an hodie adhuc obtineat, non satis expeditum est. Existimo autem, non rectius de hac quæstione posse judicari, quam si singulas speciatim differentias evolva-
mus, & an & quatenus usum præbeant, disquiramus, Hoc autem primo ex antiquis documentis constat, Germanos olim differentiam inter minores & impuberes ignorasse, quod vel inde patet, quia in idiomate Germanico distincta vocabula deficiunt, quæ eos distin-
guunt

guunt, ut ad differentiam tertiam plenius dicam. Sic etiam tutores & curatores non satis accurate idiomate Germanico distinguuntur, sed promiscue vocantur ut plurimum **Vormünder, Vögte, Pfleger, Pflegevögte, Pflegeväter**, Vid. *Coll. jur. arg. b. t. §. 3. in f. Wehner. in pract. observ. voce Gerhaber*. Id apparet inprimis ex *Ordin. polit. de anno 1577. tit. 32*. Ubi nulla accurata distinctio inter curatores & tutores occurrit, sed generalis dispositio utrique tribuitur, ut verba mox adducenda ostendunt. In *Ordin. provinc. Marchion. Moraviae de anno 1628. fol. 160.* disertis verbis dicitur, quod secundum jus Bohemicum nulla sit distinctio inter tutelam & curatellam, & quod utraque potestas tam bona quam personas respiciat. Sic etiam in plerisque statutis Germaniæ hi, qui jure Romano tutores appellantur, dicuntur **Vormünder**, quod indicium præbet, distincta apud Germanos haud fuisse officia tutorum & curatorum, id quod apparet aus *der Churpfalz. Vormundschafts-Ordn. n. 28.* ubi furiosis, mente captis, prodigis dantur **Vormünder**, & sub illa dispositione omnes continentur, welche der Vormundschaft nöthig haben. In *stat. Rigens. lib. III. tit. 4. §. 4.* dicitur, ubi minoribus 18. annis non aliter testamenti factio conceditur, quam mit **Bollwort ihrer Vormünder**. In *Ordin. Magdeb. 142. §. 4.* permittitur matri, patri liberorum suorum adimere usumfructum & administrationem, und, ut ibi dicitur, **Vormünder oder Curatoren zu Verwaltung ihrer Verlassenschaft zu beordnen**, ita tamen, ut patri inspectio falva sit über die Verwaltung der Vormünder oder Curatoren, ubi revera ne quidem tutela proprie dicta intelligitur. Præsertim vero in *jure Saxon. provinc.* tam tutores quam curatores indistincte vocantur **Vormunden** vid.

Lib. I. art. 42. 44. Maritus dicitur seines Weibes Vormund, l. 1. art. 45. 46. 47. 48. Sic etiam in Gallia distinctio ignoratur inter tutores & curatores teste Casparo Roderico de ann. rediv. lib. 2. qu. 15. n. 17. ubi ita: apud Gallos hæc cessant, quia non faciunt differentiam inter tutelam & curam, sed durat tutela semel suscepta usque ad an. XXV. nisi prius ex justa causa se exonerari faciat a iudice. Unde & non pauci asserunt, hodie jura tutelæ & curatellæ confusa esse. Montan. de tutel. c. 37. n. 86. Grænewegen ad pr. I. quib. mod. tut. fin.

Hodie in vicis
minoribus da-
tur curator sic
ut pupillis.

§. VII. Per singulas itaque differentias inquirendum est, an & quatenus hæc admitti possit sententia. Prima notorie est sublata per *reform. polir. de anno 1548. tit. 31. §. 1. seqq. & anno 1577. tit. 32. §. 1. seqq.* ubi ita cautum est; *Wiewol in gemeinen beschriebenen Rechten, ernstlich disponiret und versehen ist, daß denen Pupillen und minderjährigen Kindern, von ihren Vormündern mit allem Fleiß und Ernst fürgestanden, und derselben Ruß und Wohlfahrt gesucht und gefördert werden soll; so befindet sich doch vielmahls, daß in solchen Sachen von denen Vormündern betrüglich, verßäumlich und nicht mit dem Fleiß, wie sie zu thun schuldig, gehandelt wird, dem Pupillen und minderjährigen zu merklichem Nachtheil und Schaden. Wenn aber nun den Obrigkeiten zustehet, in dem gebührliches und billiges Einsehen zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen, unvernachtheilet bleiben; So wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren, von Adel und Commissarien hiemit ernstlich auferleget und befohlen haben, in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Oberkeiten und Gebieten, demassen Vernehmung zu thun, und zu verordnen, daß den Pupillen und Minderjährigen, jederzeit, bis sie zu ihren reiffahren und mannbahren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, so die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nicht verordnet, oder ihre angebohrne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft, aus rechtmäßiger Ursachen nicht unterziehen wolten oder*
dazu

Dazu nicht tüchtig und geschickt wären, gegeben werden. Similiter in *jure provinciali Poruss. lib. II. tit. 6. art. 8. §. 1. cautum*; Ob wol in denen Ränserl. Rechten ausdrücklich versehen, daß so die jungen unmündigen Knaben ihre 14. und die Mädchen 12. Jahr erreicht haben, von stund an die tuel. und Vormundschafft, auch dero aller Amt, so an der Vormünder statt gesezet worden seynd, sich endet: und darnach in ihrem Willen gestanden, forthin Curatores und Pfleger zu haben, oder nicht: So wollen wir doch solches durch gegenwärtige Ordnung und reformation in diesem unserm Herzogthum Preussen hiemit cassiret und aufgehoben, und es in diesem Fall nachfolgender Gestalt gehalten haben. Daß nemlich die adulti, so ihre 14. Jahr erreichet, auch wider ihren Willen sub tutela & cura ihrer Vormünder seynd, bleiben sollen, bis sie 21. Jahr völlig erreichet haben. *Aliarum provinciarum jura & mores allegat Henricus Giebert. Peric. II. stat. art. 19. 20. Hæc communis & generalis per totam Germaniam observata praxis non leve indicium præbet, jura utriusque speciei fere esse confusa, ut minores & impuberes eodem jure æstimandi sint, qui quoad hunc juris articulum olim magnopere differabant.*

§. VIII. Altera differentia adhuc majus momentum in praxi habere videtur, quod scilicet tutor magis personæ & ad eam integrandam detur, curator magis bonis, unde de jure Romano hæc conclusio deducebatur, quod omnes actus, qui solennitatem juris & præsentiam necessariam pupilli desiderabant, quales erant actus legitimi, tutoris auctoritatem desiderarent, utpote qui personam pupilli integrare, & defectum, qui in ea adhuc occurrebat, supplere tantum poterat, non curator *l. 19. ff. de auct. tut. l. 17. pr. ff. de appell.* Hæc quidem conclusio hodie aliunde cessat, uti ad *tit. de auct. tutor.* demonstrabo, postquam nectales actus legitimos hodie habemus, nec illa

An adhuc hodie curator bonis & tutor principaliter personæ detur?

illa differentiâ inter auctoritatem & consensum hodie recepta est, interim ex *reformatione polit.* cujus verba §. 7. adducta sunt, constat, nullam revera hic differentiam fieri quoad administrationem bonorum inter tutores & curatores, sed tam illis quam his eandem præscribi diligentiam & curam circa patrimonium pupilli & minorum, ut hic etiam tutores primarii hodie bonis dari videantur. Quæ differentia tunc discerni potest, ubi ab initio impuberibus dati sunt tutores, qui postmodum curatelam continuant. Hæc tamen adhuc diversitas hodie superesse videtur, (1) quod pupillis tantum datur tutor a magistratu domicili, non rei sitæ *Mynsing. 1. obs. 87. Carpz. P. 2. c. 15. def. 26. seq.* Ast si pater moritur relictis puberibus, etiam *judex rei sitæ* dare curatorem potest *l. 21. §. 2. de excus. tut. l. 5. §. 12. de reb. eor. l. f. §. 1. de admin. tut.* quamvis plenius hodie etiam magistratus domicili curatores constituat *Carpzov. cit. l. f. 26.* (2) Quod tutores generaliter dentur ad universam administrationem; curatores quandoque ad certam causam, quo casu ab eo magistratu dantur, coram quo causa agitur *Carpz. cit. l. def. 27.* de qua differentia infra §. X. interponam judicium. (3) Quod pupilli nullum possint peragere contractum sine auctoritate tutoris, bene tamen minores, prout §. 5. dictum est. Inde *tit. de spons. §. XII.* dixi, minores quidem sponsalia contrahere posse sine consensu curatorum, non item pupillos.

An tutela hodie pubertate finiatur?

§. IX. Tertia differentia quoque magni momenti est, & magnopere distinguit tutores & curatores, quæ hodie passim haud attenditur. Ita enim *Gail. l. II. obs. 96. n. 1.* notanter ait. *Quamvis tutela pubertate finiatur, tamen ex generali quadam ubique locorum recepta consuetudine, præsertim in Germania, officium administrationis*

tionis & per consequens periculum futuri temporis continuatur & porrigitur usque ad legitimam ætatem aduultorum, puta 25. annos: nam qui semel legitime dati sunt tutores, iidem plerumque & curatores permanent & rebus minorum præsumunt, usque ad maiorem ætatem. De hac consuetudine quoque testatur Paulus Christinæus *Vol. III. dec. 198. n. 14.* ubi ita ait: *In his regionibus inferioris Germaniæ ex consuetudine tutores post pubertatem curatores sunt, licet de eo nihil dictum vel ordinatum fuerit.* conf. Montanus *de jure tut. & cur. c. 37. n. 87.* Vultej. *ad ff. 1. de curat. n. 2.* Myns. *ad §. 1. eod. Richter. dec. 13. n. 26.* Bernh. Græve *lib. 2. concl. 96. n. 2.* Mev. *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 1. n. 23.* Unde in *reform. Norimb. tit. 30.* ita dispositum est: So unmündigen Kindern Vormünder gesetzt seyn, die bleiben in Verwaltung solcher Vormundschaft, bis die Pflège-Kinder, nemlich die Knaben 14. Jahr, und die Mägdelein 12. Jahr vollkündlich erlanget haben. Nach Ausgang derselben Zeit sollen sie Curatores und Versorger seyn, bis die Pflège-Kinder 18. Jahr ihres Alters erfüllet haben, alsdenn mögen sie auf gebührliche Rechnung die Vormundschaft und Caution abtreten. Quod etiam statuit Hamburg. *P. 3. tit. 16. §. 21.* cautum est, ut sic tutores ipso jure continuant curatellam. Ratio hujus consuetudinis esse videtur, quod Germani antiqui ætatem non ita distinxerint, uti quidem Romani, sed generali distinctione inter mündige und unmündige distinxerint. Illi dicuntur, qui perfectam ætatem adepti sunt, cujus terminus variat. Inde in *jure Lubec. lib. 1. tit. 2. art. 7.* dicitur: Wenn ein Jüngling vor dem Rath sich mündig will erkennen lassen, so soll er alsdenn auch alsobald in continenti Bürger werden, ubi contextus docet, vocem mündig denotare *majorannitatem*, non pubertatem, quod etiam observat Mevius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 1. n. 10.* Hi vero, Un-

Contin. III. E e e mün-

cuntur, qui perfectam ætatem, seu majorennitatem nondum adepti sunt, cujuscunque demum ætatis fuerint. Sic quia jure Ditmarsico majorennis seu **mündige** fiunt anno decimo octavo, inde **unmündige** in art. XIX. ita definiuntur: **unmündige seyn die unter 18 Jahren seyn.** Vel de jure Saxonico, qui vigesimum primum ætatis annum non attigerunt Carpz. P. 2. c. 10. def. 1. n. 6. 7. Coler. dec. 222. n. 11. *Mundium* enim jure antiquo denotat *tuitionem, defensionem & protectionem.* Vid. Besold. in thes. pract. voce **mundbahr**, inde **unmündig** illi dicti sunt, qui ejus ætatis sunt, ut se ipsos defendere nequeant, e contrario **mündig**, qui jam se ipsos defendere &, prout dicitur in *jure Longob. tit. 38. in selb-mundo vivere* possunt, quasi qui jam in suam pervenerunt tutelam, & sub nullius amplius directione sunt. Sic in *Stat. Hamb. P. 1. tit. 9. art. 1.* hoc sensu dicitur: **alle Frauen und Jungfrauen werden nach unserm Stadtrecht unmündig gehalten**, h. e. nunquam in suam perveniunt tutelam, sed aliorum defensione indigent, ad instar minorum, quo intuitu inter se æquiparantur. Zanger de except. P. 3. c. 1. n. 97. Illustrabo hoc ipsum Responso, quod M. Octobr. 1684. in Viadrina Academia hac de re concepimus: Hat Johanna, aus Amsterdam gebürtig, sich mit Isaac ehelich eingelassen, und sich mit demselben in pactis dotalibus dahin verglichen, daß, im Fall sie ohne Leibes-Erben versterben würde, ihr Ehemann die nachgelassenen Güter binnen 6. Wochen ihren Freunden ausantworten, im Fall sie aber Kinder zeugen, und dieselben vor ihren mündigen Jahren wieder versterben solten, es ebener massen gehalten werden solte, als wenn niemals Kinder von ihnen gezeuget worden; worauf sich zuggetragen, daß Johanna nach Hinterlassung einer Tochter diese Welt gesegnet, die Tochter aber derselben im 16. Jahre ihres Alters gefolget, nachdem sie vorher ein gerichtliches Testament errichtet, und

Species facti.

und der mütterlichen Verordnung ungeachtet, ihr Vermögen auf ihren Vater und Halbgeschwister transferiret, dawider sich der Verstorbenen Mutter ex fideicommissis substituirtre Freunde opponiren, deßhalb gefragt wird: Ob solche Disposition zu recht beständig, und wie das in denen *actis dotalibus* befindliche Wort *Quælio.* mündig eigentlich zu verstehen?

Ob nun zwar die Mutter Johanna anderer gestalt ihre Freunde ad successionem bonorum nicht beruffen, als wenn sie entweder ohne Kinder versterben, oder die Kinder die mündige Jahre nicht erreichen würden, und daher dieses ad certum tempus restringirte fideicommissum existente tempore erloschen zu seyn scheint, indem die mündigen Jahre bey einem Weibsbild nach vollendetem 12. Jahr deshalb ihren Anfang zu nehmen scheinen, weil dieses Testament in der Stadt Nach gemacht, woselbst in *statutis sub. tit. von Vormündern* deutlich versehen, daß die Kinder alsdann unmündig und unmannbar zu achten, wann die Söhne unter 14. die Töchter unter 12. Jahren sind, jam vero testator in dubio se confirmasse censetur *statutis loci, ubi testamentum condidit. Menoch. de præf. lib. 4. pr. 202. n. 10.* auch dazu kommt, daß solche dispositio *statutaria* dem *juri communi* allerdings gemäß, *ubi ille in suam tutelam pervenisse dicitur, qui pubes factus L. 51. pr. ff. de leg. 3.*

B. a. d. (1) in omni dispositione ultimæ voluntatis vor- Rat. Decid.
nemlich auf den Willen des testatoris zu sehen, cum voluntas testatoris omni Legi scriptæ vel statuto prædominetur *arg. L. 1. C. de S. S. Eccl. l. cum questio. ff. fin. C. de legat. (2) ebenfalls Rechts-* tens, quod si in testamento ambigue quid scriptum, benigne hoc interpretandum, & secundum id, quod credible est cogitarum, accipiendum *l. 24. ff. de reb. dub. Card. Mantica. de Conject. ult. vol. lib. 3. tit. 2. n. 4.* Und (3) der Johanna Wille klar, daß sie ihre Verlassenschaft keinesweges auf ihren Mann Isaac, sondern auf ihre Schwester u. dero Kinder transferiret wissen wollen, massen sie auf beyde Fälle, da sie keine Kinder verlassen, oder dieselbe vor Erlangung der mündigen Jahre versterben würden, ihre Schwester und dero Kinder zur Succession beruffen, daraus

zu ersehen, daß ihre Freunde magis dilecti gewesen, als ihr Ehemann, quem enim testator ad hereditarem vel legatum pro alio vocavit, ille censetur magis dilectus. Simon de Præc. lib. 1. interpr. ult. vol. interpr. 2. dub. 2. solut. §. n. 20. in f. Fular. de subf. qu. 468. n. 8. Mascard. de prob. concl. 67. ubi vero constat, quem testator magis dilexerit, ille præfertur, etiamsi quid iniqui vel duri subfit. Mantic. lib. 2. conj. ult. vol. tit. 2. n. 9. Et ea propter, utut verba dubia sint, tamen ea interpretatio præferenda, quæ favet magis dilecto, adeo ut ob hunc respectum recedatur etiam a regulis juris comm. Simon de Præc. d. l. 1. interpr. 1. dub. 2. n. 2. Hierzu kömmt (4) daß Johanna aus Holland gebürtig, daselbst erzogen und die meiste Zeit ihres Lebens zugebracht, und also ihre Worte nach der Holländischen Manier ausgedeutet werden müssen, verba enim testamenti interpretanda ex consuetudine testatoris, prout ipse verbis uti consuevit l. 50. §. f. ff. de leg. 1. Mantic. de conj. ult. vol. l. 3. tit. 9. n. 1. add. l. 21. §. 1. in fin. ibi: Ex consuetudine patriæ ff. Qui test. fac. poss. l. 7. ff. de leg. 3. vel prout in illa regione moris est verba accipere, in qua potissimum testator conversatus l. 50. §. f. ff. de leg. 1. ubi quidem in dubio recurrendum ad morem illius loci, unde oriundus & ubi educatus est testator. Mantic. d. l. tit. 8. n. 7. Alex. q. 7. cons. 131. n. 4. Und dann in Holland auffer Zweifel, daß die Mündige und Unmündige eben so unterschieden werden, wie zu Latein die majorenes & minorenes, massen nach denen Holländischen Rechten Mündigen werden genoemet, die baer selfs endè baer der eigene saken machtig zyn, endè over sulx op eigene naem dingtael mogen voeren, wie dieselben derer Holländischen Rechte und Gewohnheiten höchst erfahrene Hugo Grotius beschreibet Introd. in Jurisprud. Hollandi lib. 1. part. 4. und mit übereinstimmet Paulus Christinæus ad consuet. Mechlin. stat. 19. art. 27. ubi dicit: *Alle Weesen in mombornye staende blieven onder voyg die van bunnne momboors, tot der tyt toe, dat sy vyfen twintig jaeren oudt syn.* ubi in explicatione hujus statuti addit Christinæus: Generali consuetudine ubique locorum in Belgio, Germania & Francia receptum esse, tutelam continuari usque ad legitimam ætatem adult-

adulorum, scil. annum XXV. solches auch ebenfals confirmiret, Simon van Leeuwen *Censura forensi lib. 1. c. 8. n. 3.* ubi dicit: quod Hollandiæ moribus receptum sit, illam esse legitimam ætatem, qua propriæ suæ curæ committuntur minores, scil. anno XXV. completo. Consentit Grænewegen *de LL. abrog. ad pr. inf.* quib. mod. tutel. solv. (5) Und die eigene derivatio des Worts mündig nichts anders importiret, als eine Person, welche vor anderer Gewalt nicht dependiret, sondern von ihren Gütern zu disponiren freye Macht und Gewalt hat, mundium enim protectionem, tutelam & tuitionem denotat. Carol. du Fresne *in Gloss. med. & infim. latinitat. voc. mundium*, & inde in suæ potestatis arbitrio idem est, quod sine mundio vivere, uti expresse cautum in *LL. Longobard. lib. 2. tit. 1051.* & Germanice idem esse, quod mündig seyn, notat Lindenbrog. *in Cod. LL. antiq. Glossar. voce mundium in f.* (6) Und damit consuetudo generalis Germanica übereinstimmet, woselbst die Unmündigkeit usque ad annos majorennitatis dauret, wie solches deutlich bezeuget die *Glossa Saxonica ad Weichb. art. 26. col. 17. fol. 55.* massen daher, wer 18. oder 20. Jahr alt ist, und seine Güter selbst administriren will, sich beneficio principis mündig machen lassen kan, wie überall bekant. *Jus Lubec. lib. 1. art. 5. tit. 2.* (7) Da wider auch das Statutum der Stadt Nach nichts verfangen kan, massen daselbst zwar stehet, daß die Kinder, so unter 12. und 14. Jahren sich befinden, amoch unmündig seyn, aber nicht ex primitet ist, daß sie nach 14. Jahren vor mündig zu halten, denn weil die Unmündigkeit bis XXV. Jahr gehet, so hindert nicht, auch diejenigen unmündig zu nennen, so unter 12. und 14. Jahr sind, sic pupilli seu tutorem habentes dicuntur minores *L. Si minor. 34. §. ff. 1. de minor. l. 2. & 3. C. Si tut. vel curat. interv.* Daher was von unmündigen im gedachten statuto erwehnet wird, billig so zu verstehen, wie in simili das jus canonicum redet: Minor annis, duobus poterit modis intelligi, cum & qui minor est quatuordecim annis, & qui viginti quinque, soleat dici minor annis, *pr. c. in presentia 8. vers. Præterea cum verbum X. de probat.* (8) Ebenfals das jus civile im gegenwärtigen Fall nicht angezogen

werden kan, massen ein mercklicher Unterscheid ist, inrer Jus civile Romanum & jus imperii novissimum. De jure civili in suam tutelam veniebat pubes, quia a tutela liberabatur, nec invirus curatorem accipere tenebatur *§. 2. J. de Curat.* Da hingegen heutiges Tages nicht allein die tutela auch nach dem 14. Jahr continuiert wird, also daß sich ein pupillus davon nicht abbrechen kan, bis er zu seiner Majorennität gelanget, Gail 2. *obs. 96.* Anton. Faber *Cod. lib. 5. tit. 29. d. 1. n. 3.* sondern auch, wann gleich der Vormund abginge, ihnen doch wider Willen ein Curator gesetzt werden kan, per *Reform Pol. de Anno 1577. tit. 32.* Bachov. *ad Treut. Vol. 2. diff. 8. th. 8. lit. A.* Harpr. *ad §. 2. Inst. de Curat. n. 16.* von welchem jedoch nicht gesagt werden kan, quod in suam tutelam pervenerit, cui invito Curator obtrudi, & ita bonorum suorum administratione privari potest. Und daher auch die vogtbaren Jahre, das ist, daß einer ihm selbst vorstehen mag und eines Curatoris zu gebrauchen nicht mehr schuldig ist, bis auf das 25. Jahr gerechnet werden, massen sie so lange unvogtbar sind, vid. *Diplom. ven. etat. apud Georg. Mund. a Rodach. de Comit. Palat. d. 3. n. 160. §. 170.* Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 2. art. 5. n. 20.* ibi das mündige Alter incipit post annum 25.

Deofum,

So halten wir davor, daß das Wort mündig von 25. Jahren zu verstehen sey, und also die aufgerichtete Disposition wegen des mütterl. fideicommissi vor ungültig zu erklären. B. X. B.

Idem porro illustrari potest sequente, quod Mens. . . ao. 1709. a Facultate nostra conceptum est.

Facti species.

Hat vor etlichen 20. Jahren Anna ein Testament gemacht, und darinnen ihren nepotem zum Universal-Erben eingesetzt, übrigen aber, auf den Fall, da er vor ihr, oder in seinen unmündigen Jahren sterben solte, dessen Vater der Testatrix beyden Schwestern und Schwester-Kindern 3000. Mfl. herausgeben solte, verordnet: Ist darauf die Testatrix verstorben und anno 1700. ihr der nepos als heres institutus gefolget, so aber zu der Zeit 23. Jahr und 4. Monat alt gewesen, so wird gefragt: Ob solcher Gestalt die conditio legati existiret und solches der Testatrix Schwestern und Schwester-Kindern zu fordern befugt wären?

Quæst.

Ob

Ob nun wohl es das Ansehen gewinnen möchte, daß es zweyerley sey, ob jemand unmündig oder minderjährig sey, und jenes nur de impubertate, dieses aber de minorennitate gesagt werden könne, und es daher scheint, daß verba testatrix in seinen unmündigen Jahren nur also zu verstehen, wenn er in impubertate nemlich vor 14. Jahren versterben würde. Rat. Dubit.

Weil aber dennoch alhier keine pupillaris substitutio heredis vorhanden, wie denn auch eine Großmutter nicht pupillari-
ter substituiren kan, sondern es ist eine pura institutio, da der heres institutus nur ein legatum der Testatrix Schwester und Schwester-Kindern, im Fall der Enckel in seinen unmündigen Jahren versterben würde, herausgeben soll, im Teutschen auch durch die unmündigen Jahre inegemein die ganze Zeit verstanden wird, bis der Mensch ad majorem ætatem kömmt, da er erst vor mündig erkannt wird, folglich keine reale differentz unter unmündig und minderjährig zu machen, und solcher Gestalt nunmehr, da der institutus heres das XXV. Jahr nicht erreichet, und also nicht mündig worden, dieser casus existiret. Rat. Decid.

So ist daher solches legatum der Testatrix Schwestern und Schwesterkindern allerdings zugefallen. Decisio. B. R. B.

§. X. Quarta differentia omnino admittenda est, scilicet quod curatores etiam dentur singulis rebus & causis, cum tutores potius ad universum patrimonium pupillo dentur. Interim tamen animadvertendum est, esse duplicis generis curatores, vel enim simpliciter bonis dantur, vel etiam simul quandam personæ curam & gubernationem sustinent. De prioris generis curatoribus demum infra Lib. XLII, tit. 7. agendum est, ad quos hæc differentia magis applicanda videtur, non item ad hos, qui curam quandam personæ, ad instar tutorum gerunt, de quibus hic unice quæritur. Hi enim, quemadmodum tutores, prospiciunt minoribus in universum & hactenus hodie parum vel in minimis distant a tutoribus. Unde etiam quando jura docent, pupillis habentibus tutores De quarta differentia.

res quandoq; dari curatores quoad certa bona, causas, negotia, hoc magis de illis curatoribus identidem est intelligendum, qui bonis simpliciter dantur, a quibus tutores omnino distinguendi sunt, prout etiam §. III. observavi.

De quinta
differentia, an
scilicet hodie
sint in cura
agnatorum ?

§. XI. Quinta differentia adhuc alicujus momenti est, ita tamen comparata, ut de ejus usu non sine ratione dubitari possit. Cum enim in plerisque locis hodie confusa sint jura tutelæ & curæ, adeo ut ne quidem illa ubique pubertate finiatur, sed usque ad majorenitatem continuanda sit, non potest non minoribus quoque curator legitimus constitui. Sane in *A. B. c. 7. §. 4.* hæc differentia in Electorum tutelis utique abolita & minime observata est, quod indicium præbet, nec eo tempore differentiam inter tutelam & curatellam adeo cognitam fuisse, quam alias is, qui eam concepit, haud omisisset, cum plura juris Rom. scita haud neglexerit. Ita autem ibidem disponit Carolus IV. *Si principem electorem seu ejus primogenitum aut filium seniore[m] laicum mori, & heredes masculos legitimos, defectum ætatis patientes, relinquere contigerit, tunc frater senior ejusdem primogeniti Tutor eorum & Administrator existat, donec senior ex eis legitimam ætatem attigerit: quia in principe Electore decem & octo annos completos cense[re] volumus & statuimus perpetuo haberi.* In hoc textu nulla fit differentia inter tutelam & curatellam, sed simpliciter proximioribus agnatis tutela defertur, usque dum ad legitimam ætatem Elector pervenerit. Clarius hæc differentia sublata apparet ex Imperatoris Sigismundi bulla, primitus Aquisgrani anno 1414. d. 8. Nov. & postea anno 1434. d. 8. Mart. Basileæ promulgata, & a Goldasto *Vol. 1. Const. Imp. p. 143.* edita, ubi ita disponitur: *Et talis successio & devolutio, ne in his committantur errores, futuris temporibus de-*
bet,

*bet, ut præmittitur in omnibus præscriptis & singulis, sine innovatione, perpetuo, inviolabiliter observari: taliter videlicet, quod si aliquem ex eis (electoribus) modo præmissis ab hac luce migrare contigerit, qui masculini sexus heredes legitimos laicos post se relinquat, debitæ patientes ætatis defectum, ex tunc senior frater, nepos, aut consanguineus proximior, in linea genitura, si frater non extiterit ejusdem defuncti, laicus duntaxat, dicti pupilli & juvenis, ad quem præscripta devolventur, de jure TUTOR esse debet & CURATOR, tamdiu, donec debitam attingat ætatem &c. In hac Sigismundi Bulla tam tutela quam curatela aperte agnato proximiori defertur, id quod quoque Carolus IV. in Bulla aurea in verbis his: *tutor eorum & administrator existat*, innuere voluisse videtur. Equidem facile prævideo, dubium hic moveri posse, utrum a tutela electorali validum duci possit argumentum ad omnes tutelas & curatelas privatorum. Ratio enim diversitatis hæc subesse videtur, quod omnino rei Romano-Germanicæ interfit, ut agnati proximiores sint tutores & curatores, utpote, qui per testamentum ab illa successione in Electoratus & Ducatus excludi non possunt, & ita jus radicatum succedendi habere videntur: nam & furiosi, mente capti & prodigi itidem sunt in curatela legitima, non alia ex ratione, quam quod proximiores agnati per testamentum a successione excludi non possunt, quæ ratio tamen in minoribus cessat, quippe qui testamentum facere possunt. §. 3. l. de curat. Verum ut non negem, hanc differentiam utique allegari posse, dubito tamen, an in allegatis dispositionibus unice ad illam Imperatores respexerint, & annon potius ad generalem Germanicæ observantiam respexerint, secundum quam ubique fere jura tutelæ & curatellæ in potioribus capitibus confusa sunt. Liqui-*

Contin. III.

Fff

dum

dum id esse judico ex *R. I. de anno 1577. tit. 32.* ubi in genere asseritur, pupillis & minoribus dandos esse tutores & curatores, cum hac tamen limitatione: da die (intelliguntur Vormünder und Vorsteher, de quibus immediate locutus erat) ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nicht verordnet, oder ihre angebohrne Freunde und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wolten, oder darzu untüchtig und ungeschickt wären. Non ergo aliter pupillis & minoribus dandos esse tutores & curatores in hoc textu cavetur, quam deficientibus testamentariis & legitimis, quæ restrictio indefinite loquitur, & sic tam ad tutelam quam curatelam pertinet. Licet enim in allegatis verbis tantum mentio der Vormundschaft fiat, in antecedentibus tamen jam evictum est, hac voce utramque speciem, olim distinctam, hodie vero confusam, intelligi. Hoc quoque observatum est in ordinatione quadam, qua in principatibus Schweidnizensi & Javeracensi utuntur, ubi *art. 1.* ita cautum legimus; Wann keine tutores testamentarii und Vormünder vorhanden, so im Testament beniemet, so sollen die nechsten Agnaten und Bluts-Freunde, von Vater und Mutter, von dem Königlichen Amt zu Vormünden genommen und geordnet werden, auch schuldig seyn ohne alle Widersage, (ausser denen legitimis excusationibus) solch ihrer Bettern Tutel und Curatel (unter welchem heutiges Tages kein grosser Unterschied) über sich zu nehmen, und bis zu gebühlicher Entbindung zu halten. In *Stat. Mindens. lib. II. tit. 3. art. 4. & 5.* deficientibus testamentariis vocantur legitimi, sine distinctione, utrum impuberes an puberes adsint, & hi *art. 12.* præesse officio suo jubentur usque ad annum 21. vel alias tutelam finitam, quo ipso rursus apparet,

paret, hoc jure haud distingui inter tutelam & curam quoad hunc articulum. Similiter in Stat. Hamb. P. III. tit. 6. art. 8. disponitur, quod deficientibus testamentariis etiam fratres majorenes fratribus suis, qui defectum ætatis patiuntur, *tutores vel curatores*, servatis certis conditionibus, esse debeant. Imo quotquot fere inspicere licuit ordinationes locorum, animadverti, quoad tutelam legitimam hanc differentiam inter tutelam strictè dictam & curatela neglectam fuisse, ut recte asserere queamus, hodie etiam minores esse in curatela legitima, cum hæc cum ipsa tutela confusa sit.

§. XII. Superest sexta differentia, quæ inter auctoritatem tutoris & consensum curatoris diversitatem De sextæ differentie usu. jurium arguit, quæ olim satis magna erat. Verum omnium confessione hodie hæc diversitas plane incognita est, ut plenius ad *tit. de auct. consens. tut. & curat.* dicendum erit. Ex hæctenus assertis itaque facile colligi potest, differentiam illam, quæ olim inter tutelam & curam fuit, hodie in plerisque locis esse sublatam, vel saltem in minimis superesse. Loquor *de plerisque locis*. In quibusdam adhuc veterem differentiam retentam esse novi, quod suis locis *speciatim* explicare haud negligam, cum hic sufficiat, *generaliter* tantum de usu hujus differentie dixisse.

§. XIII. Porro tutela de jure Romano triplex est, An distinctio tutelarum adhuc hodie in usu sit? *testamentaria, legitima & dativa*, prout in sequentibus titulis *speciatim* de singulis agendum erit. Conf. l. 52. C. *episc. & cler.* Quæ differentia an adhuc hodie superfit, inquirendum est. Grave enim dubium hic moveri posset ex *R. I. de anno 1577. tit. 32.* secundum quem omnis tutela videtur esse dativa, quia disertis verbis *ibidem* dicitur: *Dasß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in*

testaments - weiß verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen. Idem jam ante iisdem verbis constitutum erat in R. I. de anno 1548. ex quo colligi posset, hodie omnem tutorem decreto magistratus constitui & ita in effectu dativum esse, quia hic dicitur, quod a magistratu constituatur & decernatur. Sed res salva est. In prædictis recessibus Imperii adhuc retinetur distinctio prædicta clarissimis verbis. Nam (I) disponitur, tunc demum magistratum pupillis providere debere, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nicht verordnet, oder ihre angebohrne Freunde und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wolten, oder dazu untüchtig und ungeschickt wären. Potest ergo adhuc hodie pater in testamento dare tutores, quin & legitimi tutores, his deficientibus, ad tutelam admittendi sunt; quod minus necessarium esset, si omnis hodie tutela a magistratus datione penderet. In dativa enim magistratus ad certas personas haud adstrictus est, sed ipse idoneas, suo periculo, deligere potest, id quod tamen nec hodie facere potest, si testamentarii & legitimi adsunt. (II) In verbis adductis, ex quibus unicam tutelam, dativam scilicet, evincere conantur, itidem trium harum specierum expressa mentio injicitur, & unice illud de novo statuitur, quod cujuscunque generis tutores prius a magistratu confirmandi sint, antequam ipsam administrationem fubeant. Non ergo magistratus omnes tutores constituit, sed aliunde jam constitutos confirmat, quæ confirmatio longe alium finem habet, uti *risulo III.* dicendum erit. (III) Unde si testamentarii & legitimi ab eo

tem-

tempore, quo se constitutos sciunt, in tutela suscipienda & confirmatione impetranda cessant, suo periculo cessant, si quid detrimenti interim pupillis datum esset, quod asseri minime posset, si demum per *confirmationem* tutores fierent. Imo (IV) quædam sunt, quæ ante confirmationem gerere possunt, uti suis locis videbimus. Unde etiam (V) in omnibus statutis locorum hæc differentia expressis verbis confirmata est, & praxi quotidiana corroboratur. Sic enim *P. II. conf. elect. 11.* disertis verbis harum trium specierum fit mentio: Es ist nach Sachsen-Recht ein Zweifel gewesen, ob die tutores testamentarii & dativi nicht weniger als legitimi jährlich Rechnung zu thun schuldig zc. In *Ordin. Polit. Magdeb. c. 3.* itidem hæc differentia stricte retenta est, & jure Lubecens. *lib. 1. tit. 7. art. 1. 2.* confirmata, & infinitum foret, omnium locorum ordinationes hic referre, quas longa serie adducit Gisebertus *in peric. stat. Harmon. ad art. 19. n. 27.* Quin etiam inter ipsos principes & illustres hæc triplex tutela obtinet, uti in singulis speciebus ostendendum erit.

§. XIV. Faciunt nonnulli quartam speciem tutelæ, *promissæ* scilicet, quando ad sollicitationem seriam defuncti quis promissit, se tutelam liberorum suorum suscepturum esse §. 9. *I. de excus. tut.* quæ quidem admitti potest, sed *imperfecta* est, & confirmatione speciali indiget, adeoque ad *confirmationem testamentariam* referri posset. Interesse controversiæ in eo latitat, annon hic omnibus legitimis præferendus sit, quod in responso Anno 1705. dato existimatum est, ubi ita respondimus.

Ob zwar nach den Sächsischen Rechten ausgemacht, daß Rat. Dub. allemahl auf den seniore[m] die Vormundschaft allein fällt, wie
Fff 3
Denn

denn auch nach den gemeinen Rechten dafür gehalten wird, daß es besser sey, daß einer, als daß viele die Vormundschaft zugleich administriren.

Rat. Dec.

Diemeil a. d. jure communi die nächsten Anverwandten, so in gleichem Grad sind, conjunctim ad tutelam admittiret werden *f. ult. de cap. demin. autb. sicut hereditas C. de legit. tut.* Nechst dem auch hierbey dieser besondere Umstand concurrirer, daß Er beyden verstorbenen Eltern der Pupillen zu unterschiedlichen mahlen versprechen müssen, daß er sich ihrer annehmen, und sie in specie dabey diese formalia gebrauchet, daß sie denselben sonst einmahl vor dem Richterstuhl Christi anklagen wolten, auch ferner zu ihren anwesenden Kindern gesaget, daß wenn der S. versterben würde, und sie einen Vormund vonnöthen hätten, hinführo kein Drechsel mehr Vormund oder curator seyn solte, und denn nach Anweisung der Rechten ausgemacht ist, quod si pater dixerit: precor te curam habere rerum, ille statim secundum mentem testatoris confirmandus sit *l. 1. §. 2. ff. de confirm. tut. & quod sola promissio sufficiat, etiam si ne quidem in testamento promissor constitutus sit arg. §. 9. in f. §. de excus. tut.* mithin derselbe dadurch ein Vorrecht vor seinem Bruder würde erlangget haben, wann er gleich nicht mit in testamento matris wäre constituirer worden.

Decisio.

Als halten wir davor, daß derselbe nicht allein zu solcher tutela als legitimus concurriren könne, sondern bey obermeldeten Umständen auch in dem Fall, wenn gleich kein Testament vorhanden wäre, dennoch berechtiget gewesen seyn würde, seinen Herrn Bruder gar zu excludiren. B. R. W.

An is tutor esse possit, qui litem cum pupillo habet?

§. XV. Ceterum hic quoque videndum est, qui tutores esse possint. Olim qui litem cum pupillo habebat, modo non esset de omnibus bonis *l. 21. ff. de excus. tut.* tutor esse poterat, & ita debitor & creditor tutelam subterfugere non poterat *l. 7. C. de excus. l. 8. C. qui dare tut.* Sed postmodum justinianus in *Nov. 72.* tales ex justissimis causis reprobavit, quia hujusmodi tutores sibi quidem prodesse, pupillis autem nocere possunt,

sunt. Huc itaque referuntur (1) qui res cum pupillis communes possident, unde facile possit oriri controversia Berlich. *P. 2. decis. 275. n. 34.* Rittershus. *ad Nov. p. 8. c. 4. n. 9.* Vid. tamen Brunnemann. *conf. 83. n. 9.* (2) qui res pupilli possidet, de quibus tamen pupillus ipsi facit controversiam Berlich. *cit. l. n. 32.* (3) qui pupillo status controversiam movet, ejusque jus succedendi in dubium vocat, prout a Facultate nostra Mens. Jul. anno 1695. responsum est ad quæst. Ob sie Zhren ^{Quæst.} Better, so obangeführter massen ihr legitimität und succession in Zweifel ziehen will, und wider die genommene possess ihrer Güther protestiret, zum Curatore oder Tutore wider ihren Willen zu nehmen schuldig seyn. Erachten wir B. x

Obgleich wenn keine Testamentaria dispositio circa tute- ^{Rat. Dubit.} lam vorhanden, dem seniori agnato ex dispositione legis die tutela unstreitig zustehet.

Weil aber dennoch derselbe denen Söhnen quæstionem sta- ^{Rat. Decid.} tus moviret, auch sie um ihre väterliche Güther zu bringen suchet, und die controversia status von solcher Erheblichkeit, daß sie von der Vormundschaft repelliret *§. 12. Inst. de Excus. tutor.* welches auch ad statum familiæ gehöret, *l. 3. §. 7. de Carbon. Edict.* Ingleichen auch die controversia de bonis vel præcipua bonorum aut hereditatis parte *§. it. propter litem 4. §. de Excus. l. 20. pr. ff. eod.* von solcher Erheblichkeit ist, daß sie gleicher Gestalt an der Vormundschaft hinderlich ist, adeo, ut unusquisque debitor aut creditor a tutela repellatur *Auth. minoris debitor. C. qui dare tutor. Nov. 72. c. 4.*

So erscheinet auch hieraus so viel, daß die nachgelassenen ^{Decisio.} Söhne N. N. ihren Better wegen des, daß er ihre legitimität und successions-Recht in Zweifel ziehen will, wider Willen zu ihrem Vormunde anzunehmen nicht gehalten seyn. B. R. B. De tutore de-

§. XVI. Potissimum vero huc pertinent (4) ^{bitore & cre-} ^{ditore.} debitores & creditores eorum, quibus tutores dandi sunt, adeo ut qui debitum creditum tempore dela-

læ

tæ tutelæ dissimulaverit, nec de eo protestatus sit, jure suo cadat per *cit. Nov. Et auzb. minoris debitor. C. qui dar. tur. vel cur. poss.* Proinde quoque hæc exceptio adhuc heredibus tutoris objici potest, prout *Mens. Jan. anno 1705.* pronuntiavimus.

Sententia.

Als dieselbe uns ferneres Vorbringen wie auch geschenehene recognition und erfolgte Besetze in Sachen O. v. G. Erben Klägerin an einem, A. F. v. G. Erben Beklagten andern Theils, zugeschickt zc.

Das Beklagte das fol. 3. befindliche document zur Gnüge recognosciret, es sind aber dieselben gestalten sachen nach von der angestellten Klage zu absolviren, auch die Unkosten aus bewegenden Ursachen gegen einander zu compensiren und aufzuheben.

Rationes

Nachdem Beklagte das document fol. 3. gnugsam recognosciret, und dabey (1) *Exceptionem solutionis* (2) *Exceptionem crediti a tutore suscepta tutela non manifestati*, und (3) *Exceptionem vexationis* opponiret, so ist unter solchen die andere exceptio gleichsam præjudicialis, und vor allen Dingen darüber zu erkennen.

Dubitandi.

Ob nun wohl Klägere darauff repliciren, daß solche exceptio ihren Vater allein angehe, und daher auf sie nicht extendiret werden könne, auch die exceptio alsdenn nur statt finde, wenn ein tutor ein *merum mutuum* an seinen unmündigen zu fordern hat, dieses eine Forderung *ex transactione* ist; Hiernächst auch scheineth, daß weil derer Kläger Vater der unmündigen Patruus, derselbe nicht schuldig gewesen, das *credutum* bey der Aufnahme der Vormundschaft zu manifestiren, indem wegen der nahen Anverwandtschaft nicht zu præsumiren, daß ein solcher die unmündigen zu gefährden suchen solte.

Decisio.

Weil aber dennoch zusehenderst ausgemachten Rechtsens, daß wenn ein Vormund das *debitum*, so er von seinen Pupillen hat, nicht profitiret, er dessen verlustig wird; Und denn solche exceptio *celari debiti* die Klägere allerdings angehet, und ihnen entgegen stehet, weil sie nicht *ex debito proprio*, sondern *paterno*

fla-

Flagen, und zwar aus eben demselben, so ihr Vater als tutor hätte angeben sollen, folglich auch die Klägere hierin das factum patris als Erben zu prästiren schuldig; Hiernächst daß ein tutor nur die debita, welche in mero mutuo bestehen, angeben müsse, und andere Forderungen nicht, der generalitati juris ganz zuwider, auch durch keinen textum oder rationem solidam erwiesen werden kan, noch die leges hierinnen keine exception in patruo machen, sondern allein in matre & avia. *Autb. ad hęc C. quando mul. tut. off.* Und daher was diffals specialiter de matre & avia verordnet, ad alias personas nicht zu extendiren, sumalen auch disparitas rationis manifesta ist.

So sind wir daher beschehener massen zu erkennen, jedoch weil beyde Theile einander nahe verwandt, auch Klägere ex documento fol. 3. probabilem causam agendi gehabt, die Unkosten zu compensiren bewogen worden.

§. XVII. Ceterum ab hac pœna jacturæ juris quosdam tutores excipere solent, quorum (1) referunt *testamentarios*. Carpz. *P. 2. decis. 119. n. 15.* Recedit tamen ab hac sententia Brunnem. *conf. 2. n. 123.* ex hac ratione, quod probationis ratio, quæ hæc est, ne cautiones & probationes intervertantur, etiam in testamentariis locum habeat. Et sane contingere potest, ut pater testator haud satis de jure suo instructus sit, & ita creditorem suum dederit tutorem; unde alii distinguunt, utrum testator sciverit debitum nec ne: ut illo casu admittendus sit, non hoc. Berlich. *cit. l. n. 18.* Montan. *de tutel. c. 9. n. 72.* Christin. *Vol. 5. dec. 184. n. 9.* Hanc tamen scientiam ita comparatam esse debere judico, ut testator vel in testamento vel extra illud declaraverit, se velle, ut non obstante debito designatus tutor sit. (2) Excipitur mater & avia Berlich. *cit. l. n. 11.* (3) Hodie etiam excipiunt illustres personas, quippe in quastalis sinistra fraudis suspicio haud cadit. R icht.

Quinam debi-
tores vel cre-
ditores admit-
ti possunt?

Contin. III.

Ggg

ad -

ad cit. auth. n. 24. Carpz. P. 2. dec. 119. n. 17. sqq. (4) Denique etiam *modicum & notorium* debitum hic non attendendum esse existimant, *Carpz. lib. 5. resp. 89. & P. 2. dec. 119. n. 1.* ubi prius quidem admitti potest: verum, quod posterius concernit, constat, quod multa dicantur notoria, quæ non sunt, & vix illa, quæ in facto consistunt, ita notoria esse possunt, ut nulla disquisitione indigeant. Potest notorium esse debitum, contra quod tamen justæ exceptiones supersunt, quæ non semper obviæ & notoriæ sunt, adeoque vix est, ut hæc exceptio in praxi possit admitti, cum debitæ qualitates notorii vel nunquam vel raro probari possint.

Tutor etiam extraneus seu ex alia provincia dari potest.

§. XVIII. Ceterum in tutore constituendo parum refert de jure communi, an extraneus ex alia provincia, an vero civis ejus loci, ubi pupillo dandus est tutor, constituatur, quamvis peregrinus ad hoc cogi non possit. *Mev. ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. n. 1. seqq.* Hoc ipsum tamen quoque variis locorum statutis immutatum est. Nam in jure Lubecensi *cit. l.* disertis verbis ita cavetur: *Es soll kein Fremder, so dieser Stadt Bürger nicht ist, zu unmündiger Kinder Vormundschaft gelassen werden.* Similiter in Stat. *Mindenf. lib. 2. tit. 3. art. 6.* idem constitutum legimus: *Es sollen aber keine Ausländische, sondern Bürger und Bürger-Kinder, darüber der Rath zu gebiethen hat, zu Vormündern gesetzt und gegeben werden.*

An personis illustribus dari etiam possit tutor inferioris ordinis?

§. XIX. Ulterius constat ex *l. 1. c. de tutor. & curator. illustr.* illustribus personis ex quolibet ordine constitui posse tutores. Unde quæstio oritur: an hodie principibus imperii etiam inferioris ordinis personæ tutores dari possint? Quod communiter affirmant, quia nulla prohibitio legis hic occurrit, nec tutela illustrium ullibi ad personas illustres adstricta est. Ita

Mar-

Marchioni cuidam Badensi tutor Cancellarius in testamento patris datus, a Camera anno 1589. confirmatus est, referente Gylmanno *tom. 3. symph. verb. tutor. conf. Myler. ab Ehrenb. de princ. & stat. Imp. c. 29. n. 13. Schrader. de feud. P. 10. Sect. 14. n. 16. sqq. Carpz. P. 11. dec. 120. n. 3. sqq. Dn. Coccej. de tut. illustr. Lauterb. de honorar. tut. §. 18. n. 20. Schilter. ex. 37. §. 10.* atque in hanc sententiam pronunciarunt JCI Lipsienses An. 1647. apud Carpz. *cit. loc. n. 17.* ubi rationes decidendi hæc allegantur: Dennoch aber und diervell Herr Titius der Testator noch bey seinem Leben vermeldtem Mevio die Mit-Vormundschaft aufgetragen, und zwar dahero, weil er ein Lands-Kind und Rechts-Gelehrter, so eine geraume Zeit die Raths-Bestallung verwaltet, und des Landes und der Herrschaft gute Nachrichtung erlernet, welche Vormundschaft er, Mevius, auch auf sich zu nehmen mit Hand und Mund versprochen, und nirgend verbothen noch ungewöhnlich, daß auch eine geringere Standes-Person eines obern Standes unmündiger Vormund seyn kan, weiln man sich zumaln vornemlich dßfals nach des Herrn Testatoris (als deme solches freygestanden,) Verordnen zu richten ic. Hanc tamen sententiam in dubium vocat Schilter *in pr. jur. Rom. ex. 37. §. 10.* & quidem ex hac ratione, quod ratio juris publici Germanici argumenta ex jure civili desumpta vix admittat. Hoc enim expeditum est, in tutoribus de jure Romano singularem præcise dignitatem non requiri, uti constat ex §. 1. *l. qui testam. tut. dar. poss.* Sed in Imperio Romano-Germanico administrationem tutelæ illustris diversam esse existimat Schilterus a tutelæ privatorum, quoties pupillus illustris *jus status* obtinet. Unde hoc modo temperandam esse puto hanc decisionem, ut distinguendum sit, utrum pupillus illustris sit status Imperii nec ne? Hoc casu sal-

va est Carpzovii sententia, & argumenta adducta suo robore constant. Illo vero rursus subdistingendum est, utrum quæstio sit de *tutoribus principalibus*, an vero de iis, qui *notitiæ gratia* tantum dantur juxta *l. 14. §. 1. de solut.* vel principalibus adjunguntur tanquam adjutores & consiliarii, quales sunt *die Vormundschafts-Räthe*. Priori casu admitto sententiam Schilteri, tantum illustres personas constitui tutores posse, tum ob jurisdictionis atque suffragii in comitiis imperii & diætis circularibus exercendum, tum ob investituram tutoris nomine accipiendam, quorum summorum jurium vix capax esse videtur privatus. Sed posteriori casu etiam privatus admitti potest, prout exempla quotidiana demonstrant.

An Judæi possint hodie esse tutores ?

§. XX. De Judæis similiter quæritur, an hodie possint esse tutores liberorum Christianorum. De jure civili expeditum est, judæos adeo dari posse tutores, ut se nullo modo excusare possint. *l. 15. §. 6. ff. de excus. tut. l. 3. §. 3. ff. de decur.* Quamvis vero adhuc disputent, utrum in *cit. l. 15.* judæi proprie dicti intelligantur, an vero Christiani; quippe qui primis sæculis nomine Judæorum etiam veniebant, ut docet Seldenus *de synedr. l. 1. c. 8.* Nihil tamen hoc ad præsentem controversiam refert, cum *gentilium* intuitu Christiani & Judæi pari passu ambularent, & Christiani adhuc gentilibus in majori odio essent, quam ipsimet Judæi, docente Kortholto *in Pagan. obrectat.* At vero hanc Judæorum tutelam plane hodie cessare omnino crediderim, quippe qui non possunt non esse suspecti, & cum Imperator in Nov. 72. a tutela excludendos voluit debitores & creditores pupillorum, eos magis excludere voluisse videtur, qui salutis æternæ & civili pupillorum insidiari cre.

creduntur Montan. *de tut. c. 4. n. 39. sq.* Schilt. *in prax. for. jur. Rom. ex. 37. §. 19. seq.* Gutierrez. *de. tut. p. 1. c. 20. n. 29.*

§. XXI. Denique tutela virile officium esse dicitur in l. 16. de tut. & inde mulieres tutores dari nequeunt. Mulier tutrix regulariter esse nequit. Quod vero jure Codicis tutela matri & aviæ delata sit, ad regulam non spectat, sed exceptionem constituit, adeoque tanquam jus singulare haud extendendum. Unde ne quidem, quæ matrum sunt loco, ut materteræ & amittæ, tutelam subire possunt, quia hic respectus parentelæ extra matrimoniales causas haud attenditur. Equidem Gylmannus *in symphor. dec. 5. præj. Cam. tom. 3. verb. tutel. fol. 346.* refert casum, ubi quidam de W. dederat in testamento tutores & præterea liberorum materteram, quæ liberis pro matre deputata erat, & defuncto patre per decennium pupillos matris loco educaverat, & economiam administraverat, indeque a Camera petitum fuit, ut hujus tutela quoque confirmaretur, id quod etiam factum est. Verum hoc non facile in consequentiam trahendum esse existimo, cum præter matrem & aviam omnes aliæ mulieres exclusæ sint, & quod jure singulari quibusdam mulieribus indultum est, ad alias temere extendi nequeat. Principis tamen decreto & confirmatione mulieres etiam admitti possunt, cum hic legibus positivis non ligetur, sed dispensare circa eas possit.

TIT. II.

DE TESTAMENTARIA TUTELA.

§. I.

Nihil frequentius est, quam ut hodie etiam in testamento Ufus hujus tituli. liberis constituentur tutores, adeoque de hujus tituli praxi dubitari nequit, præsertim cum per varias locorum ordinationes disertis verbis confirmatus sit.

G g g 3

Sic

Sic in *Renov. Reform. Francof. tit. 1. §. 3.* ita disponitur: So viel betrifft die Tutores, so in Testamenten geordnet werden, da hat niemand Macht, dieselben zu geben, denn die Eltern in aufsteigender Linie, als Vater und Anherr, so die Kinder in väterlicher Gewalt, und auch dieselben in ihren Testamenten zu Erben eingesetzt haben. Doch so eine Mutter und Anfrau, desgleichen auch ein Anverwandter, welche die Kinder nicht in ihrer Macht haben, dieselben aber doch zu ihren Erben eingesetzt, und ihnen Vormünder geordnet hätten, so werden dieselben auch zugelassen, gleichwol per confirmationem durch Bestätigung der Obrigkeit. Sic etiam jure Lubecensi *lib. 1. tit. 7. art. 1.* patri tantum concessum est tutores dare, quod tamen hoc jure non tantum testamento facit, sed etiam dum vivit, & ad secunda vota transit, liberosque a se separat, quia hæc separatio emancipationem inducit *Mev. ad jus Lubec. c. 1. n. 8.* Similiter jus civile approbatum est in *jure provinciali Boruss. lib. 2. tit. 6. Art. 1.* quod etiam in Saxoniam, ducatu Magdeburgico & aliis plerisque locis factum est. Hoc singulariter in reformat. Noriberg. *tit. 39.* cautum est, quod executores testamentarii tutores esse debeant ad instar eorum, qui testamento dati sunt. Ita enim ibidem cautum legimus: Wann gleich der Vater oder andere Eltern in ihren Testamenten oder letzten Willen keine Vormünder benennt, sondern allein Geschäftiger oder executores, die ihren letzten Willen vollziehen, und ausrichten sollen, verordnet, so sollen doch dieselben altem Herkommen nach nicht allein Ausrichter und Vollzieher des Testaments, sondern auch der Kinder Vormünder seyn, nicht weniger als wenn sie mit nahmlichen Worten zu Vormündern benennet worden, es hätte dann der Testator mit ausdrücklichen Worten was anders vermeldet. In *ordin. Lipsiensi* idem, quod de patre; tutorem testamento constituyente, cautum est, trahitur etiam ad matrem, ut perinde differentia juris Romani ibidem non

non attendatur; expresse enim subjicitur: Welches auch also gehalten werden soll, da etwa die Mutter ihren Kindern, oder andern in ihrem Testament eingesetzten unmündigen Erben, Vormünder geben und benennen wird.

§. II. Cum vero tutor primario detur personis, inde patri quoque concessum hodie erit, tutores constituere, si vel maxime nil nisi feudalia bona relinquat; Generaliter enim parentibus hoc jus concessum, non habita ratione bonorum, & quamvis Vasallus non possit disponere testamento suo de ipso feudo *1. feud. 8.* minime tamen ei interdictum est, de tutela suorum liberorum disponere, Schrader. *de feud. p. 10. sect. 19. n. 3. seq.* cum diversa sit ratio successionis in feudo & tutelæ. Uterius patri vasallo concessum est, quoscunque constituere tutores, non tantum eos, qui qualitatem feudalem habent, sed etiam extraneos *Id. c. 1. n. 13.* adeo ut hic etiam bona feudalia administrare debeat, si vel maxime ne quidem eorum in testamento facta sit mentio, *Id. cit. l. n. 15.* Coccejus *de tutel. illustr. c. 4. §. 4.*

Tutor hodie testamento dari potest, etiam in feudalibus.

§. III. Proinde eo minus dubii habebit, principes imperii nostri etiam liberis suis impuberibus tutores dare posse *Schrad. cit. l. n. 14.* Neque enim hæc tutela ullum præjudicium aut injuriam agnatis infert, quippe qui demum jus quæsitum habent deficiente testamentaria tutela Myler. ab Ehrenb. *de princip. & statib. imper. c. 20. §. 3.* Atque hoc adeo verum esse asserit Schrader. *cit. l. n. 18. in f.* ut, si vel maxime pater in testamento minus solenni tutores dederit, hæc datio ipso jure rata esse & valere debeat, quod secus est in privatorum testamentis. Quamvis enim de hoc dubitari posset, postquam principes utuntur jure privatorum, & ita eodem jure quoque circa tutelam uti debent, non tamen

Et ita etiam pater princeps.

men videtur hodie lis metuenda esse, postquam hodie omnis tutela confirmanda est, & sic etiam illa, quæ a patre illustri testamento datur Myler. *c. l. §. 4.* Unde etiam a Schraderi sententia recedit Rosenthal. *de feud. c. 5. qu. 13. n. 3. sqq.* conf. Nic. Betsius *de pact. famil. illustr. c. 7. p. 156.* Exempla testamentariæ tutelæ habet Betsius *cit. l. §. 22.*

An electores
testamento tu-
tores dare
possint ?

§. IV. Quamvis vero expeditum sit, Principes imperii in testamento tutores dare posse, maximopere tamen hæctenus dubitatum fuit, utrum idem etiam Electoribus Imperii concessum sit, h. e. an Elector filio suo in Electoratum successuro alium testamento tutorem dare possit, an vero ita præcisè ad seniore[m] fratrem, vel hoc non existente, ad proximior[em] agnatum hæc tutela spectet, ut testamento ipsi auferri nequeat? *Mota inprimis & gravissimis animi motibus agitata est hæc controversia in domo Palatina, cum Fridericus IV. Elector Palatinus testamento filio suo impuberi, Friderico V. Joannem Ducem Bipontinum, remoto proximiori agnato Philippo Ludovico Palatino - Neoburgico, tutorem constitueret. Is enim mox tutelam hanc testamento sibi commissam suscepit & in possessorio obtinuit Decretum Cæsareum Rudolphi II. Mens. Jul. 1611. Post hæc in petitorio, ut ita loquar, Jctorum contentione[m] hæc controversia commissa & ab iis in utramque partem ventilata est. Bipontini quidem partes defendendas susceperunt, & tutelam hanc testamentariam defenderunt Marquardus Freherus in *tr. de tutel. Elect. Palat.* Dionysius Gothofredus in *tr. de tutela testamentaria leg. exclud.* Neoburgici vero causam instruebant & pro legitima tutela stabant, Johannes Zeschlinus *tract. de tutel. Elect.**

le.

legit & Zacharias Fridenreich in *Synops. de tutel. & admin. elect. Palat.* Post hæc tempora, ab iis, qui studium juris publici maxime excoluerunt, eadem controversia a quam plurimis sub incudem revocata, & varie decisa est, uti scripta publica docent.

§ V. Si itaque dicendum quod res est, optandum omnino foret, ut tam gravis controversia, quæ sæpe varios motus multaque incommoda excitavit, & adhuc excitare potest, in comitiis lege publica decideretur. Cum vero hætenus id haud factum sit, non intempestivum erit, summa hujus controversiæ capita hic referre, & quid probabiliter dici possit, adjicere. Qui negant, tutelam testamentariam in electoribus locum habere, maxime nituntur textu illo satis decantato *A. B. c. VII. §. 4.* ubi disponitur: *Si Principem electorem seu ejus primogenitum aut filium seniore laicum mori & heredes masculos laicos, defectum ætatis patientes, relinquere contigerit, tunc frater senior ejusdem primogeniti, tutor eorum & administrator existat, donec senior ex eis legitimam ætatem attigerit.* Ex his verbis concludi posse videtur, non alios ad tutelam electorum, defectum ætatis patientium, admitti posse, quam quibus hac constitutione tutela hæc data est. Frater enim seu proximus agnatus jus per hanc legem publicam quæsitum habere videtur, quod ei per testatoris factum auferri nequit: cum quod publico Imperii jure provisum est, privato testatoris arbitrio mutari nequeat *arg. l. 38. de Pact.* Quamvis enim de jure civili testamentaria præferatur legitimæ, dubium tamen omnino esse videtur, an ad jus civile amplius provocari possit, postquam *A. B.* absolute & simpliciter tutelam fratri seniori detulerit, huncque modum in tutela electorali perpetuo observandum esse præscripserit.

Argumenta
eorum, qui
hanc testa-
mentariam
tutelam ex-
cludunt.

Contjn. III.

Hhh

pferit.

pferit. Hoc ipsum porro colligi solet, ex verbo: *existat*, quod non enunciativum, sed dispositivum est, necessitatem juris involvens, hoc sensu, quod proximus agnatus *ipso jure* tutor existere debeat. Declarat hanc Caroli IV. Constitutionem Bulla Sigismundi *tit. preced. §. 10.* adducta, ubi itidem tutela legitima tantum asserta & stabilita est, hac adjecta clausula notabili: *Nulli ergo penitus hominum liceat hanc nostra pronuntiationis, decreti, statuti, declarationis, sanctionis, infeudationis & investitura, auctorisationis, approbationis, ratificationis, confirmationis & defectuum suppletionis paginam infringere, aut ei ausu temerario quomodolibet contraire &c.* Imo summopere hic attendendum esse urgent, tutelam electoralem non solum concernere electorem impuberem, sed totius imperii interesse concurrere, cum tutor & administrator electoratus jus & potestatem obtineat electoris, adeoque eveniente casu, si forte Imperator interim decederet, & de novo capite imperio prospiciendum foret, hic tutor ad eminentissimum hoc negotium, in quo salus totius imperii manifeste vertitur, in collegio electorali concurreret, qui suo voto non parum aliorum consilia turbare posset. Hoc vero ne fieret, Carolus IV. illi jus, vocem & potestatem electionis concedendam esse censuit, cui proximum jus succedendi in electoratu per leges imperii competit, & inde hoc adeo corroboravit, ut lege perpetuis temporibus valitura, se hoc decrevisse dixerit. Denique si secundum principia juris Romani hic judicandum esset, evenire posset, ut etiam mater vel avia hanc electoralem tutelam ambire posset, quod non ferendum videtur, cum alias ipsa munia solennia ad mensam aliaque, quæ electorum officio cohærent, exercere deberet, quæ tamen ad virile officium spectant.

§. VI

§. VI. Non defunt tamen fundamenta, quæ pro Fundamentum eorum, qui testamentariam tutelam electoralem admittunt. stabilienda tutela electorali testamentaria in medium produci possunt. Quod si enim totus contextus A. B. supra allegatus paulo penitius consideratur, apparet, primariam intentionem Caroli IV. haud fuisse, de tutela novum jus condere, sed potius successionem in electoribus stabilire. Constituit itaque *primario* Imperator, successionem unice esse debere penes primogenitum, ut jus, vox & potestas electionis ad filium primogenitum devolvatur, & hoc sine heredibus defuncto, ad seniore[m] ejus fratrem laicum. Cum itaque successio ita esset stabilita in primogenito, in consequentiam ejus addit, idem quoque observandum esse in tutela deferenda, cum, penes quem est successio, penes illum quoque tutela esse debeat. Neque enim eadem tutelæ ratio in aliis Principibus obtinere potest, ubi diversa est succedendi ratio, atque adeo Imperatoris intentio haud fuisse videtur, testamentariam tutelam excludendi, de qua eo tempore ne quidem cogitatum fuisse videtur, sed potius successionem in electoribus, & secundum hanc tutelam legitimam adornandi. Porro Carolus IV. in publicanda A. B. noluit detrahere juribus electorum, sed illa potius ad summum eminentiæ fastigium deducere, unde credendum esse non videtur, Imperatorem, quantum ad tutoris constitutionem attinet, intra privatorum sortem dejicere voluisse electores, quod tamen fecisset, si facultatem, testamento dandi tutores, eisdem denegasset. Imo cum A. B. Imperator juris civilis sanctionem quoad legitimam tutelam electorum observavit, ut penes illum esset tutela, penes quem est in electoratu successio, inde inferri posse videtur, noluisse eum in tutelæ jure a jure communi recedere.

re, maxime, quod ex nullo indicio constet, eum Patri electori voluisse adimere potestatem, tutorem pro lubitu in testamento constituendi, ut adeoque hæc dispositio ex jure communi sit interpretanda. Nec urgeri hic poterit, otiosam fore hanc A. B. dispositionem, si nihil novi in ea dispositum diceretur; nam revera aliquid novi statutum est, quod a successione communi recessum sit, ut inde tutela talis quoque ad illam novam successionem adornari debuerit.

Sententia distinguendum.

§. VII. Denique non desunt, qui circa hanc controversiam distinguunt inter jus, vocem & potestatem eligendi Imperatorem, quod testamento adimi non posse proximiori agnato asserunt; & inter tutelam ipsius personæ & principatus, quæ personæ educationem & provinciæ electoralis administrationem respicit, & hanc ipsam testamentariæ dispositioni obnoxiam esse, quam sententiam erudite defendit Dn. Coccejus *de jure publ. c. 29. §. 7.* Primarium hujus sententiæ fundamentum ipsa Aurea Bulla suppeditare videtur, quæ nullam prorsus mentionem principatus aut ejus administrationis facit, sed tamen *de jure, voce & potestate eligendi* disponit, quæ tutori electorali tantum assignatur, adeoque tutela finita, hoc jus, vocem & potestatem Electori resignare debet. Et hoc ideo provisum esse ait Carolus IV. ne inter Electorum secularium filios, super jure, voce & potestate futuris temporibus scandalorum & dissensionum materia possit suscitari.

Quæ tamen dubiis non caret.

§. VIII. Quamvis vero hæc distinctio probabilis esse videatur, negari tamen nequit, eam dubiis variis involutam esse. Si enim textum A. B. c. 7. penitus consideramus, apparet, non de solo voto & potestate eligendi Cæsarem sollicitum fuisse, sed potius de uni-

universo Electoratu. Ubi enim Carolus IV. *jus primogenituræ* in Electoratu obtinere debere, disposuisset, de ipsa successione in Electoratum decernit. *Ut, postquam iidem principes Electores seculares & eorum quilibet esse desierit, jus, vox, & potestas electionis hujusmodi ad filium suum primogenitum legitimum laicum devolvatur.* Ita Imperator loquitur de successione in Electoratum, ex quibus tamen minus recte colligi potest, in primogenitum tantum devolvi jus, vocem & potestatem electionis, quin potius Carolus IV. hac descriptione universum Electoratum intellexisse videtur. Deinde ubi de jure tutela disponit, disertis verbis cavet, quod frater senior *tutor* eorum & *administrator* existere debeat: ubi tutoris munus sine dubio personam, & administratio provinciam ac jura huic connexa respicit; & quidem cum tutela hæc ad omnes Electoris filios extendatur, id quod vox, *tutor eorum*, satis indicat, asseri non potest, ad solius officii electoralis exercitium hanc tutelam restrictam esse. Huc quoque collineant verba finalia *d. c. 7. §. 4.* ubi dicitur, quod dum Princeps electoralis ætatem legitimam attigerit, jus, vocem & potestatem & *omnia ab ipsis dependentia*, tutor totaliter ipsi cum officio assignare teneatur. Non tantum ergo vocem & potestatem eligendi tutores electorales hucusque exercuisse, verba immuant, sed etiam omnia dependentia, quorum maxime territorium electorale referri debet. Similem in sensum quoque Bulla Sigismundi accipienda est, quæ §. 7. itidem repetit, tutorem præter jus, vocem, dignitatem & potestatem, *omnia & singula ab eis dependentia* majorenni Principi Electori restituere debere: illa ipsa autem haud alia sunt, quam integer Electoratus, quem sub voce & potestate electionis comprehendere voluit.

luit, uti verba *A. B. c. 7. §. 2.* docent. Et ne ullum dubium remaneat, quod Electoratus ipse intuitu tutelæ ab officio electorali seu jure & potestate electionis non sit separandus, ipsum Carolum IV. A. B. conditorem, testem producere fas erit, qui in speciali diplomate domui Palatinæ concessio, cum inter duos Rupertos controversia de Electoratu nasceretur, simul de tutela electorali anno 1356. die *Johannis* ita disposuit: *Wenne aber derselbe älter Sun achzehen Jahr alt wurde, zu Hand sol im derselbe Vormunde, alle Lande, Herrschafft, Würdigkeit, Eren und ander Rechten, Nutzen und Zugehörungen, die er als ein Vormunde ingenommen hat, on alle Widerrede, Fürzog oder Hindernisse abtreten, und im die inantworten, an Geberde.* vid. Marquard. Freherus *diff. de legit. tut. & elect. Palat. in Praef.*

Media sententia defenditur.

§. IX. In tanta opinionum varietate, puto viam mediam, utpote tutissimam, retinendam esse, ut quidem regulariter legitima tutela hic obtineat, exclusa testamentaria, in subsidium tamen etiam testamentaria admitti possit. Prius suadent argumenta §. 5. adducta, quæ intentionem Caroli IV. satis produunt. Interim si a proximo agnato periculum imminet Electorati, si metus justus adsit, ne statum publicum turbet, aut religionem semel receptam mutet, quippe à qua mutatione insignes calamitates publicæ evenire solent, uti experientia testatur, non deneganda esset patri electori facultas ultimo suo elogio & filio de tutore, & subditis de quieta administratione prospiciendi, & illum tutorem constituendi, cujus mores & in rebus gerendis dexteritatem in comperto habuit. Sane tempore A. B. una tantum erat in imperio religio, hinc qui hodie casus emergere possunt, a Carolo IV. nec prævideri

deri nec præcaveri potuerunt, adeoque secundum interpretationis legitimæ regulas dici potest, ad talem casum non prævisum dispositionem A. B. non pertinere, sed eam supponere terminos habiles, h. e. ubi frater senior minime suspectus est. Hæc enim est ratio interpretationis restrictivæ, ut tantum de iis casibus, de quibus eo tempore cogitatum est, lex accipiatur, ad incogitata autem non extendatur. Quamvis vero hic regeri posset, si proximus agnatus ejus religionis sit, ut a successione in electoratu repelli nequeat, eum quoque non repellendum esse a tutela electorali; parata tamen est responsio, illum eventum DEO committendum esse, quem successorem electoratus destinaverit; Interim quamdiu providentia paterna tale periculum a teris sibi subjectis averti & electoratus in statu quieto conservari poterit, tamdiu hoc, quod jure communi permissum est, & per A. B. non absolute ademptum, patri haud denegandum.

§. X. Ceterum quæ hætenus adducta sunt argumenta, eo tantum collineant, regulariter quoad ipsum *electoratum* cessare testamentariam tutelam. Unde facile decidi potest quæstio, an pater elector filio suo impuberi quoad provincias hereditarias, ab electoratu distinctas, hodie testamento tutorem alium, præter eum, qui in A. B. designatus est, dare possit? Equidem Rumelinus *ad A. B. diff. 7. tb. 4.* id negat, inconveniens esse existimans, alium electoratus, alium aliarum provinciarum habere tutorem. Huic vero Limæus sese opposuit & in eo quidem cum Rumelino consensit, alium tutorem testamento quoad administrationem provinciarum ceterarum constitui non posse, bene tamen curatorem, cum tutor detur personæ, non bonis. v. Limæ. *ad A. B. O. 7.*

An pater elector tutorem dare testamento possit quoad provincias hereditarias?

f. 2.

§. 2. *obs. 24.* Verum utraque opinio mihi displicet, nec in A. B. fundata est. Nihil enim in illa de hoc casu dispositum deprehendo; ut inde juris communis dispositioni relictus censeretur debeat. Præterea huc faciunt verba Bullæ Sigismundi de anno 1434. ex quibus satis convenienter colligit Freherus in *Comm. ad dict. Bull. verb. dominis aliis temporalibus*. Principes Electores in aliis ditionibus hereditariis magis, quam Electoralibus jure communi uti posse. Cessat quoque hic ratio, quæ Carolum IV. induxit, ut per A. B. quoad Electoratum certum tutorem constitueret, cum hic conventibus & consiliis electorum, imo electioni imperatoris interesse necessum habeat, ille vero non item, & tunc datus ad certum patrimonium, ad illud potestatem suam extendere non possit *l. 2. C. de divid. tut. Jo. Anton. Mangilius de impus. & detract. qu. 84. n. 10.* Neque aliquid momenti latet in dubio, quod Linnæus movit, quo pro tutore *curatorem* substituit; nec enim jure civili incognitum est, quod, si in eadem tutela bona in diversis territoriis sita sunt, ratione administrationis diversorum bonorum diversa dari possint tutores *l. 15. ff. b. t.*

In electoribus
ecclesiasticis
hæc tutela
cessat.

§. XI. Denique hoc facile constat, tutelam hanc locum sibi minime vindicare in electoribus ecclesiasticis, quippe in quibus omnis tutela cessat. Cum enim Clericis Electoribus sub pœna privationis Archi-Episcopatum in *dem Geistl. Vorbehalt* vigore *pacif. relig. de anno. 1555.* matrimonium interdictum sit, in illis ob defectum legitimæ prolis tutela non est speranda. Porro huc facit textus in *C. cum in cunctis 7. X. de elect. & elect. por.* ubi expresse prohibitum, ne episcopus infra 30. annum eligatur, quo ipso tutelæ locus esse non potest. Et quam

quamvis exempla non desint, Archiepiscopus infra hanc ætatem electos fuisse, uti de Alberto Duce Saxoniz, Ernesti filio, constat, qui anno 18. ætatis suæ Archiepiscopus Moguntinus electus est, vid. Dn. Thulemarus *de Oñoviratu* c. 27. §. 16. hitamen, interveniente dispensatione, sine ullo tutore & coadjutore officium suum exercent. Idem contigit in electione Josephi Clementis, Ducis Bavariz, qui accepto decreto eligibilitatis a Pontifice Innocentio XI. completo 17. ætatis anno Archiepiscopus & Elector Colonienfis electus, ad regimen provinciarum sine ullo tutore & coadjutore admiffus est.

§. XII. Sed revertor ad tutelam privatorum testamentariam, quæ, prout dictum est, patri vi patriæ potestatis tributa est, & quidem in tantum, ut filio sive heredito, sive exheredato, tutorem de jure Romano dare possit; quod secus se habebat in matre, quæ olim non nisi instituto tutorem dare poterat, quamvis hæc tutela imperfecta erat. *l. 4. pr. l. 10. §. 2. in f. b. t. l. 31. ff. eod.* neque enim patriam potestatem exhereditatio tollit *l. f. ff. unde legitim.* Verum illa differentia hodie vel ideo locum habere non poterit, quia jure Novellarum illa libera exheredandi potestas quoad maximam partem sublata, & ad certas causas restricta est, quæ vix in pupillos cadere possunt. vid. Mantz. *de testam. val. & inval. tit. 10. q. 11. n. 5.* posset tamen usum præbere hæc quæstio (1) in exheredatione bona mente facta, utpote quæ etiam pupillis applicari potest, qua facta, nihilominus pater liberis de tutore prospicere potest, quia & aliunde bona habere possent, & præterea personis eorum prospiciendum est. (2) Quia hodie jura tutelæ & curæ confusa sunt, utique in eo, qui jam pubes est, casus existere posset, ut ex causa justa exheres scriberetur.

An pater hodie exheredato dare possit tutorem?

Contin. III.

Iii

§. XIII.

An minoribus
hodie curator
testamento
datur?

§. XIII. Verum, ut de última conclusione eo re-
ctius constet, ante omnia disquirendum est, an etiam
hodie minoribus & puberibus directo in testamento
tutor vel curator dari possit? De jure Romano con-
stat, minoribus curatores non recte testamento dari,
partim (1) quia invitis minoribus curatores olim non
dabantur, & consequenter hi illis a patre in testamen-
to obtrudi haud poterant: (2) partim quia curatores
dabantur bonis principaliter, de quibus pater, puberta-
te impleta, disponere amplius non poterat *l. 2. pr. de
Vulg. & pupill. subst.* Interim tamen, volente filio, con-
firmari poterant. §. 1. *I. de curat. Montan. de tutel. c. 29. n.
14.* Verum hodie in praxi res aliter se habet: secun-
dum quam etiam pater minoribus curatores testa-
mento dare potest. Quidam id deducunt ex jure cano-
nico. Schrad. *de feud. p. 10. sect. 19. n. 126.* Heig. *ad pr. l. de
curat. per c. Cyprianus 4. c. 21. qu. 3.* ubi dicitur: *jam pridem
in concilio Episcoporum est statutum, ne quis de clericis & Dei
ministris tutorem vel curatorem testamento suo constitu-
at & c.* Ex quo concludunt, patres concilii supposuisse,
etiam curatores testamento dari posse. Verum, sicuti
illi, qui supponunt, non disponunt, ita patres in hoc textu
primario haud intenderunt, differentiam inter tutelam
& curam tollere, sed tantum prohibere, ne ea oneren-
tur clerici, adeoque ex hoc textu nihil solidi concludi
potest. v. Gutier. *de tut. P. 1. c. 12. n. 9.* Gratian. *rom. 2. discept.
for. c. 225. n. 8. sq.* Nihilominus tamen Schraderus *cit. l.*
urget, priorem sententiam esse communem, adeoque
in praxi sequendam, quod quidem non nego, sed aliud
fundamentum praxeos hodiernæ afferendum esse
censeo. Scilicet 1) hodie etiam invitis minoribus cu-
ratores constituuntur, & ita cessat ratio primaria, ob
quam

quam testamento minoribus non dabantur curatores. 2) Non necesse est recurrere ad jus canonicum, quod nihil hac in re *definit*, sed tantum *supponit*, posse testamento dari curatores: sed potius ad LL. Imperii, in quibus, prout supra *ad præc. tit.* fusius assertum est, hæc differentia penitus videtur sublata esse. Nam in R. I. *de anno 1557. tit. 32.* expresse dicitur: *Daß denen Pupillen und minderjährigen Kindern iederzeit, bis sie zu ihren voigtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern im Testament oder letzten Willen nicht verordnet, gegeben werden.* Satis liquet, textum adductum loqui 1) tam de pupillis, quam minoribus, 2) de tutoribus & curatoribus, 3) & denique de utroque adseri, quod in testamento dari queat. Unde etiam in plerisque statutis locorum nulla differentia circa tutelam & curam in hoc casu admittitur.

§. XIV. Hoc porro olim singulare in testamentaria tutela erat, quod tutores tales cogi haud possent ad satisfaciendum, rem pupilli salvam fore *l. 17. pr. b. r. pr. l. de satisd. tut.* Extra ordinem tamen quandoque satisfactionem unus ex pluribus præstabat suis contutoribus, si, ut solus administraret, prætendebat; quamvis hæc satisfactio non aliter posset locum habere, quam accedente voluntate ceterorum; debent enim illam *sponste* suscipere. Verum hodie testamentarios tutores etiam cautionem præstare debere, recte asserit Brunn. *ad cit. l. 17. n. 2.* cum Schradero *de feud. p. 10. sect. 20. n. 309.* itaque ob generalitatem textus in *polit. ord. de anno 1577. tit. 32.* ubi in antecedentibus dispositum fuerat, quemcunque tutorem esse confirmandum, ibi: *Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich Testaments-Weise verordnet ic.* Hic vero statim subjicitur hæc dispositio,

An hodie testamentarius tutor satisfacere teneatur?

quæ cum antecedentibus connectit: *Item* daß er (scil. ein ieglicher Vormund) nach befohlner Verwaltung, rechtmäßige, gnugsame Caution und Versicherung thue, und mit Gelübden und Eyden beladen werde. Imo in cit. text. hæc tria a tutoribus exiguntur 1) inventarii confectio 2) satisfactio 3) juramentum; ergo sicut primum & tertium quemcumque tutorem respicit, ita quoque intermedium ad quoscunque tutores applicari debet. Schrad. *cit. l. n. 312. sqq.* ubi hanc sententiam pluribus exornat rationibus. Reliqua, quæ in *b. tit.* occurrunt, juris civilis capita, hodie extra omnem dubitationem in praxi obtinent, postquam testamentorum usus liberrimus in Germania receptus est, ut illa referre non necesse sit.

TIT. III.

DE CONFIRMANDO TUTORE.

§. I.

Quando de jure Rom. confirmatio erat necessaria?

Testamentaria tutela tunc imperfecta est, & ita confirmatione de jure Romano indiget, si defectus quidam in ea occurrit vel ratione dantis, vel ratione ejus, cui tutor datur, vel denique ratione modi, quo datus erat *l. 1. ff. b. t.* Sic itaque mater dare potest liberis tutorem, si modo eosdem heredes instituerit, *l. 4. ff. de testam. tutel. l. 4. b. t. l. 4. C. de testam. tut.* & quidem ultra legitimam, quia hæc hodie jure novo liberis etiam respectu matris nullo modo adimi potest. Illustrari hoc ipsum potest ex responso, quod *Mens. Aug. 1698.* a Facultate nostra conceptum est.

Facti Species.

Hat dessen leibl. Bruder Gottfried Ambrosius Drechsel von Weinsblis auf seinem Todt-Bette demselben seine nachgelassene Ehe-

Eheliebste nebst seinen unmündigen Kindern anbefohlen, daß er sich ihrer treulich annehmen, auch diesem letzten Befehl zu Folge er sich zum Curatore obgedachter Witwen bestellen lassen, und die ist gemeldte Witwe bald darauf gleichfalls dieses Zeitliche verlassen, und vor ihrem Tode eine dispositionem maternam aufgerichtet, ihn zum tutore testamentario bestellet, und er darauf die Vormundschaft aufgenommen, alles in dem Sterb-Haus nebst den Gerichts-Personen obsigniret, inzwischen dessen ander noch lebender Bruder Johann Adam Drechsel von Weinsliß, nachdem er den Tod erfahren, sich gleichfalls von dem Hochfürstl. Hofraths-Collegio zum Vormund bestellen lassen, und so fort nach Weinsliß sich begeben, die Siegel abgerissen, hirtgegen sein Putschafft aufgedrucket, einen Kasten mit allen Documenten hinweg und zu sich genommen, sich der administration angemasset, da ihm doch von der dasigen Lands-Hauptmannschaft deswegen inhibicion geschehen, und das Testament noch nicht eröffnet gewesen, und da endlich terminus ad publicationem testamenti angesetzt worden, dawider excipiret, daß solches bey der Hochfürstl. Regierung zu Barenth publiciret werden müsse, doch endlich ad mandatum serenissimi solches publiciret worden, und obgleich dessen Bruder in dessen eine commission extrahiret, solche Testaments-Sache und sonsten dabey vorgefallene Streitigkeiten wegen einiger Injurien zu untersuchen, dennoch Ihro Hochfürstl. Durchl. durch ein Decretum denselben in der Vormundschaft gnädigst confirmiret, nichts destoweniger, weil dessen Bruder nicht geruhet, und mit andern anzüglichen Schriften bey der Commission eingekommen, er von neuen vor der Commission sich verantworten müssen, da denn dessen Bruder etliche vor 30. Jahren an ihn geschriebene Brieffe übergeben, und ihn auf alle Art und Weise suspect machen wollen, doch diesen ungeachtet durch ein nochmaliges decisiv-Rescript Er die Confirmation erhalten, und bey der Commission sich pure darauf bezogen, und weil dessen Bruder noch dabey nicht acquiesciren wollen, es bey der Commission dahin gebracht, daß sie die Acta auf eine auswärtige Juristen-Facultät zum Spruch Rechts verschicken, und so wohl in der Vormundschafts-Sache als auch ratione der vermeinten Injurien rechtliche Erkenntniß einholen

Decisio.

Rat. dub.

Rat. decid.

len wollen, wie sie denn zu dem Ende denselben zu Recognoscirung obgedachter Briefe anzuhalten vermeinet, dawider er protestiret, und eventualier debito modo provociret, und dann hiebey gefragt wird: Ob die dispositio materna richtig, und also derselben bei der Vormundschaft nach dem Hochfürstl. Confirmations-Decret zu schützen, hingegen aber dessen Bruder gänglich davon zu excludiren sey? Nun möchte zwar eingewendet werden, daß denen gemeinen Rechten nach der Mutter nicht zugelassen sey in testamento einen Vormund ihren Kindern zu setzen, da die constitutio tutoris ein effectus der väterlichen Gewalt ist *l. 4. ff. de confirm. tut. vel. cur. l. 4. C. de testam. tut.* wie denn auch, wenn gleich die Mutter einiges jus constituendi tutores sich hätte anmassen können, doch dieser Mangel würde dabey vorkommen, daß die Mutter nicht ein solenne testamentum, sondern nur minus solenne gemacht, in welchem denen Rechten nach kein Vormund mag constituiret werden. *l. 2. de confirm. tut. Habn. ad W. b. t. n. 2.* Die weil aber dennoch dieses alles zwar in so weit seine Richtigkeit hat, daß dergleichen constitutio ipso jure sine alio accedente adminiculo nicht gelten mag, inzwischen gleichwol aus denen Rechten bekannt, quod confirmatio judicis, mulco magis Principis, ejusmodi tutoris dationem subsistere faciat *cit. l. 4. ff. de confirm. tut.* absonderlich wenn die Kinder über die legitimam zum Erbe eingefeset werden, solche confirmation auch eben diese Wirkung hat, wenn ein Vormund in testamento minus solenni eingefeset worden, *l. 2. C. de confirm. tut. Carpz. lib. 5. rest. Brunnem. ad cit. l. 2. n. 4.* und dann in gegenwärtigem Fall derselbe a serenissimo zu zweyen unterschiedenen mahlen confirmiret worden, wodurch derselbe billig ein Vorrecht vor seinem Bruder erhalten, cum tutor testamentarius etiam confirmatus legitimis præferendus sit *Struv. ex. 31. tb. 21. Ungebaur. diff. de jur. tut. tb. 8. Brunnem. ad l. 1. ff. de confirm. tut.* zu geschweigen, daß aus allen Umständen sich ergiebet, wie sein Bruder wider der defunctorum willen in die Vormundschaft omni conatu eindringen wollen, woraus keine geringe causa suspicionis wider denselben herzunehmen, welche auch ad exclusionem sufficient seyn kan, *l. 25. de procurat. 21. in f. ff. de tut. & curat. dat.* so erhellet hieraus allenthalben

ben so viel, daß derselbe bey der Vormundschaft zu schützen, und dessen Bruder zu excludiren sey.

§. II. Sic etiam quandoque datus a patre confirmatione indigebat, si vel emancipato filio tutorem testamento daret *ff. ult. §. de tut.* vel naturali filio. Quando a patre datus confirmandus sit? Prior casus hodie vel raro vel nunquam contingit, cum impuberes emancipari non soleant, & si vel maxime emancipentur, statim illis alii tutores dentur, uti ad *tit. de tut.* exemplo Comitis de Læwenstein declaratum est. Nec posterior casus hodie dabilis est; sublato enim concubinato, naturales hodie non amplius dantur, nec hoc ad spurios de jure extendi potest, *Gutier. de tut. lib. 1. c. 11. n. 2.* Moribus tamen hoc communiter fieri solet, adeo ut, quæ de naturalibus liberis in jure disposita sunt, trahi soleant ad eos, qui extra matrimonium concepti & nati sunt. *Brunnem. ad l. f. C. n. 3. b. t.*

§. III. Erat præterea differentia de jure Romano circa confirmationem, utrum pater dedisset tutorem an alius. Nam in tutore paterno nuda confirmatio sufficiebat sine inquisitione in personam tutoris *l. 1. §. 2. l. 3. ff. b. t. l. 6. b. t.* modo quoad naturalem pater etiam eum heredem instituisset: quod si enim ei nihil relictum esset, sine inquisitione non confirmatur *l. 7. pr. b. t. l. f. C. b. t.* At si mater vel alius tutorem testamento dederat, confirmatio impetranda erat, & quidem 1) a magistratibus majoribus, 2) præcedente causæ cognitione *l. 2. b. t. l. 4. de testam. tut.* cujus inquisitionis capita referuntur in *l. 7. §. 1. b. t.* Et inde hæc confirmatio pro tribunali fieri debebat *l. 7. cit.* Equidem confirmatio hæc hodie a quocunque magistratu fieri debet

An adhuc hodie differentia sit quoad confirmationem, utrum pater an alius dederit?

bet, postquam illa distinctio, quæ inter magistratus majores & minores olim obtinebat, usu minime introducta est, uti ad *tit. de juris d.* ostendi. Interim an hæc differentia adhuc hodie obtineat, inquirendum est. Sane in Noriberg. *reform. tit. 39. l. 2. §. fin.* illa approbata videtur, ubi cautum est, citra parentes neminem dare posse tutores, es hätten denn die Testirer dieselben Kinder zu ihren rechten Erben eingesetzt, dieselben Vormünder sollen auch durch die ordentliche Obrigkeit, auf vorhergehende Erkundigung bestätigt werden. In statutis Hamburg. *P. 3. tit. 6. art. 2.* similiter hoc modo dispositum est: Da auch die Mutter oder iemand anders die Kinder zu ihren Erben einsetzen, und denselben in ihrem Testament Vormünder verordnen würden, sollen dieselbe durchaus Obrigkeit wegen auf vorhergehende Erkundigung bestätigt werden. In *jure provinc. Boruss. lib. 2. tit. 6. art. 1. §. 3.* jus commune quoque confirmatum est: Es ist aber in diesem Fall nicht nöthig, daß zu solcher Bestätigung und confirmation eine inquisition, Erfahrung oder caution und Bürgschaft des geordneten Vormünder oder curatoris halber geschehe, sondern genug, daß der testirende Vater, sie, die von sich gegebene Vormünder, für tüchtig und gnugsam halte und erkenne. Würde aber eine Mutter oder Groß-Mutter ihrem Enkel, den sie zum Erben eingesetzt, Vormünder im Testament verordnen, so soll solche inquisition und caution nicht unterlassen werden. Quamvis vero in aliis locis hodie hanc differentiam inanem esse, plurimi judicent, eo ipso, quod hodie omnis tutela confirmanda sit, & circa hanc confirmationem nulla quoad modum in legibus imperii occurrat differentia; mox tamen ostendam, confirmationem Romanam, ab illa, quæ novissimis legibus introducta est, omnino differre; adeoque supposita hac confirmatione Romana, omnino asserendum est, nec hodie hanc differentiam a judice negligendam esse, cum

cum hac ipsa satis pupillo prospiciatur, & præterea etiam quandoque tutorem paternum ne quidem confirmare teneatur *l. 8. l. 10. ff. b. t.*

§. IV. Ut vero de natura & ratione hujus *con-* An differentia inter confirmationem hodiernam & Romanam adlit?
firmationis eo rectius constet, ante omnia videndum est, qualis differentia inter hanc & illam, quæ *ordin. polit. de anno 1577. tit. 32.* demandata & præscripta est, intercedat. Equidem Struvius *in jurispr. lib. 1. tit. 19. §. 7.* nullam fere agnoscit differentiam, iniquiens: *Hodie non magna inter testamentariam absolutam & banc confirmatam intercedit differentia: cum etiam testamentarius tutor perfecte & sine defectu datus confirmandus sit per decretum a magistratu, & hic in personæ habilitatem inquirere debeat.* Verum satis recte observat Brunnemannus *ad l. 1. C. b. t. n. 6.* hodie adhuc esse differentiam inter confirmationem tutelæ non recte datæ, & inter decretum, quo administratio tutelæ conceditur. Scilicet in *Ordin. polit. de anno 1548. & 1577. tit. 32.* de hoc decreto ita cautum est: daß ein jeglicher Vormund, er sey gleich Testamentsweise verordnet, oder durch das Recht oder den Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen. Novi quid in hac constitutione latitare nemo in dubium vocabit, cum in jure communi hujusmodi confirmatio & decretum nullibi requiratur. Quæ autem hujus constitutionis ratio solida & adæquata sit, non adeo liquidum est. Ostendunt vero verba *Ordin. politicæ* antecedentia, forsan (1) hoc ideo constitutum esse, quia non raro tutores pessimi & rerum pupillarum dissipatores ad tutelam vocati sunt, quod malum ut in posterum præcaveretur, constitutum fuit, ut omnes tutores prævio decreto magistratus confirmarentur, quò ante

Contin. III.

Kkk

tute-

tutelæ administrationem in eorum mores & vitam magistratus inquirere posset. Præterea quoque (2) sæpissime tutoribus & curatoribus objecta fuisse videtur exceptio legitimacionis in iudicio, ut hi, qui tutoris nomine agerent, etiam se tutores esse ostenderent, id quod cum lites maximopere sufflaminaret, publico testimonio muniri debuerunt, quo mox se ad actionem & quævis negotia subeunda legitimare publice possent. Sic uti enim in procuratore mandatum pro legitimanda sua persona necessarium fuit, ita non immerito idem testimonium a tutoribus quoque requiri potuit.

In qua illa
consistat?
I. Differentia.

§. V. Unde ex his apparet, diversum esse finem confirmationis *Romanæ & hodiernæ*. Nam (I) hæc non pertinet ad tutoris constitutionem, quippe quæ juxta *Ordin. polit. c. 1.* itidem, ut de jure communi, pertinet vel ad testatorem, vel ad legem, vel ad magistratum, ut verba ipsa §. *antec.* adducta ostendunt ibi: *oder Richter gegeben,* sed tantum requiritur ad exercitium tutelæ capeffendæ, & ita est instar causæ sine qua non ipsius administrationis, qua se ad eam habilitat: at Romanæ præsupponit defectum tutelæ testamentariæ, quam supplet, & ita quodammodo simul concurrit ad tutelæ constitutionem.

II. Differentia.

Unde (II) hæc indistincte in omni tutore testamentario, defectu quodam laborante, necessaria est, sive *bonorarius* sive *administrator* sit; at hodierna confirmatio non videtur necessaria in *bonorariis* tutoribus, cum hæc respiciat administrationem, quæ ad honorarii tutoris officium non pertinet, imo quandoque ei expresse interdicta est. *Lauterbach. diff. de tutore bonor. c. III. §. 2.* Parem rationem puto esse *tutorum notitiæ gratia constitutorum*, quippe qui tantum propter rerum pupillarium notitiam ad hoc dati: non ut administrarent, sed ut reliquos

quos instruant contutores de negotiis pupillaribus *l. 32. §. 1. de testam. tutel. l. 14. §. 6. de solut. l. 1. C. de peric. tut.* Tales sunt hodie imprimis, qui adjunguntur tutoribus illustribus, qui in omnibus auctoritatem interponunt, ut illi interim instruant. Proinde hi quidem confirmantur, non vero illi. (III) Qui Romana indiget, III. Differentia. antea tutor non est, nihilque attingere potest, antequam defectus a magistratu suppletus fuerit, adeoque ne quidem tenetur illa agere ante confirmationem, quæ moram non ferunt. Ast cum hodierna confirmatio tantum spectet ad *administrationem*, providentia tutelarîs ei statim incumbit, postquam se datum esse novit, & ita pupilli curam gerere, eaque administrare debet, quæ moram non admittunt. Nam licet de jure civili nec ante inventarii confectioem administrare possit, hoc tamen itidem limitatur in iis, quæ moram ne quidem modicam admittunt *l. 7. pr. de admin. & peric. tut. Lauterb. ad cit. tit. §. 5.* Equidem porro (IV) ante confir- IV. Differentia. mationem hodiernam res pupillorum est periculo tutorum, si cessant in tutela suscipienda, quia jam *ipso jure* sint tutores, ex quo sciunt, se tutores datos *l. 1. §. 1. cit. l. sed diversum est in tutela de jure Rom. confirmanda, in qua periculum ad tutorem spectat, non a tempore scientiæ, sed demum confirmationis l. 58. §. 2. cit. t. Brunnem. ad l. 7. b. t. n. 2. & l. 1. C. b. t. n. 5.* Clarus in *§. testamentum qu. 10. in f.* Neque enim ante confirmationem administrare tenetur, adeo ut si sponte administraverit, non *tutela sed negotiorum gestorum actio l. 1. C. de testam. tutel. vel etiam protutela detur l. 4. C. eod.* quod indicium præbet, eos ante confirmationem *ipso jure* tutores non esse. Ex quo (V) etiam hæc differentia fluit, V. Differentia. quod tutor, Romana confirmatione indigens, non te-

neatur se excusare, ante confirmationem. Ita enim in *l. 1. C. b. t. Testamento matris tutores dati, excusare se necesse non habent, nisi decreto secundum voluntatem defunctæ, & quidem inquisitione habita, dati fuerint.* Unde tempus, quod excusationi præfinitum est, ante confirmationem non cedit *l. 2. C. eod.* At si tutores perfecte dati sunt, statim se excusare debent, antequam ex præscripto *ordin. politicæ* confirmentur, & statim cedit tempus, excusationi præfinitum. Imo (VI) quod magis est, qui secundum ordinationem politicam confirmati sunt, non amplius se possunt excusare, cum hac confirmatione suæ excusationi renunciaffe censeantur, quæ tamen adhuc salva est post confirmationem Romanam *l. 1. & 2. C. b. t.* Hujus ratio diversitatis hæc est, quæ novam (VII) diversitatem constituit, quod tutores imperfecte dati non teneantur ipsimet confirmationem petere, hodiernam autem ipsi petere tenentur, adeo ut si id ipsum neglexerint, de omni damno, quod pupillo interim obvenit, teneantur, cum quicquid tutor ante decretum gesserit, validitate sua careat. *Mynf. cent. 2. obs. 37. Mev. ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 27.* Imo (VIII) Romana tantum in tutore testamentario, hodierna vero in quovis necessaria est. Ex his adductis differentiis satis apertum est, confirmationem Romanam adhuc hodie superesse etiam post ordinationem politicam, quamvis non negem, in casu, quo de jure Rom. confirmatio necessaria est, hodie utramque simul & uno contextu fieri posse, ut tamen propter effectus diversissimos nec hodie confundi debeant.

VI. Differentia.

VII. Differentia.

VIII. Differentia.

An omnes tutores hodie sint confirmandi?

§. VI. Sed reliqua, quæ *hodiernæ confirmationi* propria sunt, persequar. Ea requiritur secundum *ordinationem politicam* in omni tutore, testamentario, legitimo

timo & dativo. Hæc tamen in *reformat. Francof. P. 1. tit. 1. §. ult.* tantum restricta est ad tutorem testamentarium & legitimum, ut dativi eo jure speciali confirmatione non indigeant, quod eo ipso, quo dentur, ipsis quoque administratio concessa esse videatur. Cum ergo etiam in testamentario tutore requiratur, facile apparet, quid dicendum sit ad quæstionem, an ad legitimandum tutorem testamentarium hodie sufficiat producere testamentum, in quo is, qui tutorio nomine agit, tutor datus est? Quod quidem affirmat *Gail. 2. obs. 107. n. 6.* quod ex hoc indicio satis constare possit, eos testamento constitutos esse, quam sententiam etiam propugnant *Berl. P. I. concl. 16. n. 7. Mynsing. cent. 2. obs. 37. Roding. in Pandect. Cameral. lib. 3. tit. 29. den. 13.* Verum rectius contrarium statuit *Lauterbach. ad tit. de admin. & peric. b. r. §. 7.* quia per testamentum nihil ulterius probatur, quam tutorem a patre datum esse, id quod tamen non sufficit ad legitimandam ejus personam, sed hunc in finem ante omnia requiritur decretum, quippe per quod demum ei administratio, ad quam etiam lites spectant, conceditur. Inde ne quidem testes hic admittuntur, quum illa, quæ solennitatem scripturæ desiderant, alio modo expediri non possint. *Mev. conf. 71. n. 1. seqq.* Imo ne quidem copias decreti producere sufficit, sed ipsum producendum est originale. *Id. cit. l. n. 4. conf. Martin. ad process. Saxon. in annal. forens. tit. 9. §. 2. n. 1.*

§. VII. Quandoque contingit, ut tutores impediantur liti interesse, nec tamen procuratores constituere possint, quod vel pupilli sint infantes vel absint, inde iis concessum est *actores* constituere, qui periculo tutorum liti interfunt, de his ergo quæritur: An hi quoque hodie decreto magistratus confirmandi sint.

An hodie actores decreto judicis confirmandi?

De jure civili res expedita est, decretum judicis necessario hic requiri per §. *fin. l. de curat. l. 24. de admin. tut. l. un. C. de act. a tut. vel cur. dand.* Idem quoque confirmatum est in *ordin. judic. Trevirens. fol. 47.* ubi ita: Aber vor Befestigung des Krieges kan er das nicht thun, sondern wo er der Sachen aus andern Ehehaften selber nicht warten, noch vorseyn möchte, soll er mit Zulassung und Erkenntniß des Richters einen actor sehen. Idem in *statut. Wormat. p. 4. lib. 4. tit. ibi*: Doch mit Erlaub- und Erkenntniß unser des Raths als der Obrigkeit. Similiter in *ordin. judic. Juliac. c. 48.* §. nachdem ibi: Doch nicht anders denn mit Erkenntniß, und Zulassung des Gerichts verordnen. Verum in Saxonia, aliisque plerisque locis *decretum magistratus* in actoris constitutione non requiritur, sed sufficit actorum actoris Berlich. *p. 1. concl. 16. n. 10.* Carpz. *lib. III. resp. 14. n. 7.* Brunnem. *ad l. un. C. de actor. a tut. vel cur. dand. n. 3.* Schilter. *ex. 37. §. 94.* Præter actorum tamen etiam actores exhibere debent tutorum *tutoria*, ut constet, eos esse tutores legitime confirmatos, a quibus actor se confirmatum dicit. Carpz. *in proc. tit. 5. art. 5. n. 33. seqq.* Gail. *1. obs. 107. n. 1.* nisi forsitan tutor in eo judicio confirmatus esset per decretum, tunc enim vel ad illud provocasse sufficere potest. Hæc praxis de constituendo actore *sine decreto magistratus* inde originem traxisse videtur, quod fere hodie *actores* ad instar *procuratorum* ad universam litem constituentur, & inde magis cum *procuratoribus* æquiparandi sunt, quod olim secus. Unde etiam in stat. Hamb. *tit. 9. §. 2.* hæc differentia inter actores, & procuratores plane sublata est his verbis: Obwohl Vermöge gemeiner beschriebener Rechte, die Vormünder vor der Krieges-Befestigung alleine actores und nicht procuratores ordnen mögen, so wollen wir doch solchen Unterscheid aufgehoben, und ihnen nach ihres tragenden Amtes Noth-

Nothdurfft einen procuratorem zu setzen Macht gegeben haben.

§. VIII. Neque vero hæc dispositio de confirmandis tutoribus tantum ad privatos spectat, sed etiam illustres tutores vel curatores stringit, ut hi quoque hodie a Majestate Cæsarea vel Camera Imperii confirmandi sint, quatenus immediate imperio subsunt. Myler. ab Ehrenbach. *de princ. & stat. c. 29. §. 4.* Lauterbach. *in coll. pr. b. t. §. 7.* Rosenthal. *de feud. c. 12. concl. 10. n. 64. seqq.* Blum. *in process. camer. c. 42. n. 11. seqq.* Unde & matres illustres, si tutelam sponte suscipere gestiunt, confirmandæ sunt, uti praxis imperii docet. Illustrari hoc commode potest ex tutorio MARIAE CATHARINÆ viduæ Ducis Adolphi Friderici Mecklenburgici Swerinensis, cui tutela liberorum solenni diplomate anno 1661. confirmata est: Wir Leopold von Gottes Gnaden, erwählter Römischer Kaiser etc. entbiethen der tit. Mariæ Catharinæ, geborenen zu Braunschweig und Lüneburg, Herzogin zu Mecklenburg, sowohl denen tit. Carln und Johann Georg, Gebrüdern, Herzogen zu Mecklenburg, unser Kaiserliche Gnad und alles Gutes hiemit zu vernehmen. Demnach der tit. Herr Adolph Friedrich, Herzog zu Mecklenburg E. Ebd. respective Ehe-Gemahl und Vater vershienen Jahren das zeitliche Leben geendiget, und sechs annoch minderjährige Kinder, mit Nahmen Friederich, Adolph Friederich, Julianam Sybillam, Christinam, Mariam Elisaberham, und Annam Sophiam alle Herzogen und Herzoginnen zu Mecklenburg hinterlassen, deren Vormundschaft-Administration E. Ebd. als respective, leibliche Mutter und Geschwistrige gutwillig anzunehmen entschlossen, und uns angefucht, sie zu derselben Vormundern zu confirmiren und zu verordnen, des wir gnädigst angesehen, solche E. Ebd. demüthige, ziemliche Bitt und nahe Verwandnuß, deswegen ihre obbenannt minderjährige respective Kinder und Geschwistrige billich ihre Zusucht zu E. Ebd. setzen und haben sol-

Hæc confirmatio necessaria est in tutoribus illustribus.

Exemplis declaratur.

sollen, und darauf aus obliegenden Obristen Vormundes-Amt E. Liebden diese Vormundschaft aufgetragen, gewilliget, und sie zu ermeldten Pupillen Vormündern auf die vorher vermittels ihres Bevollmächtigten unsers und des Reichs Lieben getreuen Ehrenreich Harrers, Agenten an unserm Käyserlichen Hof, abgelegte gewöhnliche Vormunds-Pflicht, und von E. der vermittelten Herzogin E. erfolgte Renunciacione secundarum nupriarum, Senatus-Consulti Vellejani, und andern Behelffen und Freyheiten, so Ihro wider diese Vormundschaft gebühren möchte, gnädigst verordnet, angenommen, dazu bestärtigt und angefetzt haben, auch in Kraft diß hiemit verordnen, bestärtigen und ansetzen, und bestellen demnach E. Ebd. samt und sonders hiemit gnädigst, und wollen, daß sie angeregter Vormundschaft sich alsobalden gehorsamlich unternehmen und damit beladen, und Eingang gemeldter ihrer respective Kinder und Geschwistigen Haab und Güter inner und außserhalb Gerichts, wann und so oft solches die Nothdurft erfordern wird, in unsern, als aller Wittwen und Wäysen Obristen Vormunds, Nahmen, wie sich gebühret, versehen, vertreten und versprechen, derselben Nuß und Frommen besten Vermögens befördern, dagegen Nachtheil und Schaden abwenden und fürkommen, von ihren der Pupillen Haab und Gütern Inventarium machen lassen, und ihrer Vormundschaft-Administration und Handlung zu gebühlicher und rechter Zeit, wann es die Nothdurft erfordert, und von E. Ebd. begehret wird, gebühliche Rechenenschaft, Red und Antwort geben, mit vollkommener Uberlieferung alles dessen, was dieser Vormundschaft halber zu Ihren Händen kommen, und besagten Pupillen zustehet, und E. Ebd. Ihnen schuldig seyn und verbleiben würden, und dann sonst alles dasjenige thun, handeln und fürnehmen, was getreuen Vormünderin und Vormündern gebühret und obliegt, bey E. Ebd. Haab und Güter, allermassen sie solches gegen Gott dem Allmächtigen, auch uns, als obersten Vormünder, und sonst männiglich zu verantworten getrauen, und obangeregte derentwegen durch obbenannten ihren Bevollmächtigten geleistete Vormund-Pflichten solches mitbringen und erfordern, getreulich, ohne Argelist und Gesehrde.

Und

Und gebiethen darauf allen und jeden Churfürsten ꝛc. ernst- und festiglich mit diesem Brief, und wollen, daß sie Eingangs ernannte Herzogin Maria Catharina zu Mecklenburg, und sie beyde Gebrüder, Carl und Johann Georg, Herzogen zu Mecklenburg, an administration und Verwaltung obangedeuter Vormundschaft ihrer respective Kinder und Geschwistrichen nicht hindern noch irren, sondern sie dieselbe ruhiglich verrichten lassen, und sie daran in keine Weiß noch Weg aufhalten, beschweren oder beeinträchtigen, noch solches jemanden anders zu thun gestatten, als lieb einem jeden sey unsere und des Reichs schwere Ungnade und Straff zu vermeiden, das meinen Wir ernstlich. Zu Urkund ist dis Brief besiegelt mit unserm Käyserl. anhängenden Insiegel Wien den 14. Febr. 1661. Aliud exemplum confirmationis imperatorix in domo Anhaltina occurrit; ubi matri Principis EMANUELIS LEBRECHTI tutela sequenti tenore ab Imperatore commissa, & eidem agnatus senior ex familia JOHANNES GEORGIUS gloriosæ memoriæ Princeps adjunctus est. Tenor confirmationis hic est. Wir Leopold, von Gottes Gnaden, erwehlter Römischer Käyser, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs ꝛc. entbiethen denen Hochgebornen Anna Eleonora, vermittibten Fürstin zu Anhalt, gebohrnen Gräfin zu Stolberg, und Johann Georgen, Fürsten zu Anhalt, Grafen zu Ascanien, und Herrn zu Bernburg, unser lieben Muhm, Oheim, Fürstin und Fürsten, unsere Käyserl. Gnad und alles Guts. Hochgebohrne liebe Muhm, Oheim, Fürstin und Fürst, demnach E. Pbbd. respective Ehe-Mann und Better, der auch Hochgebohrne Emmanuel, Fürst zu Anhalt, Graf zu Ascanien und Herr zu Bernburg, unser lieber Oheim und Fürst, unlängst zeitlichen Todes verschieden, und einen minderjährigen Sohn, mit dero der Wittib Pbd. ehelich erzeugt, Namens Emmanuel Lebrecht, Fürsten zu Anhalt, hinterlassen, dessen Vormundschaft E. Pbbd. als respective Mutter und nechster Better, Fürstin und Fürst zu Anhalt, auf Er. der Mutter Pbd. vorhergegangene renunciationem secundarum nuptiarum & Senatus - Consulti

Contin. III. L 11 Vel-

Vellejani zu unternehmen sich entschlossen, auch dieselbe E. Rdd. aufzutragen demüthigst und unterthänigst angehalten und gebeten. Als haben wir aus obliegenden obristen Vormunds-Amt und auf berührtes derenselben demüthigstes und unterthänigstes Anbringen, zumahlen bemeldter dero minderjähriger Sohn und Better diffals sein sonderbares Vertrauen und Zuversicht haben kan und solle, E. Rdd. solche Vormundschaft gnädigst aufzutragen bewilliget. Und nunmehr auf die vorhergegangene vermittels E. Rdd. vollmächtigen Gewalt-Tragers, unsers und des Reichs Lieben getreuen, Jonam Schrimpsen, Churfürstl. Sächs. Rath und Agenten an unserm Käyserl. Hof, abgelegte gewöhnliche Vormundschaft-Pflicht, E. Rdd. also zu dero Fürstl. Pupillen Vormündern an- und aufgenommen, darzu gnädigst verordnet und bestätigt haben, befehlen E. Rdd. solchem nach hiermit gnädigst, daß sie sich angeregter Vormundschaft gehorsamst unternehmen, vorgemeldten dero minderjährigen Pupillen Fürsten zu Anhalt Haab und Güther inner und aufferhalb Gerichts, wann und so oft solches seine Gelegenheit und Nothdurft erfordert, in unserm als obristen Vormunds Namen, wie sich gebühret, versehen, desselben Nutzen und Frommen bestens Vermögens fördern, Dagegen Schaden und Nachtheil abwenden, und fürkommen, von seinen Haab und Güthern ein inventarium machen lassen, von ihrer Vormundschaft-administration und Handlung zu gebühlicher und rechter Zeit, wann es die Nothdurft erfordert, und von E. Rdd. begehret wird, gebühliche Rechenschaft, Red und Antwort geben mit vollkommener Ueberlieferung alles dessen, so dieser Vormundschaft halber zu E. Rdd. Händen kommen, und besagten Ihrem Fürstl. Sohn und Better zustehet, und sie ihm schuldig seyn und verbleiben werden, und sonst alles dasjenige thun, handeln und verrichten, was einer getreuen Mutter und Better nach Anweisung des H. Reichs Policcy-Ordnung gebühret und obliegt, Bey Verpfändung ihrer allerseits Haab und Güter, altermassen sie solches gegen Gott dem Allmächtigen, auch uns als obristen Vormündern, und sonst männiglich zu verantworten getrauen

trauen, und obberührte ihre derentwegen durch obgedachten Jo-
 nam Schrimpsen, geleiste Vormundschaft, Pflicht solches mit-
 bringt und erfordert, getreulich ohne Argelist und Gesehrde.
 Und gebiethen darauf allen und jeden Churfürsten, Fürsten,
 Geist- und weltlichen Prälaten, Grafen, Freyherrn, Rittern,
 Knechten, Land- Vögten, Hauptleuten, Bischüthern, Vögten,
 Pflegern, Verwesern, Amtleuten, Land- Richtern, Schultheis-
 sen, Bürgermeistern, Richtern, Rätthen, Bürgern, Gemeinden
 und sonst allen andern unsern und des Reichs Unterthanen
 und Getreuen, was Würden, Standes oder Wesens die seynd,
 ernstlich und vestiglich mit diesem Brief, und wollen, daß sie ob-
 benannte Annam Eleonoram, verwittibte Fürstin zu Anhalt,
 und Johann Georgen, Fürsten zu Anhalt, an administration
 und Verwaltung obgedrhtes ihres minderjährigen Fürstl. Sohns
 und Bettern Vormundschaft nicht hindern noch irren, sondern
 sie dieselbe geruhiglich verrichten lassen, sie daran an keinem
 Weg aufhalten oder beschweren, noch solches jemandes andern
 zu thun gestatten, als lieb einem jeden sey, unser und des Reichs
 schwere Unghat und Straffe zu vermeiden, das meynen wir
 ernstlich mit Urkund disß Briefs, besiegelt mit unserm Käyserl.
 anhangenden Insiegel, der gegeben ist in unser Stadt Wien
 den 12. Aug. A. 1671.

§. IX. Interim in personis illustribus hæc con- An tamen stri-
 cte hæc confir-
 matio requira-
 tur?
 firmatio Cæsarea non tam stricte observatur, sed quan-
 doque negligi solet, præsertim si nullæ contentiones
 circa ipsam tutelam adsint; tunc enim, quando con-
 troversia metuenda est, plerumque solent confirmatio-
 nem hanc petere. De hoc enim mihi fides facta est,
 multas confirmationes maternas in aula Cæsarea reperi-
 ri quasi derelictas, man hat sie unabgeldßt liegen lassen,
 adeo ut hodie cautiores in Cancellaria imperatoris esse,
 nec prius mandatarium ad juramentum admittere sole-
 ant, nisi de sportulis his satisfactum fuerit. Imo quod

maximum est, electrix Bavarix Maria Anna, quæ testamento tutori Electorali adjuncta erat, Recessui Imperii de anno 1656. aliquoties subscripserit, ut tamen nullum vestigium appareat, illam confirmationem Cæsaream unquam petiisse. Sic ulterius Joannes Georgius Princeps Anhaltinus filio suo unico Leopoldo conjugem charissimam HENRIETTAM CATHARIAM tutricem dedit, eamque simul regentem esse voluit, ad quam tutelam subeundam confirmatio Cæsarea nec impetrata nec petita. Ulterius AMALIA ELISABETHA Hassiæ Landgravia *sine ulla confirmatione* tutelam gessit, & egregie provinciis cum omni summa potestate præfuit, & tamen nihilominus in J. P. art. 15. §. 4. prædicatum Tutricis ei non denegatum, nec ob deficientem confirmationem ei circa talia negotia publica quæstio mota est. Constat enim ex actis comitorum d. die 26. Sept. 1640. relatis a Londorpio *ad cit. ann. p. 906.* tantum quæstionem hanc ei motam fuisse, an ob bellum contra Imperatorem susceptum ad votum & sessionem admittenda, ubi sola dubitandi ratio in *hostilitate* quæstita fuit, non, quod tutelæ confirmationem haud impetrasset. In eadem domo novum occurrit exemplum in HEDWIGA SOPHIA, quæ per plures annos omnia superioritatis jura sine contutore & confirmatione Cæsarea administravit, & tamen nihilominus Imperator in litteris ad ipsam missis titulum *der Vormünderin und Regentin* illi non denegavit. Nec desunt alia exempla, quæ omnia enarrare necesse non est.

Utrum hoc
jure fiat?

§. X. Scilicet quamdiu circa confirmationem ipsamve tutelam nulla movetur controversia, quamdiu

diu confirmationem nemo urget, tamdiu tutrices illustres sine confirmatione agere, & tutelam liberorum suorum administrare hæcenus possunt, hoc effectu scilicet, ut confirmatio Cæsarea non tam stricte hic desideretur, ut quicquid sine illa a matre illustri factum est, virtute sua careat. Ast si matri nomine filii vel coram Austregis vel aliis imperii tribunalibus experiendum, & adversarius exceptionem legitimæ opponat, illa a iudice negligi haud potest. Sicuti enim unusquisque, qui tutoris nomine experitur, in iudicio non admittitur, nisi de tutela sibi commissâ fidem fecerit, idque producto tutorio Gail. 1. *obs. 107. n. 1.* adeo ut nec mater ab hac legitimatione excepta sit, Montan. *de tut. c. 14. n. 7.* ita non video, quæ ratione mater illustris, si adversarius id magnopere urgeat, huic exceptioni aliter, quam productione tutorii satisfacere possit. Hoc enim secundum ordinaras juris regulas expeditum est, legitimæ ante omnia satisfaciendum esse, sine qua omnia, quæ aguntur, invalide aguntur, adeoque illum quoque, qui ad litem peragendam a matre illustri tutrice missus est, non tantum personam suam per oblationem mandati legitimi, sed etiam ipsius matris tutricis personam legitimare teneri. Et hac ratione de principis cujusdam impuberis tutore confirmando collegium quoddam consiliariorum consultum, multis rationibus hanc sententiam confirmavit, quod consilium cum hanc materiam eleganter illustret, hic repetere ex Schilteri *jure publico in f. in act. recess. imp. 72.* placet:

Constitutum de
confirmandis
tutoribus illu-
stribus.

Demnach die Chur- und Fürstlichen Sächsischen Hochan-
sehnlische Deputierte unser des Endes Unterschriebene Bedencken
verlangt, wessen sich die Durchlauchteste Herren Vormünder
wegen suchender Confirmation der Ihren Chur- und Fürstlichen
Durchl. Durchl. per testamentum aufgetragenen Vormund-
schaft zu verhalten haben möchten. So ist zwar Anfangs be-
kannt, daß nach denen beschriebenen alt Kaiserlichen Rechten,
diejenigen Vormünder, so in einem jährlichen Testament benant
und verordnet, weder einer fernern confirmation bedürfen,
noch zu einiger caution oder satisfaction verbunden seyn. Nach-
dem aber die Teutsche Reichs-Satzunge, und namentlich die
Policey-Ordnung de anno 1548. tit. von den Pupillen und
minderjährigen Kinder-Tutoren §. daß auch ein jeglicher Vor-
münder 2c. und anno 1579. tit. 32. §. daß ein jeglicher 2c. von
voriger disposition der Rechte in so weit abgeschritten, und ins-
gemein disponiret, daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich
Testaments-weise verordnet, oder durch das Recht oder Richter
gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen solle, die
Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decerniret
und befohlen, so stehet zwar dahin, ob diese constitutiones
eben auf die Vormundschaften der Chur- und Fürsten zu ex-
tendiren, oder nicht vielmehr nur von denen Vormundschaften
der privatorum zu verstehen, Massen die Worte vor allegir-
ter Policey-Ordnung eigentlich auf die privatos und mediatos
lauten, ibid. So wollen wir allen und jeden Churfürsten,
Prälaten, Grafen, Herren von Adel und Communen, hiermit
ernstlich aufgelegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthü-
mern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebiethen, dermassen
Vorsehung zu thun und zu verordnen 2c. Und findet sich bey de-
nen Rechts-Lehrern, die nach der Policey-Ordnung geschrieben,
nicht, daß sie die confirmationes tutorum testamentariorum,
sonderlich der Chur- und Fürsten, vor nöthig erachtet, vielmehr
setzet Gail. lib. 2. obs. 167. n. 5. Quodsi testamentarii tu-
tores dati, tunc sufficit loco curatorii exhibere copiam
col-

collationatam testamenti, vel aliud legitimum documentum, ex quo judici constare possit, constituentes actorem esse testamentarios tutores. Immassen auch in denen von Raphael Sellero colligirten *Cammer-Gerichts-Urtheln part. 2. art. ad annum 1569. 7. Febr. f. 736.* eines zu befinden, da dem Anwalt seiner legitimation halber allein auferlegt worden, glaubliche Anzeigung zu thun, daß die in Gewalt ernannte testamentarii tutores seyn, ohne Meldung einiger confirmation, und Guilielmus Rodingius in seinen *Pandectis Cameralibus lib. 3. tit. 29. §. 13.* führet schlechterdinges ob allegirte doctrinam Gailii an, und läßt dabey bewenden, sowol als dessen des Rodingii unbenannter additionator, der doch ein vornehmer und fleißiger Advocatus und Procurator Camerae (namentlich D. Paulus Camsius) gewesen. Mynfingerus aber *cent. 2. obs. 37.* schreibet noch klärer: Si ex testamento apparet, ipsum non modo tutorem constitutum a patre, sed etiam administrationem bonorum ei commissam, non est necesse, quod ei a iudice decreta sit administratio. Ja Ludolphus Schraderus, der des Kaisers Rudolphi II. & Maximiliani II. und anderer Chur- und Fürsten Rath tituliret wird, will in seinem tractatu feudali *part. 10. Sect. 19. n. 18.* nicht glauben, quod regula de confirmando tutore, in testamento minus solenni dato, locum habeat in tutore dato a Rege, Marchione, Duce, Comite, etiamsi datio facta sit in testamento minus solenni. Und ob gleich Rosenthal *de feudis tom. 2. cap. 12. concl. 10. n. 15. & sqq.* vom Schradero diffals dissentiret, so erscheinet doch aus selbiger conclusion gnugsam, daß gemeldeter Rosenthalius allerdings præsupponiret, ein Testamentlicher Vormund, der in einem testamento solenni verodnet, bedürfe keiner confirmation. vid. *num. 12. 20. &c.* mit dem es auch Limnæus *de jure publ. lib. 4. c. 8. n. 179.* zu halten scheint, mag auch endlich wohl seyn, und dürften sich Exempla finden, da in dergleichen Fällen keine con-

confirmaciones geschehet oder ertheilet werden. Gestalten bey hiesiger Fürstlichen Causley nicht das geringste vestigium anzutreffen, daß weiland Herzog Friedr. Wilhelm der Chur-Sachsen Administrator Christ-milder Gedächtniß, benebenst seinem Herrn Mit-Vormunden dem Chur-Fürsten zu Brandenburg, noch auch daß nach Hochgedachten Herrn Administratoris Absterben, dessen hinterlassenen Fürstlichen Kindern Tutores (welche zwar keine testamentarii, sondern vielmehr legitimi gewesen) als anfangs weiland Herzog Johann zu Sachsen, so dann Chur-Fürst Christianus II. und letztlich Chur-Fürst Johannes Georgius I. alle Hochseligen Andenkens, sich um einige Confirmation beworben, oder dieselbe an einem des Reichs höchsten Gericht ausgebracht. Dieweil aber dennoch die vor allegirte Scriptoros, sonderlich die Camerales, mehr auf die legitimacionem ad causam, als curiam das Absehen gerichtet, auch viel Exempla zu finden, da der gleichen tutores testamentarii, ob sie gleich sothaner confirmation etwan so groß nicht vonnöthen gehabt, dieselbe dennoch um mehrer Gewisheit willen, gesucht und erhoben, so scheint wohl, daß die mehr allegirte Policcy-Ordnung nach und nach mehrers zur Observanz gebracht, und insonderheit ihre extension auch auf die Reichs-Stände gewonnen haben müsse. Wie denn schon der eben vorhin angezogene Rosenthalius in eben selbiger *conclusion* num. 64. 65. 66. 69. 70. die Formulam, wie um die confirmation der Testamentirlichen Vormunden am Cammer-Gericht Ansuchung zu thun, und was etwa sonst duffals vorzugehen pfleget, umständlich tradirt, dergleichen auch novissime in Jacobi Blumens *processu Camerali* tit. 42. n. 25. zu sehen, welcher hierüber in seiner *Cbiliade Sententiarum Cameralium* add. 6. Jan. 1655. n. 94. fol. 39. eine confirmationem tutelæ testamentariæ, und zwar der Fürstlichen Personen in forma referret: zudem am Kaiserlichen Hoffe die noch gar neue Exempla

pla von der Brandenburg-Eutzbachischen, und hernach von der Dnoltzbachischen Vormundschaft bekandt, und bey dem Käyserlichen Hofe, als jüngsthin daselbst bewuster massen sondirt worden, die confirmation, wann anderst die Vormundschaft im Reich, und besonders am Käyserlichen Reichs-Hofrath und Cammer-Gericht dafür gehalten werden solte, allerdings vor nöthig gehalten werden wollen. Als gehen unsere unvorgreifliche Gedanken dahin, daß mit Suchung mehrberührter Confirmation um so viel weniger anzustehen, als der gewiseste und sicherste Weg allezeit der beste, auch der Respect der Römischen Käyserlichen Majest. als des hochgeehrtesten Ober-Haupts, höchsten und allgemeinen Ober-Vormundes und Lehn-Herrns (als welchem, wie des Vasallen hinterlassene Pupillen, samt dessen Fürstenthum und Landen versorget, auch so es, wie allhie, ein Reichs-Stand, dessen Vorum und Sessio im Reichs-Rath vertreten würde, zu wissen billig hoch anlieget,) so dann die facilitirung der künfftig am Käyserlichen Hoff suchenden Lehn, und anderer Angelegenheiten, besorab derer daselbst so wohl als dem Käyserlichen und des Reichs Cammer-Gericht hastender oder noch künfftig erhebender Processen, die mehrere authorisirung derer mit denen benachbahrten und sonst vorhabenden Handlungen, und also allenthalben das interesse des Fürstlichen Pupilli erheischen thut. Signat. Altenburg den 30. Julii anno 1669. Hinc cum in Regimine Magdeburg. Augustissimi Regis nostri ante viginti annos casus conringeret, ut aliquis ex Saxoniae Ducibus tutorio nomine contra debitorem quendam experiretur, hic vero legitimationis exceptionem opponeret, post consultationem Facult. Jurid. Erfordiensis die 20. April. 1691. pronunciatum, daß ein gehöriges tutorium zu produciren sey, & inter rationes decidendi hoc assertum, daß nach Anleitung der Röm. Policy Ordnung de anno 1577. tit. 32. & Gail. Obs. 1. n. 47. an Seiten der Fürstl. Herren Erben

Conrin. III. M m m ein

ein tutorium von gehörigen Orthen einzubringen, quod cum deinceps haud fieret, anſam dedit, ſufflaminandi continuationem proceſſus, & amicabilem compoſitionem promovendi.

Confirmatio
a tutore ipſo
petenda.

§. XI. Confirmatio ipſa hodierna petenda eſt a tutoribus legitime conſtitutis, quia hæc conſequens neceſſarium eſt agnitionis tutelæ Schrad. *de feud. P. 10. Sect. 20. n. 97.* id quod etiam diſerte proviſum in *Ordin. Polit. Megapol. ſub. rubr. von Vormundſchaften §. u. damit,* & quidem communiter (1) tenentur exhibere copiam teſtamenti, in quo nominati ſunt, vel, ſi legitimi tutores ſunt, docere, ſe jure proximitatis ad tutelam vocatos eſſe. (2) Referre, pupillum judici, a quo confirmatio petitur, eſſe ſubjectum. (3) Se offerre ad juramentum, ubi id adhuc exigitur, & alia præſtanda, quæ tutoribus confirmandis incumbunt. Conf. Blum. in *Proc. Cam. tit. 42. §. 15. Et in tr. de Supplicat. Camerar. tit. 14. pag. 559.*

Coram quo
judice?

Porro ab eo petenda eſt confirmatio, qui tutorem dare poteſt, & ita ad judicem pupilli ordinarium reſpiciendum eſt. Quocirca ſi pupillus immediate imperio ſubjectus eſt, confirmatio a ſummis imperii tribunaliſus petenda eſt. Forum Auſtregarum hic ceſſat, quod tantum locum habet, quando quis conveniendus eſt *umb Spruch und Forderung, die einer zum andern hat oder gewinne* *ordin. Cam. P. 2. l. Pr.* Imo cum forum Auſtregarum unice in hiſ, quæ contentioſæ jurisdiſtionis ſunt, fundatum ſit, minime poteſt locum habere in cauſis hujusmodi, quæ magis ad voluntariam jurisdiſtionem inclinant. Quodſi pupillus bona quædam mediata habeat, alterius principis territorio ſubjecta, & hæc ſpeciatim ejus adminiſtrationi com-

committenda, (tutelam enim dividi etiam quoad patrimonium posse, extra controversiam est, *arg. l. 2. C. de divid. tut.*) non necessarium foret, confirmationem ab aula Cæsarea aut camera imperiali impetrare, sed illa a principe, sub cujus territorio bona sita, recte peti posset *arg. l. un. c. ubi pet.* Exemplum occurrit in BARBARA MAGDALENA Comite de Mansfeld, quæ tutrix filiorum Dn. Hoyerii & Dn. Jo. Georgii Comitum de Mansfeld constituta & confirmata a Duce Augusto, Administratore Magdeburgico, cui Georgius Henricus a **König**, Hereditarius in **Schraplau**, adjunctus fuit. Similiter qui forum privilegiatum habent, a iudice illius iudicii confirmantur, veluti si minister ecclesiæ moritur, confirmandus est tutor a Consistorio, si civis academicus, a magistratu academico. Quod si ergo quæstio est de pupillo vasallo, cui tutor datus est respectu feudi, maxime si agnati, exclusis cognatis, illam ambiunt, confirmatio a Domino feudi impetranda & petenda est, quia Vasallus, qua talis, domini feudi jurisdictioni subjectus est; is vero demum confirmare tutorem potest, cujus jurisdictioni subest pupillus, sicuti etiam dominus feudi ei tutorem dare potest. *Schrad. de feud. P. 10. sect. 20. n. 228.*

§. XII. Quid vero dicendum, si tutor subest aliene jurisdictioni, quis hunc confirmabit, veluti si pupillus mediate, tutor vero immediate imperio subjectus sit? Equidem si sponte tutelam ipse suscipere paratus sit, confirmandus est ab eo iudice, cujus jurisdictioni subest pupillus. At si recusat tutelam in se suscipere, quia iudex pupilli eum cogere nequit, in subsidium juris implorandus est ejus iudex competens, tum ut eum ad tutelam suscipiendam compellat, tum ut confirmet. *Blumius in proc. Cam. tit. 42. §. 13.* Idem quo-

Quid si tutor
aliene juris-
dictioni sit
subjectus?

que dicendum est, si plures tutores diversis jurisdictionibus subsint. Gylman. in *sympborem. voc. tutela §. an liberis.*

Quando petenda confirmatio?

§. XIII. Porro petenda est a tutore confirmatio, statim atque is tutelam vel curam sibi delatam esse agnovit, si nullas justas se excusandi causas allegare queat, alioquin suo periculo cessat, si interim damnum pupillo obveniat. Schrader. *de feud. p. 10. sect. 20. n. 97. & 100.* Si tutor hoc negligat, iudex etiam ex officio, nemine petente, ipsum confirmare & tutelam ei decernere potest & debet. Nam & iudex, utpote cui itidem pupillorum tutela commissa est, maxime prospicere debet, ne quomocunque damnum incurrant, alioquin quoque in subsidium, excussis bonis tutorum, conveniri potest. Sicuti enim magistratus compellere debet tutorem ad tutelam suscipiendam, etiam ex officio, *Id. cit. loc. n. 10.* ita quoque curare ex officio debet, ut quam primum confirmetur. Unde non dubium est, quin magistratus pupilli eum citare possit, ad confirmationem impetrandam.

Quid si confirmatio haud accesserit?

§. XIV. Ideo autem tutor in primis sollicitus esse debet de confirmatione, quia ante illam, administrationem tutelae nullo modo subire potest, uti pluribus Dd. testimoniis illustrat Schraderus *cit. l. n. 92.* adeo ut iudicium agitatum cum tutore, antequam ipsi decreta sit administratio a iudice, sit prorsus nullum, nec pupillo noceat. Mynsing. *cent. 2. obs. 37. Mev. ad Jus Lubec. lib. I. tit. 7. art. 2. n. 27.* Equidem Mynsingerus *cit. loc.* hoc limitat in tutore testamentario, sed contrarium jam supra ostensum est. Hoc interim facile admitto, (1) sententiam pro pupillo latam eo ipso impugnari non posse. *l. 14. C. de procur. ne, quod in eorum favorem intro-*
du-

ductum est, in eorum odium detorqueatur: prodesse enim talis tutor pupillo non prohibetur, sed præjudicare nequit. Montan. *de tutel. c. 32. reg. 3. n. 8.* (2) tutorem illa administrare posse, quæ per moram detrimentum pupillo adferre possunt. Gutierrez. *de tutel. c. 5. n. 10.* vel alias concernunt utilitatem pupilli. Mev. *cit. l. n. 29.* ipsi interim tutores non tantum tenentur pupillo ad reparationem damni, si confirmationem neglexerint, sed quandoque arbitrarie puniri possunt, prout provisum est in *Stat. Lubec. c. 1.* ubi dicitur; Wann sich aber einer oder mehr einer Vormundschaft unterwunden, ohne Bestätigung des Rathes, soll davor in Straffe genommen werden. An vero talis tutor, qui tutelæ administrationem sine prævio decreto suscepit, successione ab intestato pupillorum privetur, si in impubertate decesserint, non immerito in dubium vocatur. Equidem id ipsum defendit Schrader. *de feud. p. 10. sect. 20. n. 226.* & argumentum desumit a matre, quæ liberis haud petiit tutorem, in quam hæc pœna privationis statuta est, quod facile quidem admitto, si statuto hæc pœna expresse determinata est, prout exemplo Ducatus Megapolitani id Schraderus confirmat. Ast si secundum jus commune pronuntiandum foret, putarem sententiam contrariam accipiendam esse. Sunt pœnæ privationis omnino odiosæ, & ita de casu ad casum haud extendendæ. Præterea etiam ratio diversitatis hic in promptu est, quod mater tutores plane non petens indefensos in totum pupillos relinquat, id quod tamen hoc casu secus se habet, tibi pupilli sub defensione tutorum sunt, & consequenter non tanta culpa est in iis, qui decretum petere negligunt, ac quidem in matre, quæ liberos indefensos in totum relinquit. Denique, hæc confirmatio est de jure, non

An privetur
tutor successione,
qui non impetavit
decretum?

Tutor ipse
hunc defectum
allegare ne-
quit.

Romano, sed recentiori, cui proinde pœnæ juris Romani haud sunt applicandæ. Denique (3) quamvis pupillus hunc defectum pro se allegare, & nullitatem inde demonstrare possit, ipse tutor tamen minime eum adversario objicere potest. Hæret ipse tutor in culpa, imo quodam delicto, quod ipsi prodesse nequit, sicuti nemini permissum, turpitudinem propriam allegare, quod fufius declarat Schrader. *cit. l. 191. seqq.* id quod tamen distinctionem recipit; Aut enim tutor hunc defectum pupillo opponere intendit, aut tertio, quo cum tutorio nomine egit. Hoc casu salva est decisio adducta, neque enim hoc prætextu se liberare potest a rationibus reddendis, quod confirmatus haud fuerit, nam etiam ut protutor tenetur. Hoc vero casu aliud dicendum esse arbitrator, quia ita tutor nomine pupilli allegat nullitatem, & quod pupillus inde non obligetur, adducit, quo ipso quidem tutor nomine pupilli absolvendus, sed, quia textum ita decepit, proprio nomine ab eo conveniri potest.

An testator
confirmatio-
nem testamen-
to remittere
possit?

§. XV. Hanc tamen necessitatem, confirmationem impetrandi & petendi, duobus modis cessare communiter existimant. (1) Si testator in suo testamento disposuerit, quod tutor designatus tutelam suscipere possit absque decreto judicis ejusque confirmatione, (2) Si statuto vel consuetudine hæc necessitas remissa est. In primo casu distinguit Schraderus *de feud. p. 10. Sect. 20. n. 105.* inter bona, de quibus testator pro lubitu in suo testamento disponere potest, & de quibus libera dispositio ei denegata est. Hoc casu non valere hanc dispositionem existimat, veluti quoad legitimam & bona feudalia, bene tamen illo. Fundamentum primum inde petit, quod testator possit legatario permittere, ut propria auctoritate rem legatam occupet. *l. 34. §. Lucius*

cius de legat. 2. de quo dixi in. caut. testam. §. 20. §. 7. quod citra hanc permissionem alias legatario integrum haud est l. 1. §. 2. quod legat. Carpz. p. 3. c. 9. def. 27. Verum de hac sententia merito dubito, eamque dispositionem indistincte invalidam esse existimo, cum nemo in suo testamento possit cavere, ne leges in eo valeant *l. nemo potest. 55. ff. de leg. 1.* Jam autem adest expressa constitutio supra adducta, ne tutores absque decreto magistratus suscipere debeant administrationem tutelæ, quæ prohibitiva est, *præcisæ necessitatis*, ut sic dispositioni testatoris non sit subiecta, id quod verba satis indicant, daß auch ein jeglicher Vormünder ic. sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen, quibus verbis *conditio*, quæ per se *in dispositivis* necessitatem infert, continetur, operaturque, ut ea non servata actus sit nullus *l. 44. l. 55. de condit. Et demonstr. Tiraquell. de retract. tit. 2. §. 2. gl. 1. n. 3. 4. Menoch. conf. 60. n. 49. Tusch. pract. concl. tom. 2. tit. C. concl. 438. n. 8.* Excipit quidem Schraderus *cit. l. n. 108.* illam constitutionem imperit ita accipiendam esse, ut eo casu locum non habeat, quando testator tutori in testamento administrationem decrevit: nam id ipsum est, de quo quæritur. Verba constitutionis admodum generalia sunt, & disertis verbis testamentarii tutoris mentionem faciunt: er sey gleich Testaments-Weise verordnet, ut hic quoque non aliter tutelam suscipere possit, nisi prius a magistratu confirmatus sit. Est hæc dispositio in utilitatem publicam & favorem pupillorum introducta, qui post mortem patris sunt *in tutela reipubl.* ut dicitur *in l. 2. §. 1. ne de stat. defunct.* quod nec ipse Schaderus *cit. l. n. 120. in f. negat.* cui pater renunciare nequit, nec aliquid disponere

con-

contra jus publicum potest *arg. l. 38. § 42. de pact.* Imo licet in imperfecta tutela, quæ Romana confirmatione indigebat, tutor soleat confirmari absque inquisitione, non tamen semper magistratus sequitur iudicium patris *l. 10. ff. b. r.* ut hic quoque applicari possit sententia JCr In *cit. l. 10. utilitatem pupillorum prætor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum.* Et licet præsumtio sit, patrem optimum consilium cepisse pro liberis suis; multa tamen incidere possunt, quæ pater ignoravit, & tamen magistratui postea comperta fiunt. Quid enim si antea ignorata improbitas emerfit? *l. 8. b. r.* semper itaque interest pupillorum & ipsius reipubl., ut tutores testamentarii confirmentur prævio decreto, nulla patris prohibitione obstante. Et quamvis alias omnes constitutiones secundum jus commune intelligi & restringi debeant, ut juris communis correctio evitetur, quod imprimis urget Schraderus *cit. l. n. 109*, hæc tamen constitutione de anno 1584. & 1577. jus commune non tam correctum, quam præter illud novum jus constitutum est, quod jure communi haud continetur: quo posito restringi & secundum jus commune intelligi nequit, quod juri communi plane ignotum est. Denique argumentum a legatario, cui testator apprehensionem rei legatæ permisit, desumptum plane non stringit. Prohibitum est legatario, propria auctoritate legatum occupare, idque in favorem heredis, cui tamen testator in suo testamento præjudicare potest, quatenus legibus prohibitis hoc non repugnat: alioquin etiam talis dispositio haud valet, veluti si testator permisisset occupationem rei legatæ, licet vel maxime possessio ejus ab herede jam esset apprehensa. Talis enim apprehensio vim argueret, quam testator suo testamento, contra leges, indulgere

lega.

legatario nequit, ut dixi in caut. testam. cit. l. Præterea non eadem ratione potest præjudicare liberis suis intuitu tutelæ, quæ publici juris est, uti quidem testator heredi præjudicare potest ratione legati, in quo nulla publica utilitas, sed tantum privatum heredis commodum vertitur, quod tamen testator impedire potest.

§. XVI. Pergo ad alterum casum, si statuto vel consuetudine invaluit, ut confirmatio nulla in tutoribus constituendis adhiberi debeat. Tale statutum obtinere Francofurri ad Mcenum, supra dictum est, ubi confirmatio specialis in *dativo* remissa est ex hac ratione: *Dietweil, indem sie geordnet werden, ihnen zugleich auch die Verwaltung anbefohlen und vertrauet wird. vid. reform. Francof. P. 7. tit. 1. §. 10.* Verum an ejusmodi statutum vel consuetudo valeat, merito hic inquirendum est. Et quidem consuetudinem post R. I. de anno 1577. introductam; vel statutum, post illam constitutionem conditum, valere existimat Schraderus *de feud. P. X. sect. 20. n. 116.* sed quæ ante illam obtinuit consuetudo, vel alia statutaria dispositio viguit, illa iudice Schradero *n. 119.* vim omnem amisisse viderur, quippe quæ correctæ & sublata est per illam ordinationem politicam, ut in ea nulla facta fuerit mentio statutorum vel consuetudinum contrariarum, id quod plurib. argumentis illustrat & confirmat. Equidem negare haud possum, hanc reformationem hac intentione promulgatam esse, ut statutis omnibus & consuetudinibus contrariis abrogatis, unice in decisionibus causarum attendere-
retur, id quod ex his potissimum verbis colligitur: *inmassen dieselbige euch allesamt und sonderlich und gemeinlich allen unsern und des Reichs Unterthanen und Verwandten hiez mit verkündiget wird, mit dem ernstlichen Befehl, daß ihr derselben alles ihres Jahrs als bey Noen und Strass, in einem jeden Articul verleiht, gehorsamlichen und festiglichen vor euch selbst gelebet,*
Contia. III. N n n und

An statuto contrario hæc confirmatio tolli possit?

und die nun dahin weist und vermöget, diese unsere Reformation und Ordnung bey Vermeidung derselben Strafen also unverbrüchlichen zu halten und deren nachzukommen. Imo in specie, ubi de tutoribus disponitur tit. 32. disertis verbis singulis statibus imperii injungitur: In ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten, und Gebieten dermassen Verschung zu thun, und zu verordnen. Verum utrum hic finis obtentus & hæc constitutio mox ubique recepta fuerit, hic potissimum inquirendum. Neque enim cum Schradero status controversiæ ita formandus est, utrum reformatio politica in hunc finem condita sit, ut consuetudines & statuta quævis tolleret: sed potius an statuta contraria vel consuetudines ei adversantes revera etiam sustulerit, & ita ubique locorum in praxin deducta fuerit. Quam multa in recessibus imperii contra consuetudines & statuta determinata sunt, & ut iis derogarent, sancita, sed absque effectu, ut multis posset edoceri exemplis, si in dubium vocaretur. In R. I. de anno 1521. jus repræsentationis in fratrum liberis adeo firmatum est, ut omni consuetudini contrariæ simul derogatum fuerit, aller und jeder Gewohnheit, so an einigen Orten dawider seyn, oder verstanden werden möchte, ungeschindert, welche Gewohnheiten als den Rechten und dieser Ordnung zuwider und ungemäß, wir obbedachten Beschluß nach und Vollkommenheit unser Kayszerlichen Macht und rechten Wissen hiemit abthun, derogiren und vernichten. Et tamen praxi publica imperii satis constat, non ubique, præsertim in Saxoniam, jus repræsentationis in linea collateralis esse receptum, imo quamvis in Ducatu Magdeburgico receptum, ipsa tamen civitas Magdeburgum veteri juri tenaciter inhæsit. Scilicet possunt etiam consuetudines jus commune tollere, imo impedire, ne in praxin deducatur, id quod dum factum est, vigorem jus commune postea nullum habet.

§. XVII.

§. XVII. Hujus confirmationis insignis effectus est, ut ab hoc demum tempore legitime administrare, & efficaciter agere possit tam in judicio quam extra judicium. Imo non tantum effectus ejus restringendus est ad locum & territorium, quo tutor est confirmatus, sed etiam extra territorium vigorem suum extendit. Sic enim tutor legitime datus in foro domicilii etiam bona alibi sita administrat. *Cothman. Vol. 1. resp. 43. n. 67. seqq.* Ergo idem quoque dicendum de confirmatione facta in loco domicilii. Inde *Baldus ad l. cunctos populos C. de sum. trinit. n. 12.* ait: *Fus habitationis respicit personam, & habet locum etiam extra territorium & habet ipsam qualificare i. e. habilitare ubique locorum.* Conf. *Matth. Steph. de jurisd. c. 33. n. 39. seqq.* Interim quia hæc confirmatio in facto consistit, producendum regulariter est decretum, pro legitimatione tutoris, quod communiter limitant, nisi longo tempore tutelam administrasset, quia inde præsumptio nascitur, tutori legitime decretam fuisse administrationem, nisi agatur de præjudicio pupilli. *Schrad. de feud. P. 10. Sect. 20. num. 183. seqq.*

TIT. IV.

DE LEGITIMIS TUTORIBUS.

§. I.

Deficiente testamentaria tutela in totum, locum legitima habet, quæ jure Rom. deferebatur proximis agnatis, quippe qui de jure XII. Tab. olim tantum

An hodie agnati prærogativam in tutela habeant?

Nnn 2

tum

tum succedebant exclusis cognatis *l. t. b. t. pr. 1. de leg. agnat. tut.* De jure Saxonico antiquo idem observatum fuisse constat ex *lib. 1. art. 23.* ubi ita disponitur: Wo die Söhn binnen ihren Jahren seyn, ihr ältester ebenbürtiger Schwerdmagen nimmt das Heergewert alles zu sich, und ist der Kinder Vormund daran, bis sie zu ihren Jahren kommen, so soll ers ihnen darnach wieder geben, und dazu alles ihr Guth. Similiter im Weichbild *art. 49.* dicitur: Der nächste Schwerdmag ist Vormund, da aber derselbe zu seinen Jahren nicht kommen, soll als lang ein ebenbürtiger Schwerdmag Vormund seyn, bis die Kinder zu ihren Jahren kommen, oder bis ihr rechter Vormund ihnen vorstehen kan. Hoc secus est de jure Romano, quo si proximior ad breve tempus inhabilis adhuc erat, non ad sequentem devolvitur tutela, sed magistratus interim alium constituit *l. 10. §. 7. inf. de excus. tut. l. 13. de curat. furios.* Olim enim primaria pars bonorum, quæ liberis deferebatur, in Heergewetta consistebat, quæ cum ad solos agnatos devolveretur, his etiam jure Saxonico tutela decreta est. Jus Lubecense *lib. 1. tit. 7. art. 2.* itidem agnatos præfert, & ex moribus antiquis tractum fuisse videtur. Ita enim ibidem disponitur: Es soll kein Fremder, so dieser Stadt Bürger nicht ist, zu unmündiger Kinder Vormundschaft gelassen werden, und da etliche von der Schwester Seiten alhier vorhanden seyn, sollen dieselbe vor allen andern vorgezogen werden. Sind aber keine von der Schwester Seiten, so sollen die von der Spielseiten an ihre statt treten. Similiter in Lusatia superioris Amts-Ordnung *p. 5.* quædam æqualis prærogativa tribuitur: Es sollen allewege die nächsten Agnaten den verwänseten Kindern, auch nach Gelegenheit die Cognaten versehen, nach des verstorbenen Todes-Fall, im Fall durch Testament keine andere Vernehmung gemacht, zu Vormund beståtiget ic.

§. II. Postquam tamen ipso jure Romano per Nov. Differentia inter agnatos & cognatos jure novo sublata est. 118. differentia inter agnatos & cognatos quoad successionem est sublata, merito quoque in tutela legitima, quæ jus succedendi sequitur, ab hac differentia recedi debuit, ita ut hodie proximus cognatus præferatur extra Saxoniæ remotiori agnato: & consequenter avunculus æque ad tutelam admittatur ac quidem patruus. Qui enim ejusdem gradus sunt, æqualiter quoque admittendi sunt, l. 9. h. t. nec cogi possunt, ut præcise tutelam inter se dividant, cum etiam post divisionem adhuc maneant succedanei alieni periculi, ut dicitur in *lib. 3. §. 8. ff. de admin. & peric. tutor. & cur.*

§. III. Hoc posito, simul apparet (1) hodie cessare Nec datur hodie fiduciaria & parentum tutela singularis. singularem illam parentum tutelam, quæ olim patri, impuberem filium emancipanti, deferabatur, non jure cognationis, quod in tutela deferenda non attendebatur, sed jure quasi patronatus, quo successionem in filii sui impuberis bona consequeretur, & ita quoque onus tutelæ subire debebat vid. tit. I. de legitim. par. tut. Quod si enim hodie casus contingere posset, patrem filium impuberem emancipare, utique legitimus ejus tutor pater foret ex jure cognationis, quo ei succedit, non vero ex jure antiquo patronatus, ut ita hæc tutela legitima nova species hodie amplius dici nequeat. Interim rarius continget, ut parentes impuberes liberos suos a se dimittant, adeoque frustra de hoc casu laboramus. Exemplum, quod supra de Comite de Læwenstein adductum est, admodum rarum est, & ita inde praxis frequens haud inferenda, quamvis ne quidem pater tutelam eo casu susceperit, nec liberi ejus impuberes fuerint, uti documentum emancipationis apud Kulpis. de adopt. & emancip. in f. ostendit. Equidem constat, peracta e-

mancipatione Comitem de Lœwenstein se excusasse a legitima parentum cura per procuratorem, uti ipsa formalia docent: Mein unterthänig hochfleißig bitten, sie wollen zuörderst aus angezeigten und mehr als zu viel wahrhaften Ursachen vorgedachten Herrn Grafen von Lœwenstein a legitima parentis cura ihrer 2. ältesten emancipirten Söhne entschuldigt halten. De jure Romano sane hæc legitima parentum cura incognita est, & cum filii puberes emancipati fuerint, sibi ipsis petere curatores potuissent; imo ipsi minores ne quidem in curatela legitima erant, si vel maxime curatores acciperent. Unde apparet, in hoc actu solenni principia juris Germanici intermixta, & a Camera imperii agnita fuisse; secundum hæc enim (1) puberibus necessario curatores constituendi (2) & quidem ita, ut etiam legitima tutela in eis obtineat, prout ad tit. I. dictum est; hoc intuitu Comes de Lœwenstein iuste existimavit, sibi curatellam legitimam liberorum suorum incumbere,

Cessat hodie
fiduciaria tu-
tela.

§. IV. Similiter (2) cessat quoque hodie fiduciaria tutela, quæ olim certis in casibus obtinebat, & rursus ex emancipatione liberorum impuberum fluebat. Hac facta, olim pater legitimus erat tutor, post cujus mortem fiduciaria tutela locum habebat, ut scilicet tutela vel in emancipati patrem, vel fratrem vel patruum transfret. Atque hæc ab ordinaria legitima in eo distinguebatur, quod licet hoc casu, facta emancipatione, successio deficeret, nihilominus tamen prædictis personis tutela deferretur, inde dicta fiduciaria, quod in fiducia, quam lex de prædictis personis habet, fundamentum ejus quærendum sit. Quamvis vero hodie hi casus rariores erunt, interim tamen si contigerit, nullus erit fiduciarius tutor, sed potius sive frater sive alius tutelam

ac-

acceperit, illam tamen tanquam proximior successor, & non alio jure occupabit, ut revera hodie tantum sit *una species* tutelæ legitimæ, fecus ac olim. Donnellus *lib. 3. c. 5. in f.*

§. V. Interim quamvis differentia inter agnatos & cognatos non obtineat circa tutelam, quædam tamen diversitas adhuc hinc inde apparet, qua a jure civili recessum est. Nam (1) præterquam quod agnati adhuc prærogativam habeant, non omnes simul, licet in æquali gradu constituti sint, admittuntur, sed tantum eorum senior juxta *jus prov. l. 1. art. 23.* ubi dicitur; **Wo die Söhne binnen ihren Jahren sind, ihr ältester ebenbürtiger Schwermag nimt das Heergewette alles zu sich,** quæ dispositio non tantum in allodio, sed etiam feudis obtinet. Schrad. *de feud. p. 10. sect. 19. n. 39.* Imo proximiori minorenni existente, interim non datur alius a magistratu, ut de jure civili, sed sequenti tutela defertur, qui interim administrat, donec proximior agnatus majorennis fiat. Weichb. *art. 49.* Coler. *P. 1. decis. 6. n. 3. 4.* Carpz. *P. 2. C. 11. def. 11. n. 1. sqq.* Atque hæc dispositio juris Saxonici etiam inter ipsos principes Saxoniz obtinet, uti illustri controversia inter lineam Altenburgensem & Vinariensem docet. Incidebat enim quæstio sub initio sæculi præcedentis, quisnam pro seniore reputandus sit, si nimirum duo æqualis gradus, diversæ vero lineæ concurrant: an ille, qui annis major, an iste, cujus linea potior: in qua controversia linea Altenburgensis senioratum, Vinariensis vero proximitatem lineæ urgebat. Quamvis vero Imperator Rudolphus an. 1607. de 27. Sept. pro Altenburgensi pronunciaverit, multa tamen pro justitia lineæ Vinariensis prolata sunt, fundamento haud desti-

Recedit a jure
civili jus
Saxonicum.

stituta, de quibus Linnæus *l. 5. jur. publ. c. 15.* & Goldastus *de Majoratu*, quæ controversia tamen per extinctam lineam Altenburgensem simul extincta est.

Jus Borussicum.

§. VI. Similiter (II) jus Borussicum provinciale *lib. 2. tit. 6. art. 2. §. 1.* non simpliciter ad proximitatem respicit, sed rationem habet cognationis tam a patre quam a matre. Ita enim ibidem disponitur: Und sollen zu solcher Vormundschaft allerwegen einer, oder (so der Pfleg-Kinder Nahrung und Güter etwan ansehnli.) zween aus des Nechst-Berwandten auf des Vaters: Desgleichen auf der Mutter Seiten, auch einer oder zween, so man die haben kan, gegeben und verordnet werden. Quin si plures in æquali gradu adsint, non omnes simul admittuntur, sed magistratus arbitrio commissum, cuinam tutelam deferre velit, uti §. 3. *cit.*

Jus Hamburgense.

art. 3. disponitur. (III) Jus Hamburgense in eo recedit a jure communi, quod fratri majorenni fratrum minorennium tutelam haud concedat, quamdiu bona haud sunt divisa. Stat. Hamb. *P. 3. tit. 6. art. 8.* quamvis de jure communi quoque talem tutorem arceri, plures asserant, prout supra dictum est *ad tit. de tut.*

Jus Mindense.

(IV) in jure Mindensi *lib. 2. tit. 3. art. 4.* itidem ad patris & matris cognatos respicitur, uti constat ex his verbis: Wo aber durch Testament oder letzten Willen keine Vormündere verordnet, sollen die nechsten Freunde vier von beyden Seiten dazu gefordert u. aufgenommen werden.

Agnati soli tutores sunt vallo impuberi.

§. VII. Quamvis vero hodie, ut dictum est, differentia inter agnatos & cognatos sublata sit, hoc tamen restringendum tantum est ad bona allodialia, cum tutela feudalis solis agnatis deferatur, quippe qui in feudo tantum spem succedendi habent. *Schr. de feud. P. 19. sect. 19. n. 31. seqq.*

sqq. Brunn. ad aurb. sicut C. de leg. tut. Quamvis enim tutor non detur intuitu bonorum primario, in legitima tamen tutela omnino ad qualitatem eorum respiciendum est, cum hæc tutela deferatur secundum ordinem succedendi. Unde quoque, ubi per statutum cognati a successione excluduntur, soli agnati tutores sunt, Schrad. *cit. l. n. 34.* veluti in Ducatu Bremensi, ubi vigore des Ritterrechts soli agnati ad bona avita admittuntur, exclusis cognatis: Ita enim *tit. 1. ibidem* caveatur: Wenn einer von Adel verstorbet, denn fallen nach altem löbl. Herkommen und Gebrauche dieses Erzstifts Bremen alle seine Erb-Stamm-Güter auf seine männlichen Leibes-Erben, und in Mangel deren auf seine Brüder, Brüdern Söhne, oder sonst auf die nächsten Agnaten oder Stamm-Vettern, die sich am nächsten darzu ziehen und rechnen können, ohngeachtet, daß von der Spielfeiten nähere Cognaten als, Töchter, Schwester-Töchter, und Schwester-Söhne oder sonst andere nahe Personen vorhanden seyn. Parum autem refert, utrum agnati sint ex duplici, an ex uno latere, cum in successione feudali non habeatur ratio duplicitatis vinculi, Rosenthal. *de feud. c. 12. concl. 10. n. 32.* Schrad. *cit. l. n. 65.* modo a primo acquirente sanguinem trahant; sicuti enim agnati sanguinem non trahentes a primo acquirente excluduntur a successione feudi, ita quoque pariter ad tutelam adspirare non possunt Schrad. *cit. l. n. 64.* Ex eodem fundamento quoque ipse dominus feudi tutor erit, si nulli agnati adsint, cum ita mortuo pupillo, feudum ad dominum redeat, uti dixi in *exam. jur. feud. c. 7. q. 21.* Denique si pupillus bona allodialia & feudalia relinquat, cognati quoque sunt tutores, quatenus cum agnato in paritate gradus sunt, quia tunc hi succedunt

Contin. III.

000

in

in allodialibus, sicuti illi in feudalibus. Schrader. *cit.* l. n. 53.

Extranei hodie quandoque sunt legitimi tutores.

§. VIII. Cum vero hodie non raro successio extraneis varia ratione deferatur, inde quoque illis casibus tutela legitima ad eos spectabit. Huc pertinent (I) simultanee investiti, qui, licet pupillo sanguine conjuncti non sunt, tutelæ onus tamen suscipere tenentur eo casu, quando ipsi in successione sunt proximiores. Schrader. *cit.* l. n. 49. *sqq.* Quodsi plures simultanee investiti fuerint, omnes æquale jus succedendi ex pacto habent, non habita ratione proximitatis, & ita quoque omnes admittendi sunt ad tutelam, nisi 1) clausula adjecta esset *nach rechter Sipzahl*: 2) vel in Saxonia talis casus contingeret, quia ibi senior inter plures præferitur. Dn. Horn. *in jur. feud. prud. c. 6. §. 15.* (II) Substitutus pupillariter eodem modo tutelæ onus subire debet. Joh. Fab. *ad §. de leg. Patron. tut. n. 1.* Quamvis enim hoc ipsum Schrader. *cit.* l. n. 51. in dubium vocet, ex hac ratione, quod substitutus pupillariter pupillo tutorem petere teneatur per l. 10. C. de legit. hered. ad quod faciendum haud adstrictus esset, si ipsemet tutelam suscipere teneretur; illa tamen ratio non stringit. Tenetur utique substitutus pupillariter petere tutores, si ipse non sit habilis ad tutelam suscipiendam: nam & mater tutores petere tenetur, quamvis ipsa possit tutrix esse. Intelligenda ergo *lex cit. 10.* de terminis habilibus, seu de eo casu, quo substitutus pupillariter vel ob sexum vel ob aliud impedimentum tutelam suscipere nequit. (III) Similiter qui ex pacto Ganerbinatus & confraternitatis spem succedendi habent, eo casu tutores legitimi sunt, quo illis successio proxime imminet, prout dixi in *tr. de success. ab intest. diff. 8. c. 7. §. 40.* (IV) Ex eodem fun-

fundamento, qui expectantiam legitime in feudum obtinuit, ultimi possessoris vasalli tutor erit, quia hæc quoque certum jus succedendi continet, eodem modo, uti simultanea investitura Saxonica.

§. IX. Ceterum tutela legitima duplex est: Tutela legitima irregularis in matre & avia. quæ jure successionis proximis defertur agnatis: vel *irregularis*, quæ matri & aviæ defertur, non jure successionis, sed propter *σφρη* naturalem & intimiorem affectum, quem erga liberos habent, atque omnibus aliis agnatis vel cognatis præferuntur. *N. 118. c. 5. autb. matri & avia C. quand. mul. tut. offic. fung. Fab. in C. lib. 5. tit. 21. def. 1. n. 7. Treutl. vol. 2. disp. 8. tb. 3. lit. D. Hahn. de tut. maris §. 37.* atque hæc tutela materna notorie in praxi obtinet, variisque locorum statutis confirmata est, adeo ut etiam in iis locis obtineat, ubi matres curatores suos habent. Sic in *Stat. Hamb. P. 3. tit. 6. art. 5.* confirmatur jus commune his verbis: Etiam si matri curatore indicetur. *Ob nun wohl eine Mutter nach Absterben ihres Ehemannes sich ihrer Kinder Vormundschaft zu unterfangen, von Rechts wegen nicht gedrungen werden kan, nichts destoweniger, da sie sich derselben gutwillig unternehmen wolte, soll sie vor allen andern Blutsverwandten darzu gelassen und bestätigt werden.* Idem quoque dispositum est in *ord. poliz. Magdeb. c. 43. §. 2* ibi: können wir dasselbe Inhalts gemeiner geschriebenen Rechte geschehen lassen. Sic etiam de jure Saxonico obtinere tutelam maternam constat ex *lib. 1. art. 2.* quamvis hoc jure mater quoque curatore indigeat. *Carpz. P. 2. C. 11. def. 11. n. 7. sqq. Jac. Schultes addit. ad Mod. Pif. qu. 27. n. 11. Wesenb. in paratitl. ad tit. de tutel. n. 5.* Quamvis enim alias expediti juris sit, quod hi, qui in rebus suis aliena ope indigeant, non possint subire tutelam & curam aliorum, & inde Alciatus de

presumpt. reg. 1. pres. 52. n. 7. concludat, matrem aviamque in iis locis, ubi talia statuta vigent, ad tutelam adspirare non posse; nihilominus tamen facile constat, adductam dubitandi rationem ad hunc casum applicari non posse, quippe quæ de iis intelligenda, qui plane suis non possunt superesse rebus: id vero de mulieribus generatim dici nequit, quæ quidem curatoribus in quibusdam locis indigent, ut tamen hi non administrent, sed eis tantum consilio assistant, quod etiam facere possunt in administratione tutelæ. Interim tamen hæc ratio in causa fuit, quod tutela matri de jure Lubecensi minime deferatur, prout docet *Mev. ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 12. n. 6. seqq.* quia in *cit. art. 12.* matri injungitur: **Daß eine jegliche Witfrau nach Absterben ihres Ehemannes binnen ein viertel Jahr Vormünder vor sich und ihre Kinder erwählen solle.**

Jure Lubec.
non obtinet.

Non obligat
matres solas
tutelam gerunt.

§. X. Interim ex statutis illorum locorum, ubi mulieres curatoribus indigent, hoc observavi, matres solas ad tutelam haud admitti, sed plerumque iis alios tutores adjungi. Sic enim in *Stat. Hamb. P. 3. tit. 6. art. 5.* expresse cautum est: **auch daß ihr zween Vormünder von jeder Seiten, oder nach Gelegenheit der Güter von jeder Seit einer aus der Freundschaft, oder in Mangel derselben andere tüchtige Personen adjungiret, mit deren Rath und Hülfe die Kinder und ihre Güter beschützet, vertreten, verwaltet und versorget werden, und sie samt den Adjuncten jährlichen oder so oft man es begehret, ihrer Verwaltung halber Anzeig und richtige Rechnung thun.** Similiter in *Ord. Magd. c. 43. §. 2.* similis provisio facta legitur: **Es sollen bey dem Antritt ihrer Vormundschaft ihr einer oder zween, nachdem das Vermögen der Kinder weitläufig, sonderlich bey wich-**

tigen Ritter = Vätern aus des verstorbenen Mannes Freundschaft, oder da in derselben keine tüchtige Leute zu finden, zweien andere verständige, sonderlich nach beschaffenen Dingen, des Hauswesens kundige Personen, von der Obrigkeit als curatores zugeordnet und bestätigt werden, welche nebst der Wittwen alles verwalten sollen. In jure provinciali Boruff. *lib. 2. tit. 6. art. 2. §. ult. idem constitutum legimus*: Doch daß allewege Vormünder von der Obrigkeit den Kindern geordnet, mit welcher Rath sie in allen fürfallenden wichtigen Fällen handeln, auch jedermals auf Begehren der Vormünder ihrer Verwaltung halb, gute Anzeig und richtige Rechnung thun. Hoc jure itaque adjuncti magis videntur esse honorarii, cum simul non administrant, uti in statutis antea adductis dispositum erat. In jure Saxon. deficit hac de re certa Constitutio, interim tamen Zobel. *ad jus prov. Sax. lib. 1. art. 23. tit. 6.* annotavit, matri quoque hoc jure agnatos in tutelæ administratione adjungendos esse, quamvis hoc non adeo strictè ubique locorum observari, sed quandoque hunc defectum auctoritatem curatoris, matri in litem dati, supplere attestatur Carpz. *P. 2. C. 11. def. 11. n. 11. & 12.* Similiter in Reform. Norib. *tit. 39. leg. 3. §. 2.* hac de re ita cautum est: Es sollen auch durch die oberste Vormündere Wittib und Wäysen, ihr der Mutter zweien Mit-Vormünder von der Freundschaft, oder in Mangel derselben, andere tüchtige Personen zugegeben werden, mit deren Rath und Beystand die Kinder und deren Güter beschützet, vertreten, verwaltet und versorget werden, denselben soll auch die Mutter jährlichen gebührlische Rechnung und Anzeigung zu thun schuldig seyn.

§. XI Neque vero hæc tutela materna tantum ad privatos restringenda est, sed etiam in illustribus per-

Ooo 3

Obtinet etiam hæc tutela in personis illustribus.

Imo etiam in
regno Hispa-
niæ.

Portugallia.

Angliæ.

Scotia.

sonis adeo obtinet, ut etiam usus ejus in amplissimis territoriis statuum imperii obvius sit. Quod eo minus mirandum est, cum etiam in exteris regnis matres haud inhabiles creditæ fuerint, quibus tutela Regum impuberum committeretur. In Hispania occurrit exemplum CATHARINÆ, Joannis Lancastrizæ Ducis filiz, quæ post obitum mariti Regis, filii minorennis tutelam una cum defuncti fratre FERDINANDO, postea Rege Arragoniz, gessit, & sola pupillum educavit, conf. Gu- tier. *de tut. c. 18. n. 43.* Imo seculo præterlapso post excessum Philippi IV. Regis Hispaniarum, vidua ejus MARIA ANNA, Imperatoris Ferdinandi III. filia, regimen tutelamque Regis Caroli II. tunc temporis vix quatuor annorum infantis, suscepit, eique usque ad ejus majorrennitatem præfuit. Nec in Portugallia matrem a tutela regis minorennis arceri, constat exemplo ELEONORÆ, Ferdinandi Regis Castilizæ filiz, quam Eduardus filio suo impuberi ALFONSO V. tutricem dedit. Imo in hoc regno 1675. consensu regni ordinum legem publicatam esse, ut tutela regis impuberis ad matrem omnimodo pertineret, refert Dn. Hertius *de tut. regia Sect. 1. §. 12.* Nec Anglia matres tutrices repellit, de quo eo minus dubitandum est, postquam feminæ ipsæ in hoc regno, deficientibus masculis, ad successionem regni vocantur. Sic ISABELLA, Philippi Pulchri Regis Gallizæ filia, Eduardi II. uxor, durante minorennitate filii sui Eduardi III. negotia regni expedivit. Similiter in Scotia, mortuo Jacobo II. uxor ejus, MARIA EG-MONDANA, Arnoldi Ducis Geldrizæ filia, Jacobi III. filii pueri octo annorum, tutrix fuit, imo etiam Jacobus V. post mortem patris, sub tutela matris MARGARETHÆ, Henrici VIII. Regis Angliæ filiz, educatus fuit.

§. XII.

§. XII. Similiter in Regno Galliarum exempla non defunt, matres reginas ad tutelam filiorum impuberum admittas fuisse, utut a successione hujus regni feminae repellantur. Sic Ludovicus VIII. filio suo Ludovico IX. quem postea *sanctum* dixere, uxorem BLANCAM, Alphonsi VIII. Regis Castiliae filiam, testamento tutricem dedit, eique administrationem regni concessit, Varillas *bistoire de la minorennité de St. Louis* p. 17. Similiter Catharina Medicæa, durante minorennitate filii Caroli IX. tutelam subiit, teste eodem *dans l'histoire de Charles IX.* Imo & seculo præcedente adest exemplum MARIE MEDICÆÆ, Ludovici XIII. matris, & ANNÆ MARIE Hispanicæ, Ludovici XIV. hodierni Regis Galliarum matris, quæ tutelam filiorum suorum gesserunt cf. Renatus Choppin. *de domanio Franciæ* l. 3. tit. 5. n. 1. In Daniæ ^{Daniæ} regno occurrit exemplum MARGARETHÆ, Haquini Regis Norwegiarum viduæ, quæ tutelam filii Olai VI. suscepit, eamque prudenter gessit. Similiter idem regnum, cum Ericus VII. admodum puer esset, consiliis AGNETIS Brandenburgicæ & procerum administratum esse, refert Wiebel. *de contr. mul.* p. 86. n. 18. Nec Sueciæ ^{Sueciæ} so jure utitur, quod recentissimo exemplo Caroli Gustavi Regis constat, qui educationem cum tutela filii Caroli Reginae conjugii moriturus commendavit, quæ etiam ad mandatum defuncti Regis eam suscepit, & usque ad majorennitatem filii gessit. Sicuti itaq; exempla tutelarum regiarum ubiq; præsto sunt, ita quoque naturali ratione fundatur, cum pupillo regio sub matris tutricis educatione nihil adeo metuendum, nec ullis subjectus est periculis, quæ ei ut plurimum a proximioribus agnatis, spem succedendi habentibus, imminet, ceu exempla plurima docent, quæ enarrantur a
Ni-

Nicolao Betsio *de pact. fam. illustr. c. 7. §. 23. §. 99.* Martin. Magir. a Schœnberg *de Advoc. armat. c. 1. n. 33. §. 99.*

Germaniz.

§. XIII. Ad Germaniam nostram transeo, in qua itidem imperatrices tutelam liberorum gessisse, exemplis constat. Tale, quod sane augustum est, exhibet nobis historia seculi XL ubi cum Henricus III. Imperator anno 1056. decessisset, relicto filio Henrico IV. adhuc quinquenni, vel, prout alii volunt, septenni, & uxore AGNETE, filia ducis Pictaviensis Wilhelmi, hæc non tantum filii tutelam subiit, sed Imperii fasces etiam gubernavit, idque ex dispositione paterna Henrici III. Hujus rei fidem nobis facit *Chronicon German. de German. orig. mor. & gest.* ab H. Mutio editum & a Jo. Pistorio inter scriptores rerum German. relatum, ubi *lib. 15. pr.* hæc habentur: *Eo anno mortuus est Henricus, & regio more Spira, presentibus proceribus, sepultus est. Ante obitum vero filium suum Henricum Regem appellavit, Romano Pontifice & omnibus principibus consentientibus. Ergo puer quinque annorum regnare cepit, nominatusque est Henricus IV. Pater illi moriens commendavit matrem, mulierem prudentem & timentem Deum, admonuitque ut consiliis ejus uteretur, etiam in magnis imperii rebus. Primo pie obsecutus patris voluntati, usus est matris consiliis & bene successerunt omnia. Similiter Lambertus Schaffnaburgensis *de rebus gest. German. p. 153. edit. Pistor.* hoc confirmat: *Henricus IV. inquit, quinque annorum infantulus, anno, postquam in regem unctus fuerat, tertio, regnum pro patre obtinuit, summa tamen rerum & omnium, quibus factu opus erat administratio, penes Imperatricem remansit, qua tanta arte periclitantis reipubl. statum tutata est, ut nihil in ea tumultus, nihil simultatis tanta rei novitas generaret.* Huic suffragatur *Henr. Bodo in Syntagm. de constr.**

ce.

ænob. Gondeſ. apud Melbomium *rer. Germ.* ubi p. 503. hæc habentur: *illuſtriſſima Auguſta Agnes mater, regis vicem fungens, denis ferme annis negotia totius imperii rexit.* Neque vero hanc tutelam privato auſu ſuſcepit, ſed ex autoritate procerum imperii, uti teſtatur Hermannus *in Chron. ad ann. 1056.* cujus ſub adminiſtratione res imperii magis floruerunt, quam ſub ipſius Imperatoris Henrici IV. Nam autor *compilat. Chronol.* apud Piſtor. p. 735. n. 4. diſertis verbis ait: *Mater ſua imperatrix Agnes in adminiſtratione ſtrenue & nobilitate gubernavit tam Magnates quam alios.* Aſt poſtquam omnia pro arbitrio ſuo gerere cœpit, infeliciter omnia ei ceſſerunt.

§. XIV. Devenio ad tutelam maternam principum imperii, qui vel territoria ſua jure allodiali poſſident, de quibus plenius edifferui *in diſſert. de jure allod. princip. imper.,* vel nexum feudalem eorundem ab imperatore & imperio recognoſcunt. Priori caſu non adeo dubium eſt, matrem tutelam gerere poſſe. Poſtquam enim ius civile Romanum in Imperio noſtro receptum, & ſummorum tribunalium uſu probatum eſt, facile apparet, principes quoque iis legibus teneri, & beneficia ibidem generatim propoſita perſonis illuſtribus applicari poſſe. Cum ergo in *s. s. C. quando mul. tut. offic. fung.* omni matri & avizæ ſine ulla reſtrictione tutela delata ſit, injuriam foret, ea denegare jura matribus illuſtribus, majoribus privilegiis maſtandis, quæ privatis & inferioribus ſortis matribus haud denegata ſunt. Nec aliud quidpiam in legibus imperii publicis, de tutela diſponentibus, cautum legitur; quamvis enim *reform. polit. de anno. 1577. tit. 32.* de tutela privatorum loqui videatur, illa tamen, hoc non obſtante, etiam ad matres il-

Contin. III,

Ppp

luſtres

lustres applicari debet, utpote quæ jure privatorum utuntur, quatenus contrarium in legibus haud assertum est.

Ut & feudali-
bus.

§. XV. Gravior utique quæstio est, an etiam mater illustris tutelam ambire possit in bonis imperii feudalibus, si pater testamento nullum tutorem designaverit? Debetur alias, prout antea dictum est, tutela feudalis solis agnatis, & ita pro his militare videtur, quod iis solis debeat successio feudalis, adeo ut omnes cognati in totum exclusi sint, quo posito mater quoque, quæ jure cognationis frui videtur, excludenda videtur, quippe quæ nullum jus succedendi habet, sicuti quoque ea nullo juris feudalis subsidio fruitur. Verum cum *ex 2. f. 1. §. fin.* constet, in dubio, ubi casus jure feudali haud decisusprehenditur, recurrendum esse ad jus commune, merito quoque hoc casu illud ex jure communi circa tutelam maternam supplendum est, quod ibidem deficit. Cum enim nullo textu juris feudalis mater a tutela liberorum in feudalibus exclusafit, merito admittenda est eodem jure & modo, quo jus commune illam ad tutelam vocat. Jam autem jus civile matrem omnibus agnatis & cognatis præfert, & inde agnati quoque matrem hoc casu excludere nequeunt, præsertim cum matri tutela haud deferatur propter spem succedendi, sed propter favorem naturalem & tenerrimum amorem, quem erga liberos fovet, ut proinde ratio bonorum hic non sit habenda. Imo ipsi agnati non aliter ad tutelam adspirare possunt, quam subsidio juris communis, cum in jure feudali de tutela nihil disponatur. Quodsi itaque agnati solo jure civili nituntur, idem jus quoque contra se admittere debent, quod præ illis matri tutelam deferret. Schrader. *de feud.*

p. 10.

§. 10. sect. 19. n. 21. seqq. Rosenthal *de feud. c. 12. concl. 10. n. 20.* Albertus Brunus *tri. de staturo excludente feminas art. 5. qu. 30. n. 124.* Limn. *rom. V. addit. ad lib. 4. c. 8. n. 179.* Menoch. *de arbitr. judic. quast. lib. 2. cas. 150. n. 36. seqq.* Myler *de princip. & statib. imper. c. 39. §. 10.* Besold. *de tut. c. 12. 4.* Eyben *de testam. princip. & comit. imp. tb. 16. in med.* Schilter. *in pr. juris Rom. ex 37. §. 57. & in jur. publ. lib. 1. tit. 12. §. 4.* Wiebel *de contr. mul. c. 3. §. 5. n. 15. seqq.*

§. XVI. Non nego quidem, lites quandoque circa tutelam maternam inter matrem & agnatos ortam fuisse, dum quidam distinctione usi sunt inter tutelam educationis & ipsam administrationem territorii & regimini publici, hoc sensu, ut illa quidem matri sit concedenda, hæc vero agnatis relinquenda. Quantum autem roboris huic distinctioni insit, deinceps examinabo, interim illustrationis gratia referre hic placet literas hac de re datas anno 1678. ad Serenissimum principem Vinariensem Johannem Ernestum, quam refert Schilterus *in instit. jur. publ. p. 89.* verba Epistolæ hæc sunt:

Quod quidam
in dubium
vocant.

Freundlicher lieber Vetter, Bruder und
Gevatter,

Euer Liebden mögen wir freundlich nicht verhalten, und wird Ihro auch sonst sonder zweiffel vorkommen seyn, als aus dem nechstverwichenen Jahres mit dem weiland Durchl. Fürsten, unsern freundlich geliebten Vetter und Sohn, Hn. Wilhelm Ludwig, Herzog zu Württemberg und Teck ic. sich begebenen hochbetrüblischen Sterbfall Se. Edd. hinterbliebenen Frau Wittib unserer geliebten Tochter Edd. die Vormundschaftliche Verwaltung über Ihre mit Sr. Edd. ehlich erzeugten minderjährigen Sohn und übrige Fürstl. Kinder, Krafft der natürlichen und gemeinen Rech-

Uti charta pu-
blica demon-
stratur.

te, und insonderheit der Fürstl. per extractum copialiter hierbey angeführten Ehepackten, zumahl aus mütterlicher Lieb und Treu zu übernehmten, auch deren würckliche Verwaltung nicht zu detrectiren sich schuldig erachtet, und entschlossen, was gestalt von seiten Herrn Herzog Friedrich Carls zu Württemberg Ebd. deßfalls inter tutelam & administrationem ein ganz neuerlich, und nirgends als bey denen Chur-Linien ex speciali ratione üblicher Unterscheid gemacht, die Fr. Wittib allein jenen, und zwar nur quoad effectum educationis liberorum, ganz nicht aber einiger administration fähig geachtet werden will, und zwar hauptsächlich mehrentheils unter dem unerfindlichen Vorwandt, ob wären nirgends anderswo, als nur in etlichen wenigen Fürstlichen Häusern dergleichen maternæ tutelæ & administrationes in Übung, in den übrigen Fürstl. Häusern aber nicht allein Unherkommens, sondern auch de jure ob deficientiam spei successionis unzulässig, und seyn deswegen hochgedachter unserer Tochter Ebd. zwar der Pflegung ihrer zum theil noch in der Wiegen liegender Kinder, keines weges aber der Aufsicht und Coadministration derer ihnen anerwachsenen Landen und Vermögens befugt, nun lassen wir Euer Ebd. hochehrleuchteten Urtheil anheim, im Fall dieses principium, daß necessario die nächste agnaten die administration in feudis majoribus cum exclusione viduarum allein haben, hingegen die administrationes der Fürstl. Frau Witwen fast durchgängig als wiederrechtlich und unherkommender gestalt dem Ursehen nach solenniter declariret werden sollte, was solches vor Consequens gebähren, und was es insondenheit bey denjenigen Häusern, da das jus primogenituræ in Übung ist, und da gewöhnlich von den abgetheilten Herrn sive tacite sive expresse Wiedrigkeiten und Ansprüche geheget werden, vor Reichsverw-

wirliche böse Sitten nach sich führen werde, demnach aber auch das andere assertum, als ob in feudis minoribus ob deficientiam spei successionis weder die alleintge, noch mit-administrationes viduales bräuchlich seyen, ganz ohne grund, hingegen notorium ist, daß nicht allein bey denen benachtbarten Cronen, als Frankreich, Spanien, Schweden, Dennemarck, sondern auch sonst bey allen Fürstl. Häusern in Teutschland dergleichen den tutelis ohne daß secundum apertissima jura (wie solches einer deren ältesten, und in des Herzogthum Württenbergs Arcanis und deren observanz ex fundamento erfahren, auch eventualiter zu dieser Tutel suo loco & gradu mit verordnet gewesenem geheimen Regiments-Rath weil. D. Nicolai Myleri in Heßen weiterberuffenen TraCtätlein *de principibus & statibus Imp. Germ. eorumque præcipuis juribus* selbst vernünfftig und sine ulla exceptione notabiliter agnoscit) anhangende administrationes recipiret und in viridissima observantia seyn, und dann unser Fürstl. lieben Tochter Ebd. demnach durch ein authentisches testimonium der disfalls in Eur. Ebd. hohen Fürstl. Hauß etwa vorhabenden Exempeln, in Ihren hochbilligen zu ihrer Pupillen Nutz und Abwendung gefährlichen fast durchgängigen præjudizes angesehenen desiderio nicht wenig consoliret werden könten; So haben wir nicht unterlassen wollen, mit Euer Ebd. Fürsten Bitterlich Wohlmeinung vertraulich daraus zu communiciren und ersuchen dieselbe hiemit freundlich und angelegentlich, Sie wollen unbeschwert in Dero Fürstl. Archivo mit Fleiß nachsuchen lassen, und auf beschehene Erkundigung uns mit Beyschließung einer oder anderer ExtraCten deswegen etwa vorhandener Fürstl. Testaments-Verordnungen, Tutorien, Eheverordnungen, oder andern Nachrichten unbeschwehret, so förderlich als möglich part geben, was

und wie viel etwa nahmentlich vor Exempla in Dero Fürstl. Hause vorhanden, daß die Fürstl. Fr. Wittib noch anders der gemeinen Rechten die Vormundschaften nicht nur ad certas causas certaue negotia (welches abermahls contra aperta jura laufft) sondern mit zugehöriger Verwaltung und administration derselben übernommen und getragen haben. Und gleichwie Euer Edd. uns durch sothane verlangte Communication hoch obligiren, als werden wir solches auf Begebenheit gebührend zu verschulden uns jederzeit angelegen seyn lassen, Dero wir dann auch ohne das zu Erweisung angenehmer Fürstl. Dienste und Gefälligkeit stets bereitwillig und geflissen verbleiben. Datum Darmstadt den 18ten Jan. 1678.

Ludwig der Aeltere, Landgraff zu Hessen,
Fürst zu Hirschfeld, Graf zu Casselembogen,
Dieß, Ziegenhan, Nidda, Schaumburg,
Isenburg und Büdingen ꝛc.

Lw. Liebden

Dienstwilliger treuer Bet-
ter, Bruder Gevatter und
Diener, Herz. Jo. Ernst Lu-
dewig zu Sachsen-Weis-
mar ꝛc.

An matri ad-
jungendus
contutor?

§. XVII. Sunt adhuc plures alii, qui eadem distinctione utuntur, quemadmodum ipse Schilterus *in notis ad has literas* non adeo alienus ab hac sententia esse videtur, sed matrem tutricem honorariam tantum esse, putat, quæ inspectionem in ipsam administrationem habeat. Hoc intuitu plurimi volunt, matri soli hanc

hanc tutelam competere haud posse, sed ipsi adjungendum contutorem ex proximis agnatis, prout ex Sche-
dis Serauchii observavit Schilter *ex. 37. §. 57. in notis lit. a.*
Neque etiam desunt exempla publica, quæ hanc ad-
junctionem suadere videantur. In domo Branden-
burgica & quidem lineæ Franconicæ occurrit exem-
plum GEORGII FRIDERICI magnæ auctoritatis princi-
pis, qui matrem ÆMYLIAM & patrum ALBERTUM tu-
tores habuisse dicitur. Hanc ob causam in subscri-
ptione *R. I.* de anno 1551. non *tutoris* sed *tutorum* hujus
principis mentio injicitur; ibi: *der Vormundschaft Hr.*
Georg Friderichs 1c. conf. Goldast. tom. 2. constit. imp.
p. 356. Aliud exemplum est in JOACHIMO ERNESTO,
Marchione Brandenburgico Onolsbacensi, qui inter a-
lios tutores matrem quoque testamento designavit tu-
tricem, cum se opposuisset CHRISTIANUS, Marchio
Brandenburgensis Culmbacensis, frater senior de-
functi principis, ex pactis familiæ sibi tutelam deberi
existimans, contentio hæc transactione interveniente
ita sopita est, ut Marchio Christianus esset tutor, simul-
que cum illo mater atque ejusdem frater germanus
FRIDERICUS Comes Solmensis, quod anno 1625. d. 20.
Sept. ab Imperatore Ferdinando II. ad instantiam eo-
rum, quorum intererat, confirmatum fuit. vid. Li-
mnæus *tom. V. addit. jur. publ. lib. 4. c. 8. p. 303.* Aliud
exemplum extat in Marchione JOANNE FRIDERICO an-
no 1686. defuncto, qui testamento suo tutores constituit,
gloriosissimæ memoriæ Electorem Brandenburgicum
FRIDERICUM WILHELMUM, & Marchionem Badensem,
iisdem vero adjunxerat serenissimam conjugem ELEO-
NORAM ERDMUTHAM, LOUYSAM, quæ ipsa tamen tu-
telam proprio motu in manus aliorum resignavit. Si-

Exempla
adjunctorum
tutorum.

mili

mili modo FERDINANDO ALBERTO Duce Guelpherby-
tano anno 1687 defuncto, vidua CHRISTINA, Friderici
Landgravii Hassiæ filia, una cum serenissimis defuncti
fratribus ad tutelam admissa est. In familia Wurten-
bergica adest exemplum in Eberhardo Ludovico, qui
tam diu sub tutela matris MAGDALENÆ SIBYLIE, ex fa-
milia Landgraviorum Hassiæ ortæ, & Patruï FRIDERICI
CAROLI fuit, donec hoc a Gallis capto, & hinc tutelæ
administratione quoad eum interrupta, a matre vero
interim continuata, veniam ætatis a sacra Cæsar.
Majestate impetrasset. Nec desunt hujusmodi exem-
pla in familia principum Anhaltinorum, nam ANNA
CATHARINA tutrix Emanuelis Lebrechtii fuit, cui agna-
tus ex familia senior Jo. GEORGIUS adjunctus est, uti lite-
ræ confirmationis supra *ad tit. præced.* relatæ ostendunt.

Aliquando
sola mater ad-
missa est.

§ XVIII. Adest tamen etiam plurima exem-
pla in contrarium, matres solas aliquando admissas fuis-
se. Sic in familia Palatina adest exemplum MARIE
ELEONORÆ, Joachimi Friderici, Electoris Brandenbur-
gici filiæ, Ludovici Philippi Ducis Palatino-Simmeren-
sis relictæ viduæ, quæ tutelam Ludovici Henrici &
Charlottæ Elisabethæ petens, anno 1655. a Camera
confirmata est. Decretum Camerale ita se habet:
Auf Testamentarische disposition und erfolgten tödtlichen
Hintritt weiland Herrn Ludovici Philippi, Pfalzgrafen
bey Rhein, Herzogen in Båyern, und Grafen zu Span-
heim, wie auch dessen nachgelassener Fr. Wittibin, Maria
Eleonora, geböhner Marggräfin zu Brandenburg, und
Herzogin in Preußen, aus Mütterlicher Lieb und Zuneigung
beschehen, erbieten und erklären, ist dieselbe, jedoch daß sie
zuförderst gewöhnlich Gelübd, Eyd, Obligation und re-
nunciacion Ihnen, deren von Ihro der Frau Wittiben und
obje-

obgedachten ihren gewesenen Ehe-Herrn erzeugten hinterbliebenen minderjährigen Fürstl. Kindern, benahmentlich Ludov. Henr. Maurit. Francisc. und Elisabetha Maria, zur Vormünderin hiemit verordnet: Demnach werdet Ihr D. P. G. Krafft vorbrachten Original special-Gewalts, im Nahmen Eurer darinn benannten Frau principalin zuerst secundis nuptiis und Scto Vellej. gebühlich renunciren, folgendß wegen Deroselben gerichtlichen angeloben, und in Ihre Seele einen Eyd zu GOTT und auf das Heil. Evangelium schweren, daß Sie alles und jedes, was obbemeldten Ihren Pfleg-Kindern gut und nützlich ist, thun und handeln, was unnütz und schädlich, vermeiden, unterlassen und verhüten, deroselben Güter und Personen in guten Glauben und Treuen vertreten, und zum besten versehen, ein ordentliches Inventarium förderlich aufrichten lassen, Ihrer Administration und Handlung zu gebührend- und rechter Zeit Rechnung thun, mit vollkommener Ubertiesserung alles desjenigen, so solcher Vormundschaft zu Ihren Händen kommen und mehrgedachten Ihren Pfleg- und Kindern zuständig sey, wie auch dessen, was sie ihnen schuldig bleiben wird, und sonst alles andere thun wolle, was einer getreuen Vormünderin zustehet und gebühret, bey Verpfändung ihrer Haab und Güter, ohne alle Gefehrde. Postquam vero huic decreto per renunciacionem, cautionem & juramentum per mandatarium D. P. G. satis factum, subsequuta est ipsa confirmatio Cameralis, sequentibus verbis: Auf solche ietzt beschehene renunciation und geleistete Caution, wie auch zugleich erstatteten Eyd und Obligation, ist obbemelder Frauen Mariae Eleonoræ Pfalz-Gräfin bey Rhein u. Wittibin, die Administration und Verwaltung Ihrer mit weyland Ihrem gewesenen Ehe-Herrn Ludovico Philippo Pfalz-Gräfen

Contin. III. 299 fen u.

fen ic. erzeugten nachgelassenen minderjährigen Kindern für aufgewandte Vormundschaft allein zuerkannt und anbefohlen darüber richterlich decret und authorität interponiret. Speyer den 30. Octobr. 1655. In Hassia plane eximia exempla tutelæ maternæ adsunt. Sic AMELIA ELISABETHA, Philippi Comitis in *Sassau* filia, Wilhelmi V. Constantis uxor, marito mortuo, tutelam filii Wilhelmi VI. relictasque provincias inter horrendos Germaniæ motus ardentisque Gallorum flammæ per 12. annos felicissime administravit, prout supra Tit. præced. jam dictum est. Pariter Wilhelmus VI. viduam suam HEDWIGAM SOPHIAM, Georgii Wilhelmi, Electoris Brandenburgici, filiam, tutricem constituit, quæ etiam regimen provinciarum usque ad annum 25. ætatis Caroli per 14. annos continuavit. Pari modo, Friderico Landgravo Homburgensi anno 1638. defuncto, MARGARETHA ELISABETHA vidua, filiorum Wilhelmi, Christophori, Georgii Christiani, & Friderici tutrix fuit. In domo Hassiaca lineæ Darmstadinæ exemplum est in ELISABETHA DOROTHEA, Ernesti Ducis Saxoniæ filia, Ludovici VI. conjuge, quæ Ernesti Ludovici tutelam ab an. 1687. usque ad ejus majorennitatem feliciter gessit. Similiter in domo Anhaltina lineæ Dessaviensis occurrit exemplum HENRIETTE CATHARINÆ, quæ post excessum mariti Joh. Georgii Dessaviensis tutelam & provinciæ regimen, als Vormünderin und Regentin, felici successu administravit, alia exempla ut jam quidem non addam.

Confirmatur
tutela mater-
na solitaria.

§. XIX. Cum itaque exempla in utramque partem satis illustria adsint, facile apparet, non exemplis, sed rationibus & legibus judicandum esse. Scilicet distinctio supra adducta inter *tutelam educationis* & ipsam
admi-

administrationem provinciarum, regiminisque publici præsupponit, matrem ad educationem quidem satis habilem esse, neutiquam vero ad regiminis publici administrationem; quod tamen vel inde dubium est, quia exempla illustria, imprimis ex domo Hassiaca adducta, ostendunt, matres quoque felicissimo successu regimini præesse posse. Imo nec desunt exempla, fœminas, quæ matres & tutrices non fuerunt, ad integrarum provinciarum administrationem cum voto & sessione in comitiis admittas fuisse, quorum pertinet solenne exemplum **MARIÆ** Reginae Hungariæ & Bohemiæ, quæ tanquam Gubernatrix hereditiarum terrarum **Cæsarea Majestatis inferioris Germaniæ, als Gubernatricin der Erblande** Legatum ad Comititia misit, & per hunc Recessum de anno 1551. subscripsit. Quid ergo obstaret, quo minus administratio tutelaribus alicujus principatus matri committi posset, non quidem hoc pacto, ut sine consiliariis tutelaribus rem expediat, quod quidem velle videtur Mayerus *de advoc. armat. c. 7. n. 225.* sed ut illa regimen tutelare sola constituat, Consiliarios ad hoc eligat, eos juramento sibi obstringat, & horum consiliis auditis, quid publicæ rei consultum existimet, concludat, executioni illud mandando. Denique desunt leges publicæ, quæ præcise adjunctionem agnatorum desiderant; & cum ipsi agnati hanc ex successione, & ita ex principiis juris civilis deducant, merito quoque pati debent, ut ex eisdem juris principiis iis objiciatur, matrem exclusis omnibus agnatis ad tutelam admitti. Frustra ergo provocatur ad inhabilitatem fœminarum, quæ contrariis, iisque illustribus exemplis, destruitur. Non tantum enim territorii jura intra provincias satis prospere per matres tutrices exer-

cita, sed etiam ad negotia belli & pacis feminas tutrices concurrisse, & armis pariter ac consiliis imperii salutem promovisse, exemplo est heroina illa, AMELIA ELISABETHA, Hassiæ Landgravina, quæ quantum armis promoverit res Augustanæ confessionis consortium, orbi notum est, adeo ut tunc temporis a tribus feminis maxime sibi cavendum censuerit Imperator, a Christina Sueciæ, Anna Maria Galliæ Regina, & prælaudata Landgravina Casselana. Unde ne solo nomine tutrix fuisse dici posset, meruit, ut in J. P. *ars.* 15. §. 1. ipsi nominatenus prospiceretur. Illustria hujus Landgravinæ tutricis facinora in actis publicis ubique conspicua sunt. Sic anno 1639. d. 22. Octobr. cum Rege Galliæ Ludovico XIII. fœdus iniit pro libertate imperii, & promovenda pace universali, ubi a Regis Galliæ legato ipsi hic titulus tribuitur: Die Durchlauchtigste und Großmächtigste Fürstin, Emilia Elisabetha, Land-Gräffin zu Hessen 1c. Wormünderin ihres Sohnes, des Herrn Land-Graffens, und seines Staats Administrato-
rin, ubi circa finem subjicitur: im Fall, daß einige Fürsten oder Stände die Fürstin ersuchen solten, mit ihuen in conjunction der Waffen oder in neutralität zum Vortheil ihrer Parthey sich einzulassen, soll die Fürstin mit denenselben darüber tractiren mögen. Fœdus illud integrum refert Londorpius in actis publicis de anno 1639. c. 107. ubi c. seq. fœdus ducum Brunsvicensium cum eadem Landgravina tanquam tutrice initum subiicit. Collegii electoralis literas ad hanc tutricem idem exhibet ad annum 1640. n. 3. c. 3. Quantum vero momenti illa contulerit ad restitutionem Electoris Palatini, apparet ex literis ejus ad Carolum Ludovicum datis, ubi sequentibus verbis seriam suam intentionem exprimit: Und mögen

Em.

Erw. Liebden sicherlich glauben, daß der Vormünder Ausschließung aus dem Pragischen Frieden-Schluß die vornehmste Ursache gewesen, warum nach dem tödtlichen Hintritt meines in GOTT ruhenden herzliebsten Herrn, ich der gemeinen Sache, nicht ohne grossen hazard meines geliebten Sohnes Lieb. Etats, so beständig bengepflichtet, wie ich denn auch ferners, biß ein allgemeiner und sicherer Friede, dazu ein jeder wieder zu dem Seinigen gelanget, erhalten, dabey beharren werde; zu welchem Ende ich nicht allein unsere Völkler mit den Schwedischen und Französisch-Weimarischen conjungiret, sondern auch das Haus Braunschweig, wiewohl nicht ohne grosse Macht, zu gleichmäßiger conjunctur disponiren helffen, also daß wir nechst Göttl. Hülffe einen glücklichen success und Ausgang verhoffen. Quod vel solum exemplum, plenissimam administrationem superioritatis a matre tutrice principis exerceri posse, documento est. Hujus exemplum in eadem domo Hasso-Cassellana imitata est HEDWIG SOPHIA Brandenburgica, quæ per varios annos omnia superioritaris jura sine contutore administravit. Imo ipsa quoque ab initio motuum Gallicorum anno 1672. mox Cæsari semet junxit, & solenni Confæderatione cum Imperatore, Rege Daniæ, Electore Brandenburgico, & Ducibus Brunsvicensibus d. 12. sept. 1672. arma Gallis opponere cœpit, in qua confæderatione vocatur die Frau Land-Gräffin und Regentin zu Hessen-Cassel, vid. Londorpius in act. publicis ad annum 1672. c. 242.

§. XX. Haftenus de tutela materna Principum An in Saxonia generatim actum & ejus observantia ratione & exemplis demonstrata est. Sed speciatim adhuc materna loca sit in fens-
valde dubitatur, an ejus usus hodie in Saxonia & Ele- dis?

Varie opi-
niones.

Et oratibus quoad feuda afferi possit? Nam quoad Saxoni-
am usum ejus in feudis excludit Carpzovius *p. 2. c. 11. def. 11. n. 14.* Unde ejus auctoritate nixus Struvius
in juris p. lib. 1. tit. 18. §. 5. in f. generatim negavit hanc
questionem. Nihilominus tamen Carpz. *lib. 5. resp. 80. n. 13. seqq.* hanc sententiam ita temperavit, ut in foro
Saxonico matres non aliter admittantur tutrices, nisi
eas una cum proximioribus agnatis admittere Princi-
pi placuerit, de qua praxi in testes vocat Heigium *p. 2. qu. 13. n. 42.* Modestinum Pistor. *p. 1. qu. 27. n. 7.* ibi-
que Jacob. Schultes, *in addit. n. 14.* Alii vero illic loci
matrem & aviam non aliter admittendam arbitrantur,
quam in subsidium, deficientibus omnibus agnatis, au-
toritate Gloss. *in art. 11. Land-R. lib. 1.* Zobel. *in addit. ad spec. Sax. aut. 23. lib. 1.* Verum hanc sententiam ad-
modum dubiam imo falsam judicat Schrader. *de feud. p. 10. sect. 19. n. 30.* & contrariam sententiam communi
usu & consuetudine receptam esse, ex Zobelio *in addit. ad dict. art. 23. adducit.*

Approbat
Carpzovii
sententia
quoad praxin.

§. XXI. Equidem quod ad *observantiam foren-
sem* attinet, conclamatum fere est, sententiam Carp-
zovii in Saxonia quoad feuda observari, quod etiam
non obscure innuit Dn. Berger. *in elect. discept. for. ad
proc. Saxon. tit. 9. obs. 1.* Ubi simul adducit *ordin. Saxon.
recognitam*, quæ in eundem fere sensum concepta est,
hoc modo: Die Mutter soll auch in denen Lehns-Sachen
zur Vormundschaft ihrer Söhne gelassen, jedoch so dann ihr
jederzeit der nächste mitbelehnte, da dergleichen vorhanden,
als Lehns-Curator zugeordnet werden, immassen wir auch
uns vorbehalten, in dem Fall, da mitbelehnte nicht vor-
handen, sonst einen und den andern der Mutter zuzuordnen.
Hoc modo temperandam esse observantiam Saxo-
nicam

nicam judicatum fuit. Nam si fundamenta sententiæ matrem repellentis examinamus, facile apparebit, ipsum jus Saxonicum matrem a tutela haud remove. Præcipuus textus habetur in *Weichbild art. 49. & speculo Saxon. lib. 1. art. 23.* ubi agnato seniori tutela feudalis committitur, & in fine subjicitur, quod hic etiam viduæ seu matris pupilli tutor esse debeat: *Er ist auch der Witwen oder des Kindes Mutter Vormund, biß daß sie einen Mann nimmt, der ihr ebenbürtig sey.* Quod si itaque mater ipsa tutore indiget, ipsa quoque a tutela liberorum suorum exclusa videtur. Ceterum Glossa Germ. ad illa verba: *Er ist auch der Witwen oder des Kindes Mutter Vormund,* id limitat hoc modo; wenn sie solches haben will oder bedürfftig ist, *Mulier enim,* subjicit *de jure provinciali liberorum suorum tutelam gerit, quamdiu non ad secunda vota transit.* Pro confirmanda hac sententia Glossam adducit *lib. 2. art. 69.* quæ tamen hic plane aliena est. Validius argumentum ducit ex *lib. 1. art. 11.* ubi matri post mortem patris tutela haud obscure conceditur, & a *Gloss. 4.* confirmatur, hac tamen sub restrictione: *Es mag ein Weib wohl Vormund seyn auffn Fall niemand anders von Schwerthalten dazu geböhren, oder keiner des Orts wohnhafftig, oder auch das Kind dielleicht unehlich geböhren ist,* ubi in addit. habetur, quod maritus testamento tutelam liberorum conjugii commendare possit, ita ut hæc præferatur tutori legitimo seu agnato. Ex quibus apparet, non penitus removeri matrem a tutela feudali, sed patrem ipsi testamento tutelam deferre posse, ita ut etiam præferatur agnatis. *Gloss. ad d. art. 2. n. 4.* & quod mater admittatur, si agnati tutelam gerere nolint. *Gloss. Germ. ad art. 23. inf.* Et quamvis *Gloss. lat. ad art. 23. lit. p.* dicat, per totum jus

Non quoad
theoriam.

ius Saxonicum non reperiri, quod mater tutelæ officio fungi queat: subjicit tamen postea, quod non obstante stricta illius articuli dispositione secundum communem usum nihilominus mulieribus liberorum suorum tutela, qui adhuc infantes sunt, usque ad triennium permittatur, imo et aliorum impuberum, proximis tamen simul agnatis adhibitis, donec ad secundas nuptias transferent. Ex his apparet, de jure Saxonico certum & perspicuum fundamentum, pro excludenda tutela materna *in feudo* adduci non posse; imo quod magis, eadem argumenta, quæ pro exclusione ejus adducuntur, ita fere comparata sunt, ut etiam ad allodialia referri queant, in quibus tamen inter Saxones tutelæ maternæ locum esse, omnes ad unum afferunt.

§. XXII. Atque hæcenus dicta quidem ad tutelam feudalem privatorum vasallorum in Saxoniam pertinent. An vero idem quoque dicendum sit Saxoniam Ducibus, merito inquirendum est. Præjudicialis hic præmittenda quæstio est; utrum Duces Saxoniam inter se concertantes ex jure Saxonico, an vero ex jure civili, causarum decisionem petere debeant? Sane feuda minora, ab ipsis Ducibus Saxoniam conferri solita, merito ad normam Saxonici juris aut moris reducuntur. Quod vero ipsos concernit Ducatus, hi non feuda Saxonica sunt, sed imperialia, hinc secundum jura in curia domini, seu imperiali, æstimanda veniunt. Unde in casu, quo prætendebatur, ut loco anni, quo investituræ renovatio petenda, in aula imperiali indulgeretur annus Saxonicus, scilicet annus & sex septimanæ, & hæc prætensio in jure satis fundata videretur, cum judicium Imperatoris consuetudinem loci, ubi feudum situm, attendere debeat, per ea, quæ in simili tradit

Mev.

An Duces Saxoniam, inter se concertantes, jure Saxonico an civili utantur?

Mev. P. 3. decis. 279. & P. 6. decis. 288. & in specie curiam feudalem, etiamsi diverso jure utatur, judicare debere in controversiis, ipsum feudum concernentibus, secundum statuta loci, ubi feudum situm est, Dd. unanimiter asserunt, allegati a Struvio *in synt. jur. feud. c. 1. art. 12.* Godofr. Anton. *disp. feud. 1. rb. 1. lit. m.* Klock. *vol. 3. consil. 145. n. 20. seqq.* Nihilominus tamen huic contradictum a judicio aulico imperiali, quo annum secundum jus commune observandum esse respondit, quorsum etiam respexisse videtur Francos. Facultas, quæ *Mens. Novembr. 1696.* ita respondit: Haben zwey Herren Brüder, als Herr Johann und Herr Heinrich, unmittelbare Reichs-Graffen und Stände, deren jeder seine independente Regierung gehabt, wegen ihres unmündigen Bettern, Graff Leopoldi, künsttlicher Verlassenschaft ein pactum successorium auffgerichtet, daß auf begebenden Todes-Fall Herr Graff Johann und dessen Sohn einen dritten Theil, Herr Graff Heinrich aber und dessen Söhne zwey Drittentheile von der Verlassenschaft an Lehn und Sitz überkommen solt. Da nun die Testamentaria tutela über den jungen Herrn Graff Leopold durch Absterben Herrn Graff Johannis ihre Endschafft erreicht, auch bald darauff Graff Heinrich, welcher die legitimam tutelam als proximus verwaltet, ebenfals verstorben, und also Graff Johannis ältester Sohn, Herr Graff Franz, seines alters 33. Jahr, sich der Vormundschafft allein mit Ausschließung Herrn Graff Heinrich ältesten Sohns, Herrn Graff Georgen, seines Alters im 22. Jahr, angemasset, so wird gefragt:

- 1) Welcher von beyden Theilen zu Führung und Übernehmung dieser also streitigen Vormundschafft denen Rechten nach am besten besugt und fundiret sey?

- 2) Ob nicht Herr Graff Georg, da ihm die Vormundschaft nicht allein competiren solte, zum wenigsten zur Contutel zu admittiren sey?

Ob nun zwar, so viel die erste und andere Frage betrifft, nach Anleitung des Sachsen-Rechts nicht alle Agnati, welche in gleichem gradu sind, zu der Vormundschaft zugelassen werden, sondern nur der älteste von denenselben, welcher in diesem Fall Herr Graff Franz ist; solches Sachsen-Recht auch vorjeseh statt zu haben scheint, weil nicht allein in den Gräfflichen Landen solches obtinirer, sondern auch die Gräffliche familia sich in dem pacto successorio verbunden, daß die unter ihnen entstehende Streitigkeiten secundum Jus Saxonicum bengeleget werden solten:

Weil aber dennoch 1) allhie die Frage ist von zweyen unmittelbahren Reichs-Ständen, welche ob superioritatem territorialem an und vor sich keinem Juri Saxonico, ob es gleich inter Subditos ipsorum recipiret, unterworfen, sondern deroelben controversiæ nach den allgemeinen Käyserlichen Rechten, als welches omnium statuum consensu recipiret worden, entschieden werden müssen.

2) Zumaln da gegenwärtige Controversia Tutelaris nicht die bona Comitum in hoc vel illo districtu, ubi alioquin Jus Saxonicum obtiner, sita, sondern ipsas personas statuum Imperii betrifft.

3) In solchem Fall aber kein argumentum a tutelis privatorum ad tutelam statuum genommen werden kan, weil die subditi an dem eingeführten Jure Saxonico vi superioritatis territorialis verbunden, die Domini territoriorum aber nicht.

4) Und ob gleich auch der Imperator selbst sich des juris zu gebrauchen pflegt, quo solutus esse viderur: So kan doch solches ad status imperii weiter nicht, als qua-
teaus

tenus cum subditis suis negotium gerunt, appliciret werden, in welchem Fall sie sich denen Landüblichen Rechten conformiren, massen in negotiis, ipsos status sive Comites sive Principes inter se concernentibus, die status nicht anders, als Cives Imperii Romano-Germanici consideriret werden können, und daher ihre Streitigkeiten non secundum provinciales, sed imperii leges decidiret werden müssen.

5) Darnieder nichts versangen kan, daß gleichwol die Familia Dnr. Comitum per pacta ad observantiam Juris Saxonici sich verbunden, massen solches pactum weiter nicht als ad causas privatas & in arbitrio ipsorum consistentes, extendiret werden mag: Hieher gehöret aber die tutela legitima nicht, als welche Juris publici ist und secundum LL. Imperii juxta ordinem successione deferiret wird.

6) Wozu kommt, daß gleichwol in dem pacto familiae in specie circa tutelam ejusque administrationem, nichts verglichen, daher die verba generalia: daß in vorkommenden Streitigkeiten das in judicando übliche Sachsen-Recht soll observiret werden, keines Weges ad modum deferendi tutelam gezogen werden mögen, cum verba generalia non extendantur ad ea, quæ speciali conventionione opus habent, & multo minus ad illa, quæ non ex conventionione, sed publica legis dispositione speciatim dependent.

7) Zu geschweigen, daß, da der Herr Graff Johann Herrn Graff Heinrichen per pactum dahin verbinden wollen, daß der Senior allein die Vormundschaft führen solte, Herr Graff Heinrich demselben contradiciret, und also disfalls niemals einiger Vergleich getroffen.

8) Dabey zugleich die ratio Juris Saxonici wohl zu erwegen, warum eben der älteste Schwertmage die Vormundschaft allein überkomme, ob nicht hierin die ratio juris communis einiger massen attendiret werde, quia omne jus statutarium ita explicandum, ut quam proxime accedat ad jus commune. Nun ist aber aus dem Sachsen-Recht bekannt, daß der ältere Agnatus ein præcipuum in successione habe, nach Andeutung des Land-Rechts *lib. 1. art. 22.* woselbst er das Schwert voraus nimmt, das übrige aber theilen sie zu gleich, quia ergo aliqua in parte potior in successione est senior, in tutela quoque potior esse debuit.

9) Wann nun solches in gegenwärtigem Fall appliciret und erwogen wird, wie gleichwohl Herr Graff George, der 2. Tertias ex successione zu hoffen und also ein grosses præjudicium vor Graff Franken hat, so muß auch in diesem casu, de quo conditores juris Saxonici ne quidem cogitarunt, die ratio juris communis pro supplendo jure statutorio gültig seyn, ne ille, qui ex tertia parte succedit, illum, qui ex duabus tertiis ad successionem vocatur, excludat.

10) Welches alles um so viel unbilliger seyn würde, wenn consideriret wird, in was grossen Schaden der Herr Graff Georg gerathen würde, wenn dem Herrn Graff Franz allein die Vormundschaft nach Belieben zu führen zugelassen werden solte, indem Herr Graff Franz nicht allein für sich selbst ein grosses pro honorario, und für seine Ministros ein hohes deputat prætendiret, dabey er dem Bericht nach seinen Dienern conniviret, dadurch die ohndem mit grossen Schulden beschwerte Graffschaft ruiniret und die spes successionis des Herrn Graff Georgen verringert werden würde. Nun ist aber allen Rechten nach vergönnet, quod & proximo Agnato, etiamsi solus tutor constitutus fuisset, ad evitandam perniciosam administrationem

nem & avertendum damnum a pupillo, Curator ad-
jungi possit.

So halten wir bey solchen Umständen dafür, daß beyde Herren Graffen zwar zu der tutel zuzulassen, jedoch dergestalt, daß wie in successione also auch in administratione tutelæ der Herr Graff Georg quoad onera & commoda pro duabus tertiis, Herr Graff Frank aber pro tertia parte zu admittiren.

§. XXIII. Cum itaque Domino feudi præcipue incumbat, ut vasallo impuberi de tutore prospiciat, hæc provisio ad ductum *juris communis* regulariter fieri debet, quod matrem a tutela non excludit. Hoc lubens fateor, rara esse admodum exempla inter Duces Saxoniz, ubi mater tutelam administravit; sed an inde regula, qua matres perpetuo a tutela Principum in Saxoniz excludi debeant, formari possit, penitus dubito. Huc usque enim ostendi nequit exemplum, quo mater Ducis Saxoniz in judicio contradictorio a tutela esset repulsa, sed vel aliud testamento patris defuncti est cautum, vel etiam mater sua sponte ab onere administrandi tutelam sese abstinuit, sola educatione liberorum sibi reservata. Sane cum Johannes Wilhelmus Vinariensis anno 1572. decederet, & Joh. Fridericus II. in vinculis ab Imperatore detineretur, Augustus Elector Saxoniz jure approbationis tutelam relictarum filiarum Friderici Wilhelmi & Johannis sibi vindicavit: sed cum ini- que se excludi existimaret vidua, Dorothea Susanna, & inde auxilium a Cæsare imploraret, hic monuit Augustum Electorem, ut in partem curæ etiam matrem filiorum impuberum admitteret. Postquam vero Joannes, alter ex Joannis Wilhelmi filiis, Vinariensis

De tutela ma-
terna Ducum
Saxoniz.

atque Gothanz lineæ conditor, anno 1605. decederet, vidua ejus, Dorothea Maria Anhaltina, inter alios, ut ad tutelam admitteretur, petiit, ubi in aula Cæsarea a summis Assessoribus hac de re graviter disputatum est, Matthia Warrero penitus negante, matrem ad tutelam Principum admittendam esse, sive de jure civili, sive Saxonico quærat: contrarium ex adverso asserente Jo. Rudolpho Hagenmüllero, & matri etiam de Jure Saxonico tutelam asserente. *Vid. Not. Cameral. super Ducum Saxoniz controv. de jure præced. anno 1619. Francof. p. 9. & 64.* Verum prior ille nec rationem nec auctoritatem pro sua adduxit sententia: Posterior autem, quod jus Saxonicum nullibi hanc tutelam matri auferat, urfit. Res tamen indecisa mansit, postquam Dorothea Maria sua sponte acquievit, relicta sibi liberorum suorum educatione, ex quibus actibus voluntariis iterum jus aut observantia, effectum juris habens, evinci nequit. Nec pateta domus Saxonica hic resistere credo, quæ sine dubio haud ignota fuissent illis Principibus, qui maximam injuriam hujus domus notitiam habuerunt, & tamen tutelam maternam locum esse voluerunt. Sic Ernestus Pius Saxoniz Dux anno 1654. Gothæ testamento filiis suis tutricem dedit conjugem ELISABETHAM SOPHIAM ex Altenburgenfi linea natam, quod certe nunquam fecisset, si vi jurium domus Saxonica tutrix esse non potuisset; licet hæc tutela materna ea propter ad effectum non sit deducta, quod DEUS O. M. huic Principi illud pietatis præmium, scilicet longævam vitam, indulserit, dum anno 1675. d. 26. Mart. immortalitate demum donatus & interim plerique filiorum in suam tutelam pervenerint. In linea Albertina certum est, Albertum animosum, stipitem propaginis Electoralis, in suo testamento ordinasse,

nasse, ut ille, qui ex filiis alteri supervixerit, relictorum de ipso liberorum tutor esse debeat, hac adjecta limitatione: *nisi defunctus aliter disposuisset*, cui ante omnia standum esse ibi subjicitur. Quod si ergo vi hujus testamenti libera dispositio de tutela ascendentibus ex linea Albertina relicta est, quid vetaret, quo minus matrem tutricem dare, aut saltem proximo agnato tutori illam adungere potuissent, sicut Christianus I. Elector testamento suo etiam in ipsa administratione Electoratus Joh. Georgium Electorem Brandenburgicum contutorem testamento dedit. Aliud exemplum in hac linea occurrit in Duce Augusto, administratore tunc temporis Archiepiscopatus Magdeburgici, qui, quantum ad filios secundi matrimonii, Fridericum & Mauritium, tutricem testamento constituit conjugem Joannam Walburgis Comitessam de Leiningen, quæ etiam tutelam hanc usque ad annum 1687. sola administravit, qua mortua, hoc munus frater natus maximus in se recepit. Hoc exemplum pariter documento est, Augustum Ducem, tantæ ætatis, prudentiæ & experientiæ Principem, & hinc jurium domus suæ satis gnarum, nunquam conjugi tutelam delaturum fuisse, si id sibi non licere persuasus fuisset.

§. XXIV. Imo licet etiam Silesia jure Saxonico illustratur hoc communi utatur, quod & ipsa Bohemia, ad quam Silesia ex observantia Principum Silesiæ pertinet, recepit, Arthur Duck. *de usu & auctor. jur. civil. lib. 2. cap. 15. §. 10.* Goldastus *de regn. Bohem. lib. 4. c. 15. §. 6.* Nunquam tamen ibi creditum fuit, Jus Saxonicum commune resistere matribus, quominus tutelam etiam filiorum illustrium tam quoad allodialia quam feudalia suscipere possint. Et ut vetera exempla hic præ-

præteream, placet tantum ad illud provocare, quod in domo Brigenſi & Lignicenſi contigit, ubi poſt mortem Chriſtiani, Ducis Sileſiæ Lignicenſis, relictæ viduæ LUDOVICI, Principi Anhaltinæ, tutela filii impuberis Georgii Wilhelmi anno 1672. delata, & adminiſtratio Ducatum aſſiſtentibus Conſiliariis relictæ, ſub titulo *der Ober-Vormünderin und Regentin*. Dn. Ring. *progymn. prax. jurid. p. 1. progymn. 18. n. 35. ſeq.* Pari modo ab Imperatore jam antea commiſſa fuit tutela ELISABETHÆ MARIE, natæ Monſterbergiæ, Oelſnæ &c. conjugii Ducis Sylvii Nimrodi Wirtenbergeniſis quatuor filiorum, Ferdinandi Caroli, Sylvii Friderici, Chriſtiani Ulrici, & Julii Sigismundi, & contutores ei honorarii adjuncti fuerunt Chriſtianus, Dux Lignicenſis & Auguſtus, Comes Lignicenſis, ſicuti ex tenore confirmationis Cæſareæ plenius apparebit: Der Römischen Kånſerlichen auch zu Hungarn und Boheim Råniglichen Majestät Unſers allergnådigſten Herrn, wegen der Hochgebohrnen Fürſtin ELISABETHA MARIA, vermittliten Herzogin zu Wårtenberg, Gebohrnen Herzogin zu Månſterberg und Oelſz. hiermit anzudeuten, es wåre Hånſtgedachter Jhro Kånſerlichen Majestät gehorſamſt vorgebracht worden, was maſſen Jhro Fürſtliche Gnaden bey derofelben um die gnådigſte Confirmation dero Mütterlichen Tutel über ihre vier Söhne und Prinzen, angehalten, wie ingleichen dem Hochgebohrnen Fürſten, Herrn Chriſtian Herzogen zu Ligniz, Brieg und Wohlau, dem Hoch- und Wehlgebohrnen Herrn Auguſtum, Graffen zu der Ligniz, zu Jhro aſſiſtenten pro Tutoribus honorariis zu adjungiren und beſtåtigen gebethen. Wann nun mehr Hochgedachter Jhro Kånſerlichen Majestät Jhro eines und des andern allergnådigſt belieben laſſen, und Jhro Fürſtliche Gnade neſt erwehntem Herrn Graffen Auguſto zu Ligniz darbey in Gnaden confirmiret und beſtåtiget haben: Als

Als werden Ihre Fürstliche Gnaden solcher Vormundschafftlichen Administration, als leibliche Mutter, wie bestens vorzustehen und bey sich ereignenden Vorfällen der zugegebener honorariorum Raths und Assistentz sich zu erholen und zu gebrauchen wissen. Und es verbleiben 2c. 2c. Wien d. 26. Novembr. 1694. Eodem modo prævia confirmatione Cæsarea Sereniss. ANNA SOPHIA, Mechlenburgica, Julii Sigismundi, Ducis Württembergici Oelsnensis Julioburgensis vidua, filii Caroli tutelam anno 1685. sola suscepit & gessit, & quamvis fratres defuncti mariti DN. Sylvius Fridericus & DN. Christianus Ulricus; in Aula Cæsarea contutelam & administrationem urgerent, solam tamen tutelam obtinuit, honorario tutore fratre seniore tantum constituto. Qua de re confirmationis Imperatoriz literas, quæ ipsum jus tutelæ maternæ clare asserunt, subjungere lubet, quæ ad regimen supremi Capitaneatus in Silesia pro pleniori executione directæ fuerunt, sequenti tenore conceptæ: Leopold 2c. 1. Petr. Was an Uns unser Königlich Ober-Amts-Consilium in Sachen, die von tit. ANNA SOPHIA vermittelster Herzogin zu Württemberg und Teck, auch zu Juliusburg in Schlessien, 2c. über Ihr, mit wepland dem lezt verstorbenen Herzog Julio Sigmund erzeugten Fürstlichen Sohn- und Mündlein, als Mutter, so wohl de jure, als auch ex dispositione der Ehe- Pacten und, vermöge Ihres verstorbenen Ehe- Gemahls, bey herannahenden Sterben, gegen Ihrer And. gethanen expression, unterthänigst gesuchte Tutel betreffend, mit Venschliessung dessen, was des Herrn Herzog Sylvii Friedrichs zu Nels 2c. wie nicht weniger des Herzog Christian Ulrichs zur Bernstadt 2c. Liebden Liebden der Contutel und Administration halber darbey erinnert und angeführet haben, unterm 9ten Januar. dieses 1685. Jahres gutachtlich berichtet,

Contin. III.

Sss

das

Das haben wir uns mit allen Umständen ausführlich gehorsamt referiren und vortragen lassen; Sintemahlen wir nun nach reifer der Sachen Erwägung solche Tutel. obgedachter vermittelbten Herzogin ANNA SOPHIA And. als leiblicher Mutter sub onere reddendarum rationum, dergestalt allergnädigst conferiret, daß dieselbe (1) idoneam cautionem, mit Ihrem iehigen und künfftigen Vermögen, wie es bey denen Fürstlichen Wittiben, und mütterlichen Verordnung in Unserm Herzogthum Schlesien Herkommens, durch gerichtliche Angelobung præstire; (2) Dem Scto Vellejano und denen secundis nuptiis renuncire; (3) In feudilibus, und das gesamte Fürstliche Delnsnische Haus concernirenden Commun. Sachen, ohn beyder oberwehnter Fürstlichen Agnaten, Rath und Einwilligung nichts thue, wie nicht weniger (4) und weisen wir öfters ernannten Herzogs Sylvii Friederichs, als ältesten Fürstlichen Agnaten Liebden die tutelam honorariam hiermit allergnädigst aufgetragen haben wollen, die jährliche Vormundschafts-Rechnung Ihrer des tutoris honorarii, Liebden fleißig communiciren solle. Als werden E. Liebden und Ihr (massen unser gnädigster Befehl hiermit ist) die Fürstlichen Interessenten hiernach vorbescheiden, die vermittelbte Herzogin zu Juliusburg And. bey solcher mütterlichen Tutel, præstitis præstandis, Ober-Amtlich schützen, mehr und öfters erwehnten Herzogs Sylvii Friederichs Liebden die tutelam honorariam in unserm Nahmen auftragen, wie auch im übrigen alles dasjenige, was bey dergleichen Fürstlichen Mütterlichen Tutel. Rechts und Herkommens, würcklich verordnen. An Dem beschiehet x. und wir verbleiben x. Wien, den 17. Martii 1685.

Mater non tri-
trix filii impu-
beris in Electo-
ratu succeden-
tis,

§. XXV. Devenio ad Membrum quaestionis
secundum, quid matri juris competat in electorali tu-
tela: ubi varios distinguendos esse casus omnino existi-
mo.

mo. Hoc (1) expeditum est, *primario* matri tutelam haud competere ratione ipsius Electoratus, & inde dependentium jurium, siquidem in *A. B.* jus, vox & potestas seniori fratri vel Agnato assignata est, & cum regulariter ne quidem testamentarius admittitur, mater quoque ex iisdem rationibus excludi debet, prout argumenta hanc in rem supra adducta declarant. (2) *Ce.* An mater seniori Agnato jungi possit? *terum* alia quaestio est, annon mater in tutela Electorali proximo agnato ita jungi possit, ut non tantum in educatione filii, sed etiam in administratione ipsius provinciae cum Agnato concurrere possit? Negativa vel inde probabilis videtur, quod mater ita etiam ad actus Electoralis officii, non tantum in electione Imperatoria, sed & in aliis diatris electoralibus concurrere deberet, quod absolum & intentioni *A. B.* adversari videtur. Hæc difficultas tamen facile superari potest, si asserimus, a patre testatore tutelam ita dividi posse, ut unus vel alter tutorum hæc vel ita solitarie administret, alia vero communi omnium consilio peragantur per *l. 2. C. d. divid. tut. l. f. C. de auctor. præst.* Quid ergo vetaret, quominus mater Principis Electoralis a patre ita Agnato seniori adjungi possit, ut hic quidem munus Electorale expediat solus; in administratione vero territorii Electoralis cum matre *tutrice* consilia conferat & ita communi nomine hæc expediat. Sic in domo Electorali Havarica *tutricis* munere functa est MARIA ANNA, Ferdinandi II. Imperatoris filia, quæ proximo Agnato Alberto ita juncta fuit, ut simul in administratione territorii Electoralis concurreret.

§. XXVI. Sed prævideo facile, hic illorum *Dubium res.* sententiam mihi objici posse, qui existimant, tutori *movetur.*

Electoralium alio testamento plane non posse adjungi, quam probat Dn. Schweder. *Fur. publ. part. special. sect. 2. Cap. 3. §. 11. in med.* Dn. Thulemar. *de octoviratu C. 27. n. 37.* Klock. *Vol. 1. Conf. 6. n. 38. seq.* Verum si inter tutorem Electoralem seu Agnatum proximum & tutorem testamento adjunctum administratio ita dividatur, ut juri, voci & potestati Electorali proximi Agnati nihil decedat, nihil obstat, quo minus testamento tutor alius circa administrationem territorii Electoralis adjungi possit, cujus rei solenne exemplum occurrit in domo Electorali Saxonica, ubi Christianus I. Elector Friderico Wilhelmo Duci Altenburgensi seniori ex Agnatis adjunxit Johannem Georgium Elect. Brandenburgicum, cujus testamenti verba de anno 1591. d. 30. August. ita se habent

Wann auch
 GOTTE nach seinem Willen über uns gebiethen, und uns von dieser Welt abfordern wird, so wollen wir, daß unsere vielgeliebte Gemahlin bey unseren geliebten Kindern bleiben und sie auferziehen helfen soll: So viel aber ihre Liebden und unserer Kinder Vormundschaft betrifft, so wollen wir, daß der Hochgebohrne Fürst, Unser freundlich lieber Vetter, Bruder und Gevatter, Herr Friederich Wilhelm Herzog zu Sachsen etc. als dessen Liebden es vermöge güldener Bull und forsten gebühret, neben dem auch Hochgebohrnen Fürsten, Herrn Johann Georgen Marggraffen zu Brandenburg, des Heiligen Römischen Reichs Erbs-Kämmerer und Churfürsten dieselbe verwalten, und soll des Churfürsten zu Brandenburg Liebden, auch unserer Geliebden Gemahlin Vormund seyn, doch sollen Ihre Liebden sonderlich in Religions-Sachen nichts wider unsere Verordnung vornehmen: Es sollen auch zu der Chur-Fürstlichen und Landes-Regierung Niemand, als unsere jetzige Råthe, und etliche aus unserer getreuen Landschafft ge-

gebraucht werden, welches mit Vorwissen des Ausschusses der Landtschafft, was etwa schwere Sachen, verrichten, und darnach darauf Verordnung thun sollen, qui etiam ab illo ad contutelam admissus, & communi utriusque nomine varia tunc temporis in Electoratu expedita, de quo satis abundeque in Saxoniam constat. Cum vero hoc exemplum adjuncti tutoris Electoralis rarius sit, Lectori non ingratum erit, modum hujus conjunctæ administrationis Electoratus ex tabulis publicis super hoc negotio Dresdæ d. 12. Novembr. anno 1591. confectis, percepisse. Verba ita se habent: Zwischen denen Chur- und Fürstlichen Sächsischen und Brandenburgischen zusammen verordneten Rätthen, ist von wegen der Administration der Chur-Sachsen ꝛc. und dazu gehöriger Lande, auf vorgehabte freundliche Communication und Unterrede, nachfolgende Vergleichung heut dato beschehen, daß nemlich unser Gnädigster Fürst und Herr, Herzog Friederich Wilhelm zu Sachsen ꝛc. als der nächste Agnat der Chur-Fürstlichen Jungen Herrschafft, die Administration der Chur-Sachsen, und dazu gehöriger Lande, dieselbe auch zusehet zu der Ehre Gottes, Fortpflanzung Kirchen und Schulen; auch Gedeihen der Jungen Herrschafft, so wohl dero Land und Leuten zu sonderlichen Aufnehmen verwalten und vollführen solle: Jedoch mit der bescheidenlichen Maas, daß alle Rescripta, Bestallungen und dergleichen, in bender Chur- und Fürstlichen Brandenburgischen und Sächsischen ꝛc. Rahmen, auch auf die Weise verfertigt werden, und ausgehen sollen, wie die verglichene Notel besaget, und ausweist, darum auch die Reglerer, und andere Personen, so in jetzigen Jahren Diensten behalten, auch künftig gebraucht werden möchten, nach jetzigen gesamten Anordnungen an S. F. G. als der Administratoren gewiesen werden sollen, sich Ihrer Fürstlichen Gnaden Bescheids und Befehls in fürfallenden Sachen zu erho-

erholen. Wofern auch die Churfürstlichen Brandenburgische Ráthe und Gesandten zur Státte, soll mit Ihnen von allen Sachen wie die fürlauffen, auch einige Wichtigkeit auf sich haben werden, freundliche Communicatio gehalten, auch mit ihrem Vorwissen und Belieben darinnen geschlossen, und verfahren, da sie aber abwesend, nichts destoweniger die Rescripta und andere Handel auf angezogene Masse ausgefertigt werden. Dergleichen da auswärtige Könige und Potentaten sowohl Reichs- und andere hoch angelegene Land-Sachen fürkommen möchten, soll hierunter des Churfürsten zu Brandenburg ꝛ. als des Mit-Vormunden, Bedencken und Rath erhollet und gebraucht, wie denn auch die jährliche Rechnungen in Beyseyn und Gegenwart Sr. Chur-Fürstlichen Gnaden Gesandten, gehalten, und allenthalben mit Fleiß gesehen werden, wie nach Ausbreitung des Heiligen Göttlichen Rahmens, auch Fortsetzung Kirchen und Schulen, der Jungen Herrschaft Weyden und Nutz, destomehr fortgestellet werde, welches dann Unser Gnädigster Herr Herzog Friederich Wilhelm zu Sachsen ꝛ. also zu thun, sich gnädigst erkläret und erboten, auch die Chur-Fürstlichen Brandenburgischen bis auf Ihres Gnädigsten Chur-Fürsten und Herrn Ratification solches angenommen. Datum Dresden am 12. Novembr. Stylus vero in Rescriptis ita conceptus fuit: Von Gottes Gnaden Wir Friedrich Wilhelm Herzog zu Sachsen, Administrator der Chur-Sachsen, und Vormund, bekennen vor Uns und den Hochgebohrnen Fürsten, Herrn Johann Georgen, Marggraffen zu Brandenburg, unseren freundlichen lieben Oheim, Schwagern und Herrn Batern, in gesamter Vormundschaft, Weyland Herrn Christiani, Herzogen und Chur-Fürsten zu Sachsen ꝛ. Christ-loblicher Gedächtniß nachgelassener Jungen Herrschaft ꝛ. und thun kund jedermänniglich. Vi hujus conventionis super administratione tutelæ in Comitibus Imperialibus Ratisbonæ anno 1594. in Collegio Electora-

li ipse Fridericus Wilhelmus solus subscripsit, sed postea inter Principes ratione comitatus Hennebergici subscriptionem ita concepit; **Friederich Wilhelm, Herzog zu Sachsen, und der Chur-Sachsen Administratorm &c. vor sich und von wegen Johann Georgen Marggraffen und Chur-Fürsten zu Brandenburg xc. in Vormundschaft Christian, Johann Georgen, Augusten Gebrüder Herzoge zu Sachsen.** E contrario in Recess. de anno 1598. ipse Fridericus Wilhelmus ut tutor solus subscripsit, quia tunc temporis Joh. Georgius Elector Brandeb. jam decesserat; imò & hoc notabile est, quod ad indigitandum, se non solum esse Electoratus tutorem, notanter in dicto Recess. Imp. de anno 1594. in classe Electorum non subscripsit als **Vormund**, sed **Vormundschaft**. Defuncto autem contutore Johanne Georgio Elect. Brandenburg. in Rec. Imper. de anno 1598. simpliciter se scripsit **Vormund**. Cujus exemplum unum alterumve occurrit in subscriptione Rec. Imper. de anno 1551. ubi quando in textu Germanico expressum der **Vormundschaft**, ejus loco in latina ejusdem Recessus versione, quam exhibet Goldast. tom. 2. const. Imper. pag. 350. substitutum est vocabulum tutorum: aliud tamen esse concedo in **Vormundschaft**, quod etiam de uno tutore recte asseritur. Ut adeo inde appareat, non inhibendum esse Electori, quo minus seniori Agnato alium etiam in administrandis provinciis Electoralibus adjungat.

§. XXVII. Sed etiam (III) ab Electoratu distinguuntur ceteræ provinciæ, in quibus tutelam testamentariam locum habere posse supra jam assertum est. **Unde** An matri tutela deferri possit quoad alias provincias extra Electoratum?

Unde de *matre* quoque quaeritur, annon etiam in his tutelam gerere possit. Et quidem quia pater in his soli matri in testamento tutelam deferre possit, dubium non est, postquam tutela respectu harum provinciarum fratri vel agnato seniori praecise haud debetur. Equidem facile concedo, tutorem electoralem, cui per A. B. provisum est, etiam reliquarum provinciarum regimen sibi vindicare posse, cum tutor *simpliciter* datus, sive a testatore, sive a lege, ad omne pupilli patrimonium vocatus censetur *l. 12. & 14. ff. de testam. tutel.* Interim tamen nihil obstat, quominus ratione diversarum provinciarum & bonorum diversus tutor sit *l. 15. ff. eod.* & inde supra assertum est, patrem quoad alias provincias de tutela libere disponere posse, quo posito, etiam matri tutela deferri potest, tam dispositione paterna, quam extra eam. Nam proximior Agnatus quidem matrem excludit quoad *jus, vocem & potestatem*, seu ipsum Electoratum; At hanc rursus de *jure* seniore agnatum quoad alias provincias excludere potest, quod non adeo inconveniens videri debet, cum diversitas patrimonii tutelas legitimas diversas constituat, uti vel exemplum ejus, qui bona feudalia & allodialia relinquit, ostendit, quia in iis proximior Agnatus; in his vero cognatus est tutor. Electoratum vero ab aliis provinciis etiam quoad tutelam distingui posse, clare apparet ex A. B. Sigismundi *de an. 1434.* ubi ita dicitur: *in Principatibus autem, Ducatibus & Dominiis aliis temporalibus gubernandis aetatem observandam decernimus, prout a divinis Romanorum Imperatoribus & Regibus praedecessoribus nostris est sancitum.* Ex quibus patet, hanc bona relinqui dispositioni juris communis ratione aetatis seu majorennitatis & sic etiam

etiam tutelæ, quale argumentum inde colligit Marquard Freherus in comm. ad *Bull. Sigismundi verb. Dominiis aliis temporalibus.*

§. XXVIII. Porro (IV) matri quoque deberi tutelam filiarum electoralium existimarem, ita ut illa a proximo electoratus successore ei adimi haud possit, quatenus a patre in testamento aliud haud cautum est, id quod ex argumentis hætenus allatis per se fuit. Accedit quod hæc a successione in electoratum & alias provincias excludantur, nec quicquam præter dotem, maxime propter jus primogenituræ in electoratus introductum, prætere possint, & ita matri nihil resistit, quominus hanc tutelam filiarum suscipere queat. Idem (V) asserendum esse existimo quoad filios electoris ultra genitos. Quamvis enim in *A. B. tit. 7. §. 4.* cautum sit, quod frater senior non tantum principis electoralis, sed etiam omnium filiorum reliquorum tutor esse debeat, ceu verba hæc, in plurali numero concepta, ostendunt: *Si primogenitus heredes masculos legitimos laicos, defectum ætatis patientes, relinquere contigerit, tunc frater senior ejusdem primogeniti tutor & administrator existat,* ex quo forsitan inferri posset, quod cum ultra geniti ex lege publica eundem tutorem acceperint, quem ipse princeps electoralis habet, eis quoque alius tutor esse nequeat. *Limn. ad A. B. c. 7. §. 2. obs. 24. circa fin.* Verum cum jus proximi agnati ipsum electoratum & inde dependentia officia electoralia tantum concernat, ipsius pariter & imperii non interest, cujus tutelæ vel curæ reliqui electoris filii committantur. Quapropter non denegandum patri electori, ut ultra genitis testamento de alio tutore prospiciat, id quod si haud factum, maternæ tutelæ lo-

Matri debetur
tutela filiarum
Electoralium,

et filiorum ul-
tra genitorum.

Contin. III.

Ttt

cus

cus erit. Neque asseri potest, hic adesse provisionem legis, quæ ultra genitis tutorem dederit; nam responsio in promptu est, (1) provisionem hanc quoad ultra genitos satis ambiguam esse, quia ipsa verba A. B. dispositiva tantum loquuntur de *primogenito*, hoc tenore: *tunc frater senior ejusdem primogeniti tutor & administrator existat*, nec mentio hic facta est ultra genitorum & consequenter quoad hos juri communi insistendum est: (2) cessat in eis specialis illa ratio, propter quam intuitu primogeniti tutela fratri seniori delata est, & ita quoque dispositio A. B. ad hunc casum applicari haud potest.

An in episcopatibus tutela maternæ locus sit?

§. XXIX. Superest, ut inquiremus, an etiam in Episcopatibus, si pupillus illustris Episcopus postulatus sit, tutelæ maternæ locus esse queat? De Episcopatibus juri pontificio subjectis non loquor, de quibus jam dictum est supra *tit. de testam. tut. §. XI.* Pariter quoque non est sermo de Archi-episcopatibus, Episcopatibus & qui per I. P. sub nomine Ducatum & Principatum ad manus Principum protestantium pervenerunt, & ita bonorum secularium naturam assumerunt, & consequenter tutelæ maternæ in eis quoque locus esse potest. *Strauch. instit. J. publ. lib. 1. tit. 37. §. 1.* Sed tantum quaestio est de iis Episcopatibus, in quibus non jura successionis, sed electionis vel postulationis sibi locum vindicant. Distingvendum hoc casu videtur, an jus postulandi capitulo competens liberum sit, an ad certam familiam restrictum. Illo casu nec testamentariæ nec legitimæ & consequenter nec maternæ tutelæ, quantum ad ipsam Episcopatus administrationem, locus erit, sed uti apud pontificios Pontifex ipse providet, ita idem apud Evangelicos, ob devolutum jus

Pa-

Papale in Dominos territorii vi *J. P. art. V. §. 48.* a Domino territorii ei providendum esset. Sicuti vero hoc ad *capitula mediata* tantum referendum est; ita diversa est ratio *capitulorum immediatorum*, ubi ipse Episcopus est Dominus territorii. Sed de hac decisione non adeo laborandum est, cum ejusmodi capitula Evangelica vix adsint, quibus liberum jus postulandi adhuc competat. Nam etiam in Episcopatu Osnabrugensi, ubi alternative Pontificius & Evangelicus admittitur, si ordo Evangelicum tanget, capitulum ad certam lineam adstrictum est, licet non semper ad certam personam ejusdem lineæ per *J. P. art. 13. §. 6.* ut ita contingere possit, ut unus ex natu minoribus a Duce Georgio Brunsvicensi descendentibus eligatur, quo casu idem dicendum esse existimarem, quod ad alterum casum statim dicendum erit. Posterior ergo superest casus, quo jus postulandi ad certam familiam restrictum, vel ubi jam vi postulationis perpetuæ, quo ordine quis ex certa principum familia ad Episcopatum admitti debeat, conventum est, qualia exempla adsunt in Episcopatu Lubecensi, Martisburgensi & Naumburgensi. Hoc itaque casu eum capitulum alium eligere non possit quam illum, qui legitimo jure defuncto Episcopo proximior est, postulatio magis ex abundantanti quam necessitate adhibetur, ideoque hic tam testamentariæ, quam legitimæ tutelæ, pariter ut apud alios principes seculares, locum esse contendit Jo. Leonhard a Pühel *de tutel. elect. c. 3. §. 17.* Cum enim proximo agnato successio in Episcopatum adimi non possit, administratio tutelararis quoque illi salva erit, si nihil aliud Statutis capitulorum legitime conditis cautum sit. Hoc posito, si legitima tutela excludi nequit, maternæ quoque locus

esse debet. Et cum Episcopi protestantes uxores ducere haud prohibeantur, non inconueniens erit, uxori episcopi, seu viduæ ejus, indulgere beneficia aliis matribus communi jure competentia, præsertim cum consiliarii tutelares, qui etiam ex gremio capituli eligi possunt, matribus illustribus in administratione tutelæ assistere soleant, ex quorum consilio in negotiis, jura territorii episcopalis respicientibus, omnia expedire debent.

Mater tutrix est, licet non succedat.

§. XXX. Ex hætenus allatis exemplis & specialibus quæstionibus, per se fuit, matrem aut aviam esse tutrices, etiam si vel maxime per statutum a successione liberorum excludantur, Salicet. *ad aush. matri C. quando mul. tut. offic.* Sicuti etiam in Dynastiis & Principibus ad tutelam vocantur, licet filiis suis in iis non succedant. Pariter & in feudis excluduntur a successione, & tamen ante agnatos feudales eas tutrices esse, antea plenius evictum est. Non enim matri defertur tutela ob jus succedendi, sed quia mater est, & ex fiducia, quam leges erga eam habuerunt. Chassan. *ad consuet. Burgund. rubr. 6. §. 4. Gl. 2. n. 5.* Quocirca etiam in Ducatu Bremensi matri tutela debetur, licet pupillus bona avita possideat, quæ solis agnatis debentur, vel etiam si patrum unionis adsit inter agnatos, ut excluso sexu feminino agnati soli succedant.

Mater præfertur avi paterno.

§. XXXI. Hætenus ostendimus usum hujus tutelæ inter privatos & illustres satis amplum & magnum esse: jam etiam cetera jura circa hanc tutelam persequar, eorumque usum evolvam. Huc ergo (1) pertinet, quod prærogativam habeat præ tutela legitima regulari. Et inde mater quoque præfertur avi & avo paterno, quaregus nepotes sui juris sunt, quod hodie ut

ut plurimum contingit, quum vix sit, ut filius matrimonium contrahendo in potestate patria permaneat. Quod si enim avus paternus nepotes in sua potestate haberet, frustra quaestio de tutela moveretur, & avus bona administraret non qua tutor, sed vi patriæ potestatis. Et de hoc casu intelligendus est Carpzov. P. 2. C. 11. Def. 13. quia alias dissentire videtur. Conf. Brun. ad l. 1. b. t. n. 11. Vincent. de Franch. Decis. 10. per tot. Alias quidem urgere solent verba Nov. 118. c. pen. ibi: *hæc enim servantes omnibus a latere cognatis quoad tutelam præponuntur.* His verbis tantum legitimis collateralibus mater præfertur, non ascendentibus: verum cum de jure Romano tutela legitima communiter esset penes collaterales, ab eo quoque res denominata est, quæ fit ut plurimum, id quod evidentius apparet ex verbis immediate subsequen-
testamentariis solis præcedentibus eos: Si ergo soli testamentarii eis præferuntur, non potest avus paternus matri præferri, qui non alio quam *legitimorum* jure tutelam ambire potest.

§. XXXII. Post matrem ad aviam, & post hanc ad *proaviam* tutela spectat, quippe quæ etiam nomine aviæ in jure comprehenditur. Gutierrez. de tutel. p. 1. c. 8. n. 17. ut proinde dubium ex N. 118. c. 5. motum facile dilui possit; nam verba: *bis enim solis* proaviam haud excludunt, quippe quæ nomine aviæ etiam venit. Ast forsitan rarissime hic casus in praxi occurret, adeoque de eo minus laborandum est. Ceterum quando avus cum avia concurrat, distinguo utrum sint ejusdem, an diversæ lineæ. Priori casu merito avus præferendus, quippe qui hoc casu aviæ maritus est, & cum hæc ejus potestati sit subjecta, indecens foret, si marito suo in tutela se præferri postularet. Accedit quod jura de *avia*

Avia que ratione admittitur?

loquentia præsupponant, eam viduam esse, dum lex de renunciandis secundis nuptiis ei æque imposita fuerit Jac. Philipp. Port. *conf. 197. n. 7.* Baldus *ad §. nos autem §. de attil. tut. n. 19.* Posteriori autem itidem avum præferendum esse putat Baldus *d. l. n. 20.* sed sine ratione, quin potius asserendum est cum Carpzovio *p. 2. decis. 122. n. 15. seqq.* aviam una cum avo admittendam esse, ceu pluribus dixi *diff. de jure avor. c. 2. n. 158. seq.*

Mater debet
esse majorennis.

§. XXXIII. Interim tamen (II) mater debet esse legitimæ ætatis seu majorennis *l. 2. C. quand. mul. tut. offic.* Quando enim ipsa ob defectum ætatis suis negotiis præesse non potest, aliorum tutelam recipere nequit. Imo ipsi agnati, pro quibus tamen sexus præstantia militat, nequidem admittuntur ad tutelam illustrem, nisi perfectæ ætatis sint, *A. B. c. 7. §. 4.* quod etiam de omnibus agnatis dispositum est *in l. f. C. de legit. tut. Nou. 118. c. 5. Reform. polit. de anno 1577. tit. 32.* quis feminas non justæ ætatismitteret? Equidem Balthasar. *tit. 5. resol. Bavar. 3. n. 25.* de consuetudine hodierna matres minores ad tutelam admitti statuit, id quod de moribus Galliarum quoque adstruit Nicol. Boërius *Decis. 124. n. 7.* & de aliis locis idem defendit Ludovicus Molina *de justit. & jur. tr. 2. disp. 221. n. 6.* Verum cum Consuetudo unius vel alterius loci non statim generalem observantiam in contrarium inducat, & satis apparet, tam diu juri communi standum esse, donec ab allegante consuetudo contraria probata fuerit, & quidem specificè. Unde adhuc in quibusdam locorum statutis hujus requisiti disertis verbis fit mentio: veluti in *Ordin. polit. Magdeb. c. 43.* ibi: **Jedoch, daß die Wittwe alsdenn 25. Jahr ihres Alters erreicher,** interim tamen diversa ratio est, utrum mater minor-

norennis ad tutelam adspiret jure legitimo, an vero a patre in testamento data sit. Hoc casu subsistit quidem datio, ut tamen interim, donec ad justam ætatem pervenerit, alius curator a judice detur *l. 10. §. 3. l. 11. l. 32. §. 2. de testament. tutel.* Illo vero agnati præferuntur, nec mater postea tutrix esse potest; quando enim in legitima tutela ob defectum ætatis quis semel exclusus est ab aliis, qui sunt legitimæ ætatis, illa exclusio est perpetua. *arg. l. 8. & 9. ff. b. t. Nov. 118. c. 5.* Equidem Carpz. *P. 2. C. 11. def. 11. n. 2.* existimat, proximum agnatum tantum tandiu tutelam administrare, donec mater ad justam ætatem pervenerit, quo factò illa rursus admitti posset, quod præjudico confirmat Richter *P. I. decis. 12. n. 13. & in Ordin. polit. Magdeb. c. 43. §. 2.* confirmatum quoque est; hæc tamen sententia magis in jure Saxon. quam communi fundamentum habet, per ea, quæ tradit Meier in *colleg. Argent. b. t. tb. 9.*

§. XXXIV. Legitima vero ætas matris æstimanda est secundum jura loci particularia, quibus deficientibus, ad jus commune recurrendum. Idem terminus juris communis quoque in matre principis observandus est, cum in LL. imperii hic nihil immutatum reperiatur. Accedit Bulla Caroli IV. Saxonica de anno 1376. & Bulla Sigismundi Palatina de anno 1434. in quibus de justa ætate extra electoratus ita disponitur: *In principatibus autem, Ducatibus aut dominiis aliis temporalibus gubernandis ætatem observandam decernimus, prout a divinis Romanorum Imperatoribus & regibus nostris prædecessoribus est sancitum, ex quo inferendum merito est, annum 25. completum requiri.* Interim tamen constat, plures principes privilegio

Quam sit legitima ætas in matre tutrice?

gio Cæsareo obtinuisse, ut etiam decimo octavo anno majorennitatem, ut de electoribus quoque cautum est, consequantur, unde quæritur, annon etiam mater ex tali familia nata, & per connubium ipsi juncta, post hanc ætatem majorennis habenda sit, ad hunc effectum, ut tutelam liberorum suorum subire possit? Quod negandum videtur, cum privilegia illa regimen provinciæ, & ita masculorum ibi succedentium commodum tantum respiciant, a qua successione cum femina excludantur, ætatis quoque privilegium successoribus singulariter concessum illis prodesse non poterit. In quibus tamen locis generali lege vel consuetudine minor terminus receptus est; ille quoque matri prodesse debet, & ita in Saxonia post annum 21. Hamburgi post annum decimum octavum tutrix esse potest.

Mater secundis nuptiis renunciare debet.

§. XXXV. Ulterius (III) mater non aliter admittitur, quam si secundis nuptiis renunciaverit, cum propter superinductum vitricum illa omnino suspecta fiat *l. 22. C. de adm. tutor.* Olim quidem hæc renunciatio mediante juramento erat facienda *l. 2. C. quand. mul. tutor. offic. n. 22. c. 40.* quem rigorem tamen ipse Justinianus postea in *N. 94. c. 2. N. 118. c. 8.* temperavit, ut sufficiat simplex renunciatio, ne perjuriis ansa præbeatur. Hic ergo duo potissimum inquirenda sunt, (1) an hodie adhuc necessaria sit hæc renunciatio, (2) an juramento confirmari debeat. Quod prius membrum concernit, negari nequit, hanc renunciationem in quibusdam locis haud requiri, uti de Bavaria testatur Balthasar. *tir. 5. resol. Bavar. 3. n. 16.* Idem quoque de aliis locis testatur Busius *ad l. 1. b. r. n. 10.* licet, secundis contractis nuptiis, nihilominus adhuc

adhuc expiret Sande *lib. 2. decis. tit. 9. def. 3.* Similiter in der Chur-Pfälzischen Vormundschafts-Ordnung *sub n. 3.* hæc renunciatio etiam remissa videtur, quia ibi ita cavetur: Wir lassen auch hiemit zu, so eine Witwe nach Absterben ihres Ehe-Manns ihren Witwen-Stuhl nicht verrücken, noch auch, daß sie sich wieder verheyrathe, Vermuthung verhanden *ic.* Ergo hoc jure sufficit, si modo præsumtio sit, quod ad secunda vota haud sit transitura, quamvis itidem hoc jure tutelam tamdiu etiam retineat, so lange sie ihren Witwen-Stand nicht verändert. Similiter in *reformat. renov. Francof. p. 7. tit. 2. §. 3. & 4.* tantum mater adstringitur, ut renunciât S^Cto Vellejano, ut autem expresse etiam secundis renunciât nuptiis, ipsi haud injunctum est, quorsum etiam conspirat *reformat. renov. Noriberg. tit. 39. leg. 3. §. 2.* Verum in plerisque aliis locis adhuc renunciatio hæc est necessaria, uti de Saxonis præjudicio confirmat Carpzov. *p. 2. C. 11. def. 14.* Quin & statutis multorum locorum hoc diserte matri injunctum legimus. In *Ordin. polit. Magdeb. c. 43. §. 2.* ita disponitur: Jedoch, daß die Witwe der andermärtigen Verheyrathung, S^Cto Vellejano, und andern weiblichen Gerechtigkeiten, so wohl bey Adel als Bürgerlichen Personen, zwar ohne formlichen End, jedoch an Endes statt, Gerichtlich renunciiere. Similiter in Electoratu Moguntino in der Unter-Gerichts-Ordnung *fol. 17.* idem approbatum est: doch mit Verzeihung weiterer Ehe. In *reformat. Wormat. lib. IV. p. 1. tit. 4. §. fin.* jus commune retentum est, ut ipsissima ejus verba docent; Doch daß sie sich vor und ehe verzeihen, weiter zu vermählen; quod & *Stat. Hamburg. part. 3. tit. 6. art. 5.* cautum est: Doch daß sie sich alsbald der andern Ehe *ic.* verzeihe. Imo, quod magis est, hæc re-

Contin. III.

Uun

nun-

nunciatio secundarum nuptiarum, quoad usum imperii non tantum in tutelis privatorum, sed etiam illustribus necessaria est, ut ex supra adductis confirmationibus tutelarum maternas constat, ut hinc asseri nequeat, hoc requisitum in desuetudinem abiisse, uti quidem existimat Ringlerus *de tutel. illust. c. 6. §. 2. p. 233.*

An renunciatio hodie debeat esse jurata?

§. XXXVI. Devenio ad alterum membrum, secundum quod inquirendum est, an hodie matres secundas nuptias ejurare debeant? Id quidem contendit Hahnus *Diss. de tut. materna §. 16. vigore reformat. polit. de anno 1548. & 1577.* ubi omnibus tutoribus juramentum injunctum est de tutela recte administranda, ex quo ita infert: Si hodie jurandum est de tutela dextre administranda, sequitur necessario, ut mater quoque eodem juramento renunciationem suam confirmare debeat, cum secundæ nuptiæ utilitati pupillorum e diametro repugnent. Conf. Eund. *ad Wesemb. tit. de tutel. n. 5. voce: quin moribus Saxon.* Verum hæc consequentia fallit, cum juramentum, quod in *reform. polit.* exigitur, ad hanc renunciationem haud pertineat nec jus hoc novum ultra suos limites contra jus commune extendi debeat. Accedit, quod ipsum juramentum tutorum non ubique receptum sit, ut inferius *ad tit. de admin. & peric. tut.* dicam, quemadmodum etiam in camera hæc renunciationes sine juramentis expediuntur. Hoc quidem constat, quandoque in juramentis a matribus tutricibus præstandis inferi solere, quod, quando ad secunda vota sese contulerint, alios tutores petere velint; sed inde nulla renunciatio jurata secundarum nuptiarum inferri potest. Sic in Ducatu Brunsvic. & Luneb. Guelpherbyt. matri est præscripta certa forma jurandi, quæ occurrit in *ordin. Cancell. n. 5.*

p. 44. tit. forma des Vormunder: Eydes, den eine Mutter als legitima tutrix schweren soll. In hac ipsa inter alia quodque ita jurat: Und da ihr etwa über kurz oder lang euch anderweit verheyrathen würdet, alsdenn vorher euren Kindern andere Vormünder bitten etc. Eadem formula repetita est in ordin. Cancell. Hannov. de anno 1664. in append. c. 6. p. 154.

§. XXXVII. Tandem quoque mater debet Se-
 natus consulto Vellejano renunciare ac omni alii le-
 gum auxilio per *auth. matri & l. f. C. quand. mul. tut. of-*
fc. N. 118. c. 5. & quidem judicialiter Carpz. P. 7. c. 11. def. 14.
v. 5. quæ renunciatio adhuc in viridi est observantia,
 adeo ut etiam ibi requiratur, ubi secundas nuptias ma-
 ter ejurare haud tenetur, ut in Bavaria. vid. Balthasar.
5. resol. pract. 3. n. 13. Imo observantia ejus tam late ex-
 tensa est, ut etiam matres illustres obstringat, prout
 ostendit Eyben *de tutel. femin. m. 2. §. 3.* quod supra ad-
 ductæ confirmationes demonstrant. Unde etiam quan-
 do mater se offert ad tutelam suscipiendam, ostendere
 solet, se paratam esse ad renunciationem S^Ci & c. Con-
 stat id ex Gylmanni *Symphor. camer. tom. 1. p. 2. tit. 1. sup-*
pl. 1. ubi præces refert viduæ Comitissæ, tutelam filii
 a camera desiderantis, ubi inter alia hæc habentur;
 Damit nun iewol ermeldten jungen Pupillen Person und Gü-
 ter mit getreuen Fleiß verwahret, erzogen und administriret wer-
 den mögen, hat wol ermeldte Frau Mutter auf Erinnerung ihrer
 G. Freundschaft sich dahin erkläret, dessen tutel, Vermögen und
 nach Ordnung der Kayserslichen Rechte, auch weiland wol ermeld-
 ten Graff B. testamentarische disposition auf und an sich zu neh-
 men, auch mit dero halben sondern Gewalt zukommen lassen, E.
 F. G. als ihrer und ihr G. Kindes und Pupillen ordent. Magi-

Uuu 2

Strag

frat um Berordnung und Bestätigung gebührender Vormund-
 schafft oder Tutel; als mit Verzeihung *secundarum nuptiarum*
 & *SCti Vellejani*, auch mit Erbietung gewöhnlicher Pflicht zc.
 mit Fleiß anzufuchen zc. also gelanget an E. F. G. meine unter-
 thänige Bitte, Sie wollen wohlgedachte Gräfin F. M. &c. zur
 Vormünderin ihres Kindes und jungen Herrn obgenannt gnädigl.
 verordnen und confirmiren, bin ich vermöge beyliegendes
 Gewalts an ihrer statt *secundis nuptiis* & *SCto Vellejano* zu
 renunciiren zc. erbötig. In Decreto Cameral. d. die 6.
 Jul. 1655. quo Maria Eleonora, Joachimi Friderici Ele-
 ctoris Brandenb. filia, comiti Palatino Simmerensi nu-
 pra; confirmationem petiit, hæc inter alia habentur:
 Demnach werdet ihr D. P. G. Kraft vorherrichteten Original special
 Gemals im Nahmen eurer darin benannten Frau Principalin zu-
 förderst *secundis nuptiis* und *SCto Vellejano* gebührl. renunci-
 ren. Hanc renunciacionem in tutricibus illustribus,
 quæ suis instructæ sunt consiliariis, requiri & in ca-
 mera postulari, eo magis mirandum est, quia constat,
 plures negare, illustres feminas beneficio hujus *SCti*
 esse munitas, uti dixi supra *tit. ad SCt. Vellejan. §. 7.* In-
 terim tamen cum sententia hæc admodum dubia sit,
 uti *loco cit.* ostendi, merito illud in dubio in favorem
 pupillorum assumendum est, quod in eorum securi-
 tatem leges generatim introduxerunt. Ceterum
 quamvis Eyben *cit. l.* arbitretur, hanc *SCti Vellejani*
 renunciacionem Germaniæ adeo necessariam esse, ut,
 illa omiſſa, tutelæ confirmatio sit nulla, cui consentit
 Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 8. tb. 8. lit. e.* nullus tamen
 dubito, quin etiam hæc renunciatio eodem jure per
 consuetudinem contrariam tolli possit, uti antea de re-
 nunciacione *secundarum nuptiarum* demonstratum
 est. Sic moribus Galliæ & Belgii matres hac renun-
 ciatio-

ciatione non gravantur. *Christinæus vol. 3. decis. 149. n. 3.* multo minus in iis locis, ubi SCri hujus nullus usus est, uti de Norimbergensi civitate ostendi *ad tit. de SCro Vellej. §. 2.* Hoc intuitu in *reformat. tit. 39. leg. 3. §. 2.* nulla fit mentio hujus SCri, sed generatim tantum asseritur: **Doch soll sie sich ihrer weiblichen Freyheit verzeihen.** Similiter sicuti nullus usus est SCri Vellejani inter eas personas, quæ in vera bonorum communione constitutæ sunt, prout dixi *ad tit. cit. §. 4.* ita quoque omitti solet iis in locis, ubi post mortem mariti mater in communionem bonorum cum liberis venit, quo intuitu in *Statut. Mindens. lib. 2. tit. 3. art. 8.* hujus SCri Vellejani nulla injicitur mentio, sed generatim dicitur: **So eine Mutter ihren Wittwen = Stuhl unverdeckt behalten, secundis nuptiis renunciiren und bey den unmundigen Kindern in den gemeinen Gütern verbleiben wolte, so soll ihr dasselbe frey zugelassen werden.** Ex his actis satis constat, non admittendam esse sententiam Nicolai Reusneri, qui *vol. 1. conf. II. n. 114.* asserere haud dubitat, hanc renunciationem in praxi non obtinere, quæ sententia tamen de paucissimis tantum locis intelligenda est. Cætera, quæ tutelæ maternæ non sunt propria, sed omnibus tutoribus communia, hic omitto, suis tamen locis indicanda & explicanda.

TIT. V.

DE TUTORIBUS ET CURATORIBUS
 DATIS AB HIS, QUI JUS DANDI HABENT:
 ET QUI ET IN QUIBUS CAUSIS SPECIALI-
 TER DARI POSSINT.

§. I

Jus dandi tuto-
 res cui olim
 concessum
 fuerit.

Quando testamentaria & legitima tutela cessat, in subsidium a Magistratu tutor curatorque constituendus est. Erat autem olim datio tutoris actus, non jurisdictionis *ordinariæ* sed *extraordinariæ*, ut magistratus, qua talis, tutores dare haud potuerit, sed is demum, cui hoc speciatim lege erat concessum. Inde in *l. 6. §. 2. de tutel.* dicitur: *Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis* (h. e. nec jurisdictioni majori aut minori cohereret) *sedei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel Scrum vel Princeps.* Sic olim Romæ tantum prætori Urbano, & majori parti tribunorum plebis hoc indultum erat; in provinciis vero præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia *pr. §. de Attil. tutor.* Postea hoc variis modis correctum aliisque quibusdam magistratibus idem jus communicatum, uti ex §. 3. *seq. eod.* constat. Similiter concessum erat specialiter omnibus magistratibus municipalibus *l. 3. ff. h. tit. l. 19. eod.* aliisque.

§. II. Sed quia hodie jurisdictionum forma in plerisque est mutata, adeo ut quæ olim erant actus *extraordinariæ* jurisdictionis, hodie jurisdictioni *ordinariæ* insint, prout dixi *ad tit. de jurisdic.* ita quoque jus dandi tutores hodie cohereret jurisdictioni *ordinariæ*, etiam *basilæ* & *inferiori*, Franzk. *lib. 1. ref. 17. n. 7.*
 quia

quia hæc comprehendit causas civiles, quorum merito quoque tutelæ datio spectat Carpzov. p. 2. c. 19. def. 26. Franzk. lib. 1. resol. 16. n. 4. Schilter. in pr. jur. Rom. ex. 57. §. 6. Philippi in usu pract. instit. lib. 1. tit. 20. eccl. 83. n. 3. Berlich. p. 2. concl. 18. n. 9. Struv. ex. 31. tb. 29. Inde quoque in reformat. polit. de anno 1577. tit. 32. generatim dicitur: Wann aber nun den Obrigkeiten zustehet, in dem gebühlich und billig Umsehens zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilet bleiben. So wollen wir allen und jeden Chur-Fürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen, Herrn von Adel und Communen hiermit ernstlich auftraget und befohlen haben, in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebirthen vermassen Vernehmung zu thun und zu verordnen, daß denen Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbahren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nicht verordnet, oder ihre angebohrne Freunde und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wolten, oder dazu nicht tauglich und geschickt wären, gegeben werden. Huc quoque collineant locorum Statuta, quæ specialem concessionem in magistratu haud supponunt, sed in eo nihil ulterius requirunt, quam ut habeat ordinariam jurisdictionem in pupillum. In ordin. polit. Magdeb. c. 43. §. 7. generatim dicitur: So denn soll die Obrigkeit entweder auf der Freundschaft ansuchen, oder, wo dasselbe verblieben, von sich selbst und ex officio den hinterlassenen Kindern etliche Vormünder verordnen. In civitatibus itaque ordinarie Senatus tutores constituit, quod etiam in plerisque statutis cautum est; in agris vero nobiles vel præfecti, vel qui alias jurisdictionem ibidem exercent.

§. III. Ex quo statim fluit, personis, quæ forum privilegiatum habent, tutores constituendos esse ab eo iudice, qui jurisdictionem talem privilegiatam & specialem habet. Nam in constituendis tutoribus respiciendum ad magistratum, cujus jurisdictioni subest pupillus *l. 1. in f. b. 1.* sicuti ergo pupillus secularis non subest iudici ecclesiastico, ita quoque nec hic tutorem eis dare potest, & vice versa. *Mynsing. ad §. 4. F. de Attil. tutor. n. 4.* sed potius quilibet iudex pupillis sibi subjectis prospicere debet. Sic pupillis clericis tutores constituit magistratus ecclesiasticus *c. f. de judic. in 6.* civibus academicis magistratus academicus, ministrorum principum liberis iudicium principis aulicum, & ita porro. Idem quoque ad pupillos vasallos extendendum est, ubi tamen ante omnia præjudicialis quæstio eruenda est, an detur tutela dativa feudalis? De eo enim dubitasse Schraderum *de feudis p. 10. sect. 19. n. 51.* satis constat, idque inde probat, quia eo casu, quo vasallus impubes nec tutores testamentarios, nec legitimos habet, dominus feudi Vasalli tutor est & esse debet, inde pergit: *Et sic liquet, quod nullus casus inveniri possit, in quo vasallus impubes non habeat tutorem vel testamentarium vel legitimum, igitur sequitur, quod propter non existentiam tutoris testamentarii vel legitimi vasallo impuberi tutor a iudice dari nequeat, cum non entis nulla sint qualitates.* Verum utut negare non possim, dominum feudi tutelam suscipere posse, possunt tamen multæ intervenire causæ, propter quas is se excusare queat a tutelæ munere, imo si dominus feudi sit ipse dominus territorii, quis assereret, hunc necessitati suscipiendi tutelam adeo subjectum esse, ut hoc onus declinare non possit? Quin potius

Quis in feudis
tutorem constituat?

tius hoc casu ordinarie tutores dari solent, & sic adest exemplum tutelæ dativæ, etiam in feudis. Accedit, quod ipse Schraderus *cit. l. n. 82.* nonnullos recenseat casus, quibus etiam, existente tutela testamentaria & legitima, tutelæ dativæ locus esse queat, veluti si in testamento datus tutor sit sub conditione, vel ex die certo, vel temporale impedimentum adsit, propter quod testamentarius aut legitimus non statim tutelam suscipere potest, vel si tutor testamentarius vel legitimus se excusaverit, vel ut suspectus remotus sit, & hisce casibus tutelæ dativæ locus est; & sic quoque in feudis in casibus adductis tutor dari debeat a domino feudi, utpote cui vasallus subjectus est. Schrader. *cit. l. n. 83.* quod etiam in Saxonia juris est. Wesenbec. *l. 1. consil. 35. n. 4.* Atque hoc satis expeditum est, si pupillus domicilium quoque sub domino feudi habet. Ceterum si alibi domicilium habet, non est dubium, quin magistratus loci ei tutorem dare possit, qui omnium bonorum, & sic etiam per consequentiam feudaliæ administrationem suscipit *l. un. C. ubi petant. tutor. vel curator.* ibique Bruneman. Quod si tamen hic tutor se excusaverit ratione feudaliæ, id quod fieri posse constat ex *l. 21. §. 2. ff. de excusat.* hoc casu dominus feudi alium dare potest; imo licet se non excusaverit, domino feudi tamen adhuc integrum erit, tali casu tutorem ratione feudi constituere, cum hujus intuitu vasallus pupillus exemptus sit jurisdictioni loci, ubi domicilium habet, & ita revera duplicem personam repræsentat, adeoque nihil obstat, quominus possit tutorem tum a magistratu loci ordinarii tum a domino feudi accipere. Schrader. *cit. l. n. 85. seqq.* Similiter si allodialia & feudalia bona pupillus habet, tutor feudalis allodialia administrare

Contin. III.

XXX

ne

nequit, nisi vasallus etiam in his jurisdictioni domini feudi subfit, alias quoad allodialia iudex ordinarius tutorem dabit. *Id. cit. l. n. 89. Et 166.* Equidem hoc in dubium vocat Franzk. *lib. 1. ref. 17. n. 34. seqq.* cum Rosenthalio, sed positis his terminis & requisitis nihil superesse dubii existimarem.

Pupillis illustribus ab Austregis non dantur tutores.

§. IV. Ea quæ hæcenus dicta sunt, etiam locum habere in pupillis illustribus expeditum est. Quando ergo his tutores dandi sunt in defectu legitimæ vel testamentariæ tutelæ, iudex immediatus illos tutores constituit. Quis vero talis dicendus sit, ante omnia inquirendum, cum constet, principes imperii primam instantiam coram austregis habere, per *ordin. Cam. p. 2. t. 2. seq.* hujus iudicii Austregarii ordinariam jurisdictionem esse, utpote quæ ex legibus publicis dependet. Vid. *Limn. de jur. publ. lib. 9. c. 55. n. 44.* Blum. *in process. Camer. tit. 27. n. 12.* Schubart. *de austreg. tb. 6. lit. a.* Unde non immerito quæritur, utrum ab hoc iudicio tutor constitui possit? quod vel inde dicendum videtur, quia huic iudicio ordinaria jurisdictionis competit, cui hodie cohæret jus dandi tutores. Verum si finem constituti hujus iudicii respicias, facile apparet, causas in litem deductas eo tantum pertinere, ne, si mox in camera principes conveniantur, ipsi deterioris sint conditionis quam privati, & ita plane appellare non possint. Unde in *Ordin. Cam. p. 2. tit. 2. pr.* dicitur notanter, forum Austregarum locum habere, **um Spruch und Forderung, die einer zum andern hat, oder gewinne.** Et inde Austregis facultatem dandi tutores recte denegat Blum. *in proc. camer. tit. 42. n. 11.* Quem admodum etiam facultas cognoscendi de tutelæ delatione iis quoque deneganda videtur, uti Facultas

Responsum.

Fran-

Francof. *Menf. Nov. 1686.* respondit fequentem in modum:

Obzwar in denen pactis familiae begriffen, daß die unter ihnen vorkommende Streitigkeiten auf eine gewisse von ihnen beliebte Weise, von denen darzu niedergesetzten Richtern ausgetragen werden solten, dergleichen Austregæ conventionales bey denen Statibus Imperii gar genau zu observiren. Rat. Dub.

Weil aber dennoch in solchem pacto familiae von der Vormundschaft in specie nichts beliebt, und sonstens Rechtens, quod ille iudex, cujus est dare tutores, etiam facultatem cognoscendi habeat, quis præ alio ad tutelam sit admittendus, hiernächst unstreitig, quod Austregæ ordinationis facultatem dandi tutores non habeant, sed Statibus ab imperatore vel camera tutor derur, und also Austregæ conventionales nicht von grösserer Wirkung seyn können, als die Austregæ ordinationis, quia illæ horum locum subintrant. Rat. Decid.

So halten wir davor, das berührte Controversia tutelarum für die Austregas nicht, sondern für Ihre Kaysersliche Majestät Reichs-Hoff-Rath, oder Cammer-Gericht zu Speyer gehöre. Decisio
B. R. B.

§. V. Satis ergo ex hætenus dictis constat, summa imperii tribunalia jus dandi tutores hodie quoad pupillos immediatos exercere, adeo ut nec camera imperii excludatur Gail. 1. *Obs.* 3. n. 47. Myler ab Ehrenb. de *Princip. & Stat. Imper.* c. 29. §. 2. Gylmannus tom. 3. *Symphor. sub voce tutela.* Quamvis enim obstare videatur, quod causæ de feudis majoribus, principatibus scilicet, ducatibus & comitatibus cameræ cognitioni non sint subiectæ, sed soli imperatori reservatæ, per ordin. Cam. p. 2. tit. 7. Gail. 1. *Obs.* 1. n. 3. inde tamen argumentum ad

tutelæ dationem duci nequit, cum cognitionem de feudo imperator sibi tantum reservaverit; quoad jus dandi tutores autem Camera ideo fundata sit, quia pupillus illustris immediatus est. Deinde etiam iudicium imperatoris aulicum constituit, utpote in quo omnia illa, quæ ad exercitium jurisdictionis imperatoris pertinent, expediuntur, scilicet, quæ spectant ad regalia tam majora, quam minora, aliasque causas. De praxi utriusque iudicii eo minus dubitandum est, cum exempla illustria satis multa eam confirmant, quorum quædam jam supra adlata sunt.

Tutorem etiam constituit, qui mandatam habet jurisdictionem.

§. VI. Porro cum tutoris datio apud Romanos esset actus jurisdictionis extraordinariæ *l. 6. §. 2. ff. de tutel. nova* inde conclusio fluebat, hunc actum in eum, cui mandata erat jurisdictio, non transire. Unde Jctus in *l. 8. pr. b. t.* ait: *nec mandante præside alius tutorem dare poterit*, h. e. quamvis in specie simul mandaverit. Cum vero jam supra assertum sit, hoc jus hodie cohærere jurisdictioni ordinariæ, inde nullum dubium est, hodie jus dandi tutores etiam in mandatarium transire, cui universitas jurisdictionis demandata est, quod hodie sufficit. Ubi vero jurisdictio ordinaria cessat, hæc facultas quoque merito deneganda est. Quo posito collegiis opificum nullum jus dandi tutores concedendum, utpote quæ *jurisdictione ordinaria* destituta sunt, & quamvis notionem quandam circa res collegii habeant, hæc tamen ad eas causas minime extendi debet, quæ non res collegii aut opificum, sed jus civium commune respiciunt, ne dicam hanc notionem ad jurisdictionem ordinariam referri non posse, a qua tamen dependet jus dandi tutores *Carpz. lib. 1. resp. 48. n. 9. & p. 2. C. 6. def. 10. Bechman. de jure tribun. c. 4. §. 5.*

Non vero collegium opificum.

§. VII.

§. VII. Quod si pupilli pater in duobus locis ita Quid si pupillus in duobus locis domicilium habeat? instructus fuerit, ut utrobique domicilium habuerit, quod fieri posse, patet ex *l. 5. §. 2. ff. ad munic.* ab utroque dari potest, & ita præventioni locus est, ut ejus datio prævaleat, qui prius dedit, vel si utrinque bona habet, potest ei ab utroque magistratu tutor constitui. Hunc in sensum nonnulli accipiunt *l. pupilli 27. b. t. ubi Crus ita: Pupillo, qui tam Romæ quam in provincia facultates habet, rerum, quæ sunt Romæ, prætor; provincialium, præses tutorem dare potest.* Et hoc moribus nostris tanto facilius fieri posse judicat Franzk. *lib. 1. resol. 17. n. 21.* ubi ad æstimationem illius saltem requiritur, si quis utrobique focum & ignem habeat, **wann er an beyden Orten Feuer und Heerd halten lässet.** Ab hoc casu vero distingui debet quæstio fere similis, an etiam ad utrumque datio tutoris spectat, si uni magistratu *mediate*, alteri *immediate* subsit pupillus? Equidem regulariter ad eum spectat hodie tutoris datio, cui *immediate* subsit pupillus, cum etiam primam instantiam in hoc foro habeat. Nihilominus tamen hoc non tam strictè accipiendum est, ut non etiam superior dare tutorem possit, præsertim cum etiam pupillis & orphanis concessum sit, ommissa prima instantia, statim ad supremum principis tribunal provocare *l. vn. C. quand. imper. inter pupill. vel vid.* Et hoc potissimum tunc admittendum est, si causa justa adsit, utpote si pupilli vel minoris inter sit, ne ei tutor detur, qui subsit jurisdictioni magistratus inferioris, quorum facit *l. divi Marci 24. b. t. conf. Franzk. lib. 1. res. 17. n. 44. seqq. Gail. 2. obs. 107. pr.*

§. VIII. Ceterum quod dictum est, tutorem esse constituendum a magistratu domicilii, hoc cum mi- Quid si forum domicilii pupilli incertum sit?

ca falis & quidem ita intelligendum, si modo domicilii forum sit certum, & sine longioribus ambagibus de eo constare possit. Alioqui ut pupillis prospiciatur, nec hi in tali incertitudine damnum patiantur, iudex illius loci, ubi reperiuntur, dabit tutorem, quod notabili quodam responso *anno 1698. Mens. Octobr.* concepto illustrabo:

Caus.

Ist denen Eckardischen Stieff-Kindern von dem Rath zu Altenburg Vol. 3. fol. 83. der Fürstl. Sächf. Amts-Advocat, Christian Weber, zum Vormund bestätigt worden, es hat aber derselbe in denen rationibus decidendi d. Vol. 3. fol. 145. und in dem Urthel fol. 149. tanquam ab incompetente iudice constitutus nicht zugelassen werden wollen, sondern es ist erkandt, daß den Kindern vor ihrer ordentlichen Obrigkeit, worunter ihr Vater sein domicilium gehabt, Vormunde zu bestätigen wären, aus welcher Ursache denn die auf dem Rath-Hause zu Gera stehende 850. Rthl. bemeldten Webern bis hierher auch nicht abgefolget worden, und es entsteht dannenhero die Frage, wie es ins künftige so wohl wegen Bestätigung eines anderweitigen Vormundes, als auch wegen Ausleih- oder Auszahlung mehr gedachter in deposito stehender 850. Thlr. zu halten sey?

Questio.

Rat. dab.

Ob nun wol die Eckardischen Stieff-Kinder, als Johana Jacob Böhmens Tochter, zu Altenburg weder ihr domicilium originis, noch auch ihr patrimonium haben, und also, wenn es secundum originem & literam *L. un. C. ubi pet. Tut. vel Cur.* gehen solte, Inhalts dem Urthel fol. 149. und denen rationibus decidendi fol. 145. Vol. 3. der von dem Rath zu Altenburg als iudice incompetente bestätigte Vormund allerdings nicht zuzulassen wäre, sondern in foro domicilii paterni ihnen anderweit jemand darzu constituiret, und von denselben der Process wider den Stieff-Vater auch wider die Vormünder zu Breslau, Gera u. s. w. nach Anleitung besagten Urthels Vol. 3. fol. 145. angestellt werden müssen, und daher scheinet, daß ehe und bevor solche anderwärtige Bevormundung geschehen, und diese Prozesse geendiget, die auf dem Rath-Hause zu Gera stehende

hende 850. Thlr. an niemanden ausgezahlt oder ausgelehnet werden könnten, sntemahl die Böhmschen Kinder auch daselbst ihr forum nicht haben und also die Obrigkeit das Ober- Vormundschafftliche Amt sich nicht anzunehmen vermöchte.

Diemeil aber vor andern dem Judici heim gegeben ist, daß *Rat. decid.* er in zweiffelhaften Fällen, (welche, wenn sie *secundum literam legis* solten decidiret werden, denen Unmündigen mehr Schaden als Vortheil bringen würden) die *decisio ex bono & æquo*, wie es die gesunde Vernunft an die Hand giebt, daß dem Pupillen am besten geholffen sey, hernehme, weshalb auch die *decisio causarum ad tutelæ materiam spectantium* ein *arbitrium* genennet wird, *t. t. C. arbitr. tutela*, und allhier, wenn es *secundum verba & rigorem d. l. un. C. ubi p. Tut.* gehen solte, denen Unmündigen dieses unvermeidliche Inconueniens daraus zu wachsen würde, daß annoch eine gute Zeit verfließen, und der Unmündigen Sachen in Unrichtigkeit bleiben müsten, ehe die *Constitutio tutorum* zum Stande gebracht werden könnte, indem in *actis in specie fol. r. vol. 2.* expresse gemeldet wird, daß deren Unmündigen Vater, Joh. Jacob Böhme, sich in Breslau nur als ein Passagier aufgehalten, und also kein *domicilium habitationis* daselbst gehabt habe, und ob gleich daselbst gemeldet wird, daß er zuvorher zu Leipzig Registrator gewesen, dennoch *ex actis* nicht zu sehen, daß er auch in Leipzig sein *domicilium* gehabt habe, oder von Leipzig bürgerig sey, und solcher gestalt man nach dem *domicilio* ersagten Böhmens Nachfrage thun, und daselbst *tutoris Constitutionem* mit grosser Weitläufftigkeit würde suchen müssen, so jedoch denen Unmündigen zum Nachtheil nicht zu verhängen, sondern gleich wie ihr Vater bey erzehlten Umständen quasi *pro vagabundo* geachtet werden mag, *qui deficiente foro domicilii conveniri potest, ubicunque reperitur* *Carpzov l. 2. Resp. 15. n. 12. Struv. S. J. C. ex. 9. tb. 37.* also auch sie, die Unmündige, *quia patris conditionem tam diu sequuntur, donec ipsi sibi constituent domicilium*, an allen Orten, wo sie zur Zeit angetroffen werden, *forum competens* haben, Dannerhero ferner, nachdem ihr Stieff-Vater sich zu Altenburg nebst der Mutter niedergelassen

lassen, und sie mit sich dahin genommen, der allda von dem Rathe ihnen bestellte Vormund tanquam ab incompetente judice constitutus nicht zu achten ist, und aus solchem fundamento gleicher gestalt die vorhin zu Breslau und Gera, (allwo Böhme auch kein domicilium gehabt) geschene Bevormundung justificiret wird, zugeschweigen, daß allegata *l. un. C. ubi pet. Tut.* gar wohl auf den Casum kan restringiret werden, quando judex domicilii originis paternæ cum judice alio, ubi degit pupillus, concurrir, dergleichen doch allhier nicht vorhanden, indem sich kein judex domicilii originis angegeben, noch sich der Kinder angemmen. Endlich auch die höchste Unbilligkeit seyn würde, wenn die armen Kinder so lange warten und ihre Gelder ohnbenuzet liegen bleiben solten, bis der neue Vormund so viel Prozesse, als das Urtheil Vol. 3. fol. 149. angiebet, zu stande gebracht hätte, indem selbige nach Art der heutigen Justiz viele Jahre dauern könnten, auch beschaffenen Umständen nach nicht abzusehen, wie was fruchtbarlich dadurch für die Unmündigen könne erhalten werden, und aber der zu Altenburg bestätigte Vormund Weber sich bereits zu verschiedenen mahlen angegeben und der Kinder Gelder ihm abzufolgen gebeten, auch der Magistrat zu Altenburg Vol. 3. fol. 90. als Ober-Vormund für die Gelder gebührend zu sorgen, sich anheischig gemacht, und die Ursache, um welcher willen die Abfolgung bisher verweigert worden, nunmehr hinweg fällt.

Decisio.

So erscheinet daraus so viel, daß es bey der zu Altenburg bereits bescheneen Vormundschafts-Bestätigung der Böhmischen Kinder nunmehr zu lassen, und werden die auf dem Rath-Hause zu Gera in deposito stehende 850. Rthlr. solchem bestätigten Vormunde gegen gehörige Quittung billig ausgezahlt, in Verbleibung aber dessen, oder da dieser wegen von neuen etwa was bedenkliches vorkommen solte, ist der Magistrat zu Gera wohlbefugt, auch schuldig, die allbereit deponirte 50. Rthl. ohne Verzug an sichere Leute insbahr auszuleihen, und nach Anleitung dessen, so bey der ersten Frage gemeldet worden, von denen Zinsen den Rest des Vater-Theils derer Unmündigen zu ergängen. **B. R. W.**

§. IX.

§. IX. Ulterius cum etiam quædam jurisdictio voluntaria Comitibus Palatinis delegari ab Imperatore, & in hujus consequentiam eis etiam jus dandi tutores sæpe concedi soleat, facile ex hætenus dictis patet, eos etiam tutores dare posse, Schrader. *de feud. p. 16. sect. 19. n. 162.* Franzk. *lib. 1. resol. 17. n. 48.* Mundius *de comitib. palatin. c. 3. n. 209. seqq.* quamvis forte rariora exempla præstent, præsertim in territoriis principum potentiorum, qui hujus potestatis exercitium raro Comitibus Palatinis indulgere solent, quorum tamen prohibitio ultra fines territorii se non extendit. Ut vero de hujus assertionis veritate eo evidentius constet, adponam hic, quæ imperator Leopoldus gloriosæ memoriæ mihi inter alia hac in re clementissime concessit: Gleichergestalt geben wir auch mehrgemeldtem Samuel Strycken unsere vollkommene Macht und Gewalt, allerley Vormünder, Tutores, Curatores und Pfleger, so von andern erwählet, gegeben und gesehet worden, zu confirmiren, oder dieselbigen selbst zu setzen und zu verordnen, und wiederum aus Rechtmäßigen, redlichen Ursachen zu entsetzen ꝛ. solcher münderbährigen und dergleichen, wie auch ihrer Vormünder. Pfleger und sonst aller anderer Personen, Contracten, Veränderung, alienation und Handlung zu bestätigen: und dann insgemein in allen andern Sachen, welche voluntariæ Jurisdictionis seyn, Decret und autorität zu interponiren, oder dieselbigen zu vernichten ꝛ. Interim vel ex hoc satis apparet, non semper tutelæ dationem ad judicem immediatum spectare, cum Comites Palatini haud dici possint judices immediati privatorum, sed ex delegatione imperatoria agunt. Restringit tamen hoc jus tantum ad allodialia Schraderus *cit. l.* quod hæc jurisdictio feudalis domino feudi non competat cumulative, sed privative, & quidem

Comites Palatini etiam habent jus dandi tutores.

Contin. III.

Y y

dem

dem adeo, ut nec Imperatori permissum sit, causas huc pertinentes avocare. Ast hæc ratio non satis stringit, cum itidem quoque de allodialibus dici possit, circa quæ itidem jurisdictio nec cumulative concessa dici potest, sed *privative*, vel ut accuratius dicam, *subordinate*, propter recursum ad superiorem. Unde recte contrarium adstruit Franzk. *cit. l. n. 49.*

De judiciis tutelaribus,

§. X. Denique hoc quoque notandum est, in quibusdam locis constituta esse peculiaria judicia tutelaria, *Vormundschafts-Gerichte*, quæ causas tutorum dijudicant, & instruunt, ut ita ad hæc judicia quoque constitutio tutorum referenda sit, si modo ordinaria jurisdictioe instructa fuerint. Alicubi enim hac potestate non fruuntur, sed instar consiliariorum sunt, qui tutoribus in administrandis negotiis assistunt, adeoque de hac quæstione ex potestate iis concessa judicandum erit.

Quis tutor dari possit?

§. XI. Quod ipsum tutorem concernit, constat ex jure nostro, ipsum quoque jurisdictioe dantis subesse debere *l. neque §. qui dare tut. vel cur. l. 3. ff. l. 24. ff. b. t. l. f. ff. de excus.* Schrader. *de feud. p. 10. sect. 19. n. 167.* Ceterum si sub jurisdictioe dantis desit idoneus tutor, quale quid in academia facile contingere potest, volens etiam extraneus dari potest, præsertim cum prorogatio jurisdictioe etiam in contentiosis permissa sit, multo magis etiam in tutelæ datione, quæ in quibusdam tantum ad contentiosam jurisdictioem accedit, plurima autem participat a voluntaria jurisdictioe. Schrader. *cit. l. n. 170.* Invitus tamen cogi nequit, sed hoc casu magistratus ejus ordinarius in subsidium juris est requirendus. Sic etiam in feudalibus sufficit, si

MO-

modo tutor jurisdictioni dantis subfit, licet non fit va-
fallus *arg. l. 22. ff. b. t.* in quo tamen jus *Saxon. feudale* anti-
quum discrepat a juré civili, utpote quod requirit, ut
tutor sit vasallus ejusdem domini, vid. *Lehn-Recht, c. 26.*
ibi: *So müssen sie so wohl Vormünder nehmen, eines ih-
res Herren Mann.* Verum hoc non adeo stricte obser-
vari judico, sed in domini feudi arbitrio potius hoc po-
situm est, quod nec diffitetur Schraderus *cit. l. n. 168.*

TIT VI

QUI PETANT TUTORES VEL CURATO-
RES ET UBI PETANTUR.

§. I.

Quamvis jure novo matri & avix permissum sit, an De usu hujus
tituli.
tutelam liberorum suorum suscipere velint, ad id
tamen cogi nequeunt, sed hoc casu, quando vel
tutelam suscipere recusant, vel ad secunda vota trans-
eunt, tenentur liberis petere tutores sub pœna priva-
tionis hereditatis *l. 2. §. 23. ad SCt. Tertull. l. 3. 6. C. eod.* Ne-
que hoc ipsum hodie in desuetudinem abiit, sed ubique
fere locorum observatur, variisque locorum statutis
confirmatum est. De praxi fori Saxonici attestatur
Carpz. P. 2. C. 11. def. 15. n. 4. simulque præjudicio confir-
mat. In Statuto Hamburg, *p. 3. tit. 6. art. 10.* itidem jus
commune retentum & hoc modo dispositum est:
*Wann keine Vormünder im Testament gesetzt noch die gesippte
Verwandte sich der Vormundschaft gutwillig zu unterfangen ge-
meinet, soll alsdenn die Mutter, so fern dieselbe noch bey Leben, oder
nach beyder Eltern Absterben, die nächsten Bluts-Verwandten*

Schuldig und verpflichtet seyn, bey uns, als der Obrigkeit, denen Kindern bequeme Vormünder zu verordnen, bitlich anzusuchen, und im Fall solches von der Mutter und nächsten Bluts-Freunden, wie vorgemeldet, innerhalb 3. Monat nicht geschehen, sollen sie dadurch die Anwartsung künftiger Erb-Fälle verwürcket, und zu derselbigen Kinder Gütern keinen Erbllichen Zugang haben. *Tempus hoc statuto tantum coarctatum est, in ceteris convenit cum jure communi.* Quorsum etiam collineat *Ordin. Polit. Magdeb. c. 43. §. 5.* ibi: soll sie bey Verlust des Erbtheils, welches sie von denen Kindern, so versterben möchten, zu gewarten hätte, gehalten seyn, binnen halben Jahres Frist bey der Obrigkeit anzusuchen, daß den unmündigen Kindern die nächsten Anverwandten, oder da deren keine vorhanden, andere tüchtige Vormünder von der Obrigkeit bestellet werden, quæ dispositio in sequentibus etiam ad aviam sub eadem pœna trahitur. In *Reformat. Francof. p. 7. tit. 2. §. 6.* jus commune confirmatum est sub eadem pœna: Denn da sie, die Mutter, solches also unterlässet, wird sie dadurch ihrer Erb-Berechtigkeit, gegen denselben ihren Kindern, zur Straffe verlustig. *Conf. Reformatio Wormat. lib. 4. tit. 4. §. f.*

Quatenus deficiat usus hujus tituli in quibusdam locis?

§. II. Sic itaque tam diu pro jure communi pronuntiandum, donec diversum reperiatur statutum, vel alia ratio pœnam hujus tituli plane absorbeat. Nam (I) de Jure Lubecensi hæc pœna privationis non habet locum, sed arbitraria constituta est in *lib. I. tit. 7. art. 12.* ibi: Eine iegliche Wittfrau soll nach Absterben ihres Ehemannes, binnen ein Viertel-Jahr Vormünder vor sich und ihre Kinder erwehlen, und vom Rath bestätigen lassen, bey Straffe gemeldtes erbahren Raths. Sic etiam apud Gallos non hanc privationis, sed arbitriam

riam obtinere docet Montanus *de tutel. c. 18. n. 29.* (2) Dicitur est *tit. de legit. tutor.* quod in plurimis locis mater sola non admittatur, sed contutores accipere debeat; hisce itaque in locis tunc demum pœna privationis applicari potest, quando ab initio plane tutelam haud suscipit. Ceterum si semel suscipit tutelam, contutoribus a magistratu ei adjunctis, non privatur successione, si vel maxime ad secunda vota transierit; neque enim hoc casu alium in suum locum petere necesse habet, sed sola judici facta denunciatio sufficit, ut a tutela per rationes redditas liberetur, Michalor *de fratrib. P. 3. C. 13. n. 87.* Ascan. Clem. *de patria potest. c. 4. n. 36.* Boer. *Decis. 266. in f.* quæ denunciatio tamen ante consummationem matrimonii fieri debet, quia prius rationes reddere & reliqua solvere tenetur Boer. *cit. l. n. 6.* Merlin. *de legit. lib. 4. tit. 2. qu. 4.* Covarruv. *de Matrim. P. 2. c. 3. §. 9.* Inde quoque secundum Stat. Hamb. *cit. l.* necesse est, ut contutoribus cedat tutelam redditis rationibus, quod expresse hoc jure provisum est: Würde aber die Mutter sich wieder verheyrathen, soll sie die Vormundschaft ihrer Kinder auf vorhergehende Schluß-Rechnung, denen andern Mit-Vormündern abtreten, und denenselben die Güter einantworten, und im Fall sie, ehe denn solches geschehen, auch was nach zugelegter Rechnung sie denen Kindern schuldig blieben, völlig bezahlet, die andere Ehe vollenziehen würde: soll sie damit ihren Mütterlichen Erb-Fall zu derselben Kinder Gütern verwürcket haben. Videtur huc quoque collineare *l. 6. C. ad Sc. Tertull.* ubi disponitur, quod mater tutori successori ea, quæ ex administratione tutelæ debet, persolvere sub eadem pœna debeat; quamvis enim de casu, ubi mater alium tutorem petiit, & non de contutore loquatur, eadem ta-

men hoc casu ratio esse videtur, quia non aliter ad secunda vota convolare potest, quam redditis rationibus, sive eas successori, sive contutori solvat.

An hodie teneatur mater petere curatores puberibus?

§. III. Restricta tamen hæc pœna privationis ad solam necessitatem petendi tutores; curatores enim puberibus seu minoribus mater petere non tenetur, *l. 2. §. 29. ad SCr. Tertull.* quippe quos minores sibi ipsis pro lubitu petebant *l. 2. §. 4. b. t. l. 16. C. eod.* nec eis invitis curatores obtrudi poterant *§. 2. F. de curat.* Verum omnino dubium est, an hæc diversitas hodie attendatur, postquam *ad tit. de tutel.* jam ostendi, illam diversitatem, quæ inter minores & pupillos olim obtinuit, hodie fere in totum cessare. Accedit, quod minores hodie sibi non amplius pro lubitu petant curatores, sed vel invitati eos accipere teneantur *per reformat. polit. de anno 1577. tit. 32.* quo ipso ratio illa, propter quam olim mater non tenebatur petere puberibus curatores, evidenter cessat. Præterea etiam olim mater illis tenebatur curatores petere, quibus vel invitatis hi dabantur, ut furiosis & mente captis *l. 2. §. 31. ad SCr. Tertull.* item & impuberibus certis in casibus *l. 1. ff. b. t.* ut & bonis, si forsan prægnans esset *l. cit. 2. §. 30.* quorum omnium hæc ratio est, quod curatores *absolute & invitati* constituendi sint, id quod etiam hodie in minoribus procedit.

Quid si liberi decefferint post pubertatem?

§. IV. Interim tamen hoc merito ita declarandum est, ut pœna privationis hoc casu non tam facile locum invenire possit, uti quidem, si tutores impuberibus haud petierit. Nam non aliter successione privatur, quam si impuberes in ætate impuberi, h. e. quo testamenta facere non possunt, moriantur *l. 3. C. ad SCr. Tertull. l. 10. C. de legit. hered. Carpz. P. 2. C. 11. def. 15.* Ergo si

si puberes facti decesserint, cessat pœna privationis Montan. *de tutel. c. 18. n. 30.* quia puberes facti potuissent testamentum condere, & matrem excludere, quod dum non fecerunt, censentur matri injuriam remisisse, Brunnemann. *ad l. C. ad Sc. Tertull. n. 4.* Quando ergo, patre defuncto, liberi jam puberes sunt, omnino mater quidem tenetur illis petere curatores, sed pœna privationis hodie locum non habebit, si decesserint ab intestato siue testamento condito. Nam priori casu jure communi quoque cessat pœna privationis; posteriori vero præjudicialis quæstio superest, an post *Nov. 115.* hodie mater possit propterea exheredari, quod liberis non petierit tutores? quod negandum videtur, cum aliæ causæ, quam quæ in *N. 115.* determinatæ sunt; non admittantur, unde ad minimum hodie ei legitimam relinquere debent, ut dixi *in not. ad Lauterbach. b. t. in princ.* Et ita *Mens. Mart. 1684.* in Facultate Viadrina Responsum. respondimus.

Ob gleich die gemeinen Rechte deutlich verordnen, Rat. Dub.
quod mater majorennis liberis tutorem non petendo
successionem amittat *l. 2. C. si adv. delict. Christinæus vol. 1.*
decif. 62. n. 4.

Weil aber dennoch dieses nur bloß de liberis pupillis & Rat. Decid.
in pupillari ætate defunctis zu verstehen *l. 10. C. de legit. hered. l. 3.*
C. ad Sc. Tertull. in gegenwärtigem Fall aber die Söhne schon
weit ultra pubertatem tempore secundarum nuptiarum gewe-
sen, hercegen denen liberis puberibus sub eadem pœna eine
Mutter Vormünder auszubitten nicht verbunden ist, in solchem
Casu nach denen neuesten Rechten keine exheredatio statt findet.

Es mag daher die Mevia der Succession nicht verlustig Decisio.
erkant werden. **B. R. B.**

¶

§. V.

Quid si tutela
ex statuto diu-
tius duret?

§. V. Equidem Montanus *de tutelis c. 18. n. 30.* existimat, pœnam hanc privationis locum habere, si ex statuto tutela duret usque ad 18. annum, & pupillus ante eam ætatem decedat, quod ita extensio pubertatis facta censeatur cum omnibus suis qualitatibus & juribus. Quod ipsum facile tunc admitto, si, prout autor supponit, ipsa pubertas demum post 18. annum initium capiat, & pupillus ante illam ætatem testamentum facere non possit, quia sic ratio prædicta ad hunc casum quoque applicari possit. At major ratio dubitandi est, si statuto locorum non tam pubertas extensa, quam tutela & cura conjuncta ita sint, ut disjungi amplius non possint, sed idem qui tutor fuit, curator manere vel tutelam usque ad majorennitatem gerere debeat. Hoc casu enim secundum mores hodiernos testamenti factionem nihilominus post decimum quartum annum accipit, licet vel maxime circa ipsam tutelam nulla mutatio fiat; quo posito, necessario quoque fluit, pœnam privatoriam quoque cessare debere, quando eo tempore decesserunt, quo testamentum condere potuerunt. Unde licet vel maxime statutum generaliter loquatur de *tutoribus non petitis*, imo *pœnam privationis* indefinite confirmet, merito tamen hoc intelligendum est secundum restrictionem juris communis, si pupillus in ea ætate decesserit, ut testamentum facere haud poterit. Sic in Statut. Hamburg. *p. 3. tit. 1. art. 13.* minor octodecim annis testari suo arbitratu & sine curatore nequit, quia ad hanc ætatem ipsa quoque durat tutela. Inde jam recte infero, pœnam privationis hoc jure omnino locum habere, si ante hanc ætatem decedit, quia suo arbitratu testamentum condere nequit.

Simi-

Similiter Jure Boruff. *lib. 5. tit. 1. art. 1. §. 4.* ante octavum decimum annum nemo condere testamentum potest, & inde recte concluditur, pœnam privationis eo jure demum locum habere, si ante illam ætatem decesserit, & ita ad hos & similes casus Montani decisio pertinet.

§. VI. Debet autem mater vel avia petere liberis tutores intra annum; post annum autem non amplius excusatur *l. 10. C. de legit. hered.* Hinc si annus nondum elapsus est, successionem retinebit, Kirchof. *Cent. 5. Concl. 54. Conf. tr. de success. ab intest. dissert. 12. c. 3. §. 6.* sed hic terminus non ubique observatur: Jure Hamburgensi petendus est tutor vel curator intra tres menses, vid. *Stat. Hamb. p. 3. tit. 6. art. 10.* In ordin. *polit. Magdeburg. c. 43. §. 4.* præfixum est matri semestri spatium, ibi: *binnen halben Jahres Frist.* Similiter Jure Lubecensi mater petere tutores debet *binnen ein Viertel Jahr* sub pœna arbitraria *Stat. Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 12.* In jure provinciali Boruff. *lib. 2. tit. 6. art. 2. §. 5.* spatium brevius præstitutum est: *Wir ordnen und wollen auch, daß die Mutter, oder da die nicht mehr am Leben, die Anfrau, oder Groß-Mutter, oder so sie auch gestorben, die gesippen Freunde, auch auf den Fall wenn keine vorhanden wären, alsdenn die nächsten Nachbarn schuldig seyn sollen, inwendig 14. Tagen oder außs längste 3. Wochen nach Absterben der Eltern den Todes-Fall der Obrigkeit des Orts anzuzeigen und Vormünder vorzuschlagen u.* Interim tamen ipsa pœna privationis hoc jure non aliter locum habet, quam si per integrum annum eos petere neglexerint, ut in §. 6. disponitur.

Intra quod
tempus peti
debeat tutor?

§. VII. An vero etiam hæc pœna privationis ad tutelam feudalem applicari hodie possit, merito hic

Contin. III.

Zzz

inqui-

An hæc pœna
privationis
quoque in tu-
tore feudali
hodie locum
inveniat?

inquirendum est. Equidem si quæstio est de matre, non adeo dubium est, eam quoque in defectu testamentariorum vel legitimorum petere teneri tutores, adeo ut si hoc neglexerit, hereditate allodiali privanda sit, Schrader. *de feud. §. 10. sect. 19. n. 107.* nisi forsan in allodialibus petiisset tutorem, quia hic per consequens feudalia quoque administrare debet, si generaliter datus est a magistratu. Sed si mater vel avia non adsit, ad proximos, qui spem succedendi habent, devolvitur hæc necessitas petendi tutores, & ita quoque ad proximos agnatos feudales, si forsan ipsimet justam se excusandi causam habeant, ut tutelam subire nequeant. An ergo hic quoque amittunt jus succedendi, si impuberi vasallo haud petierunt tutores? Recte hoc negatur, quia agnati & simultanee investiti jus suum succedendi habent a primo acquirente, & non ex beneficio ultimi possessoris, quo intuitu dicuntur succedere *ex pacto & providentia primi acquirentis*, & consequenter non possunt indigni judicari successione feudali, quam a pupillo vasallo non habent, Schrader. *de feud. cit. l. n. 12.* Rosenthal. *de feud. C. 12. conclus. 10. n. 43.* Ex eadem ratione quoque successione in fideicommisso familiæ non privatur, qui petere tutorem debuit; quia rursus jus succedendi non habet ab ultimo possessore, sed a fideicommittente. Schrader. *cit. l. n. 15. seqq.* Gabriel. *lib. 6. tit. de tut. n. 43.* Hoc interim facile largior, si feudum esset mere hereditarium, ejus successione eum privandum esse, qui tutorem petere neglexit, cum hæc jure hereditario deferantur, & in his ultimo possessori, ut in allodiis, succedatur. Reliqua, quæ circa hanc materiam in jure communi disposita sunt, non

non hic adeo repetenda esse censui, cum in his nihil mutatum sit, sed secundum tenorem juris communis iudicari debeant.

TIT. VII

DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTORUM ET CURATORUM, QUI GESSERINT VEL NON, ET DE AGENTIBUS VEL CONVENIENDIS UNO VEL PLURIBUS.

§. I.

Antequam tutor administrationem suscipiat, quædam necessario præcedere debent, quorum (1) pertinet *decretum* magistratus seu ejus confirmatio, de cujus usu moderno plenius actum est *ad tit. de confirmat. tut.* Deinde quoque (2) tutores juramento obstringendi sunt de tutela recte administranda. Equidem Justinianus hoc juramentum primitus tantum introduxisse videtur ad obstringendos curatores furiosorum, *præsente viro religiosissimo, locorum antistite tactis sacrosanct. evangeliiis, depromere seu promittere debent, omnia se recte & cum utilitate furiosi gerere, neque prætermittere velle, quæ utilia esse furioso putaverint, neque admittere ea, quæ non utilia furioso esse existimaverint.* Eadem etiam repetuntur in *l. f. §. 5. de curat. furios.* ubi ex subiecta *auth. quod nunc* apparet, id olim speciale in curatore furiosi, sed postea generaliter circa omnes curatores constitutum fuisse, ita enim in *Nov. 72. C. 8.* cautum est: *Etenim volumus, dum celebratur decretum, quod tradit curam ei,*
ZZZ 2 qui

An tutores ante administrationem tutelæ juramento obstringendi sint de jure Romano?

qui ad eam accedit, etiam iusjurandum eum dicere sacrosancta DEI Evangelia tangentem: quia per omnem pergens viam utilitatem adolescentis ager. Hæc constitutio tamen non de tutoribus, sed unice de curatoribus loquitur, quod & subsequencia indigitant verba: *Hæc lex a nobis pro cautela sit posita eorum, qui curatoribus indigent.* Non itaque ex jure nostro evidenter demonstrari potest, tutores eodem juramento obstringendos esse.

Quid jure hodierno?

§. II. Sed per R. J. de anno 1577. tit. 32. hoc juramentum indistincte a tutoribus & curatoribus exigitur, ut nulla amplius differentia circa eos facienda sit. Præterea etiam tenor juramenti magnopere auctus est, quanquam forma ipsa antiqua, ut fiat tactis evangeliiis & præsentem sacrosancto antistite, ab usu recesserit, & ita observari non debeat, ut huc collineare videatur Schrader. *de feud. P. 10. sect. 20. n. 247.* Tenor ipsius juramenti ex jure novo hic est: *Daß er mit Eyden und Gelübden beladen werde, daß er seinen Pfleg-Kindern und ihren Gütern getreulich und ehrbarlich vorseyn, ihre Versohnen und Güter versehen und verwahren, die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren noch wenden, noch dieselbe ohne Vorwissen, Erkänntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden und beschweren, und jährlich nicht allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst, vermöge seines anbefohlenen Amts, auch geleisteten Pflichten und Eides, gebührende Rechenenschaft anbieten und thun, um seiner Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles andere handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet. Idem repetitum est in Stat. Hamburg. P. 3. tit. 6. art. 13.* Und soll demnach zusehender derselbe, ehe ihm die Vormundschafft anbefohlen wird, einen leiblichen Eyd zu Gott schwören, daß er alles und jedes, so seinen Pfleg-Kindern nützlich und gut ist, thun und handeln, was unnützlich und schädlich vermercken, un-

terlassen und verhüten zc. Similiter in *Ordin. Cancellariae Hanov. P. 150. n. 5.* aliisque multis locorum ordinationibus, quas longa serie recenset Giesebert. in *peric. Stat II. tit. 20. n. 100. seq.* idem juramentum præscriptum est, ut inde satis praxis hujus constitutionis appareat.

§. III. Hanc ipsam praxin adeo extendit Schraderus *de feudis p. 10. sect. 20. n. 235.* ut etiam tutores illustres hoc juramentum subire teneantur, licet sint Reges, Duces, Principes vel Comites. Fundamentum hujus assertionis in eo collocat, quod manifesto jure cautum sit, tutores & curatores cujuscunque substantiæ & dignitatis juramentum præstare debere *l. 27. in f. C. de episc. aud. l. f. f. C. de curat. furios.* & quod dispositio generalis etiam hujusmodi illustres comprehendat personas. Addit *n. 238.* & hanc rationem, quod tutela sit quasi contractus, in contractibus autem vel quasi, Reges, Duces & Principes jure communi utuntur, & ut privati considerantur. Imo *n. 242.* hoc in tantum verum esse ait, ut illustres personæ hoc juramentum personaliter præstare, nec admitti debeant, si per procuratorem illud præstare desiderent. Verum admodum dubito, an hæc Schraderi sententia unquam in praxi recepta sit, & utrum præjudicia allegari possint, quibus tutores Illustres, ut Electores, Duces, Regesque, tale juramentum præstiterint. Imo rara exempla adsunt confirmationis tutelæ, ab ipsis Principibus petitiæ, uti supra dictum est, multo minus credibile est, tutores Principes, maxime qui eminente gaudent potestate, tale juramentum præstitisse, quod magis privatorum conditioni congruit.

An tutores illustres idem juramentum subire debeant?

gruit. Fides Principum pro jurejurando valet Myler. ab Ehrenbach in *Nomologia* c. 6. Carpzov. ad *L. reg. c. 3. sect. 8. n. 8.* & ita quoque, ubi alias juramentum requiritur, Electores & Principes excepti leguntur in *Regiments-Ordnung* de anno 1521. §. und sollen die Personen, ubi disertis verbis a præstatione juramenti excipiuntur Electores & Principes. Similiter in *R. F. de anno 1555. §. und da ein Chur-Fürst* remittitur principibus, qui Duces circuli constituti sunt, juramentum, quod alii, qui non sunt principalis dignitatis, subire tenentur his verbis: Dergestalt, daß die so Fürstlichen Standes oder Wesens bey Versprechung und Zusage ihrer Fürstlichen Würden und wahren Worten gelassen, aber die andern über obgemeldtes einen leiblichen Eyd beyde den Obersten und Zugeordneten, den Ständen der Kreyß, von denen sie erwehlet und angenommen, schweren. Unde etiam juramentum calumniæ illis remissum, cum optimam pro se præsumptionem *justitia & fidei* habeant. Nec obstat, quod Principes in contractibus & quasi utantur jure privatorum, id quod potissimum Schraderus urget. Nam id ipsum potissimum intelligendum de *obligatione*, ut inde eo modo obligentur, uti quidem privati, sed non præcise de solennibus; quæ circa contractum vel quasi obtinent. Et hoc eo magis dicendum est, si ratio diversitatis allegari potest inter Principes & privatos, quæ circa tutelam omnino occurrit, prout antea dictum est. Conf. Ernest. Cothmann. *Vol. 1. resp. 45. n. 112. & vol. 3. resp. 19. n. 2. seqq.*

Matres illas
stres hoc juramentum in camera præstant.

§. IV. Quamvis vero ex hætenus dictis appareat, hoc juramentum intuitu *tutorum privatorum* introductum esse, usi fori tamen in tutelam *matrum illustrium*

strium extensum est, uti plura præjudicia attestantur. Cum vero hæ coram Camera & judicio aulico se præsentare nescirent, ad præstandum hoc juramentum, receptum est usu supremorum judiciorum, ut admittatur procurator cum speciali mandato de jurando in matris tutricis animam, cujus mandati formula occurrit apud Gylmannum in *Symphor. tom. 1. p. 2. tit. 1. p. 4.* Sed magis ad stylum præsentis seculi accommodatam formulam exhibet Rodingius in *pandect. Cameral. in append. Mantiff. 5. p. 31.* ubi hæc clausula subjicitur: Was nun derselbe also thun, geloben, und in unsere Seele schwören wird, solches geloben und versprechen wir, gleich ob wir es persöhnlich gethan, gelobet, und in unsere Seele geschworen hätten, auf und anzunehmen, und zu halten, auch erwehnten unsrer Anwalt derentwegen aller Gefahr und Schadens bey Verpfändung unserer Haab und Nahrung allerdings zu entheben. Hunc in finem quando mater illustris confirmationem a camera petit, se ad solennia consveta offert, & procurator mandatum tale pro legitimanda sua persona exhibere debet, quo facto decretum Cameræ sequitur, cui forma juramenti inseri solet. Apparet hoc ipsum ex confirmatione tutelæ testamentariæ, quam *Maria Eleonora*, Joachimi Friderici Electoris Brandenburgici filia, Comiti Palatino Simmerensi nupta, d. 5. Jul. 1555. a Camera impetravit, cui post confirmationem tenor juramenti insertus est, his verbis: Demnach werdet ihr D. P. G. Krafft vorbrachten Original Special-Genwalts im Nahmen eurer darim benannten Frau Principalin zufförderst secundis nuptiis und S. Cro Vellej. gebühlich renunciren, folgendes wegen derselben gerichtlich angeloben, und in Ihre Seele einen Eyd zu Gott und auf das heilige Evangelium schwören, daß Sie alles und jedes, was obbeneldten Ihren Pflege-Kindern

dem gut und nützlich ist, thun und handeln, was unnützlich und schädlich, vermeiden, unterlassen und verhüten, derselben Güter und Personen in guten Glauben und Trauen vertreten und zum besten versehen, ein ordentlich Inventarium förderlich aufrichten lassen, Ihrer Administration und Handlung zu gebührend und zu rechter Zeit Rechnung thun, mit vollkommener Ueberlieferung alles desjenigen, so wegen solcher Vormundschaft zu Ihren Händen kommen, und mehr gedachten Ihren Pfleg-Kindern zuständig seyn, wie auch dessen, was Sie Ihnen schuldig bleiben wird, und sonst alles andere wollen, was einer getreuen Vormünderin zustehet und gebühret, bey Verpfändung Ihrer Haab und Güter, ohne alle Gefährde.

Simile exemplum occurrit in Domo Württembergica, ubi *Magdalena Sibylla* in aula Cæsarea per procuratorem sequentem in modum iuravit: Ich Georgius Fabricius gelobe und schwere in Krafft meines schriftlichen Gewalts, so ich von Frauen Magdalena Sibylla, verwittibten Herzogin zu Württemberg und Teck empfangen und zum Kayserslichen Reichs-Hoff-Rath übergeben habe, in die Seele derselben, daß Sie, als neben Herrn Friedrich Carl, Herzog zu Württemberg und Teck, Administratorm und Ober-Vormunden, verordnete Ober-Mit-Vormünderin, weyland ihres Ehe-Herrn, Wilhelm Ludwigen, Herzogen zu Württemberg und Teck, hinterlassenen Sohns, Herrn Eberhard Ludwigen, Herzogen zu Württemberg und Teck, wie auch der Princessin Eleonoræ Dorotheæ, Eberhardinæ Louysæ und Magdalænæ Wilhelminæ, was Ihren Pupillen gut und nützlich ist, thun und handeln, was unnützlich und schädlich, vermeiden, unterlassen und verhüten, die Ober-Mit-Vormundschaft zu der Pupillen Nuß und guten Glauben und Trauen vertreten und im besten vorstehen, und sonst alles

alles das thun wolle, was sie denen Reichs-Satzungen, und dem mit obgedachten Herrn Herzog Friedrich Carln zu Württemberg getroffenen Vergleich nach, zu thun schuldig ist, alles bey Verpfändung ihrer Haab und Gütern, als wahr Ihr Gott helffe und das heilige Evangelium. Ex qua formula simul apparet, quatenus praxis Camerae & iudicii Aulici, quantum ad matres illustres, inter se conveniat. Paulo pleniorem hujus juramenti formulam exhibet ordinatio tutelaræ Camerae Imperialis, quam videre licet in Append. ad Pand. Cam. Rodingii *Mantiff.* 1. p. 12.

§. V. Adeo autem hoc juramentum necessarium esse in omni tutore iudicat Schraderus *de feud. P. 10. sect. 20. n. 245.* ut neque per consuetudinem contrariam, neque etiam per non-usum introduci, neque statuto caveri vel disponi possit, ne tutor vel curator ante administrationem susceptam juramentum præstare teneatur, id quod etiam *n. 251. & 286.* repetit. Ast vero quemadmodum jam *ad tit. de confirm. tutore §. 16.* plenius ostensum est, posse etiam ipsam confirmationem statuto tolli, ita hoc eo magis quoque dicendum est de *juramento*, cum, hoc omisso, ipsa confirmatio nihilominus recte fieri possit, sicuti etiam omnia argumenta, quæ *cit. l.* adducta sunt, etiam pro confirmanda tali consuetudine vel dispositione statutaria, juramentum excludente, valent. Imo & praxis multorum locorum ostendit, hoc juramentum non necessario requiri in tutoris confirmatione, testibus Ernest. Cothmanno *vol. 1. resp. 45. n. 112. & vol. 3. respons. 19. n. 2. seq.* Struvio *Ex. 31. §. 35.* Carpzov. *P. 2. C. 11. def. 6. n. 4.* Sandeo *decis. Fris. l. 2. tit. 9. def. 9.* Bardili *concl. theor. pract. ex. 2. tb. 3.* Grøneweg. *Cont. in. III.* A a a a de

de LL. abrog. ad autb. quod nunc. C. de curat. furios. Mev. ad Jus Lubec. l. 1. tit. 7. art. 2. n. 45. seqq. Lauterbach. ad b. tit. §. 13. Gieseherbo in stat. peric. 2. art. 20. n. 106. seqq. Sic de jure Saxonico constat, hoc juramentum a tutoribus haud præstari, sed sufficit, si manu stipulata promittant illa, quæ alias juramento inferi solent. Carpzov. cit. loc. Rauchbar. P. 2. qu. 2. n. 95. Similiter in Ducatu Magdeburgico solenne juramentum remissum est, & secundum Ordini. polit. C. 43. §. 10. tantum requiritur, daß sie sich an Cydes statt durch den Handschlag pflichtbar machen, daß sie der Unmündigen Personen und Güter treulich versorgen, sie inn- und aufferhalb Rechts vertreten, die ihnen zustehende beweg- und unbewegliche Güter redlich und wohl administriren, davon in ihren Nutzen im geringsten nichts wenden, der Unmündigen liegende Gründe, jährliche Renten und Zinsen, ohne Vorwissen Erkantniß und Decret der Obrigkeit, nicht veräußern, verpfänden noch beschweren, jährliche Rechnung der Obrigkeit ungesäumt einschicken, die dabey sich ereignende defecta unweigerlich ändern, auch denen Unmündigen, wenn sie zu ihren Jahren kommen werden, in Gegenwart der Obrigkeit vollkommene Rechnung thun, und was sie an Mobilien und an Baarschaft annoch unter Händen haben werden, getreulich überantworten, bey der Erziehung und Vorsorge vor der Unmündigen zeitliche Wohlfahrt alles thun, und mit unverdroffenen Fleiße verrichten wollen, was einem Christlichen und redlichen Pfleg- Vater signet und gebühret. Ulterius jure Wurtembergico loco juramenti nuda repromissio sufficit Hand-Treu oder Hand-Gelübde an Cydes statt teste Lauterbach ad Noribergenfi. b. 1. §. 13. quæ etiam in reformat. Noriberg. tit. 39. l. 7. recepta

Veltti jure Saxonico.

Jure Magdeburgico.

Jure Wurtembergico.

Noribergenfi.

cepta & approbata est. De consuetudine Marchica attestatur Schepliz ad *consuet. March. P. 3. tit. 7. §. 1.*

§. VI. Ceterum in iis locis ubi adhuc jurare tenentur tutores, plerumque ipsa juramenti formula statuto determinari & præscribi solet: neque enim præcise formulæ in *ordin. polit. de anno 1577. tit. 32.* insistendum est. Id quidem rursus Schraderus *de feud. P. 10. sect. 20. n. 251.* adstruere contendit, asserens, istam formulam juramenti per nullum statutum, consuetudinem vel non-usum mutari vel alterari posse, adeo ut *n. 252.* addat, hodie adhuc quemlibet tutorem illud juramentum præstare debere, *tactis sacrosanctis evangeliiis*, quod jura juri- bus sint concordanda, & lex nova secundum jus commune declaranda & restringenda, ut correctio juris communis evitetur. Imo *n. 277.* clarius adhuc mentem suam exprimit hoc modo: *Illam tamen formam juramenti in ordin. polit. præscriptam præcise, specificè & ad unguem, nec non & illis verbis formalibus, quibus illa præfinita sive præscripta est, hodie servari debet, usque adeo, ut si illa formula præcise, specificè, & istis verbis formalibus præscriptis servata non fuerit, tutela & cura nullius momenti sit.* Verum praxis publica imperii & locorum particularium aperte huic sententiæ reclamationem, adeo ut ne quidem in Camera & judicio Aulico ad unguem formula illa, in *ordinat. polit. de anno 1577. tit. 32.* præscripta, seruetur, sed multis modis mutata sit, uti ex allatis §. IV. formulis apparet; Neque enim hæc formula hac intentione in *ordin. polit.* præscripta est, ut ad unguem seruetur, quod Schraderus supponit, sed tantum modus quidam demonstratus, ex quo colligi posset, quænam capita hujus juramenti potiora esse debeant. *Sic in Or-*

An præcise tutores hodie jurare teneantur secundum formulam in ord. polit. præscriptam?

din. Cancell. Hannov. de anno 1664. p. 150. formula juramenti tutorum & curatorum ita præscripta est: Ihr sollet geloben und schweren einen Eyd zu Gott, daß ihr alles und jedes des (der) jenigen, welches (welcher) Vormundschaft oder Pflegerschaft ihr angenommen, was gut und nützlich ist, thun und handeln, was unnützig und schädlich, vermeiden, unterlassen und verhüten, desselben (derselben) jungen Person (Personen) und Güter zu seinem (ihrem) Nutz in guten Glauben und Trauen vertreten, und im besten versehen, seine (ihre) Haab und Güter liegend und fahrende, Schulden und Gegenschulden, auch alle zustehende Zuspruch und Forderung mit guten Fleiß erkunden, und das alles eigent- und unterschiedlich in gebührender Zeit der Rechten in ein Inventarium bringen, eurer Administration und Handlung zu gebühlicher und rechter Zeit Rechnung thun, mit vollkommener Ueberlieferung alles des, so der Vormundschaft oder Pflege halber zu treuer Hand gekommen, und eurem (euren) Pupillen zustehen wird, und ihr ihm (ihnen) schuldig bleibet, und sonst alles das thun wollet, was einem getreuen Vormund und Pfleger gehöret, alles bey Verpfändung eurer Haab und Güter, ohne Gefährde.

Similiter in *Statuto Hamburg. P. 3. tit. 6. art. 13.* non præcise ad unguem retenta est formula in ordin. politica præscripta, sed hoc modo concepta: Und soll demnach zusehenderst derselbe, ehe ihm die Vormundschaft anbefohlen wird, einen leiblichen Eyd zu Gott schweren, daß er alles und jedes, so seinen Pfleg-Kindern nützlich und gut ist, thun und handeln, was unnützig und schädlich, vermeiden, unterlassen und verhüten, deren Person und Güter zu ihrem Nutz und guten Glauben verwahren, vertreten und zum besten versehen, von allen und ieden ihren

ren Haab und Gütern, so denenselben zuständig seyn, ein Inventarium fürderlichst aufrichten lassen, ihrer Administration und Handlung zu gewöhnlicher und rechter Zeit Rechnung thun, mit vollkommener Ueberlieferung alles desjenigen, so solcher Tutel, und Vormundschaft halben zu seinen Händen kommen, und denen unmündigen Kindern zuständig, auch dessen, was er denselben schuldig blieben, und sonst alles thun wolle, das einem getreuen Vormund zugehöret, alles bey Verpfändung seiner Haab und Güter. Unde satis apparet, in praxi non strictè inhærendum esse formulæ in *Ordin. Polit.* præscriptæ, quæ hac intentione quoque *cit. l.* non est determinata. Sufficit, quod formulæ quoad potiora contenta inter se conveniant, uti revera conveniunt, licet in verbis differentiæ adsint, utpote quibus leges non dantur sed rebus. Similiter nec, quod Schraderus urget, tactis evangeliiis hodie jurandum est, sed consveta solennitate, quæ alias in judiciis obtinet. Confer. Stephan. Gratian. *discept. forens. c. 28. n. 37.* Seraphinus *decis. 616. pr.*

§. VII. Juramento præstito, (III) tutores præ- Præterea tutor cavere debet.
 terea in majorem pupillorum securitatem satisdationem præstare tenentur, & quidem ante administrationem susceptam *l. 5. pr. de legit. tutor. t. t. ff. rem pupill. vel adol. salv. fore pr. & §. 1. l. de satisd. tutor. & curat.* Schrader. *de feud. P. 10. sect. 20. n. 288.* atque ad hanc cautionem tutores coguntur captis pignoribus *§. 3. f. de satisd. tut.* quia ita necessaria est de Jure Romano, ut quicquid absque ea gestum est, nullum sit *l. si tutor C. in quib. caus. in integr. restit.* Non tamen ab omnibus indistinète hæc cautio exigitur, sed fere tantum a legitimis, testamentarii enim satisdare non te-

nentur, utpote quorum fides a parte satis approbata est, *l. 17. ff. de testam. tut. pr. J. de satisd. l. 4. C. de tutor. & curat. qui satis non ded.* Schrader. *cit. l. n. 304.* similiter a Tatisatione immunes erant dati ex inquisitione a magistratibus majoribus, *pr. J. de satisd.* quia fides inquisitionis pro vinculo cautionis cedebat, ut dicitur in *l. 13. §. 2. ff. de tut. & curat. dat.* qui autem a magistratu minori dati erant, satisdare cogebantur. Hanc Juris Romani dispositionem Schrader. *cit. l. n. 320.* ita ad nostri fori praxin applicandam censet, ut qui a Regibus, Marchionibus, Ducibus, Principibus, Comitibus, dati sunt, hodie quoque satisdare non teneantur, quasi hi a magistratu majori dati fuerint. Dubito tamen, an huic applicationi subscribendum sit? æquiparatio enim Principum Imperii cum Præsidibus provinciæ non satis cohæret, nec prædicatum magistratus majoris secundum sensum juris R. iis recte tribui potest, unde aliis ex principiis inquirendum est, an & quinam hodie cavere teneantur.

Quid usu moderno circa cautionem mutatum est?

§. VIII. Scilicet secundum *Ordin. Polit. de anno 1777. tit. 32.* hæc cautio hodie indistincte ab omnibus præstanda est tutoribus vel curatoribus. Id ipsum evidenter totus indicat contextus, quia (1) præmittitur quemcumque tutorem confirmandum esse, ibi: **Das ein jeglicher Vormünder ic.** (2) post hæc statim subjungitur: **Item, das er (scilicet ein jeglicher Vormund) nach befohlner Verwaltung von allen Gütern liegend und fahrend, Schulden Brieff und Registern ein Inventarium aufrichten,** quod rursus omnibus convenit tutoribus, & denique (3) in eadem connexionione additur: **und rechtmäßig, gnugsame Caution und Versicherung thun:** quæ connexio aperte demonstrat, cau-

cautionis præstationem hic omnibus inunctam esse tutoribus & curatoribus, cum antecedentia omnes respiciant, imo & consequentia, scilicet juramenti præstatio, quippe quæ statim post adducta verba subjicitur. Confer. Schrader. *cit. l. n. 309. seqq.* Lauterbach. *b. r. §. 14. in f.* Dr. Hoppe *in comment. ad pr. §. de satisf. dat. tutor. & cur. in us. bodierno.* Et ita facile patet, dativos quoque, quomodocunque dentur, ad hanc cautionem adstringendos esse, nec commode Juris Romani distinctionem inter magistratus majores & minores hic applicari posse, præsertim cum ipsimet Principes per se haud constituent tutores, sed hanc potestatem iudicibus suis sub jurisdictione concesserint.

§. IX. Sed hoc quidem, quod novissime in Constitutionibus imperii in securitatem pupillorum introductum est, merito obtinere debebat per totam Germaniam, cujus tamen usus admodum rarus hodie est. Non tantum enim in plurimis locorum ordinationibus hæc necessitas satisfationis expresse remissa est, sed in plurimis etiam in desuetudinem abiit, quod an benefactum sit, non immerito dubito. Satis prudenter de praxi contraria iudicat Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. n. 55. seqq.* his verbis: *Circa hæc recensita duo requisita (intelligit juramentum & satisfationem tutorum) utinam magistratus vigilantiores essent, longe minus sine dubio querelarum super injuriis tutorum moveretur, forte etiam minus panarum sentiremus. Videmus pro dolor! raro tutores debite obligari & pupillis cavere. Et post pauca: Utile foret, reducere jus vetus, ex quo excussis bonis tutorum & quos dederant, fidejussorum, subsidiaria actio erat, contra*
ma-

Quid Statutis
locorum circa
cautionem
mutatum sit?

magistratus minores, qui tutores idonee cavere non curaverant l. adversus Et t. r. C. de magistr. conv. sed desuetudo aliud invexit, ab isto metu magistratum pene liberans. Equidem res salva omnino foret, si subscribendum esset sententiæ Schraderi *de feudis p. 10. sect. 2. n. 333.* asserentis, nulla consuetudine, nulloque non -usu introduci, nec etiam statuto caveri posse, quod tutor vel curator satisfacere non cogatur. Sed fluxit hæc conclusio ex iis principiis, quæ supra jam *Tit. de Confirm. tut. §. 16.* rejecta sunt, cum non tantum statutis locorum immutata sint constitutiones imperii in multis casibus, sed plurimæ etiam per non -ulum nunquam receptæ, aut contraria consuetudine abrogatæ sint, ut res ipsa loquitur.

Remissa hæc cautio est jure Hamburg.

Noribergensi

Magdeburg.

Francofurt.

§. X. Sed ut praxis contraria evidentior appareat, operæ pretium erit, statuta quædam hac de re conferre. Sic *Statuto Hamburg. P. 3. tit. 6. art. 13. in f.* expressis verbis hæc Cautio remissa est. **Und wenn die Vormünder oder Versorger diese obgesetzte Cydes - Pflicht geleistet, sollen sie ihrer Verwaltung halben, ferner Bürgschaft oder Fürstand zu thun, nach diesem unseren Stadt - Recht aus bewegenden Ursachen nicht schuldig seyn.** Idem constitutum est in *ref. Norib. tit. 39. l. 7.* ubi ita dispositum est: **Und wenn die Pflicht ermeldter Weise geschehen ist, sollen sie derselben Verwaltung halben ferner Bürgschaft oder Fürstand zu thun nicht schuldig seyn.** Similiter jure Magdeb. hæc Cautio non desideratur, cum in *ordin. polit. c. 43. §. 10.* tantum a tutoribus confirmatio & repromissio exigatur, cautio autem omissa sit. Porro in *reform. Francos. P. 7. tit. 2. §. 16.* hac de re ita cautum est: **Wiewohl die Käyserl. Rechte wollen, daß die tutores legitimi, so aus der**

der Freundschaft genommen werden, satisfaction und Versicherung thun sollen, mit allen ihren Gütern, um desto treulicher und fleißiger zu administriren und ihren Pflögkinder für allen Schaden gut zu seyn, davon auch in unser alten Reformation Meldung geschieht; jedoch weil solches bey uns in Abgang kommen, und für genugsam gehalten worden, daß alle der Vormünder Güter ohne das dem Pflögkbesohlenen stillschweigend hypothecirt sind, auch weit gedachte Rechte zugleich wollen, daß ehrbare und beglaubte Persohnen der satisfaction wohl mögen erlassen werden, so lassen wir es auch nochmahls dabey bleiben. Idem observat quoque praxis Saxonica, uti ^{Saxonico.} ex jure antiquo demonstrat Schilter. *in pr. jur. Rom. ex. 37. tb. 90. conf. Lauterb. b. 2. §. 14. in f. Carpz. lib. 5. Resp. § 2. n. 11. seqq. Treutl. disp. tb. 5. tit. 6.* In aliis locis, ubi expresse cautio non est remissa, standum hodie esse puto arbitrio judicis, an hæc cautio sit exigenda, cum quandoque, præsertim in legitimo tutore, circumstantiæ accidere possint, quæ suadent, tutori cautionem injungendam esse Carpz. *cit. l. n. 14.*

§. X. Quæ cum ita sint, facile constat, hodie gesta a tutore non amplius esse nulla, si non satisfecit. Equidem in jure Romano olim obtinuit, ubi satisfactionis necessitas præscripta erat, uti constat ex *l. 4. C. in quib. causis in integr. restit.* Hac vero hodie remissa, subsistere debent, quæ tutor absque cautione gessit. Brunnem. *ad cit. l. 4. n. 3. seqq.* Ex hoc concludit Faber in *Cod. l. 5. tit. 25. def. 2.* eum, qui a judice ad tutelam admissus est, nulla præstita cautione, & ita tanquam tutor agit, non posse ea exceptione repelli, quod non satisfecit. Diversa est ratio ejus, cui satisfactionis onus injunctum fuisset, id quod tamen hodie raro fieri

Contin. III.

Bb bb

folet.

folet. conf. Mev. *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. n. 55.* Equidem Schrader *de feud. P. 10. sect. 20. n. 363.* in contrariam abire sententiam videtur, qui tamen supponit, eandem quoque hodie esse necessitatem satisfactionis, uti quidem de jure Romano, cujus contrarium cum antea assertum sit, conclusio inde deducta viribus suis destituitur.

An hodie cautio pignoratitia sufficiat?

§. XI. Denique constat, hanc cautionem, datis fidejussoribus idoneis, olim præstari debuisse *l. 4. §. 4. ff. rem pupill. salv. for.* adeo, ut nec pignoratitia, nec promissio sub hypotheca omnium bonorum suffecerit. *l. 7. fide stipul. prat.* nec etiam tutores juratoriae cautioni permitti potuerint *Schrad. cit. l. n. 298. & 296.* Cum vero jam antea ostenderit, hodie cautionem rarius exigi solere, ita in multis, ubi cautionis quædam vestigia adhuc supersunt, plerumque admitti solet *promissio sub hypotheca omnium bonorum* **Verpfändung ihrer Saab und Güter**, quæ promissio in plurimis locis in locum satisfactionis transfusse videtur *Lauterb. b. 1. §. 16.* Atque hanc praxin inprimis servant summa Imperii tribunalia in confirmandis tutoribus illustribus, qui satisfactione non gravantur, sed sub expressa promissione *hypotheca generali bonorum omnium* ad tutelam admittuntur. Docet hoc ipsum decretum Camerale, quo **MARIÆ ELEONORÆ** Comitissæ Palatini Simmerensis viduæ tutela decreta est, cujus mentio supra §. IV. facta est, ubi in fine clausula hæc adjecta est: **und sonst alles thun wolle, was einer getreuen Vormünderin zu stehen und gebühret, bey Verpfändung ihrer Saab und Güter.** Postquam huic decreto Camerali esset satisfactum, subsequuta est confirmatio cameralis hujus tenoris: **Auf solche jetzt geschene renunciation, und**
ge

geleistete Caution, wie auch zugleich erstatteten End und Obligation ist etc. In hac confirmatione expressa fit mentio *prestatae cautionis*, quæ tamen tantum sub hypotheca expressa omnium bonorum facta erat, & vix est, ut ex *Ordin. polit. de anno 1577. tit. 32.* illa probari possit. Nam ibi requiritur *rechtmäßige und genugsame Caution und Versicherung*, quæ sine dubio de *satisfactione* intelligi debet, utpote quæ ordinariè requiritur, ubi de futuro damno incerto cavendum est, & præterea jus commune illam hic quoque exigit, secundum quod hæc constitutio intelligi debet. Schrad. *cit. l. n. 291. §§.* Similiter in forma juramenti, quod Magdalena Sibylla per Georgium Fabricium præstitit & itidem §. IV. adductum est, tantum subjicitur clausula: *Alles bey Verpfändung ihrer Haab und Güter*, quæ clausula etiam in reliquis confirmationibus tutelarum maternas supra adductarum occurrunt. Eodem modo etiam in privatorum tutelis hæc obligatio *sub hypotheca omnium bonorum* recipi solet, uti constat ex formula juramenti, quam tutores secundum *Ordin. Cancell. Hannov.* præstare debent, quæ §. IV. adducta est, ubi in fine clausula hæc habetur: *Alles bey Verpfändung eurer Haab und Güter*, quæ etiam juxta *Stat. Hamb.* eodem § adductum, sufficit.

§. XII. Denique (IV) etiam requiritur, ut tutores solenne inventarium conficiant, sine quo administratio recte suscipi & geri nequit *l. 7. ff. b. s.* quod etiam in *Ordin. polit. de anno 1577. tit. 32.* repetitum: Item daß er nach befohlner Verwaltung von allen Gütern liegend und fahrend, Schulden, Brief und Registern ein inventarium aufrichte. Id quod etiam sine omni dubio in praxi hodie necessarium est, & proinde in plerisque

Inventarium quoque faciendum est.

locorum statutis exigi solet, quæ longa serie refert Henricus Giesebert. in *pericul. stat. II. art. 26. n. 116. seqq.* Equidem de jure Saxonum antiquo id non generatim requirebatur, sed distinguebatur, utrum tutor esset proximus heres nec ne? Priori casu uti rationes reddere non cogebatur, ita ad inventarium conficiendum haud obstrictus erat, uti patet ex *lib. 1. Spec. Saxon. art. 23.* Wo aber der Vormund auch Erbe mit ist, so darf er niemand des Kindes Gut berechnen, noch Bürgen setzen. Posteriori autem casu rationes reddere tenebatur, & ita quoque inventarium seu designatio necessaria erat. Verum hæc tutela, quæ proximo heredi usumfructum bonorum concedit, hodie in Saxonia quoque incognita est, & ita hodie indistincte inventarium conficiendum est. Sic quoque in Gallia hæc necessitas conficiendi inventarium solenne remissa est, teste Guid. Pap. *decif. 330.*

Mater etiam
ad inventari-
um faciendum
tenetur.

§. XIII. Nihil itaque tutorem gerere oportet ante inventarium confectum, ut dicit Ulpianus in *l. 7. pr. ff. b. r.* adeo ut ab ejus confectioe haud immunis sit mater Struv. *ex. 31. tb. 36.* Gutierrez. *de tutel. p. 2. c. 1. n. 17. 18.* Conf. Heef. *de rat. reddend. loc. 6. n. 99.* adeo ut velint, etiam juramentum in litem contra matrem eo casu locum habere, si inventarium haud confecerit, Phanuc. *de in lit. jur. p. 2. m. 2. n. 137. seqq.* Bald. *in autb. eisd. pen. C. de sec. nupt.* Non tamen hodie tam rigoroſe cum matre procedi solet, sed in defectu inventarii solennis, jurata specificatio ab ea desideratur, quæ subit vicem legitimi inventarii Carpz. *P. 2. c. 11. def. 7.* Berlich. *p. 2. dec. 160. n. 34. seqq.* idque *dec. Elect. Saxon. 21.* approbatum est. Hoc vero si facere detrectat, demum contra eam in litem jurari posse existimarem.

§. XIV.

§. XIV. - Atque hoc eo magis in privatorum tutelis obtinebit, cum etiam nec mater illustris ab inventarii confectione immunis esse videatur. Si enim ad exempla superius adducta, confirmationesque Cæsareas respiciamus, apparebit exinde speciatim, hanc inventarii confectionem matribus principum injungi. Sic in tutela Mariæ Catharinæ Mechlenburgicæ, Imperator hoc confirmationi inseruit: **Daß sie von Ihren, der Pupillen, Haab und Gütern ein Inventarium machen lasse**, vid. supra. Idem in confirmatione tutelæ Annæ Eleonoræ Anhaltinæ, ibi: **Von seinen Haab und Gütern ein Inventarium machen lassen**. Nec forte dissimile aliquod exemplum occurreret in confirmationibus Cæsareis, præsertim, cum ibi simul addatur: **Daß die Fürstl. Mutter alles dasjenige handeln und verrichten soll, was einer getreuen Mutter nach Ausweisung des H. Reichs Policeny-Ordnung gebühret und oblieget**, quo ipso satis abundeque apparet, illam *Ord. polit. de an. 1577. tit. 32.* non ad solos privatorum tutores pertinere, sed etiam ad Principes eorumque Matres tutrices, utpote quas hac imperii lege obligari eo minus dubitandum, quod omnium statuum consensu sit condita, ejusque observantia omnibus Principibus & statibus ibidem generatim injuncta. Quamobrem etiam in judicio aulico, si tutelæ illustris confirmatio petatur, decerni solet, daß er durch seinen Bevollmächtigten den gewöhnlichen Vormunds-End, sich der Policeny-Ordnung gemäß in administratione tutelæ zu halten, wirklich ablege, der Wittib aber, so die Tutrix seyn will, wird benebens auferleget, ut renunciaret secundis nuptiis ac SCto Vellejano. Dn. Uffenbach. *de judicio aulico Cap. 2. p. 137.* Ex quo apparet liquidissime, administrationem tutelæ ad ductum

An mater illustris exempta sit ab inventarii confectione?

reformationis Politicæ etiam a Statibus imperii instituen-
dam, nec credendum esse illorum opinioni, qui statuunt,
in tutela Principum raro confici inventarium. *Parlador.
ver. quotid. l. 1. c. 12. Besold. thes. Pract. voc. Vormund.*

Quomodo in-
ventarium
conscriben-
dum sit?

§. XV. Lubenstamen fateor, conscriptionem in-
ventarii, a matre Principis requisitam, non vulgari mo-
do expediendam esse, ut omnia tam mobilia quam im-
mobilia imo & nomina in illo consignentur. Notum
enim, in Camera cujusvis principatus inventarium
jam adesse debere, tanquam perpetuum reddendarum
rationum fundamentum, in quo non tantum immo-
bilia, sed & mobilia & se moventia in omnibus præ-
fecturis bonisque domanialibus accurate consignata,
qua de re plenius egit B. Dn. a Seckendorff *im Teut-
schen Fürsten Staat part. 3. c. 2. §. 1.* Cum ergo Mater
illustris specialem admistrationem rerum Camera-
lium non suscipiat, sed illam Cameræ Directori & Al-
fessoribus relinquat, horum officium erit, inventariū
semel confecti rationem habere, & si quid vivo prin-
cipe decesserit, defectus hos regimini tutelari osten-
dere. Quamvis insuper consultum sit, ut provida tu-
trix ipsa moneat Consiliarios, ad regimena tutelare ele-
ctos, ut revisionem hujus inventarii propediem fieri
curent. Reliqua mobilia & pretiosa principis filii bo-
na inventario potissimum indigent, ne ab illis, qui in
servitio aulico sunt, quicquam subtrahatur, licet hic
plerumque extent designationes *von der Silber Kam-
mer, vom Stall, vom Rüst Kammer* &c. quæ a mini-
stris ad hoc deputatis asservandæ, quarum revisio si pa-
riter instituta fuerit a matre autrice, vix quicquam re-
manebit, quod speciali adhuc inventario indigeat.
Ceterum ut omnibus fraudibus occurratur, nec facile quic-

quicquam subtrahatur, utile omnino est, & praxis quoque aularum hoc ostendit, ut mox post obitum Principis omnia obsignentur, & postea ubi revidenda sunt inventaria, demum resignentur.

§. XVI. Cum vero hodie loco inventarii etiam admitti soleat *jurata specificatio, uti infra tit. de jure deliberandi* dicendum erit, inde quæritur, an hodie necessitas conficiendi inventarium in tantum remissa sit, ut sufficiat, si tutor postea juratam specificationem edere paratus est, ad evitandas pœnas, in non conficientes inventarium constitutas? Equidem ubi jure statutorio vel provinciali id expresse provisum est, res nulla indiget disquisitione, quale quid in matre tutrice constitutum est in *decis. Elect. 21.* Similiter in *Ordin. Polit. Magd. c. 43. §. 13.* loco inventarii admissa est jurata specificatio his verbis; *Da aber die Vormünder kein solenne Inventarium, dazu sie doch verbunden, aufgerichtet, sollten sie an statt dessen eine specification ausantworten und solche vermittelst Endes beschweren: Im Fall sie sich der endlichen Specification weigerten &c.* At vero tum obtinet pœna juris communis, si tutor juratam specificationem edere recusat. Verum si hujusmodi dispositio localis deficiat, gravior ratio dubitandi emergit, an tutor audiendus sit, si loco inventarii ad juratam specificationem se offerat? Distinguendum esse arbitror, utrum ex justa & rationabili causa inventarium omissum est, nec ne? Priori casu facile constat, admittendam esse juratam specificationem, utpote si pater in testamento inventarii confectionem prohibuerit. Quamvis enim hoc casu plures asserant, remissa inventarii confectione etiam remissas esse ratio-

An loco inventarii sufficiat jurata specificatio?

tionum redditiones & consequenter ne quidem designationem privatam exigi ab eo posse, optime tamen monet Carpz. *P. 2. C. 11. def. 4. in f.* hoc cum mica falis accipiendum esse, ut si quædam suspicio fraudis adfit, etiam ad designationem edendam eamque juramento confirmandam teneatur. Conf. Hahn. *ad W. b. r. n. 4.* Brunn. *ad l. f. §. C. arbitr. tut.* Neque enim asseri potest, hoc casu omnem rationum redditionem esse remissam. Admitto ergo juratam specificationem loco inventarii, iis in casibus, quibus solennis inventarii, confectio licite omitti potest. Conf. Mev. *de jur. specif. c. 4. §. 10. 11.* Posteriori casu vero in alia omnia eundem esse censeo. Equidem Carpz. *P. 2. C. 11. def. 6. in f.* etiam hoc casu juratam admittit specificationem, quam sententiam etiam præjudiciis confirmat Richt. *P. 1. dec. 48. n. 8. & 9.* minus tamen hæc sententia videtur; licet enim in foro Saxonico jurata specificatio exæquata sit inventario, quoad heredes, qui adierunt hereditatem sine inventario; dubium tamen semper remanet, utrum etiam hoc extendi possit ad administrationem tutelæ? cum Jure Romano, qui absque justa causa inventarii confectionem omisit, suspectus sit, infamia notetur & præterea arbitrarie possit puniri *l. f. §. 1. C. arbitr. tutelæ.* qualem ad juratam specificationem admittere, omnino periculosum foret. Unde satis juste ita moderandam esse Carpzovii sententiam censet Dn. Berg. *in resol. LL. ad Laut. b. r. ut in potestate pupilli, jam majorennis facti, sit, utrum juramentum in litem præstare, an a tutore petere juratam specificationem malit.* Hoc si ipse contentus esse velit, cessat juramentum in litem, utpote quod invitus subire non cogitur *l. 71. ff. de R. V.* Proinde quoque
sta-

statuta pleraque, quæ inventarium exigunt, ita strictè & præcisè illud exigunt, ut ex contextu satis appareat, præcisè inventarium conficiendum esse.

§. XVII. Proinde quoque in statutis certa forma præscribi & determinari solet, secundum quam inventaria sint facienda, ut eo magis res pupillorum in tuto sint. De jure communi de forma eorum ita cavetur in *l. 24. pr. C. b. d. Tutores vel curatores mox quam fuerint ordinati, sibi in præsentia publicarum personarum inventarium verum omnium & instrumentorum solemniter facere curabunt.* Similiter in *l. ff. §. 1. C. arbitr. tut.* Imperator constituit, ne tutores res pupillares aliter attingere audeant, nisi inventario prius publice confecto secundum morem solitum res ei tradantur. Ex quo patet tutori non æque certum tempus præfixum uti heredi, nec eandem formam ei esse præscriptam, quæ heredi a Justiniano præscripta est. Sed Statuta locorum passim hic quædam determinarunt, quæ in jure communi non sunt statuta. Nam (I) in quibusdam tempus definitum est, intra quod præcisè inventarium hoc conficiendum, sicuti de Belgio notant DD. ubi intra mensem inventarium sub pœna pecuniaria conficiendum est. Jure Magdeburgico *c. 43. §. 11.* ita disponitur, quod mortuis parentibus statim agnati bona eorum obsignare debeant, und sollen nach Ablauf des dreßsigsten mit Zuziehung der verordneten Vormünder darüber ein Inventarium aufrichten. In Reformat. Francof. *P. 6. tit. 3. §. 3.* octo dies sunt præfiniti, intra quos inventarii confectio suscipienda est. Conf. Giesebert. in *peric. Stat. II, art. 20. n. 239. sqq.* De jure communi tempus cum nullum sit determinatum, arbitrio judicis committitur.

De forma inventarii solennis.

Secundum jus Romanum.

Secundum jus Statutarium.

(1) Ratione temporis.

Contin. III.

Cc cc

tur,

(2) Ratione
formæ.

tur, ut æstimer, an *mox*, prout leges volunt, inventarium confecerit Menoch. de J.A. *quæst. lib. 2. cas. 274*. Deinde quoque (2) ratione formæ hinc inde quædam immutata sunt, quæ potissimum attendi debent, cum, quando de actus solennitate quæritur, ad loci solennia respiciendum sit *l. 6. ff. de evict.* Communiter quidem a Notario & testibus, vel personis a iudice ordinario deputatis confici solent: quandoque tamen illud subinde requiritur, ut exemplum inventarii vel aliquando ipsum originale in iudicio deponatur. Hoc ipsum provisum est in *jure Boruss. provinc. lib. 2. Tit. 6. art. 5. c. 3.* ubi ita: von solchen Inventarien soll den Vormündern eine glaubwürdige Abschrift, unter des Ampts- Stadt- oder Gerichts- Schreibers Handschrift gegeben, und das Original hinter der Obrigkeit in einen sondern Ort verwahrlich und geheim gehalten werden. Hæc provisio sane est admodum pupillis utilis, cum ita tutoribus omnis aditus præcludatur, ad fraudes faciendas & inventarium corrumpendum, quod alias mille artibus fieri posset.

Pœna tuto-
rum, inventa-
rium haud
conficientium.

§. XVIII. Quodsi tutores inventarium facere neglexerint, variis pœnis in *l. f. §. 1. C. arbitr. tutel.* determinatis adficiuntur, quorum etiam pertinet, quod contra tutores juretur in litem *l. 7. ff. b. r.* id quod etiam Jure Magdeburgico *c. 43. §. 13.* repetitum, sed tunc demum, si omisso inventario juratam specificationem edere recusant. Im Fall sie sich nun der eydlichen Specification weigerten, soll denen gewesenen Pfleg-Befohlenen frey bleiben, an statt eines richtigen Inventarrii, eine Specification der Eltern Verlassenschaft, so viel sie davon Nachricht erlangen können, zu verfertigen, solche zur gerichtlichen Moderation zu übergeben, und nach derselben Erfolg wider die Vormünder in litem

zu schweren. Hoc ipsum quoque aliis locorum Statutis repetitum est, ut de praxi ejus dubitari non possit, conf. Mynsing. cent. 6. obs. 39. Carpz. decis. 74. Contra heredem tutoris tamen hoc juramentum locum non habet, nisi ipse in dolo vel lata culpa sit l. 4. C. de in lit. jur. Secundum quam sententiam Mens. Jan. 1689, in Facultate Francofurtana sequentem in modum pronunciavimus:

Demnach Uns die zwischen denen P. Erben Klägern an ein- Sententia
nem, wieder M. R. Erben Beklagten am andern Theil ergangene Acta manualia zugefertigt, und darüber unsere in Rechten gegründete Belehrung gebeten, so erachten wir, daß denen Rechten und Umständen nach zu erkennen sey:

Daß Kläger vorhero, des Neben-Vormunds K. Verlassenschaft völlig zu excuriren, schuldig; Solte nun solche Verlassenschaft nicht zureichend seyn, dasjenige, was Kläger juramento in litem erhärten könnte, zu erstatten, so sind Beklagte schuldig, von denen Jahren, da ihr Vater Vormund gewesen, dasjenige, was aus des L. Verlassenschaft nicht erstattet werden kan, zu ersetzen, jedoch dergestalt, daß wider die Beklagte das juramentum in litem nicht verstatet, sondern, wenn dieselbe juramento das verhandene inventarium bestärcken, daß ihnen ein mehrers von der Verlassenschaft nicht wissend, und alsdenn Klägere erweisen, wie sie denn zu thun schuldig sind, daß bey M. R. Leben ihnen per tutelam einiger Schaden zugewachsen, solcher Schaden alsdann von Veff. nach Abzug dessen, was aus des Neben-Vormunds Verlassenschaft bereits bezahlt, erstattet werden.

Es ist zwar im gegenwärtigen Proceß, da der K. zu erst Rat. dub.
Actione tutelæ belanget worden, bereits Anno 1675. erkannt, daß die Exceptio divisionis statt finde, und Klägere dahero angewiesen, ihre Klage wider M. R. Erben mit einzurichten, wie denn

auch nachhero Anno 1684. M. R. Erben sich hauptsächlich einzulassen, condemniret, folgendes auch Anno 1686. solches ferner confirmiret, und denen Beflagten auferleget zu erweisen, daß, so lange ihr Vater gelebet, die Vormundschaft aufrichtig geführt worden, und daß nach dessen Tod der andere Vormund die Nachrichtungen abgefordert und quittiret habe, welches Anno 1687. abermahl confirmiret, solche Decreta und Abschiede auch rechtskräftig worden, und also, quia res judicata jus inter partes irtractabile efficit, nunmehr bloß in quaestione zu seyn scheint, an Rei ad probandum injuncta probaverint.

Rat. decid.

Wann aber hingegen bey dieser Sache bewogen wird (1) daß noch nicht erwiesen, daß der verstorbene M. R. judicialiter zum Tutore confirmiret worden, welches doch heutiges Tages per LL. Imperii in quovis tutore, etiam testamentario, nöthig ist, *Reform. Polit. de Anno 1577. tit. 32.* (2) Massen er auch im Testament nicht einmahl pro ordinario tutore, sondern nur pro honorario bestellet, indem er daselbst zum Ober-Vormund benennet wird, jam vero notum est, tales tutores, qui honoris gratia dantur, non posse conveniri, nisi excussis prius facultatibus ejus, qui gesserit. *L. si plures 3. §. 2. ff. de admin. tut.* (3) Auch nicht dargethan, daß M. R. die Administration einiger Vormundschaft wirklich übernommen. Ob nun zwar solches, wenn die constitutio tutoris erwiesen wäre, ihn nicht liberiren könnte, cum & ille tutor, qui patitur, ut alius solus administraret, obligetur, *L. 60. §. 3. ff. de Ritu Nupt.* attamen eatenus ipsi succurritur, ut beneficio excussionis gaudeat, ne teneatur, nisi excusso tutore, qui gessit *L. ff. C. de divid. tut. l. 6. arbitr. tutel.* Heeser. *de rat. redd. loc. 2. num. 16.* Zanger. *de Except. P. 2. C. 16. num. 16. & seqq.* (4) Gesetzt aber, es könnte erwiesen werden, es hätte M. R. gleich den andern administriret, und er also dadurch ad rationum redditionem æqualiter verbunden worden, so ist doch hauptsächlich zu consideren, daß er ante finitam tutelam verstorben, und also die ganze Vormundschaft auf den R. devolviret, welcher de jure verbunden gewesen, a contutoris heredibus rationes und reliqua zu for-

fordern, zumahl er des contutoris heredum Vormundschafft selbst übernommen, und also duplici vinculo die Richtigkeit der Vormundschafft-Rechnung zu befördern schuldig gewesen, hingegen sind des M. R. Erben damahls in pupillari & minori ætate gewesen, welchen keine Culpa imputiret werden mag, daher es abermahl heisset, quod ex pluribus obligatis ille prius excutiendus, cujus principale factum damno causam dedit, *arg. l. 1. quo quisque ord. Mev. ad Jus Lub. P. 2. tit. 3. pr. num. 41.* Et in specie illa exceptio excussionis etiam obtinet in non gestis (quale hoc casu foret, wann der R. des Contutoris Rechnung nicht befördert, welches doch ihm obgelegen) quando non gesta ipsis gestis connexa sunt, Montan. *de Tutel. Cap. 39. num. 183. & seq.* (3) Und kan solche execution nicht hindern, daß bereits per judicata wieder M. R. Erben die Einlassung und gewisse puncta probanda erkannt, massen die exceptio excussionis in tantum privilegiret ist, daß sie auch post sententiam definitivam in ipsa executione wohl opponiret werden kan, etiamsi omnes jam tum ad solutionem sint condemnati Montan. *de Tutel. C. 39. num. 154.* Berlich. *P. 2. Concl. 57. num. 23 & seq.* Dahero billig jetzige Beklagte, so lange des R. Verlassenschafft nicht plene excutiret, mit der action zu verschonen. Im Fall nun per dictam excussionem die Kläger nicht befriediget werden könten, so scheineth zwar, daß auch wider des R. Erben das juramentum in litem statt finde, cum regulariter contra omnem tutorem, qui inventarium legitime non confecit, in litem jurari possit, *l. Tutor qui repertorium 7. pr. ff. de admin. Tut.* Weil aber solches nur angehet, si contra ipsum tutorem actio mota sit, massen contra heredes tutoris ob non confectum inventarium in litem nicht geschworen werden kan, *l. ult. C. de in litem jurand.* es wäre denn, daß ipsorum heredum dolus vel culpa lata demonstriret werden könne, *l. 2. C. d. t.* davon es aber in gegenwärtigem Fall ermangelt. Auch nicht hindert, daß gleichwohl wider des R. Erben das juramentum in litem zuerkannt, massen die actio tutelæ wider den Vater selbst angestretget, und derselbe litem contestiret, in welchem Fall die Rechte verordnen, quod heres pariter teneatur quam defunctus. *l. ult. in*

f. ff. de fidejussor. tutor. So ist daher nöthig, daß wenn die heredes, so weit ihnen wissend, das inventarium juramento bestärcken, daß von denen Klägern, daß culpa lata tutoris defuncti, ultra hanc etiam non tenentur heredes tutoris *l. 1. § 2. C. de hered. tut.* ihnen einiger Schaden zugewachsen, gebührend erwiesen werde. *per d. l. 2. C. de in lit. jur. ibi: Omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet, Actore enim non probante reus absolvitur. l. 4. C. de edendo.*

Exceptio est in patre.

Solte nun dergestalt einiger Schade, welcher bey Lebzeiten des M. R. per ejus culpam latam denen Vormundschafft's Güthern zugewachsen, erwiesen, und derselbe per excussionem contutoris nicht ersetzt werden können, so mögen sich des M. R. Erben von dessen Erstattung nicht befreyen. *B. R. W.*

§. XIX. Sicuti vero omnino audiendus est tutor, si a dolo vel lata culpa se purgare potest *Mev. p. 7. Decis. 282.* ita ab hisce pœnis merito pater liberatur, qui, quamvis bona liberorum administret, ad solenne tamen inventarium nequidem tenetur, cum rationibus reddendis non sit obnoxius, nec ullam malæ administrationis suspicionem contra se habeat: quam sententiam in Camera receptam esse docet *Mynsing. cent. 2. observ. 93. & Jus Saxonicum observat. Moller. ad constit. elect. 25. p. 3. in f. Finckelthaus obs. 76. Richter. p. 1. decis. 58. n. 26. Carpzov. p. 2. C. 10. def. 9.* Interim aliquam bonorum designationem facere debet, quæ hætenus sufficit, adeo ut ne quidem juramento sit confirmanda ob urgentem præsumtionem, quæ pro eo militat. *Carpzov. cit. l. n. 13. Berlich. p. 2. decis. 160. n. 30. Finckelthaus obs. 26.* quodsi tamen hæc deficiat & præsumtio contra patrem adsit, etiam ipse ad juramentum adstringi potest *Mev. ad Jus Lubec. lib. 2. tit. 2. art. 21. n. 11. seqq.*

Tenetur hodie tutor pecuniam scœnori exponere.

§. XX. Quod ipsam administrationem concernit, certum est, eum boni patrisfamilias officium imple.

implere debere *l. 10. ff. b. t.* ſpeciatiim vero circa pecuniam ſœnori exponendam jura civilia variant, adeoque quid hac de re in praxi obtineat videndum. De jure digeſtorum expeditum eſt, tutorem pecuniam pupillarem ſœnori exponere teneri *l. 3. §. 2. b. t.* Inde in *l. 13. §. 1. ff. b. t.* fatiſ notanter dicitur: *Non eſt audiendus tutor, cum dicat, ideo ceſſaſſe pecuniam pupillarem, quod idonea nomina non inveniret, ſi arguatur eo tempore ſuam pecuniam bene collocatſe.* Unde ipſe tenetur ad uſuras, qui pecuniam pupillarem, cum commode potuit, ſœnori haud expoſuit *l. 28. §. 1. b. t.* adeo ut ſi ad damnum reſarciendum non fuerit idoneus repertus, extra ordinem coerceri poſſit *l. 49. b. t.* Neque jure Codicis hoc immutatum eſt, *l. 24. C. b. t. l. 42. §. 7. C. de Episcop. & Cler.* ſed hoc jure demum tutor liberatus erat, ſi commodam occaſionem, pecuniam ſœnori exponendi, non habuerit *l. 3. C. de uſur. pupill.* Verum utrumque jus correctum eſt *Nov. 72. C. 6.* unde etiam *auth. noviffime C. b. t.* deſumta eſt, quæ ſententiam Novellæ in compendio ita refert: *Noviffime cautum eſt, a curatore pecuniam pupillarem non eſſe ſœnerandam, quod ſi fecerit, mutui ſubjacebit periculo, niſi mobilis ſit ejus ſubſtantia, cujus cura adminiſtratur: tunc enim curator illud ſolum mutuare cogatur, quod ad diſpenſationem ſufficiet adoleſcentis, ejusque rebus: quod vero plus eſt, caute recondatur: vel niſi ex neceſſitate hoc fecerit, veluti propter expenſas in pupillum faciendas.* Quamvis vero jus novellarum juri Digeſtorum & Codicis deroget, imo *Nov. 72.* hac intentione condita ſit, ut juri veteri derogaret, in praxi tamen iterum jus antiquum receptum, & a Jure Novellarum hac in re reſeſſum eſt, de qua praxi unanimiter Dd. teſtantur. Carpzov.

p. 2. C. 11. def. 22. Rauchb. p. 2. qu. 26. n. 6. Matth. Stephani ad Nov. 72. n. 29. Montanus de tutel. c. 32. reg. 5. n. 170. Finckelthaus obs. 39. n. 4. Struv. Ex. 31. rb. 37. Mev. ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 3. n. 31. Cothman. vol. 4. resp. 9. n. 69.

Specialiter ju-
re Magdebur-
gico.

Atque hoc ipsum quoque variis locorum statutis approbatum est. In *Ordin. polit. Magdeb. c. 43. §. 23.* id expresse provifum est hunc in modum: Ein jeder Vormund soll schuldig seyn, der unmündigen Kinder Gelder auszulihen, oder das Interesse von dem Seinigen zu ersetzen, es wären dann ihm bequeme Mittel entstanden, das Geld um Verzinsung sicher unterzubringen oder sonst nützlich anzuwenden. Et secundum hanc sententiam Mens. Febr. 1697. pronuntiavimus.

Sententia.

Als derselbe uns Leuterungs = Schrift und erfolgte Befehle in Sachen Curatoren M. F. Leuteranten an einem, Vormünder der A. Kinder Leuteraten andern theils nebst vorigen Acten zugeschiedt. Nunmehr aus denen Acten und der Parthejen rechtlich Einbringen so viel zu befinden, das Leuteraten das Interesse von denen 100. Rhlr. Leuteranten zu bezahlen schuldig. B. R. B.

Rat. Dub.

Ob wohl Leuteraten vermeinet, es habe Leuterant dasjenige, was ihm zu bescheinigen aufserleget, und er sich angemasset, nach Nothdurfft nicht bescheiniget, weil durch die abgehörten Zeugen nicht dargethan, daß A. Gelegenheit gehabt, seiner Pfliegbefohlten Gelder sicher unterzubringen; hiernächst auch er vor M. F. nicht gehalten sey, indem er deren administration dem Neben = Vormund C. G. überlassen, welcher die Gelder zinsbar belegen sollen, und also zum wenigsten wieder diesen, weil er Tutor administrans gewesen, die Exceptio excussionis statt finden müste, *per l. 3. de Administr. Tut. L. 2. C. de divid. Tutel.*

Rat. Decid.

Weil aber dennoch aus dem aufgenommenen Gezeugniß fol. 39. zur Gnüge erhellet, daß H. unterschiedene Gelder ausgethan, und der von ihm selbst bey dem Gegenbeweiß pro-

producirte Zeugen fol. 56. art. 80. deutlich bezeuget, daß Gelegenheit gewesen, die Gelder unter zu bringen, quem vero quis pro se testem producit, illum contra se improbare non potest, arg. *L. cum Papinian. 14. C. de Sentent.* Ferner aus H. Tage = Buch, laut Extracts fol. 48. sich befindet, daß er 100. Rthler von seiner Pupillen Gelder in seine Nahrung verwandt, und sich zur Verzinsung offeriret, so doch in der Magdeburgischen Policen = Ordnung Cap. 43. §. 26. verboten ist, und also wider ihn die præsumtio, daß er auch die übrige nicht Zinsbar belegte Gelder angegriffen habe, cum in eodem delicti genere præsumtio de casu ad casum extendatur *Cap. semel. 8. de Reg. Jur. in 6.* ihn auch nicht liberiren kan, daß er mit G. die Vormundschafft administration getheilet, weil er dadurch a nexu administrationis sich nicht liberiren können *d. L. 2. C. de divid. Tutel.* Wie denn auch die Exceptio Excussionis deshalb nicht statt finden mag, weil H. die 103. Thlr. von M. F. Geldern an sich behalten, und er also hoc respectu administrator solcher Gelder geblieben, und diese also entweder zinsbar belegen, oder seinem Neben = Vormund ausantworten solten. Dahero von uns beschehener massen erkant worden.

Similiter in Statut. Hamburg. *P. 3. tit. 16. art. 16.* idem **Hamburgensi.** confirmatum est: Und was an Bahrschafften vorhanden, zum besten an gewisse Zins anlegen, damit sie ein ziemlich Genieß und Abnützung davon haben mögen. De jure Wurtenbergico **Württemberg.** *provinc. tit. 37. §.* Wo auch. eadem praxis confirmata est, teste Lauterbach. *b. 1. §. 25.* Nec jure Lubecensi aliud constitutum esse patet *ex lib. 1. tit. 7. art. 7. & 13. ibi:* Die jährliche Borrathe aber wiederum belegen. Huic praxi se quoque **Borussico.** *formavit jus Boruss. provinc. lib. 2. tit. 6. art. 6. §. 4.* ubi tamen hæc singularis præcautio adjecta est. Solten dann keine gewisse Leute oder Pfände, darauf der Unmündigen Geld könnte ausgethan werden, verhanden seyn, so solten die Vormünder solches dem Wäysenherrn, oder jedes Orts ordentlicher Obrigkeit anmelden, ob die etwa wüsten Mittel zu schaffen; Im Fall

Contin. III. Dd dd solche

solche Ansage nicht geschehe, und die Gelder darüber liegend blieben, so sollen die Vormünder den Schaden zu ersetzen schuldig seyn. Hæc constitutio satis provida est, & merito instar cautelæ a quovis tutore observanda, ut apud magistratum de sua diligentia protestetur, ut eo minus ei postea aliquid impurari queat. Brunnem. cent. 1. decis. 81.

An hodie tutor teneatur ad usuras centesimas, si pecuniam pupillarem in suos convertat usus?

§. XXI. Ceterum quando ipsi tutores pecuniam pupillarem in suos usus convertunt, olim quidem tenebantur ad usuras centesimas l. 5. §. 4. ff. b. t. quæ alibi legitima dicuntur l. 7. §. 4. b. t. l. 1. C. de usur. pupill. Brunnem. ad l. cit. 1. n. 2. sed an moribus etiam hæ centesimæ exigi possint, quæritur? id quod affirmat Molinæus de usur. qu. 76. a qua sententia tamen plures recedunt, arbitantes, has maximas usuras in hoc casu abrogatas esse per l. 26. C. de usur. Mev. ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 7. n. 13. Hoc ipsum rursus in dubium vocat Brunnem. cit. l. in f. ex hac ratione, quod posterior dispositio generalis non tollat legem anteriorem specialem. Quamvis vero hoc satis probabiliter asseri possit, ipse tamen Brunnemannus cit. l. in f. non negat, moribus hoc casu centesimas usuras exigi non posse, sed pupillum communibus & legibus publicis imperii determinatis usuris contentum esse debere.

Vel si negaverit habere se aliquid penes se ad alendos pupillos?

Conf. Mev. ad jus Lubec. cit. l. n. 12. Similiter olim in eo casu gravissimæ usuræ pendi debebant, si tutores negaverant, se habere ad alendos pupillos penes se aliquid & tamen constiterit, penes eos aliquid fuisse l. 7. §. 8. ff. b. t. quod itidem in in praxi haud obtinet, cum generatim usuræ gravissimæ minus receptæ sint. vid. Brunnem. cit. l. 7. §. 4. b. t. Sed quod addit JCtus in §. cit. 8. has usuras judicem persequi debere, etiam cum

alia

alia pœnæ adjunctione, omnino in praxi attendendum est, quorsum etiam collineat *R. J. de anno 1577. tit. 32. ibi: alles bey Vermeidung der Strafe gemeiner Rechte*, ut talis mendax tutor pœna extraordinaria coerceri debeat.

§. XXII. Reliqua, quæ in *b. t. de officio tutorum* circa administrationem occurrunt, ita comparata sunt, ut de praxi earum minus dubitari queat, quæ proinde generatim tantum indicabo. Nam & hodie ad tutorem, ex quo tempore ei innotuit, se tutorem esse, periculum tutelæ spectat *l. 5. §. ult. b. t.* quod fufius explicat & illustrat Schrader. *de feud. p. 10. sect. 20. n. 1. sqq.* Et hodie suum periculum facit, si cessat in distractione rerum earum, quæ tempore pereunt *l. 7. §. 1. b. t.* vel si male distraxit per sortes vel gratiam *cir. l. 7. §. 2.* vel si post pecuniam depositam, seu a patre destinatam in comparisonem prædiorum, comparare prædia neglexit, quo casu ad usuras tenetur *l. 7. §. 3. b. t.* si supervacua litem instruxit, *l. 9. §. 6. b. t.* si cui non debitum solvit *l. 13. §. 2. b. t.* si nomina male contraxit *l. 16. b. t.* vel indefensum pupillum reliquit *l. 30. b. t.* Tenetur etiam hodie eorum reddituum nomine, qui bona fide ex fundo percipi potuerunt, *l. 32. §. 2. b. t.* vel si aliter pupilli utilitatem deseruit. *l. 39. §. 3. b. t.* Nam hæc & similia alia ex natura ipsius administrationis fluunt, cum a tutoribus & curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda sit circa administrationem rerum pupillarum, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet *l. 33. pr. b. t.* & consequenter, si quid a tutore factum est, de eo, an bene factum sit, ex regulis æconomicis judicandum est. Hunc in finem

Generatim officium tutorum in pluribus capitibus explicatur.

si de eo dubium movetur, nonnunquam iudicium ipe-
ratorum artis œconomicæ requiritur, ut æstiment, an
secundum regulas œconomicas seu officium boni pa-
trifamilias egerit.

An & quate-
nos tutor ad
ufuras ufura-
num teneatur?

§. XXIII. Ex hoc quoque fluit, quod ufuras ex-
actas eodem modo scœnori rursus exponere teneatur,
quo ipsam sortem, quatenus eis ad sustentandum pu-
pillum non indiget; alioquin si eas in proprios usus
convertit, earum ufuras quoque præstabit *l. 7. §. 13. b. r.*
Idem quoque dicendum esse volunt, si tutor ipse usu-
ras debeat, easque a se haud exegerit, cum generali-
ter constitutum sit, tutorem, quod adversus alium
præstare debuit pupillo, id adversus se quoque præsta-
re debere *l. 9. §. 3. b. r.* idque hodie imprimis locum
habere existimant, quo singulis annis tutores ad offe-
rendas rationes sunt obligati. vid. Brunnem. *ad l. 7. §. 12.*
b. r. & Dn. Mencke *de tut. & curat. ad ufuras ex suo debito*
ufurarum obligato *ib. 3. sqq.* Verum jam supra *tit. de usur.*
§. 18. hanc tetigi controversiam, ostendique, hanc de-
cisionem non satis ex jure nostro probari posse, adeo-
que in prohibitione generali anatocismi merito subsi-
stendum esse. Accedit, quod regula desumpta ex *l. 9. §.*
3. b. r. nihil pro contraria sententia evincat, sed potius
cum mica falis accipi debeat, ne anatocismus a lege
prohibitus inducatur. Conf. Carpz. *P. 2. C. 30. def. 32.*

Quamdiu do-
ret administra-
tio tutorum?

§. XXIV. Durat hæc administratio tutorum us-
que ad pubertatem, qua adveniente sicuti tutela cessat,
ita quoque tutores ab administratione liberantur: at-
tamen fidei & verecundiæ tutorum convenit, ut con-
silio suo cœpta & inchoata perficiant *l. 5. §. 6. b. r.* Præ-
cipue autem finita administratione tutoribus incum-
bit,

bit, ut pupillum de curatoribus sibi petendis admoneant; ita enim in *l. 5. §. ff. b. r.* hac de re cavetur: *si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores peteret: (sacris enim constitutionibus hoc facere jubetur, qui tutelam administravit,) an tutelam iudicio teneatur? Et magis puto sufficere tutelam iudicium, quasi connexum sit hoc tutelam officio, quamvis post pubertatem admittatur.* De usu huius legis facile judicari potest ex iis, quæ supra *tit. de tutel. §. 9. p. 390. seqq.* jam fusius dicta sunt, ubi demonstravi, ex generali fere consuetudine Germaniæ tutelam non finiri pubertate, sed continuari usque ad annos majorennitatis impetratæ. Hoc posito, decisio *cit. l.* hodie in plerisque locis destituitur sua applicatione, cum enim pubertate pupillorum adveniente administratio tutorum non finiatur, quæstio frustranea est, an tutores ideo teneantur, quod puberes haud admonuerint, ut tutores sibi peterent. Conf. Franzk. *lib. 2. resol. 17. n. 30. seqq.* ubi ait: *Generali Germaniæ consuetudine pubertate tutela non finitur, sed officium administrationis porrigitur usque ad legitimam ætatem adultorum.* Addat. Lauterbach. *in diff. jur. civ. & can. cum stat. Hamb. §. 99.* ubi simul responsum Ictorum Jenensium pro hac sententia adducit ex Richtero *P. 1. decis. 13. n. 26. in f.* De hac praxi Germaniæ ipsa testatur *A. B. c. VII. §. 4.* ubi dicitur: *tunc frater senior ejusdem primogeniti tutor eorum & administrator existat, donec senior ex iis legitimam ætatem attigerit, h. e. donec majorennis factus fuerit, ex quo constat, Germaniæ praxi universali talem differentiam non fuisse inter tutelam & curam, quæ jure Romano obtinuit.* Possset tamen adducta *l. 5. §. 5. b. r.* quendam præbere usum iis in locis, ubi adhuc Statuto

permissum est, pubertate pupillorum adveniente tutelam deponere. Sic in *Ordin. Magdeb. c. 43. §. 35.* ita cautum est: **Da jemand die Vormundschaft seiner Pfleg-Kinder, welche die pubertät vollständig erreichet, ferner nicht verwalten wolte, mag er dazu wieder Willen nicht angehalten, sondern denen Unmündigen ein Curator bestellet werden, es wären denn erhebliche Ursachen vorhanden, daß der tutor auch die curatel seines Pfleg-Befohlenen, bis zu Bollendung des ein und zwanzigsten Jahres über sich behalten müste.** Similiratione jus commune retentum est in Archiepiscopatu Trevirensi, ut indicat *die Unter-Gerichts-Ordnung fol. 41. sqq.* Hisce in locis itaque non ante possunt administrationem deponere, quam puberibus alii curatores fuerunt constituti, adeo ut non sufficere videatur, si admonuerint puberes, ut curatores sibi peterent, sed ipsimet tutores, qui a tutela discedere gestiunt, curare debeant, ut curatores iis constituentur, quippe qui hodie iis ex necessitate constituendi sunt.

De termino finiendi tutelam & curatellam juxta jus commune.

§. XXV. Cum ergo, ut haecenus assertum est, tutela hodie cum curatella confusa sit, ita ut administratio ejus duret usque ad majorenitatem impetratam, de termino ejus paucis hic videndum est. De jure communi post vigesimum quintum annum pupilli demum majorenes esse incipiunt, qui terminus etiam in illustribus personis obtinet, si privilegio gentilitio non sunt muniti. *Cothm. vol. 3. conf. 42. n. 32.* Myler. ab Ehrenb. *de princ. & Stat. imp. c. 29. §. 5.* Constat quoque id ipsum ex A. B. Sigismundi *de anno 1434.* quæ quidem in Electoribus decimum octavum annum constituit, in reliquis vero jus commune servandum esse censuit. Sic enim
ibi

ibi cavetur: *Ætatem autem debitam in hoc casu, eligendi videlicet Romanorum regem in Imperatorem promovendum, decem & octo annorum censeari volumus & haberi, in Principatibus vero, Ducatibus & dominiis aliis temporalibus gubernandis, ætatem observandam decernimus, prout a divinis Romanorum Imp. & regibus, nostris prædecessoribus, est sancitum.* Ex quibus verbis colligendum esse videtur, duplici respectu considerari debere Electorem, altero, quatenus est Elector; altero vero, quatenus est Dux vel Princeps, ita ut illo quidem pro majorenni habendus sit, hoc vero sub tutela adhuc maneat, donec ad legitimam ætatem, jure communi determinatam pervenerit. At vero hanc non esse sententiam Aureæ Bullæ Sigismundi, satis apparet ex speciali diplomate Caroli IV. anno 1356. domui Palatinæ concessio, cum inter duos Rupertos controversia de electoratu nasceretur. Expressè enim ibi dicitur: *Wenn aber derselbe elter Sun achtzehn Jar alt wirdet, zu hant soll Im derselbe Vormunde alle Lande, Herrschafft, Würdigkeit, Ehren und andere Rechten, Nutzen und Zugehörungen, die er als ein Vormunde eingenommen hat, ohne alle Widerrede, Fürzog oder Hindernizze abtreten, und im die inantworten, an Geverde.* Sic itaque casus omissus in Aurea B. Caroli IV. supplendus est ex hac constitutione, quæ sex mensibus post conditam A. B. lata est. Neque contrarium obtinet in A. B. Sigismundi, quæ non de Electore, sed aliis electoris filii vltrogenitis, quibus certæ provinciæ, ad electoratum non pertinentes, obvenerunt, intelligenda est, qui sub tutela seu cura manere debent, donec ad ætatem jure communi præscriptam pervenerint. Conf. Linnaeus
de

de jure publ. tom. 1. lib. 2. c. 7. n. 62. Arumæus ad A. B. disc. 4. tb. 14. Rumelinus ad A. B. obs. 38.

De termino
statutario.

§. XXVI. Verum ab hoc termino recefferunt constitutiones plurium locorum particulares, quæ majorennitatis terminum ad annum *decimum octauum* restrinxerunt. De Electoribus jam diximus juxta A. B. terminum hunc in iis constitutum esse, qui etiam speciali privilegio gentilitio aliis principibus communicatus est, ut ducibus Brunsvicensibus, Pomeranis, Marchionibus Brandenburgicis, Landgraviis Hassiæ, Principibus Anhaltinis &c. v. Myl. ab Ehrenb. *de Princ. & Stat. imper. c. 29. §. 6. Limn. de jur. publ. lib. 3. c. 7. n. 41. sqq.* Imo hic terminus olim in Germania tam usitatus fuisse videtur, ut etiam in privatorum tutelis obtinuerit, quod plura locorum statuta ostendunt. Sic in statuto Hamb. *p. 31. tit. 6. art. 21.* idem terminus retentus est, *bis die Knaben 18 Jahr ihres Alters erfüllet haben, alsdenn dieselben der Curation und Vormundschaft allerdings erlediget, ihre Person und Güter in und aufferhalb Gerichts selbst regieren und vertreten mögen.* Idem terminus confirmatus est in *Reformat. Norib. tit. 39. l. 11.* & jure Ditmars. *art. 19.* ubi dicitur: *unmündig seyn, die unter 18 Jahren seyn.* Plura concordantia Statuta refert Henric. Giesebert. *in peric. Stat. 11. art. 19. n. 242.* In Saxonia & Ducatu Magdeburgico durat administratio tutelæ usque ad 21. annum, quem terminum etiam in Anglia obtinere docet Thom. Smith *de republ. Angl. lib. 3. c. 5.*

An per nuptias
administratio
tutelæ finia-
tur?

§. XXVII. In fœminis hoc singulare est, quod si ante ætatem legitimam matrimonium ineant, a tutela quoque statim liberentur. De jure Romano hæc res dubium habet, neque enim inter modos tutelam tol-
len-

lendi nuptiæ reperiuntur; sed olim hæc tantum tolleretur per conventionem in manum viri, quæ erat species capitis deminutionis. Montanus *de tutel. c. 37. reg. 2. n. 145.* Conf. Gutierrez. *de tutel. P. 1. c. 20. n. 34.* Sed in Germania fere ubique per nuptias pupilli administratio tutelæ finitur, tum quia etiam patria potestas, quæ longe gravius pondus habet, per nuptias filiæ solvitur; tum etiam quia de jure Germanico antiquo maritus est legitimus suæ uxoris curator, nec defensore alio indigere videtur, quæ maritum defensorem habet. Et hæc sententia, moribus Germaniæ oppido conveniens, posteris statutis locorum confirmata est. De Jure Lubecensi expeditum est, per nuptias administrationem tutelæ finiri, cum *lib. 1. tit. 7. art. 1. in f.* disertis verbis dicatur, quod tutores tutelam retineant, *bis sie zur Ehe schreiten.* Similiter in *Reformat. Noriberg. tit. 39. l. 11.* ita disponitur: *Wo der Kinder eines vor Erfüllung des 18. Jahres ehelich bestattet würde, alsdenn solle es der Curation geendiget, und die Curatores ihm seinen angehörenden Theil auf vorgehende Rechnung überantworten,* quod ipsum pariter in *Reformat. Francof. p. 7. tit. 8.* confirmatum est. Huc etiam pertinet Juris Saxonici dispositio, ubi *lib. 1. art. 31.* satis diserte constitutum legimus: *Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er sie in sein Gewehr, und alles ihr Guth zu rechter Vormundschaft,* quod etiam *art. 45.* repetitur. Neque aliud dicendum existimo in masculis, qui ante completam majorennitatem nuptias contrahunt, quum eo ipso separatam œconomiam constituent, & ita quoque a potestate hodie liberentur.

TIT. VIII.

DE AUCTORITATE ET CONSENSU TUTORUM ET CURATORUM.

§. I.

Hodie nulla est differentia inter auctoritatem & consensum.

Omnino conveniens est æquitati naturali, ne pupilli aliquid agant sine interventu sui tutoris, in quo possunt conditionem suam reddere deteriores. Hinc jure Rom. inventa est *auctoritas tutorum*, quæ tamen hoc jure *solemniter* interponenda erat, quia *actum legitimum* constituerebat. Inde necesse erat (1) ut tutor ipsi negotio præsens esset, nec ex intervallo interposita auctoritas validitatem negotio conciliabat, nisi de novo negotium contraheretur, ita enim ob renovationem valebat *l. 7. §. 1. de resc. vendit. l. 2. b. t.* cum nulla esset differentia, an non interveniret auctoritas tutoris, an perperam adhiberetur, ut dicitur in *l. 2. b. t.* Inde porro (2) tutor ipsemet præsens esse debebat, nec sufficiebat, si vel maxime per procuratorem, nuncium, vel epistolam negotium probaret. *§. 2. f. b. t. l. 9. §. 5. b. t.* (3) Imo & pure negotium approbandum erat *l. 8. b. t.* cum actus legitimi olim in totum vitiarentur per diei & conditionis adjectionem *l. 77. ff. de R. f.* Hæc omnia longe aliter sese habebant in *consensu* curatorum, quippe qui nullam solennitatem requirit, sed quomodocunque interpositus negotium confirmat. Sed hodie hanc differentiam sublatam esse, jam supra *tit. de tutel.* innui, id quod vel inde satis constat, quia solennitas actuum legitimorum in praxi haud recepta est, & præterea ju-
ra.

ra tutelæ & curæ in plerisque hodie confusa sunt. Vnde hodie etiam approbatio tutoris ex intervallo accedere potest Carpz. *lib. 5. resp. 86. n. 30.* Struv. *Ex. 31. sb. 42. in f.* Brunnem. *in parat. Wesenb. b. t. qu. 14.* Schilter. *in pr. Juris Rom. ex. 37. §. 110.* modo postea perfectè negotium nihilominus cognoverit. Brunneinan. *cit. l.* Ex quo porro fluit, hodie etiam tutorem per scripturam vel nuncium negotium approbare posse.

§. II. Cum ergo hodie nullum amplius discrimen sit inter auctoritatem, & consensum curatorum, idem ubique præstat curatorum consensus, quod olim auctoritas tutorum, adeo ut hodie ille sufficiat, licet de jure civili præcise auctoritas tutoris erat necessaria. Con-
tingit enim nonnunquam, ut pupillo detur curator, quod forsân tutor ad tempus inidoneus sit, & negotiis pupilli superesse non possit. *§. 5. f. de curat. l. 21. b. t.* Hic interim omnia tutoris nomine administrat, sed olim de Jure Romano consensus in iis non sufficiebat, quæ solennitatem juris desiderabant. Sic enim JCrus in *l. 19. ff. b. t.* diserte asserit: *Curatorem etiam impuberi dari posse; sed ad ea, quæ solennitatem juris desiderant explicanda, tutore auctore opus esse.* Quæ ergo solenniter erant peragenda, simplici consensu curatoris approbari haud poterant, sed auctoritate quoque tutoris solenni peragenda erant. Declarat hoc ipsum exemplo quodam Modestinus in *l. 27. §. 1. ff. de appellat.* ubi ait: *Tutor pupillo datus, si provocet, interim pupillo curator dabitur, sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur: quoniam Curatoris auctoritas (vel consensus) ad hoc inutilis est.* Erat videlicet aditio hereditatis actus legitimus, & fiebat per creationem solennem, & consequenter præcise

Modicè parum refert, utram auctoritas tutoris, an curatoris consensus interveniat.

tutoris auctoritatem desiderabat. Cum vero nec hodie hujusmodi actus legitimos habeamus, nec discrimen amplius inter tutoris auctoritatem & consensum curatoris ratione *modi* supersit; hactenus adductæ decisiones juris Romani ad forum nostrum applicari non possunt, sed si pupillo interim curator detur, ille ad quæcunque negotia expedienda habilis est, & consequenter ejus consensu quoque pupillus adire potest hæreditatem. Accedit, quod hodie non amplius, ut olim, evidenter discerni possit, utrum, qui interim pupillo datur, tutor an curator sit, cum, uti sæpius dictum est, tutelæ & curæ jura hodie confusa sint. Conf. Schilter. *in pr. jur. Rom. ex. 37. §. 110.*

An in Saxonia
curator mulie-
ris ex post fa-
cto negotium
rati habere
possit?

§. III. In Saxonia tamen in negotiis mulierum curatoris consensum in ipso actu intervenire debere, ita ut post tempus interpositus nihil operetur, adstruit Carpzov. *P. 2. C. 15. def. 30.* & quidem vel ideo, quod consensus ejus expressis verbis adhibendus sit, quippe qui ad contractum mulieris pro solennitate & forma essentiali requiritur. Inde infert, *quicquid ad solennitatem requiritur, illud ab actu dividi & separari nequit.* Ab hac tamen sententia non immerito recessit Dn. Bergerus *in alect. process. execut. §. 18. p. 22.* ex eo fundamento, quod apices juris Romani in foris Germaniæ non ubique agniti sint, adeoque rati habitio, quæ retrotrahitur ad initium negotii, idem hodie operari debeat, quod interpositus ab initio consensus, quam sententiam quoque adductis præjudiciis confirmat. Conformavit se huic sententiæ Facultas nostra Juridica, quæ Mens. Jul. 1710. sequentem in modum respondit:

Will derselbe belehret seyn, ob, wenn eine Frau ihrem Manne einige Grundstück verkauft, und sich zu dieser Hand,

Handlung einen curatorem in loco rei sitæ constituiren läſſet, derselbe aber bey dem contractu nicht gegenwärtig gewesen, sondern das documentum zur Unterschrift ihm nur zugeschickt werde, solche Handlung zu recht beständig sey? So erachten wir recht, ob wohl eingewandt werden möchte, daß der consensus curatoris zu dem contractu einer Frauens-Person pro solennitate & forma essentiali erfordert werde, und also bey dem contract selbst gegenwärtig seyn müsse, unde post tempus interposita auctoritas curatoris nihil operatur Carpz. Rat. dub.
P. 2. C. 15. def. 30. Berlich. P. 2. concl. 18. n. 14.

Dieweil aber dennoch ein grosser Unterscheid zu machen ist, inter auctoritatem tutoris & consensum curatoris, da secundum jus Romanum bey denen Pupillen zwar jene in ipso actu solenniter interponiret werden mußte, hergegen der consensus curatoris bey einem minore auch post tempus interponiret werden mag. Rat. decid.
Franzk. ex. 3. qu. 4. n. 10. Sam. Reyher. dissert. de intervallo c. 2. n. 31.
 Und da nun des Curatoris consensus bey denen contractibus mulierum mehr mit dem curatoris consensu minorum als auctoritate tutorum zu vergleichen ist, und billig davor zu halten, daß nach dem Sachsen-Recht eben nicht nöthig sey, ut curator in ipso actu intervenire debeat, welche Erinnerung auch per praxin Saxoniam bestätigt wird, teste Bergero *in elect. process. execut. §. 18. 19.*

So halten wir davor, daß obgedachte Handlung zu recht beständig sey. Decisio.

§. IV. Quamquam vero hodie non æque facile, Hodie quoque
 uti quidem de jure Romano, contingere solet, ut pu- negotium non
 pilli contrahant auctore tutore, sed hodie fere tutor valet, si absque
 solus contrahat, cum tot negotia, quæ pupilli præsen- curatoris con-
 tiam ob suam solennitatem de jure Rom. requirebant, sensu gestum
 est.

hodie non superint; interim tamen in minoribus facilius contingere potest, ut contrahant absque curatoris consensu, quo casu hodie quoque negotium non valet, unde consulti de casu, quo minores tempore minorennitatis varie sine curatoris consensu contraxerant, *Mens. Mart. 1706.* ita respondimus:

Rat. dub.

Ob wol sonsten ausgemachtes Rechtens ist, daß personæ sui juris sich wol obligiren und verbindlich contrahiren können, und wenn gleich ein contractus tempore minorennitatis geschlossen, dennoch derselbe nach erlangter majorennität per agnitionem wol ratihabiret werden mag.

Rat. decid.

Dieweil aber dennoch wir dieses billig zum voraus setzen, daß die beyden Brüder Mevius und Petrus die in ihrer minorennität ohne consens ihrer curatorum geschlossene Contracte nachgehens, da sie majorennis geworden, nicht ratihabiret, und denn in solchen Fällen die gemeine Rechte dieses ohnstreitig im Munde führen, daß dergleichen contracte keine Verbindlichkeit haben können, cum non ab similibus ei habeatur minor curatorem habens, cui a Præatore curatore dato bonis interdicitum est *l. si curatorem 3. C. de in integr. restit. minor.* und daß solches in praxi sich anders verhalte, oder geändert sey, nicht zu befinden.

Decisio.

So halten wir davor, daß die Schwester Anna solche Schulden zu zahlen, dem Rechte nach nicht angehalten werden könne. **B. N. W.**

Quando etiam hodie pupillus audiendus sit?

§. V. Quod vero dictum est, hodie raro pupillos ad negotia vocari, ideoque cum auctoritate tutoris celebrari, sed tutorem sine interventu pupilli omnia agere, hoc merito cum grano salis est intelligendum. Quæ negotia enim magni sunt momenti, quæ adhuc

adhuc hodie ipsius domini interventum postulant, illa solus tutor peragere nequit. Constat, quod procurator tantum constituatur a domino, *l. 1. ff. de procurat.* & ita non a tutore, sed potius a pupillo cum auctoritate tutoris constituendus est *l. 24. ff. de admin. tutor.* qui tutor licet domini loco habeatur, dominus tamen non est. *l. 27. de admin. tutor.* unde etiam in *Ordin. Saxon. tit. 9. §. 2.* dicitur: *Würden sie auch jemand anders Vollmacht auftragen wollen, sollen sie nicht einen Unwald, sondern einen Actorn in oder aufferhalb Gerichts, doch abermahls conjunctim verordnen.* Conf. *Carpz. in proc. tit. 5. art. 5. n. 23.* Faber in *C. lib. 2. tit. 8. def. 26.* Ulterius si pupillus jam aliquo intellectu firmato præditus sit, merito quoque audiendus est, si tutores jus patronatus exercere, & candidatum consistorio præsentare volunt, cum magnopere interfit pupilli, ne quisquam se invito Ecclesiæ præficiatur, quemadmodum Anno 1706. sequentem in modum respondimus.

Hat ein gewisser von Adel Cajus seinen drey unmündigen **Faci Species,** Söhnen per Testamentum zu Vormündern gesetzt seinen einigen Bruder Flavium und einen extraneum Crispinum, unter welchen ratione directorii administrationis ein Streit entstanden, welche Crispinus ratione dignitatis, als ein Landes Deputirter, und weil er im Testament dem Flavio vorgesezt, prætendiret, welche ihm aber durch eingeholte responsa aberkannt, und der Flavius als leiblicher Bruder, welcher de jure tutor legitimus seyn würde, ihm præferiret worden, worauf die Sache an Ihre Kaysersliche Majestät gelanget, woselbst den 23. Nov. 1704. die Kaysersliche Resolution dahin erfolget, daß Flavius in tutela und zwar legitima beståtiget seyn sollte. Hat indessen, bevor die Kaysersliche Resolution eingelauffen, der Crispinus sich der Vormundschaft allein angemasset, neue Gerichts = Persohnen eingefezet, ja gar nach bereits eingelauffener Kayserslichen Resolution an demselben Tage, da
der

Der vorige Prediger verstorben, in geheim einen neuen Prediger ohne Flavii Vorwissen, erwählet, und sich nachmahls damit entschuldiget, daß er von der Kaysrl. Resolution damahls noch keine Wissenschaft gehabt, so wird gefragt:

Quæstiones.

Ob nicht Crispinus sich so wohl umb die allergnädigste Kaysrl. Resolution, als Flavius, weil sie beyde mit einander litigiret, und lite pendente nichts zu innoviren ist, ehe er sich der oben angeführten factorum, und zwar in specie der Vocation, weil jene vor dieser schon ergangen, unterwunden, de jure bekümmern, und ihme selbst derselben Inhalt zur genauen Wissenschaft bringen sollen? (2) Ob Crispinus als ein Neben-Vormund sich pendente adhuc lite oberwehnter factorum, und zwar principaliter der Vocation de jure allein ohne Vorwissen, Consens und Direction des Flavii als tutoris legitimi unterfangen können, und er nicht vielmehr durch sein übereiltes, unordentliches und unrechtmäßiges Verfahren die allergnädigste Kaysrl. Resolution gar sehr despectiret habe? (3) Ob nicht dieser Actus vocandi, weil er von dem Neben-Vormund allein, ohne Vorwissen des Tutoris legitimi und einzigen Lehn-Folgers, mit Wahrheit ohne die geringste Noth modo in veto & non loco ordinario aut competente contra inveteratam consuetudinem & observantiam vorgenommen worden, gar sehr dem juri patronatus præjudicire, und also vor unkräftig zu erkennen sey.

Ad 1. & 2. quæ-
Rationes
Dubitandi.

So viel nun die Entscheidung der ersten und andern Frage belanget, scheint zwar anfänglich, daß dem Flavio obgelegen, weil er die Kaysrl. Resolution zuerst erhalten, solche dem Gegentheil insinuiren zu lassen, damit derselbe wegen nicht geleisteter partition sich auf keine Unwissenheit beziehen können. Weil aber dennoch diese streitige Vormundschafft-Sache von beyden Theilen zugleich ad tutelam Cæsaream gebracht, und also beyden Theilen ex dispositione Juris tam Civilis quam Canonici obgelegen, pendente lite nichts zu innoviren oder zu attentiren, allermassen was dergestalt geschiehet, nicht allein null und nichtig, sondern auch einem spolio gleich geachtet wird, und also straffbar ist, und solchergestalt dem Crispino zu keiner Ent-

Entschuldigung dienen kan, daß er von der erfolgten Kayserslichen Resolution noch nichts gewußt, sondern es genug ist, daß ihm nicht unbekant gewesen, wie die Sache der Kayserslichen Decision überlassen, und in dergleichen Proceß-Sachen einem jeden parti litiganti obliegt zu vigiliren, und nach der Resolution, welche Ihre Kaysersl. Majestät darüber ertheilen möchten, sich zu erkundigen, zumal dergleichen notificationes dem Gegentheile zu verrichten, niemahls in Rechten auferleget ist, allenfalls auch der Judex primæ instantiæ, welchem die Kays. Resolution in Copia zugekommen, dem Crispino Nachricht geben, oder dieser auch sich daselbst erkundigen sollen, und da er solches unterlassen, dieses pro ignorantia crassa zu achten, welche niemanden entschuldigen kan, zumal auch aus denen vorgenommenen factis ein Manifestus animus, nicht das bonum pupillorum zu befördern, sondern dem Flavio tort zu thun, am Tage lieget, indem Crispinus in Bestellung der ledigen Pfarrstelle so unformlich und widerrechtlich verfahren, daß an demselben Tag, da der vorige Pfarrer verstorben er in loco tertio so fort einem andern subiecto die vocation ausgefertigt, bevor derselbe durch eine in solchem Fall nöthige Prob-Predigt der Gemeine vorgestellt, und derer Gutachten oder votum negativum darüber mitgenommen worden. *Brunnem. de Jur. Eccles. l. 1. c. 5. §. 5. & §. 15. adeo ut hoc omisso vocatio sit nulla Carpov. Jprud. Eccles. l. 1. def. 34.* Es hat auch ohnedem ein Vormund in Bestellung der vacanten Pfarrstellen sich nicht zu übereilen, sondern auch der Pupillen, wo einige darunter sind, welche das siebende Jahr überstiegen, Meynung mit darzu zu nehmen, als auf welche das præjudicium von solcher übereilten Vocation am meisten redundiret. *vid. Finckelch. de jur. Patron. c. 6. n. 44.* Vielweniger hätte er solches ohne des Flavii Bortwissen thun sollen, denn wenn gleich dieser nicht wäre Vormund gewesen, so ist er doch der proximus agnatus & futurus feudi successor, welchem daran gleichergestalt gelegen, wie die vacirende Pfarr-Stelle hinwieder besetzt wird, indem das daraus erwachsende præjudicium mit der Vormundschaft sich künftig nicht endiget, sondern so lange dieser Pastor intrusus lebet, continuiret wird, wiewol auch dieser,

Contin. III. Ff ff wenn

wenn er sein Gewissen beobachtet, und nicht als ein Niedling und unrechtmäßig berufener Lehrer consideriret seyn will, diese ungültige Vocation zurück zu geben verbunden ist. So erscheint hieraus so viel, daß dem Crispino allerdings obgelegen, vor Einlauff der Kaysrl. Resolution bey dieser Vormundschaft nichts neuerliches vorzunehmen, sondern selbe entweder zu erwarten, oder auch um deroelben Ausfertigung anzuhalten, und also was indessen mit der unförmlichen Vocation vorgenommen, solches pro mero attentato & spolio zu achten, und daher vor allen Dingen als null und nichtig zu cassiren und aufzuheben, und der Crispinus deshalb vor dem Kaysrl. hohen judicio mit einer nachdrücklichen Strafe anzusehen. Und hieraus stießet auch die Entscheidung der 3ten Frage, daß diese pendente lite contra ordinem vocandi ministros Ecclesiae & non auditis illis, quorum interest, vorgenommene Vocation dem juri patronatus allerdings præjudiciret, und der ganze actus vor nichtig zu erkennen. B. R. B.

Ad quaest. 3.

An hodie honorarius tutor auctoritatem interponere possit?

§. VI. Porro constat, quod tutores vel administrant, vel tantum sint *observatores & custodes*, ut dicitur in *l. 3. §. 2. ff. de admin. tutor.* qui vulgo dicuntur *tutores honorarii*. De his dubitatur, an & quatenus possint auctoritatem interponere? Nam in *l. 4. ff. b. r. hoc negatur*: sed in *l. 49. de acquir. & omitt. hered.* id affirmatur, quorsum etiam colligere videtur *l. 14. §. 1. ff. de solut.* Sed nodus hic facile dissolvi potest, si secundum *l. 14.* distinguamus, utrum honorario tutori administratio sit interdicta nec ne? Priori casu auctoritatem interponere nequit, id quod contingit, si a patre in testamento vel a magistratu quibusdam tutoribus administratio adempta sit, quorsum respexit Pomponius in *l. 4. b. r.* ubi ita: *si tutor auctoretur, cui administratio tutela concessa non est (a patre vel prætore) id ratum a prætore haberi non debet.* Posteriori vero aliud dicendum est, quod contingit, si tutores ipsimet privato pa-

pacto inter se tutelam diviserint, quia ita eis haud adempta
 est administratio. Huc respexit Ulpianus in *l. 14. §. 1. de solut.*
Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solu-
tum, etsi honorarii (nam & ad hos periculum pertinet) recte
solvi: nisi interdicta eis fuerit a pratore administratio: nam
si interdicta est, non recte solvitur. Hodie videtur distin-
 guendum esse, utrum honorarii a magistratu confir-
 mati fuerint nec ne? Hoc casu auctoritatem interpo-
 nere non possunt, cum absque confirmatione magi-
 stratus administrare nihil possint, & proinde si iis ad-
 ministratio in testamento est interdicta, ne quidem
 hodie confirmatione indigent, ceu supra *tit. de confirm.*
tut. §. 5. dictum est. Quod si vero confirmati essent,
 haud prohiberentur auctoritatem interponere, licet
 vel maxime privato pacto tutelam inter se divisissent.
 Imo idem dicendum existimarem, si vel maxime a pa-
 tre in testamento ei interdicta esset administratio, ma-
 gistratus tamen ex justa causa eum confirmasset, cum
 in confirmandis tutoribus magistratus magis utilita-
 tem pupillorum, quam voluntatem patris sequi de-
 beat. Eo ipso enim dum eum confirmat, eum quo-
 que habilitat ad administrandum. Conf. Lauterb. *de*
honor. tut. §. 29. n. 10. Hoc tamen limitandum esse cen-
 seo in casu, si non in *totum* a patre ei administratio in-
 terdicta, sed tantum *secundum quid*, id quod contingit,
 si tutela *per regiones* inter tutores divisa fuerit. Quam-
 vis enim hoc casu a magistratu confirmetur, non ta-
 men ulterius confirmatus censetur, quam quatenus
 ei administratio in testamento concessa est. *l. 51. ff. de*
admin. & peric. tut. Quidquid ergo extra suam regio-
 nem agit auctoritatem interponendo, non recte
 actum censetur. *Quantum enim, ait J. C. tit. cit. l. facit. in*

torum denegata, tantundem valet, si in ea re, de qua agitur, denegata sit.

Quatenus solutio pupillis vel tutoribus recte fieri possit?

§. VII. Ex hætenus dictis jam satis constat, pupillo sine tutoris auctoritate a debitoribus non recte solvi §. 2. *f. quibus alien. lic. vel non l. g. pr. b. r.* cum perimere obligationem sit alienare *l. 15. ff. de solut.* Imo nequidem ipsi tutori tuto solvitur, cum si hic pecuniam dilapidaverit, pupillus contra factam solutionem possit in integrum restitutionem impetrare, qua impetrata debitor denuo solvere cogendus esset *l. 1. C. si adv. solut. l. 25. de admin. tutor.* Inde in *l. 25. C. de admin. tutor.* noviter Justinianus constituit, ut non aliter fieret solutio tutori, quam si, causæ cognitione præcedente, per decretum a magistratu ei hæc injuncta fuerit vid. §. 2. *cit. ibi: ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat.* Quamvis vero talia decreta olim non quilibet magistratus interponere poterat, sed is demum, cui speciatim id esset concessum, quo sensu hæc interpositio ad jurisdictionem extraordinariam refertur *l. 1. pr. l. 2. §. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdic. moribus tamen & observantia universali introductum est, ut a quovis magistratu ordinario, inferiorem jurisdictionem habente, decerni possit. Dn. Born. diff. de solut. pupill. ac minor. & ab iis tutor. facienda c. 2. §. 13. & quidem iudex competens ratione domicilii hic requiritur, cum interpositio hujus decreti causæ cognitionem requirat, nec sit actus jurisdictionis mere voluntariæ Berlich. *decif. 29. n. 9.* solutione ita facta, non amplius potest minor restitui in integrum, sed debitor plene liberatur. Ceterum hæc requisita non referenda ad illa debita, quæ statis temporibus sunt exsolvenda, quales sunt census, redditus annui, usu-*

ræ

ra &c. vel quorum solutio alias necessaria est, ut nulla causæ cognitione & decreto judicis opus sit, id quod ex responso *Mens. Maj. 1706.* a Facultate nostra concepto illustrari potest:

Hat Nicolaus Hartung Handelsmann in Erfurt nach seinem Tode erstlich seine leibliche Tochter Annen Brigitten, und hernach seiner andern Tochter Kind, Barbaren Marien nachgelassen, und, weil diese nepris tempore mortis avitæ noch jung gewesen, so wol die dasige Churfl. Regierung, als auch E. E. und Hochw. Rath nebst dem Vormundschaffts-Amte rathsam befunden, daß der nepris ihre Erb-portion zu Gelde geschlagen und dem Herrn, weil derselbe auch ein Handelsmann, und des sel. Hartungs Tochter zur Ehe hätte, um ein billiges pretium zugeschlagen würde, darüber man sich auch endlich vereiniget, und die Gerichtl. Confirmation erhalten, nach welchen dem Herrn gewisse Termine gesetzt worden, solche des nepris Barbarn Marien Vormunde Johann Bernhard Apffelstädt zu zahlen, so auch nach Anleitung der hiebei liegenden Quittung geschehen, vor 150 aber verlauten wollen, als ob der Vormund nicht solvendo wäre, wie er denn bis diese Stunde noch keine Rechnung gethan, daher der nepris isiger Ehemann Johann Heinrich Gerstenberg vermeynen wollen, seinen regress an den Herrn zu nehmen, weil derselbe in dem Vormundschaffts-Amte die Gelder bezahlen müssen, und also die solutio nicht debito modo geschehen wäre, und demnach gefragt wird:

Ob der Herr in der Zahlung etwas versehen und also noch einmal zahlen müsse? Questio.

Ob nun zwar eingewandt werden möchte, daß nach Anleitung der Rechte, wenn der Herr ein so grosses Capital hätte sicher zahlen wollen, allerdings wäre nöthig gewesen, ut sententia judicialis præcessisset, quia hac interveniente demum plena debitorem securitas sequitur §. 2. J. *quib. alien. licet vel non l. 1. §. 25. C. de administ. tutor.* ibique Brunnem. *in not.* quod si enim absque sententia judiciali præcedente facta solutio, debitor quidem liberatur, sed tutore non solvendo existente, pupillo postea non deneganda restitutio in integrum *l. 1. C. si adv. solut. l. 46. §. 5.*

Ff ff 3

de

de admin. & peric. tut. Sfort. Oddus *in tr. de restit. in integr.* P. 2. qu. 52. art. 1. n. 1. Anton. Gomez *tom. 2. var. resol. c. 14. n. 4.* Carpz. P. 2. C. 45. & 46. woran es allenthalben hier zu mangeln scheint, und obgleich der Vormund unterschiedliche Quittungen von sich gestellt, so möchte doch gezeifelt werden, ob dieses gnugsam sey, ad liberationem debitoris, zumal einige Dd. der Meynung sind, daß eine Gerichtl. Quittung darzu erfordert werde. Carpz. *lib. 5. resp. 67. n. 19.* Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. ad min. C. 23. n. 31. & 41.* mithin *solutio illegitime facta pro solutione* nicht zu halten, *cum paria sint, non fieri & non legitime fieri l. 2. ff. de aut. tut. l. 6. ff. qui satisd. cog.*

Rat. decid.

Dieweil aber dennoch hierbey denen Rechten nach ein genauere Unterscheid zu machen, ex qua causa debitum contractum sit, cuique solutio facienda, zumal die dispositio l. 25. C. de admin. tut. & cur. nicht ad omnem solutionem, sondern vornemlich ad illam gehöret, quæ facta est ex debito sceneratio, da das Capital bey dem debitore sub usuris hätte stehen bleiben können, diejenigen debita hergegen, so also beschaffen, daß sie so fort eingefodert, und zu andern des pupilli Nutzen angewandt werden, hieher nicht wol zuziehen, als dahin vornemlich das Rauff-pretium gehöret, so ordentlich so fort gezahlet werden muß, so daß ein Vormund nicht eins fidem de pretio haben kan, in hifce itaque tutori incumbit diligens pecuniæ executio, ejusque vel in prædia frugifera, vel ad usuras collocatio, ne pupillo otiosa vel sterilis sit. *Mev. P. 4. decis. 11.* und da bey solcher Bewandniß der debitor die Zahlung nicht recusiren mögen, es wider alle Billigkeit lauffen würde, so ferne der debitor bey der Bezahlung in einige Gefahr lauffen würde, und wenn auch der vorerzehnte textus auf alle genera solutionum extendiret werden müste, dennoch von dem Herrn nichts dabey versehen worden wäre, angesehen weiter nichts erfordert wird, als daß zur Sicherheit des debitoris und Pupilli der Richter præcedente causæ cognitione davor gehalten und angewendet habe, daß dergleichen Bezahlung geschehen könne, tunc enim necessitas solvendi per iustum iudicis debitori imposita eum excusat, ut iniquum sit eundem illius liberationis no-

mine ulterius inquietari. Harprecht. *ad f. 2. f. quib. alien. lic. vel. non n. 30.* neque præcise solennis sententia requiritur, sed quilibet iustus vel mandatum sufficit, modo præcesserit causæ cognitio. Berlich. *decis. 78. n. 5.* Brunnem. *ad l. 46. n. 10. seq. ff. admin. Et peric. tut.* woran es dann an keinem Stück allhier fehlet, anermogen der sub lic. A. beygelegte und Gerichtlich geschlossene Rauff-recess ausweist, daß erstlich sufficiens causæ cognitio vorhergegangen ibi: nach mit einander gepflogener reiffer Berathschlagung erst ged. Unmündigen heylsamen zu seyn erachtet worden, und in folgenden dieses noch weiter bekräftiget und ferner consensu & confirmatione præcedente beschloffen worden, daß ersterwehnter Herr Schröter seiner Zbeliebsten benahmter Schwester-Tochter Barbaren Marien Scledtin, und NB. der Herr Vormunde für die etc. 5308. Rthl. folgender gestalt bezahlen sollen, da denn folgendes judicialiter gewisse Termine gesetzt worden, darinnen er solche Bezahlung ohnausgesetzt verrichten solle, er auch ferner dabey angewiesen, daß er die Erbschafftlichen activ-Schulden eintreiben, dieselbe dem tutori alle Jahr berechnen, und so eine Summe von 100. Rthl. beysammen, dieselbe unter einem halben Jahr, so weit des Kindes Portion betreffen würde, auszahlen solle, auch zu dem allen, in specie daß er in den gesetzten Terminen mit der Bezahlung einhalten wolte, unter viel harten Bedingungen sich obligiren müssen, mithin da der Herr solche termine ex iussu generali judiciali abgetragen, nicht zu befinden, daß etwas dabey zur nöthigen Sicherheit verabsäumet worden, auch was in rat. dubit. erwehnet worden, nicht nöthig gewesen, bey jeder Auszahlung sich Gerichtlich quittiren zu lassen, als welches in Rechten nirgends ersodert wird. Brunnem. *ad cit. l. 46. n. 13.* So halten wir davor, daß Decisio. der Herr hierbey nichts versehen, und also er wegen der Zahlung nicht beunruhiget werden könne.

An tutor res
pupilli emere
possit?

§. VIII. Denique hoc quoque ex hætenus dictis fuit, tutorem ex bonis pupilli nihil emere posse, quia ita & emtoris, & venditoris (ratione interpositæ auctoritatis) officio fungeretur, & nemo in rem suam auctor fieri possit *l. 5. §. 2. b. r.* Quodsi tamen contutor adsit, ejus auctoritate recte emere potest, modo omnis absit collusio *cit. l.* unde etiam tutores honorarii, quibus administratio decreta non est, recte emere possunt, *l. 6. ff. b. r.* Cum vero nihilominus ita fraudes & collusiones variis modis committi possint, plurimis locorum statutis hæc facultas adhuc magis optima ratione restricta est. Sic in *ordiu. prov. Wurtenb. fol. 82.* ita disponitur: Es sollen auch in allen Pfleg- und Vormundschaften liegender und fahrender Haab und Güter Veränderung oder Verkaufung die Pfleger oder Vormünder hiermit gewarnet seyn, daß sie derselbigen sich in allewege enthalten, die nicht selbst kaufen, abtauschen, entleihen, oder in einigen andern Schein zu ihrem Gebrauch annehmen, es wäre dann, daß solches zuvor an das Wänsen-Gericht gebracht würde, und mit derselben Vorkantnis auch der jungen Kinder Freundschaft Vorwissen und Berwilligung unpartheyischer u. redlicher Weise zugienge, und also nicht weniger der rechtbillige Werth den Jungen gelöst, und zu bessern Nutz wiederum angeleget würde. Quamvis enim contutor adsit, cujus auctoritate tutor alter cum pupillo contrahat, nunquam tamen pupillorum res ita salva esse potest, quam si magistratus & cognatorum intervenerit consensus. Huic conformis est Reform. Francof. *p. 7. tit. 6. §. 2.* ubi ita disponitur: Also mag und soll auch ein Vormünder oder Curator seiner Pfleg-Kinder liegende Güter, oder so dafür geachtet, auch ansehnlich fahrende Haab ihme selber und seinen Verwand-

wanten nicht kauffen, ohne Vorwissen und Berwilligung unser Schuldheiß und Schöpffen, oder daß die fahrende Haab sonst öffentlich vergantet werde, denn sie alsdenn gleich ändern und Männigl. voll kauffen mögen. Imo in quibusdam locis plane talis prohibita est venditio v. g. in der Stadt Magdeburg Willkühr p. 3. artic. 3. Ob wir wohl nicht sollen verhoffen, daß Vormünder darnach trachten sollen, damit sie ihrer Mündlein Güther an sich kauffen und bringen möchten, so wollen wir doch dasselbe Krafft dieses Statuts ernstlich verbothen haben, und da sich ein Vormund dessen unterstehen, und in wählender Vormundschafft etwas von seines Mündleins Güthern an sich bringen würde, soll solcher Contract unkräftig und an ihm selbst null und nichtig seyn. Atque hoc adeo stricte in nonnullis locis observatur, ut etiam tutorum juramento hoc inferi soleat, quod neque per se neque per alium sibi de bonis pupillorum comparare velint.

TIT. IX.

QUANDO EX FACTO TUTORIS VEL CURATORIS MINORES AGERE VEL CONVENIRI POSSINT.

§. I.

Explicatur hoc titulo vulgata illa juris regula *factum tutoris esse factum pupilli*, quæ tamen jure Romano longe gravioribus difficultatibus, ac quidem hodie, subiecta erat. Scilicet de jure Romano nemo ex alterius contractu vel facto obligabatur *l. ii. ff. de O. & A. l. 73. §. f. de R. J.* Hinc dubium occurrebat, qua ratione factum tu-
Hodie directe pupillus ex contractu sine tutoris obligatur & acquirit.

G g g g

Contin. III. toris

toris pupillum vel obligare vel ei prodesse posset, si tutor solus contraxisset. Quodsi ergo pupillus ejus ætatis erat, ut ipse, tutore auctore, contrahere posset, ipse contrahere regulariter debebat, ut ita directo obligaretur, sibi que acquireret. Constat id ipsum ex *l. 9. pr. ff. de admin. & peric. rat.* ubi Iustus ita: *Quoties tutor pecuniam pupillorum fanori dat, stipulatio hoc ordine facienda est, stipulari enim debet aut pupillus aut servus pupilli; Quodsi neque pupillus ejus ætatis erit, neque servum habebit, tunc ipse tutor, quive in ejus potestate erit, quo casu Julianus sapissime scripsit utilem actionem pupillo dandam: sed & si absens sit pupillus, oportere tutorem suo nomine stipulari, nequaquam ambigendum est.* Jure singulari itaque & ex mera æquitate pupillo dabatur actio ex contractu sui tutoris, quæ proinde utilis dicebatur *l. 2. ff. b. r. l. 2. C. eod.* cum tutor suo nomine contraxisset. Verum hodie nulla hic amplius difficultas superest, postquam generaliter invaluit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur, uti ostendi *ad tit. de pact. §. 12.* & ita directo hodie pupillus ex contractu sui tutoris agere & conveniri potest, quamvis posteriori casu adhuc hodie ei salva sit exceptio, non factæ versionis in rem ejus, uti pluribus ostendi *ad tit. de reb. credit. §. 16. seqq.* Hinc quoque est, quod hodie non amplius necesse sit ad ductum *cit. l. 9.* ut ipse pupillus contrahat, quin potius hodie plerumque omnia ipse tutor peragit, uti ad *tit. antecedentem* jam præmissi.

An hodie necessario tutor suo nomine contrahat?

§. II. Quæ cum ita sint, non necesse quoque amplius est, ut tutores *suo nomine* contrahant, & in suam personam obligationem dirigant; olim quidem hoc necessarium fuit, uti ex rationibus jam adductis patet ex *cit. l. 9.* ubi dicitur: *si absens sit pupillus, oportere*

tere tutorem suo nomine stipulari, nequaquam ambigendum est. Quo & collineat Alexand. in l. 2. C. b. Et si tutores sui, cum pecuniam pupillarem crederent, ipsi stipulati sunt, utilis actio tibi dabitur. Hinc cum ita nova difficultas suboriretur, quod tutor in usus suos contraxisse videretur, inde JCrus in l. 46. §. 2. de admin. & peric. tut. hanc ita dissolvit: *Tutorem, qui pecuniam pupillarem, quamvis suo nomine, feneravit, non videri contra constitutionem fecisse, qua prohibet pecuniam pupillarem in suos usus convertere.* Excusandus enim erat tutor, qui non aliter contrahere poterat, ubi pupillus vel absens vel ætatis ejus erat, ut ipse in suam personam agere & contrahere haud posset. Quoniam vero hodie tutor etiam in personam pupilli contrahere & in ejus personam obligationem dirigere potest, haud dubitandum, ut dixi in caut. contract. Sect. 1. c. 2. §. 3. Interim tamen si pecunia minoris debitum contractum esse probari potest, huic acquiritur actio, ut inde agere possit, licet tutor semet ipsum in chirographo creditorem nominari curaverit. Carpz. P. 2. C. 11. def. 38. cum minoris personam in contrahendo sustinuisse censeatur. Gutierrez. de tutel. P. 2. C. 10. n. 9. Montanus de tutel. c. 31. effect. 4.

§. III. Idem dicendum est, si se obligavit sub qualitate tutoris; quamvis enim vel maxime se debitorem scripserit, rursus tamen hic quoque personam pupilli sustinuisse videtur, quod adeo extendit Berlich. P. 1. decis. 15. n. 1. seqq. ut si vel maxime se suaque bona obligaverit, non tamen nec proprio nomine nec ex propriis bonis teneatur, sed subjecta pignoris & bonorum obligatio ex principali obligatione interpretationem accipere debeat l. 179. de R. I. Conf. Faber in C.

Quando tutor censeatur se proprio nomine obligare?

l. 5. tit. 23. def. 5. n. 14. & in dubio merito præsumendum sit, tutorem non suo sed officii nomine contraxisse & cavisse *l. 28. pr. de admin. tutor.* Cum vero tutor etiam pro pupillo suo suaque persona obligare queat, facile apparet, eum fidejussorio nomine non aliter finita tutela teneri, quam si expresse hoc actum sit, prout hoc declaravi in *cautel. contract. P. 3. c. 2. §. 18.* Proinde quaeritur, an hoc censeatur actum, si pro se & heredibus suis promittit vel se obligat? Id quidem affirmat Berlich. *P. 1. decis. 14.* ex hac ratione, quod tutela ad heredes haud transeat, adeoque promittendo pro heredibus limites officii excedere, suamque propriam personam obligare videatur, quæ quidem decisio facile admitti potest, dummodo constat, ex voluntate tutoris hanc clausulam esse adjectam. Constat enim, notarios sæpissime hujusmodi clausulas quibuscunque negotiis indifferenter adjicere, postquam ipsimet raro virtutem hujus clausulæ intelligunt, quo casu eis non inhærendum, si contrarium ex ipso instrumento apparet. *Mev. P. 3. decis. 5. n. 6. Carpz. P. 2. C. 19. def. 6. n. 6.*

An hodie res pecunia pupilli proprio nomine empta pupilli sit?

§. IV. Adeo vero tutor omnia, quicquid in rebus pupilli egit, nomine pupilli egisse censeatur, ut si pecunia ejus prædia in nomen suum emerit, utilis actio pupillo detur ad rem vindicandam *l. 2. ff. b. t. l. 3. C. eod.* quod nec hodie aliter sese habet, prout nonnullis præjudiciis confirmat *Carpz. P. 2. C. 11. def. 21.* cum licet tutor in suum nomen emerit, nihilominus tamen actum fuisse censeatur nomine pupilli *l. 46. §. 2. ff. de admin. tutor.* Neque contra hanc præsumtionem audiendus est tutor, asserens, se pecuniam pupilli in proprium usum convertisse, cum hoc legibus prohibitum sit, *l. 46. cit.* ut ita

reve-

revera allegaret propriam turpitudinem, quam in suum commodum trahere nequit. Electio tamen pupillo competit, utrum pecuniam repetere, an vero in ipsam rem, pecunia sua quaesitam, agere velit, Lauterb. *b. t. §. 3.* quæ electio ipsi maxime extra concursum proficua est: eo enim modo, plerumque consultius pro pupillo est, rei ipsi incumbere, quam in personam agere.

§. V. Non aliter tamen obligantur pupilli & minores ex facto suorum tutorum & curatorum, quam si in eorum utilitatem egerint *l. 3. C. b. t.* Neque enim ideo administrantur tutelæ, ut mergantur pupilli, damnoque afficiantur, sed ut iis bene consulatur *l. 3. pr. de contr. tut. & util. act.* Imo tutor in re pupilli tunc domini loco habetur; cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat *l. 7. §. 3. ff. pro emtor.* Proinde si tutor in dotalitium ultra modum legitimum constitutum nomine pupilli consensit, neutiquam ei præjudicat Carpz. *lib. 5. resp. 79.* sed potius ipsi tutores eo nomine, finito etiam officio, tenentur Jul. *cit. l. n. 12. 13.* Et quamvis pupilli alias stare locationi a tutore factæ teneantur *l. 4. C. b. t.* minime tamen inde obligatur, si appareat, in detrimentum pupilli eam factam fuisse, quod pluribus *ad tit. de rebus credit. §. 16. seqq.* excussum est, quorsum B. L. remitto.

Quatenus pupillus ex facto tutoris obligetur?

TIT. X.
DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

§. I.

Praxis hujus materiz admodum frequens & magna apud Romanos olim fuit, quod Ulpianus *l. 1. pr. b. t.* testatur ajens: *hæc clausula frequens & perneccessaria est:*

Ufus hujus tituli contra Bachelovium defenditur.

Gggg 3

quo-

quotidie enim suspecti tutores postulantur. Utrum vero hodie hujus tituli tam frequens usus sit, merito subdubito, adeo ut nullum plane ejus usum superesse quidam contenderint. De rariori ejus praxi conqueritur Mynsingerus ad pr. 1. b. t. n. 3. *Utinam hodie suspecti criminis judicia crebrius exercerentur. Miror sane plurimum, cum omnes legislatores tantam egerint curam, ne pueri in aetate pupillari, qua se ipsos tueri non possunt, ullo modo laederentur, & tam multi nunc viuant suspecti tutores, qui fiat, ut hoc iudicium adeo filescat hisce temporibus, nec ulla de suspecto tutore causa moveatur, raro admodum perducatur in forum nostrum. Quis enim nunc velit excusari a tutela locupletis pupilli; qui non potius intendat apud iudicem, se ad tutelam proximiorum esse quam aduersarium? hic corrumpuntur hominum mores avaritia, omnium vitiorum matre, ut merito Oldendorpius conqueritur. Hæc Mynsingerus, qui interim tamen usum aliquem hujus materię agnoscit, licet ob depravatos mores rariorem eum esse asserat. In alia omnia ivit Bachovius in not. ad Wesemb. paratit l. b. t. in f. ubi ita: Illud vero omissum hic miror, quod hodie fere usus nullus sit hujus postulationis. Scilicet jure nostro actio tutela locum non habebat, nisi finita tutela: & ut ne proinde tutor bonæ pupilli disperdendi ulteriorem occasionem haberet, ab administratione removendus erat: ideoque ubi locus erat actioni tutela, locus non erat postulationi suspecti, adeo quidem, ut etiam caprum iudicium finiretur postulationis, ut ceperat actioni tutela esse locus §. sed si suspecti. 18. b. t. l. 3. §. 6. 7. 10. l. pen. D. eod. l. 1. C. eod. Hodie autem & moribus & jure novissimo & constitutionibus imperii anni 1548 magistratus etiam annis singulis possunt exigere rationes: & igitur postulatio suspecti amplius regulariter non habebit locum. Verum licet negari possit, hodie actioni tutelæ esse locum durante ad-*

huc

huc tutela, & olim quoque hanc postulationem cessasse, ubi huic actioni locus esse poterat, inde tamen minime inferri potest, hodie hoc iudicium locum habere non posse, cum ratio diversitatis evidentissima adsit. Quod enim olim postulatio hæc cessaret, ubi poterat tutelæ agi, hæc ratio erat, quia sic tutela jam erat finita, adeoque non amplius ad remotionem suspecti tutoris procedi poterat: hodie vero, ubi tutelæ agitur, non semper finita est tutela, sed continuanda adhuc, adeoque nihil obstat, quo minus ad remotionem procedi possit. Accedit, quod plurimis in locis hodie rationes singulis annis non reddantur, quod tutores illas reddere recusent, quo ipso merito suspecti fiunt, & ita a tutela removendi sunt. Et si vel maxime hodie actio tutelæ instituaturs durante tutela, illa ipsa tamen non hoc agitur, ut tutor removeatur, sed ut rationes reddat; quod si itaque in rationum redditione appareat, eum dolose vel negligenter in administratione versatum fuisse, quis negaret, tutorem talem removendum esse? Unde non inique censet Wissenbach *b. t. in f.* Bachovium experientia refelli, quamvis, ut antea dixi, praxis rarior sit, quorsum etiam collineat Schilter. *in pr. jur. Rom. ex. 37. §. 137.* Brunnem. *ad l. 9. in f. ff. b. t.* Struv. *ex. 31. tb. 55. in f.* ibique Muller. *in not. lit. n.* Lauterbach. *b. t. §. 1.*

§. II. Eo minus autem dubitandum est de praxi hujus tituli, postquam remotio tutorum suspectorum per statuta & ordinationes hinc inde stabilita est. Que & Statutis variis confirmata est. In *jure Lubec. Lib. 1. tit. 7. art. 5.* Jus Romanum confirmatum est hoc modo: **Es soll auch bey dem Rathe stehen auf Klage der Freunde, auch sonst vom Amte wegen da keine Freunde seyn, und es denn recht wissend oder kund gethan wird, unnütze, unfließige und verdächtige Vormünder**

der abzusetzen, und an ihre Stätte tüchtige, fleißige und richtige anzuordnen. Similiter in *Ord. Polit. Magdeb. c. 43. §. 42. in f.* jus removendi tutores magistratui sedulo inculcatur his verbis: und wo einiger Mangel verspühret wird, alsobald Erkundigung einziehen, und Rechnung fordern, die verdächtigen Haushalter alsbald absetzen, tüchtige an ihre statt verordnen, und keinesweges nachsehen, bis die Kinder an den Bettel-Stab gerathen, oder des erweislichen Seumsals halber dafür in subsidium haften. Neque diversum statucum est in Stat. Hamburg. p. 3. tit. 6. art. 19. Würde bey der Rechnung gefunden, daß ein Vormund in den Güthern zu Schaden und Nachtheil gehandelt, derselbe soll nicht allein auf Anflage und Begehren der Mutter oder ander Verwandten, als verdächtig der Vormundschaft entsetzet, und an dessen statt ein anderer verordnet werden, sondern auch darzu allen Schaden, so also durch seine Hinlässigkeit oder Versäumnis beweislich verursacht worden, zu erstatten und zu bessern schuldig seyn, auch also daß, so derjenige, welcher mißhandelt oder etwas versäümet hätte, den Schaden zu wiederkehren nicht vermöchte, alsdann die andern Mit-Vormünde, die ihm dergestalt die Mit-Verwaltung alleine anvertrauet, und nicht zeitlich Aufsehens gehabt, dafür haften und verpflichtet seyn sollen. In *Reform. Francof. p. 7. tit. 4. §. 19.* enarrantur variaz suspicionum causæ & his enarratis sequentia subjiciuntur: Darum, wenn auch solche Stücke alle oder gleich zum Theil, ausständig oder beweislich seyn, so soll und mag ein solcher von der Obrigkeit seines Vormund-Amts wohl entsetzet werden. Jure Ditmarsienfi art. 23. von verdächtigen und ungetreuen Vormündern jus commune quoque retentum est, quemadmodum etiam Hennig. Gieselbert, in *peric. Stat. II, ad cit. art. 7. 10. seqq.* usum ejus confirmat.

§. III.

An privata ac-
cusatio hodie
adhuc in usa
sit.

§. III. Erat autem hæc accusatio suspecti omni-
bus concessa, qua deficiente magistratus ex officio in-
quirere & suspectum remove debet *l. 1. §. 6. seqq. b. t. l. 3. §. 4. b. t. quod favore pupillorum accipiendum est*,
inquit Jctus *cit. l. 3.* Erant enim inquisitiones apud
Romanos infrequentes, accusationes autem fere unice
& frequentius in praxi receptæ, quo intuitu Jctus
asserit, hoc favore pupillorum accipiendum esse.
Hodie vero inversa facies rerum est, dum rarissimæ
apud nos sint accusationes, frequentiores vero inqui-
sitiones. Inde quidam in dubium vocarunt, utrum
hodie adhuc privata accusatio suspecti obtineat? Sane
Cyprianus Regnerus *in cens. Belg. in C. ad l. 6. b. t. gene-
ratim* asserit, hodie nec parentibus nec aliis cognatis
jus accusandi, sed tantum deferendi competere. Huc
etiam quodammodo, adhibito tamen temperamento
collineat Ulricus Huberus *ad J. b. t. §. 1.* ubi præmit-
tit, Romanam hanc disciplinam fuisse in publica
omni accusatione, ut omnibus civibus pateret. Inde
subjungit: *Quod igitur Bachovium not. ad Wesenb. b. t. n. 5. exiguum hujus tituli usum agnoscentem experientia
refelli putat D. Wissenbach. b. t. ff. in f. vereor ne experientia
ipsum refellat. Ex parte verum est, hodie pupillis consulti,
rationum quotannis exactione, per quam fides tutoris ex-
ploretur, & forte si huic rei attendatur, pene supersua ac-
cusatio videatur; nam cum potest tutela agi, consequens est,
cessare suspecti accusationem l. 3. §. 6. b. t. quæ jure civili du-
rante tutela, est necessaria, quia tutela ante pubertatem agi
non potest, nec rationes prius redduntur §. ult. de Attil. tut. l. 4. pr. de rat. redd. quod est secus in praxi. Magistratus igitur,
si rationes non liqueant, inquirere & deprehensum remove
potest. Putat itaque, hodie sufficere inquisitionem ma-*

Contin. III.

Hh hh

gi-

gistratus, adeoque accusationem privatam esse superfluum. Paucis tamen interjectis vel invitus contrarium asserere cogitur, imo nec ipsum, ait, *accusandi jus sublatum videtur, quatenus bodieque procurator generalis nomine rei publ. tutores suspectos ultro, vel deferentibus aliis postulat & peragit, ut non semel factum meminimus. Imo in prælect. ad ff. b. t. §. 1. ulterius progreditur, agnoscens, non esse, quod jus accusandi tutorem suspectum abolitum statuamus, hæc adeo prohibitum iri, si quis hoc pietatis officium erga pupillos occupare velit, ubi simul exempla subjicit. Sane vel ex adductis §. antec. Statutis liquidum conclamatumque est, privatam accusationem adhuc permissam & inprimis cognatis commendatam esse, & quamvis in *Ordin. Polit. de anno 1577. l. 32.* cura hæc magistratui demandata esse videatur his verbis: Wann nun der Obrigkeit zustehet, in dem gebührl. und billig einsehens zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilet bleiben, & paucis interjectis: indem dann alle und iede Obrigkeiten vermöge Göttl. und unser Käyserl. Gebot sonders fleißigs Aufsehens zu thun aus tragendem Amt sich schuldig erkennen, und darum keines Vormundes Fahrlässigkeit noch weniger Vervorthellung bey seinem Pfleg-Kinde oder dessen Güter ungestrafet hingehen lassen sollen, inde tamen minime inferri potest, privato integrum non esse, tutorem suspectum postulare. Alias enim nemini amplius permittenda esset accusatio in criminalibus, cum & hic iudex in crimina inquirere & fontes ex officio punire debeat *l. congruit 13. ff. de offic. præsid.* unde etiam Oldendorpius *de action. class. 7. act.* sedulo hujus accusationis necessitatem inculcat, & quod intermitti soleat, reprobat. Imo & jure antiquo Germanico hanc privatam accusatio-*

nem

DE SUSPECTIS TUTOR. ET CURATOR. 611.

nem admiffam fuiffe ex jure antiquo Saxonico & Svevico evincit Schilt. *ex. 37. §. 135. 136.* ubi imprimis *In jure Suev. c. 63.* de curatoribus muliebribus suspectis agitur, & subinde subjicitur: *Dis Recht haben auch die Wäyfen gegen ihre Pflegern.*

§. IV. Non autem omnibus magistratibus de jure Romano hoc jus removendi & de suspecto cognoscendi competeat, sed majoribus tantum, h. e. Romæ Prætoribus, in provinciis verò Præfidibus *l. 1. §. 3. ff. b. t.* Unde Dd. disquirunt, an hæc cognitio de suspectis tutoribus olim fuerit actus ordinariæ vel extraordinariæ jurisdictionis, quæ quæstio tamen hodie otiosa est, postquam moribus nostris hæc cognitio omnibus magistratibus competit, qui inferiorem habent jurisdictionem Matth. Wesemb. *in paratit. b. t. n. 3.* Philippi *in us. pract. Inst. lib. 1. b. t. 26. ecl. 93. n. 3.* Lauterbach. *b. t. §. 3.* Cum enim hodie omnes magistratus tutores dare possunt, prout supra *tit. de tut. & cur. dat.* ostensum est, conveniens quoque erit, ut omnes magistratus hanc cognitionem subire possint, scilet quatenus ad *nudam remotionem* agitur. Ceterum cum etiam quandoque ob insignem improbitatem & fraudem extra ordinem coerceri & fustigatio ei dictari possit, facile apparet, eo casu talem requiri magistratum, qui ejusmodi pœnam infligere potest, qualis est, qui criminalem habet jurisdictionem Schilt. *in pr. jur. Rom. ex. 37. §. 141.*

Hodie quilibet magistratus de hoc crimine cognoscit.

§. V. Suspectus quis dicatur? in hoc titulo variis exemplis declaratum est, vid. *l. 3. ff. b. t.* In genere talis est, qui non ex fide gerit tutelam §. 5. *7. b. t.* & sic non tantum qui dolum, sed etiam qui culpam latam commisit *l. 3. §. 18. l. 7. §. 1. b. t.* Ob culpam levem remotioni non esse locum plurimi asserunt per *cit. l. 7.* plu-

Quis ut suspectus removeri possit?

rimi etiam in dubium vocant. Montanus *de tut. c. 36. reg. 1. n. 5.* Bocer. *d. 1. disp. 14. tb. 130.* Quemadmodum vero supra *tit. commod. §. 12. in f.* ostendi, multum hodie arbitrio iudicis circa materiam *culparum* committi, ita quoque hodie idem dicendum erit de remotione tutorum, ut iudex istam administrationem diligenter perpendat & perspiciat, an ob negligentiam palpabilem tutoris singulare damnum pupillus perceperit, id quod etiam generaliter in Statutis locorum asseri solet, non habita distinctione, utrum culpa hæc lata an levis dici queat. In jure Magdeburgico vocantur suspecti *übele Haushalter*, quales etiam sunt, qui culpam levem committunt, seu officium boni patrisfamil. non implent. Jure Hamb. itidem generaliter dicitur: **wenn der Vormund zum Schaden und Nachtheil gehandelt.** Interim hoc facile largior, remotum non semper fieri infamem, ne quidem si culpam latam commiserit *l. 3. §. 18. l. 7. §. 1. b. t.* sed si expresse ob dolum condemnatus fuerit, quod hodie rarius fieri solere pro clementia nostrorum temporum censet Huber *in pract. ad ff. b. t. §. 1.* De jure Hamburg. *P. 3. tit. 6. art. 19.* jus commune confirmatum est: **Würde bey solcher Nachtheilung ein Betrug oder gefährlicher Vorthail verspühret, soll derselbe Vormund neben Wiederkehrung des zugefügten Schadens mit Schmäherung seiner Ehren von der Vormundschaft abgesetzt werden.**

LIB. XXVII

TIT. I.

DE EXCUSATIONIBUS.

§. I.

Usus hujus tituli non adeo in dubium vocari potest, quamvis enim adhuc hodie tutores compelli possint ad suscipiendam tutelam, ipsis tamen non debeant denegari excusationes, quibus se ab hoc onere liberare queant, unde etiam passim in Statutis locorum excusatio tutorum & curatorum confirmata est, relata ab Henrico Giesebertho *peric. stat. 11. ad art. 21.* Interim tamen non nego, hodie rariores esse hujusmodi excusationes, cum, prout *sic. antec.* dictum est, hodie homines prouiores sint ad tutelam ambiendas quam declinandam, unde tamen totalis non usus inferri nequit. Præterea quamvis regulariter causæ in hoc titulo expressæ hodie quoque excusare soleant, in quibusdam tamen hinc inde quædam facta est mutatio vel ulterior extensio, prout in singulis dicendum erit.

De usu hujus tituli.

§. II. Sic liberat a tutela vel curatela liberorum multitudo, ut dicitur in *l. 2. §. 2. b. r.* Olim numerus variavit, cum Romæ tres, in Italia quatuor, in provinciis vero quinque desiderarentur *pr. f. b. r.* Quamvis vero non ubique locorum multitudinem liberorum excusationem hodie præbere Schultzius *in Synops. Just. b. r. lit. a.* asserat, regulariter tamen, nisi per statutum aliud introductum reperiatur, juri communi standum

Quot liberi hodie excusent?

Hh hh 3

dum

dum, & de eo tantum inquirendum est, quot hodie liberi excusent? Ut plurimum in Germania quinque liberos ad hunc effectum requiri, Dd. asserunt. vid. Schultz. *cit. l. Philipp. in Us. pract. Instit. ecl. n. 2.* Schilter. *in pr. jur. Rom. ex. 37. §. 155.* Giesebertus *cit. l. n. 12.* Sic quoque in Gallia quinque liberos requiri, excepta civitate Parisiensi, docet Perez *in C. qui num. lib. n. 4.* & in Frisia eundem morem observari, docet Sande *lib. 2. tit. 9. def. 8.* Rationem hanc dat Schilterus, quod nos respectu Romæ jure provinciarum uti censeamur. Verum hoc principium erroneum esse, reipubl. nostræ Romano Germanicæ ratio per se ostendit, cum sicuti Germania nostra nunquam provincia Romana fuit, ipso Schiltero fatente, ita, docente Conringio *de Imperio Rom. Germ.* ex historia antiqua constat, Germaniam potius dicendam esse principale & Imperium Romanum ejus accessorium, quippe quod post ad Germanos translatum est. Accedit quod constitutione Antonini omnibus civitatibus jus Romanæ civitatis indultum fuerit per *l. 17. ff. de Stat. hom.* ex quo concludo, tot hodie liberos excusationem præstare, quot olim excusabant Romæ, nisi Statutis locorum aliter dispositum sit. Sic jure Ditmarsico *art. 12.* diversis verbis quinque requiruntur, quod etiam alibi receptum est. Christin. *vol. 3. decis. Belgic. 171. n. 4.* Similiter *Stat. Noriberg. tit. 39. l. 5.* quinque liberorum fit mentio, in quorum defectu tamen juri communi eo modo standum, prout dictum est.

Magistratus
hodie indistin-
cte excusan-
tur.

§. III. Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut dicitur in §. 3. *J. b. r.* Unde apparet, non quoscunque sed illos demum magistratus se excusare olim potuisse, qui majori quadam auctoritate
&

& imperio instructi erant. Nihilominus tamen in *l. 6. §. 16. b. t.* excusatio etiam magistratibus civitatum tribuitur, id quod non de quibusvis, sed qui inter eos principatum gerebant, vnde & ἀρχοντες τῶν πολιέων, principes civitatis dicebantur: *l. 15. §. 9. b. t. l. 21. §. 4. de tutor. & curat. dat.* Sed cum moribus hodiernis sit alia facies magistratuum nostrorum, Doctores communiter asserunt, indistincte omnes magistratus hodie hac immunitate frui, ut ita etiam consules & senatores civitatum hodie se excusare queant. Schilter. *ex. 27. §. 161.* Lauterbach. *b. t. §. 12.* Schultz. *in Synopsi Instit. b. t. lit. b.* Gieseb. *cit. l. n. 14. sqq.* Imo ad alios omnes hoc extenditur, qui publica defunguntur administratione: cum enim hi directo inserviant reipublicæ, secundarium illud interesse, quod vult, res pupillares manere salvas, illi cedere debet. Et ob hanc causam a tutela in Facultate Viadrina liberum pronunciamus magistrum venationum, ad agnati sui tutelam vocatum.

§. IV. Ulterius Philosophi, Rhetores, Grammatici & Medici immunes erant *l. 6. §. 8. b. t.* quatenus intra numerum constituti *l. 6. §. 2. b. t.* & in patria docebant *l. 6. §. 9. b. t.* Legum Doctores non nisi Romæ docentes habebant remissionem *l. 6. §. 12. b. t.* Valde tamen disciplinis instructos, & si supra numerum sunt, & in aliena patria moram faciant, esse immunes Paulus scribit *cit. l. §. 10.* sed hodie omnes Professores, cujuscunque facultatis sint, a tutela & cura excusantur, imo etiam ipsi extraordinarii, quatenus docendi munere in academiis sedulo funguntur. Idem quoque hodie applicandum esse ad Præceptores scholarum trivialium, dixi in *differt. de jur. præcept. c. 5. n. 16.* cum etiam eorum munus sat laboriosum sit, ut educatione &

De Professoribus, quatenus se excusare valeant?

& institutione tot juvenum onerati novo onere non videantur gravandi. vid. P. Muller *in jurispr. elem. disp. XIV. §. 4. lit. p.*

Quid hodie dicendum de ministris ecclesie?

§. V. Clerici de jure Romano partim prohibebantur, partim admittebantur, salva tamen excusatione. Nam Episcopi & Monachi nequidem volentes admitti poterant, ut aliis omnibus derelictis Dei omnipotentis ministeriis inhærent, proinde quoque Episcopatus aut Monachatus superveniens facit cessare officium tutelæ Richt. *ad autb. presbyt. C. de Episc. & cleric. n. 13.* Presbyteri autem, Diaconi, aut Subdiaconi jure cognationis ad tutelam vocati, eam suscipere volentes poterant, modo intra quatuor menses, ex quo vocati erant, apud judicem competentem se declaraverint, talem administrationem propria se voluntate suscepisse. In terris protestantium, ut plurimum Pastores & Ministri ecclesie se excusare possunt, nec inviti compelli possunt ad tutelam suscipiendam, volentes tamen admittuntur tam ad legitimam quam extraneam tutelam. Richt. *c. l. n. 17.* Lauterb. *tit. de tutel. §. 17.* Unde etiam, si sponte tutelam susceperint, eam postea deponere nequeunt, cum semel immunitati suæ renunciaffe videantur. Sande *lib. 2. decis. tit. 6, def. 7.*

De immunitate militum & veteranorum.

§. VI. Milites quoque adeo tutelam suscipere prohibebantur, ut nequidem volentes ad tutelammitterentur *l. 4. C. qui dar. tut. vel. cur.* ne a defensione reipubl. abstrahantur. Quamvis vero militiae hodiernæ & Romanæ non eadem sit ratio in omnibus, privilegia tamen olim militibus concessa iis haud deneganda sunt, unde hæc diversitas quoque hodie non obstat, quo minus privilegiato modo testamentum conde-

dere possunt. Accedit hæc peculiaris ratio, quod pupillorum quoque intersit, ne milites eorum curam vel tutelam suscipiant, quam in castris degentes administrare non possunt. vid. Schultz. in *Synops. Instit. b. r. lit. f.* Unde facile constat, hanc dispositionem ad ordines militiae sacrae applicari non posse, utpote qui actu non militant, quod tamen in hoc privilegio supponitur. Non tantum autem militibus actu militantibus, sed etiam dimissis hæc immunitas competebat, & quidem veteranis totalis; ante expletum militiae tempus honeste dimissis ad certum tempus *l. 8. ff. b. r.* Taliæ autem militum privilegia etiam in nostris locum habere asserit Brunnemann. *ad l. 1. C. de excus. veter. u. p.* Illud tamen ante omnia hic inquirendum, utrum tempora, Jure Romano circa dimissionem statuta, hodie adhuc præcise observentur; Legitimum enim tempus completæ militiae apud Romanos erat 20. annorum spatium, post quod dimissi veterani dicebantur *l. 8. §. 2. b. r.* si vero ante hoc tempus dimittebantur, ad tempus saltem vacationem habebant. Hujus temporis determinatio tamen non ita stricte hodie observatur circa excusationem tutelæ, sed potius arbitrio judicis committitur, qui ex circumstantiis & causis missionis judicare debet, utrum missi excusatio admittenda sit nec ne? Solent enim nonnunquam milites, postquam per aliquot annos militiae vacarunt, & ingentem pecuniam corraferunt, dimissionem a militia, otii commodioris gratia, impetrare, qui sane hac immunitate merito indigni judicandi sunt, Martini *de excusat. tutor. c. 4. tb. 6.*

§. VII. Maritus quoque curator uxoris suæ esse prohibetur de jure Romano, adeo ut si vel maxime

Contin. III.

li ii

Curam

An hodie maritus curator uxoris esse queat?

curam semel suscepisset, illam tamen continuare haud potuerit §. 19. *J. b. r. l. 4. C. b. r.* quod de illis bonis intelligendum, quæ præter dotem uxor habet. Verum id moribus hodiernis, præsertim Saxonis, sese aliter habere constat, ubi maritus ipso jure est uxoris suæ curator legitimus, postquam thorum conjugalem est ingressus. *Carpzov. P. 3. C. 23. def. 30. n. 5.* ut tamen maritus contrahere non possit de bonis uxoris sine ejus consensu. *Carpzov. P. 2. C. 15. def. 20.* Et hæc curatela mariti etiam alibi locorum extra Saxoniam recepta, ubi maritus sub nomine *des Ehe, Bogts, oder Ehel. Vormundes* venire solet. *vid. Brunnem. ad l. 4. C. b. r. n. 3.* Quamvis vero hæc curatela uxorū in Saxonia alibique perpetua sit, & ita a cura minorennium quodammodo diversa: uti ad *rit. ult. bujus libri* dicendum erit, satis tamen exinde constat, maritos hodie in illis locis non amplius esse inhabiles ad curam uxorū gerendam, etiam ubi proprie dictis curatoribus indigent. Imo supra jam dictum est, hodie in plerisque locis curam proprie dictam per nuptias finire, uti nec *Brunnem. cit. l. in f.* negat, adeoque in iis quoque locis, ubi mulieres non sunt in perpetua cura, dispositio juris Romani cessare videtur, postquam, contractis etiam intra minorennitatem nuptiis, a curatela liberantur, ut peculiari curatore ad negotia non indigeant.

De aliis personis remissive.

§. VIII. Plures aliæ quoque personæ *b. r.* occurrunt, de quibus tamen hodie merito dubitandum est, an hodie immunitatem hanc allegare possint. Sic quod tutores hodie non ubique a cura se excusare possint, uti quidem de jure Romano *§. 18. J. b. r.* supra jam dictum est. Præterea servitute sublata, frustra quaeritur, an hodie ingenui a libertinorum tutelis se excu-

excusare queant juxta *l. 1. §. 4. b. 1.* Habebant etiam Athletæ, qui sacris certaminibus coronati erant, excusationem *l. 6. §. 13. b. 1.* Coronabantur enim apud Romanos in præmium virtutis athletæ, quorsum *1 Cor. IX, 24. 25.* collineat, interprete Tertulliano *ad martyr. c. 3.* ubi ita: *Athletæ segregantur ad strictiorem disciplinam, ut robori adificando vacent, continentur a luxuria, a cibis lætioribus, a potu jucundiore: coguntur, cruciantur, fatigantur, quanto plus in exercitationibus laboraverint, tanto plus de victoria sperant. Et illi, inquit Apostolus, ut coronam corruptibilem consequantur.* Sed tales Athletæ nostris moribus desunt, adeoque frustra de eorum immunitate quæritur, quia etiam usus coronarum hodie cessat, qui imprimis primævis Christianis maxime invisus fuit. Vid. Tertullian. *de corona*, Pfannerus *Observat. Eccles. 4.* Uterius ii quoque, qui in corporibus sunt, veluti fabrorum, habebant excusationem exterorum hominum, quamvis non omnia collegia hoc privilegio gaudebant, sed quibus nominatim indultum erat *l. 17. §. 2. 3. b. 1.* Similiter qui in collegio pistorum sunt, a tutelis excusabantur, dummodo per se pistrinum exercent. *l. 46. b. 1.* Ast hodie collegia opificum longe aliter instructa sunt, & propria sua jura habent, ut proinde immunitas hæc eis vix tribui possit. Denique nec tales mensores frumentarios, quibus olim itidem immunitas data erat *l. 26. b. 1.* habemus, quippe quorum olim certum corpus erat, uti constat ex *l. 10. §. 1, de vacat. & excus.* quod hodie secus est.

§. IX. Ceterum causa excusationis apud Romanos proponenda erat intra quinquaginta dies continuos, si modo intra centesimum lapidem a civitate, in
Intra quod tempus hodie excusatio proponenda?
 qua

qua datus erat, reperiebatur; Si supra centum milliaria a civitate aberat, viginti milliaria habebat numerata in unumquemque diem, & extra hos, alios tringinta dies ad excusationem *l. 31. §. 1. b. r.* Cum enim non quilibet magistratus, sed is demum, cui speciatim tutelæ datio concessa erat, tutores dare posset, facile apud Romanos contingere poterat, ut tutor daretur talis, qui supra centesimum lapidem a loco, quo dabatur, aberat. Hodie autem id fieri non posse vel inde constat, quod tutelæ datio cohæreat jurisdictioni ordinariæ, adeoque quilibet magistratus tutorem dare possit; quo ipso quæ hic de computatione dierum secundum milliaria adducta sunt, hodie otiosa sunt. Quid? quod ipsa tempora excusationum, quæ hic præscripta sunt, hodie non observantur, uti praxis docet, cum omnes fere termini jure Romano expressi hodie mutati & plerumque arbitrarii facti sint. Unde quoque in plurimis locorum statutis alius terminus excusationi præscriptus est, uti ostendit Giesebertus *in peric. Stat. 11. ad art. 21. n. 102. seqq.* sic in *Reformat. Francos. p. 7. tit. 3. §. 12.* ita disponitur: **D**ieweil bey uns die Vormünder gewöhnlich aus der Bürgerschaft genommen werden, also daß sie eine so lange Zeit zu gedachter Fürbringung ihrer Nothdurfft und Entschuldigung nicht bedürffen, damit auch die Vormundschaft nicht so lange aufgehalten und darunter die Kinder versäümet oder vernachtheilet werden, so wollen wir solche in den Rechten bestimmte Zeit auf 14. Tage restringiret und eingezogen haben. *In jure Boruss. provinc. lib. II. tit. 6. art. 4. §. 7.* itidem a termino juris communis recessum & ita dispositum est. **W**ie und welcher massen nun jemand's zu einem Vormund, Pfleg-Vater, Curatorn oder Verwalter gesetzt, und verordnet, und der hie obbestimten exception, **Aus:**

Ausrede oder Entschuldigung eine oder mehr hätte, der soll dieselbe in den Städten alsbald, auf dem Lande aber innerhalb 4. Tagen, wenn kein legitimum impedimentum darein käme, von Zeit seines empfangenen Wissens, der ordentlichen Obrigkeit wie sich gebühret fürbringen. Atque hoc spatium 50. dierum ad contestandas excusationum causas pertinebat; peragendo autem negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti erant. *l. 38. ff. b. t.* nisi forte justo impedimento dectentus fuisset, quo minus causam excusationis intra illud spatium absolvere potuisset, quia eo casu tempus hoc proferebatur *l. 39. b. t.* Sed nec hunc terminum juris Romani receptum arbitror, quemadmodum nec alii termini, quibus instantia finiri debeat, uti in actione doli &c. hodie recepti sunt, id quod ex jure canonico originem traxit, uti ostendi supra *tit. de judic. ff. 15.*

Intra quod absolvenda?

§. X. Proponitur *excusatio* in judicio de simplici & plano, nec scripturam exigit, cum coram proponi queat: potest tamen etiam tutor libellos dare, ut ait *Jctus in l. 13. §. 10. b. t.* id quod tamen in *l. 25. b. t.* negatur, ubi *Jctus* ita: *excusare se tutor per libellos non poterit. Sed res salva est.* Aliud enim est, annon possint excusationis causæ in scriptis proponi, & tutor hoc intuitu libellos dare? quod affirmandum, quamvis non solennis libellus, sed simplex imploratio sufficiat, cum non solenni judicio hæc causa peragatur, sed summaria cognitione, quemadmodum olim prætor ipse procedebat: Aliud vero est, an hoc modo per libellos se excusare tutor poterit, ut nulla causæ cognitio sit necessaria, nec decretum requiratur? quod recte negatur. Nam prout dicitur in *l. 71. de R. I. omnia, quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt* h. e. ad solam suppli-

Quando excusatio proponenda?

cantis implorationem procedi nequit; hæc enim de jure Romano *per libellum expediri* dicebantur, quæ iudex confirmabat simpliciter, nulla causæ cognitione interveniente. Unde in *l. 9. §. 1. de offic. procons.* Jctus ait, quod proconsul quædam expediat *per libellum*, quæ scilicet nullam causæ cognitionem desiderant, quædam *per decretum*, quæ illa interveniente fieri possunt.

Excusatio non
per modum
appellationis
proponitur.

§. XI. Qui autem se excusare volunt, non appellant, sed causam simpliciter proponunt §. 16. *7. b. t.* quod etiam Ulpianus in *l. 1. §. 1. ff. quand. appell. sit.* satis clare asserit, ajens: *si quis tutor datus fuerit, vel a quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum provocare, hoc enim D. Marcus effecit, sed intra tempora præstituta excusationem allegandam habet, et si fuerit repulsa, tunc demum appellare debet, ceterum ante frustra appellatur.* Quid clarius dici potuisset, equidem non video: & tamen reperti fuerunt, qui a datione vel nominatione appellari statim posse arbitrati sunt, ut Bachovius & Hahnus ad *Wes. b. t. n. 4. Mevius p. 8. def. 89.* qui prædictos textus secundum sensum *l. 13. pr. b. t.* accipiendos esse volunt, ubi dicitur, *quod tutores provocare necesse non habeant.* Ex quo concludunt, posse quidem tutores a datione appellare, sed hoc non esse necessarium. Verum ipsi textus potius docent, nec posse tutores appellare, nec hoc necesse esse. Non prius, quia frustra appellaretur, ubi nullum adest gravamen: non posterius, quia simplex allegatio sufficere potest. Neque contrarium evincitur ex *l. 17. §. 1. de appellat.* ubi provocatio ad excusationem intelligitur, sicuti in *l. 4. pr. b. t. l. 20. de administr. tutor.* præsupponi debet casus, ubi rejecta est excusatio, & inde appellatio interposita. Sed postquam ex sententia juris canonici,

nici, quæ forsan ex hac Dd. controversia originem traxit, appellatio *extrajudicialis* invaluit, quæ a gravamine extrajudiciali quolibet interponitur, admitti potest; hanc a datione ipsa interponi posse, quæ tamen, si verum fateri liceat, proprie non est appellatio, sed simplex provocatio ad causam, adeoque ne quidem coram iudice superiore interponitur *c. 5. in f. de appell.*

TIT. II.

UBI PUPILLUS EDUCARI VEL MORARI DEBEAT: ET DE ALIMENTIS EI PRÆSTANDIS.

§. I.

Solet prætor frequentissime adiri, ut constituat, ubi pupilli vel alantur vel morentur *l. 1. pr. b. r.* ubi potissimum id agere debet, ut sine ulla maligna suspitione alantur & educantur *l. 1. §. 1. b. r.* de quo prætor statuere debet, præsentibus ceteris propinquis liberorum *cit. l.* Educatio autem liberorum nulli magis committenda est, quam eorum matri, quippe quæ impensius inter omnes, liberos diligere & pro eorum salute laborare præsumitur *l. 1. C. b. r.* quod eo magis procedit, si liberi infantiam nondum sunt egressi, quippe qui matris curam singularem adhuc desiderant, & præterea ipsa mater tutrix constituta est, prout Anno 1710. Facultas juridica Halensis respondit:

Matri committenda educatio.

Hat eine hohe Standes-Person bey dero hochseel. Absterben 3 Kinder, davon doch das eine bald hernach verschieden, nebst der Frau Wittwen hinterlassen, welche nebst noch einer andern Person zur Vormünderin ihrer unmündigen Kinder constituiret worden, und in Kraft solcher Vormundschaft vor ihre Erziehung gesorget und ihnen

Facti Species.

ihnen jemand zum Informatore unter dem prædicat eines Hoffmeisters gesetzt. Ist nun nach einiger Zeit dieser Hoffmeister mit dem Geistlichen des Orts zerfallen, einer sectirischen Lehre beschuldiget, und dahero von dem Landes-Herrn anbefohlen worden, nicht nur solchen Hoffmeister binnen 14. Tagen zu entlassen, sondern auch die zwey Kinder auf die von dem territorial- und Landes-Herrn aufgerichtete Ritter-Academie zu überschieken, und daselbst zu verpflegen, und ob wol dem ersten ein Genüge geschehen, doch das letzte vor sehr bedenklich gehalten worden, dahero gefragt wird: Ob der leiblichen Mutter, oder den übrigen Vormündern von dem Landes-Herrn dergl. injungiret werden könne?

Rat. dub.

Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß der Landes-Herr billig als Ober-Vormund zu halten, sunt enim pupilli in publica tutela reipl. l. 2. §. 1. ff. ne de Stat. def. und dahero auch vor die Erziehung der Unmündigen allerdings sorgen und arbitriren können, bey wem die Kinder sollen erzogen werden, zumahl darzu um desto mehr Ursach zu seyn scheint, weil der gewesene Informator, welchen die Mutter constituiret, suspect befunden und deswegen cassiret werden müssen.

Rat. decid.

Dennoch aber und dieweil die Rechte verordnen, daß ordentl. Weise die Unmündigen bey niemand anders als bey der Mutter erzogen werden sollen, solches auch der natürlichen Billigkeit von selbstem gemäß ist, zumahl Fremde dergleichen Sorgfalt vor die Auf-erziehung der Unmündigen nicht zu haben pflegen, als eine leibliche Mutter hat Montan. de tutel. c. 32. reg. 9. n. 251. Gutierrez. P. 2. c. 8. n. 17. und deswegen die Rechte die Mutter billig allen andern vorziehen l. 1. C. ubi pupill. educ. Nov. 22. c. 38. l. 3. §. 3. de lib. exhib. und nur in dem casu, wenn sie zur andern Ehe schreiten, ist die education denegiren, so sich doch hier nicht findet, und auch in diesem casu die Frau Wittve den Hoffmeister, weswegen diese Zwistigkeit entstanden, so fort dimittiret, und darbey ein anderes tüchtiges subjectum zur Information der Kinder anzunehmen sich erkläret, und dahero keine sinistra suspicio in der Frau Wittve mehr übrig bleibet, im übrigen hierbey wohl zu
pon-

ponderiren, daß die beyden Kinder noch unmündig sind, indem das ältere erst von 9. das jüngere von 7. Jahren ist, und also der Mütterlichen Pfleg und Sorgfalt noch allerdings nöthig haben, und an einen so entlegenen Ort ohne zu befürchtenden Schaden nicht mögen gethan werden, und auch die Kinder selber noch nicht von der Capacität, Fähigkeit und Alter sind, daß sie auf eine Ritter-Academie gethan werden mögen, sondern es vor ihnen nutzbarer ist, daß sie noch eine Zeit bey der Frau Mutter auferzogen und in primis rudimentis instruiet werden, in mehrerer Erwegung sie einmal zu der Kinder Vormünderin bestellet worden, und daher ex novo fundamento nicht allein als Mutter, sondern auch als Vormünderin die education der Unmündigen prästendiren kan, pupillorum enim educatio censetur pars tutelæ Coler. de alim. l. i. c. 13. n. 124. es auch bedenklich fallen dürfte, so junge Kinder, die noch der Reinigung bedürffen, der Mutter wegzunehmen, und so frühzeitig in die Fremde zu schicken, zu geschweigen, daß solche auf der Ritter-Academie anbefohlene educatio sehr kostbar und also den Pupillen nicht zuträglich ist, und daher was de arbitrio principis in rationibus dubitandi angeführet ist, billig ad limites æquitaris & normam juris zu ziehen ist.

So erachten wir vor recht, daß bey solchen Umständen der Frau Wittwen die unmündigen Kinder nicht entzogen werden können. B. R. W. Decisio.

§. II. Additur tamen in cit. l. i. C. h. t. hæc limitatio, si non vitricum eis induxerit. Ex quo colligunt Dd. quod per secundas nuptias non tantum amittat tutelam, sed ipsam etiam liberorum educationem, id quod quoque confirmatur per Nov. 22. c. 38. ubi dicitur: quoniam omnium mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur, dat ei etiam hoc hæc lex, nisi ad secundas accesserit nuptias. Conf. Carpz. P. 2. C. 11. def. 42. Berlich. de jur. Noverc. Sect. 17. §. 1. n. 11. Ceterum hoc hodie rarius fieri, ut matri, ad secunda vota transeunti, auferatur educatio, An hodie matri committatur educatio, si vitricum superinduxerit?

Kk kk tio,

Contin. III.

tio, testatur Brunneman. *ad l. 1. C. b. t. inf.* nisi justa causa id svadeat, unde hoc judicis arbitrio relinquendum esse censent Hahn. *ad W. b. t. n. 2.* Perez. *ad C. b. t. n. 4.* Guido Papæ *qu. 539.* Surd. *de alim. tit. 1. qu. 41.* Christin. *vol. 3. decis. 160. inf.* id quod etiam in *Ordin. Polit. Magd.* constitutum est. *c. 43. §. 19.* Da die Mutter sich anderweit verehlichte, sollen die Vormünder und nächsten Anverwandten erwegen, ob die Unmündigen bey der Mutter oder befundenen Umständen nach bey den nächsten Anverwandten oder bey den Vormündern selbst zu erziehen. Et in hanc sententiam in casu, ubi tutores petebant, ut educatio pupillorum matri, quæ ad secunda vota transierat, adimeretur, *Mens. Jul. 1705.* sequentem in modum pronunciavimus.

Sententia.

Auf Imploration und erfolgte Gesetze in Sachen Eurd Horborts Kinder Vormünder, contra Zacharias Ludekens Ehefrau vormals Horbortische Witwe, erkennen wir Bürgermeister und Rath nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht, daß imploratin die aus der väterlichen Erb-Portion noch restirende und andere im libell specificirte Kosten nebst der gefoderten Hausmiethe nach dem bey den Acten sub num. 4. befindlichen Vergleich alles Einwendens ohngeachtet obgedachten Vormündern zu bezahlen, und heraus zu geben, wie auch die gefoderten Schuld-Bücher binnen 2. Wochen zu extradiren, oder daß sie solche nicht habe, noch gefährlicher Weise von Händen kommen lassen, zu schweren schuldig sey, und hat im übrigen so wohl der imploratin Gesuch wegen Veränderung der Vormünder, als der implorant im Vortrag, daß die Kinder andern zu erziehen gegeben werden möchten, nicht statt, es wäre dann, daß in diesem letzten Fall implorant besser als bishero geschehen, darthun würde, wie ihm denn hievon zu sorgen obliegt, daß die Kinder bey der Mutter übel versorget wären, so ergeheth alsdenn auch hierin ferner was recht ist. B. R. W.

Rath dub.

Es hat zwar imploratin vorgeben wollen, als ob die im getrof-

troffenen Vergleich determinirte Stücke und Posten, so sie binnen 3. Wochen denen Vormündern auszuliefern versprochen, nicht allzusicher bey den Vormündern, als welche unbemittelt wären, seyn, mithin eben so sicher bey ihr verwahret und aufgehoben würden, als bey den Vormündern, und dannenhero diese zusehends schuldig wären, darzuthun, wozu sie das Geld employiren wolten, wie sie denn auch verlangete, daß, (weil ohndem der eine Vormund Hefeler ihr nicht alzurichtig schiene, und derselbe auch von freyen Stücken sich offeriret, daß er von der Vormundschaft gern abstehe und dieselbe einem andern überlassen wolte) eine Veränderung hiervon getroffen und ein ander Vormund nebst ihr constituiret werden möchte, so viel aber die Hausmiethe beträffe, wäre nicht so wohl sie als ihr isiger Mann Zacharias Luddeke, der bis in die letzte Stunde die Wohnung dargin gehabt, dieselbe zu zahlen schuldig, oder zum wenigsten hätte sie die *exceptionem ordinis* vorzuschützen, und vermeinet auch ferner, daß ihr nicht könnte zugemuthet werden, die Schuld-Bücher völlig zu extradiren, sondern wäre genug, wenn sie dieselbe *ad statum legendi* den Vormündern vorzeigete, zumal sie auch noch meist alle Schriften in Händen hätten.

Diemeil aber dennoch einmal die imploratin bey *Constitutio-Rat. decid.* rung der Vormünder mit concurriret, und keine wichtige Ursache anführen können, weswegen der eine Vormund absonderlich Hefeler suspect seyn solte, mithin es unverantwortlich und den Pupillen selbst präjudicirlich seyn würde, wenn auf der imploratin bloßes Vorstellen, da sie sich etwa mit den Vormündern nicht vertragen könnte, die Vormünder verändert werden solten, und den Vormündern nicht mag verdacht werden, wenn sie der Pupillen bestes suchen, und dasjenige, so den Pupillen gehöret, von der Mutter fordern, zumal in solchem Fall, da die Mutter zu der andern Ehe geschritten, die Rechte keine gar zu gute *præsumtion* vor die Mutter haben *l. lex quæ tutores 22. in f. C. de admin. tutor.* Folglich die Mutter unter dem Prätext als ob sie eben so sicher bey ihr wären, die libellirte Posten nicht behalten mag, überdem auch sie zu Auslieferung derselben *vi specialis pacti & transactionis* verbunden, und also um destoweniger diese Güther in Händen behalten kan,

wie denn so wenig der Vorwand; daß sie als Mit-Vormünderin müsse consideriret werden, etwas helfen mag, quippe cum mater secundo nubens tutelæ incapax fiat. *Nov. 94. cap. 2. in f.* als sie auch anieho aus eben dem fundamento prætendiren kan, daß sie bey Constituirung eines neuen Vormundes als Mit-Vormünderin möchte gesetzt werden, im übrigen die Bezahlung der Miethe auf ihren Mann nicht schieben kan, als welche sie selbst principaliter abzutragen in dem Vergleich versprochen, und also principalis debitor est, ubi non potest provocare ad ordinis beneficium, auch sonst im geringsten mit Bestande rechten nichts vorzuwenden gewußt, warum sie die Schuld-Bücher zu extradiren nicht sollte verbunden seyn, da vielmehr sie hierzu theils der Vergleich adstringiret, theils auch die Schuld-Bücher vornemlich die Pupillen angehen, folglich den Vormündern zu treuen Händen ausgehiefert werden müssen, quippe quibus administratio injuncta est, und doch solche administration nicht völlig ohne besagte Schuld-Bücher verrichtet werden mag *arg. l. 5. §. 6. de admin. tutor.* sondern als ein vornehmstes Stück der administration anzusehen ist, und endlich was die Vormünder wegen der üblen education ihrer Pupillen vorgebracht, und daß dieselbe von der Mutter genommen, und andern zu erziehen gegeben werden möchten, gebethen, nicht so fort darinnen verfahren werden, sondern nachdem der Mutter die educatio einmal anvertrauet, zuorderst noch besser untersuchet werden muß, ob auch hierin eine Veränderung zu treffen, ja nach den Rechten dieser Punct einer eigenen und besondern Cognition bedarf. *l. 1. §. 2. ubi pupill. educ. deb. l. 8. ff. eod.* Also sind wir auf vorgesezte Weise zu erkennen bewogen worden.

An pupillas
tutori operas
præstare teneatur?

§. III. Alias educatio pupillorum quoque censetur pars tutelæ *Coler. de alim. l. 1. c. 13. n. 124.* adeoque, si mater vel avia non adsit, etiam tutor ipse educationem suscipere tenetur, non ut de suo aliat, sed de pupilli bonis *l. 3. §. 6. b. f.* Ex quo per se fluit, quod pupillus, si educatur a tutore, non teneatur ei operas præstare, quia alioquin esset alendus sumtibus ipsius tutoris *Coler.*

ler. de alim. lib. 2. c. 6. n. 19. Huc collineat *gl. ultim. in f. 13.*
Landrecht art. 15. ubi dicitur: Niemand ist bey seiner eigenen Un-
 kost einem andern zu dienen schuldig. Quod si tamen pupilla
 operas ancillares tutori praestitisset, hic impensas in educatio-
 nem factas, cum operis praestitis compensare obstructus foret.
 Id quod *Coler. cit. n. 5.* sequenti responso, quod hanc senten-
 tiam illustrat, confirmat: Ist euer Weib, da sie nur 5. Jahr alt
 gewesen, und von ihrer Wäterlichen und Mütterlichen Erbschaft
 270. Fl. und etliche Groschen bekommen, von und bey ihren Bluts-
 Verwandten und Vormündern unterhalten, die sie denn 2. Jahr
 ohne Unkosten erzogen, hernach aber in die 13. Jahr 12. Fl. Kost-
 geld angeschrieben, also und dergestalt, daß, nachdem ihr sie nun-
 mehro geehliget, und die Rechnung von Vormündern gefodert,
 er in die 200. Fl. Kostgeldes von ihrem Erbtheil abzuziehen, und
 euch allein die übermaß als 70. Fl. zuzustellen vermeynet, welches
 ihr euch zum höchsten beschweret, und sonderlich weil euer Weib
 wie eine Dienst-Magd, der man jährlich 4. Fl. zum Lohn giebt, alle
 Haus-Arbeit bey ihm thun und versehen müssen, so ist der Vor-
 münder nach Gelegenheit dieses fals solche Unkosten zu fordern oder
 eurem Weibe von ihrem Erbtheil abzuziehen nicht befugt, oder
 aber dagegen gebühlichem Zins, so die 270. Fl. von Jahren zu
 Jahren tragen, und was nach Richterlichen Erkenntniß euer
 Weib wegen ihrer jährlichen Arbeit hätte verdienen können, zu
 entrichten, und euch wegen eures Weibes zu vergnügen schuldig.
 B. R. W.

§. IV. Ipse modus educandi adornandus est se- Modus edu-
 cundum facultates & dignitatem pupillorum, & tu- candi.
 tiffimum est, magistratus determinationem requirere
l. 2. §. 3. ff. b. r. Et cum tutor non rebus dantaxat, sed
 etiam moribus pupilli praepnatur, imprimis merce-
 des praepceptoribus, non quas minimas poterit, sed
 pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium con-
 stituere debet. *l. 12. §. 3. ff. de admin. & peric. tutor.* Patris
 loco enim sunt tutores, & proinde ejus officium im-
 Kk kk 3 ple

plere & sollicitam curam & inspectionem in ipsam educationem habere debent, in specie autem ut pupilli ad veram ducantur morum probitatem, verumque DEI cultum, unde non dubium est, quin tutor quoque eo nomine teneatur & ut suspectus removeri possit, si educationem pupilli in tantum neglexerit, ut hic non modo nihil addidicerit, ex quo postea alimenta sibi quærere possit, sed & insuper ad pessimos mores ab ipso tutore fuerit seductus. Atque hæc cura circa educationem in statutis locorum inprimis tutoribus iungitur, cujus nomine proinde quoque rationes magistratui reddere tenentur, quamvis id forsitan rarius fiat. Imo si ulla ex causa tutores ut suspecti essent removendi: id inprimis ob neglectam educationem pupillorum fieri deberet; utpote ex qua damnum sæpe irreparabile ipsi reipubl. pariter & Ecclesiæ infertur.

TIT. III.

DE TUTELÆ ET RATIONIBUS DISTRAHENDIS ET UTILI CURATIONIS CAUSA ACTIONE.

§. I.

De usu hujus
tituli genera-
tim.

Agitur in hoc titulo de duplici actione (1) tutelæ (2) de rationibus distrahendis, quæ pœnalis in duplum est. De prioris usu hodierno nemo forsitan dubitabit, cum rationum reddendarum necessitas hodie æque incumbat tutore, sicuti jure Romano, nisi quod pauca quædam novo jure sint immutata, de qui-

quibus postea agendum. Sed major ratio dubitandi est de altera actione, cujus usum non omnes æque agnoscunt.

§. II. De jure Romano omnes omnino tutores ex quasi contractu seu ipsa tutelæ administratione obstricti erant ad rationes reddendas cujuscunque generis essent, adeo ut nequidem matres a reddendis rationibus immunes reperiantur. Sed de jure Saxonico id indistincte afferi nequit, quippe quo tutores legitimi, qui simul pupilli hæredes erant, a rationibus reddendis immunes erant. Sic enim *lib. 1. art. 23.* disponitur: **Es ist auch oft einer allein der Kinder Vormund, und ein ander ihr Erbe. Wo aber der Kinder Vormund auch Erbe mit ist, so darf er niemand des Kindes Guth nicht berechnen, noch Bürgen setzen.** Fidejussores enim maxime necessarij sunt in securitatem pupillorum, ut res eorum salvæ sint, de qua potissimum postea ex rationibus redditis constat. Et hoc adeo verum erat, ut si extraneus tutor esset, hic hæredi pupilli quotannis rationes reddere teneretur, quippe qui usumfructum illorum bonorum interim habuisse videtur. Ita enim ibidem disponitur: **Dem aber, so des Kindes Erbe ist, soll sein Vormund von Jahr zu Jahr des Kindes Guth berechnen, und ihm das gewiß machen, daß ers ihm zu Unpflichten nicht verthun soll, dieweil das Kind zu seinen Jahren noch nicht kommen ist.** Talis tutor itaque fidejussores præstare debebat, cum rationibus reddendis esset obnoxius. Legitimus vero, qui simul ejus hæres erat, finita tutela, simpliciter bona pupillo restituebat, nec de fructibus perceptis aut percipiendis rationes reddebat: quod si vero integram sub-

Jure Saxonico antiquo non omnes tutores rationes reddunt.

substantiam bonorum reddere haud poterat, tunc demum docere debebat, hoc ipsum, quod substantiæ deerat, in usum pupilli versum fuisse. Huc collineant verba ejusdem articuli: *Wo die Söhne binnen ihren Jahren seyn, ihr ältester ebenbürtiger Schwerdtmag nimmt das Heergewette alles zu sich, und ist der Kinder Vormund daran, bis sie zu ihren Jahren kommen, so soll ers darnach ihnen wiedergeben, und darzu alles ihr Guth, er könne denn berechnen, wohin ers in ihren Nutzen gethan habe, oder daß es ihm raublich oder von Unglück und ohne seine Schuld abgangen wäre.* Cum itaque mater jure Saxonico proxima hæres est, das Erbe fällt der Mutter in den Schooß, inde Jcti Saxones extra Electorum communiter statuunt, matri tuerici usumfructum in bonis liberorum competere, eamque propterea rationibus reddendis non esse obnoxiam. *Berl. P. 2. concl. 12. n. 12.* Cum vero de hac quæstione Jcti Saxones inter se mirifice dissentiant, inde quid hac de re in praxi obtineat, supra jam *tit. de Usufruct. §. 14. & tit. de pecul. §. 8.* plenius evolvi, & ostendi, hodie ad minimum consuetudinem hanc non ita notoriam esse, ut tuto ei fidere possimus, quamvis forsitan antiquitus in Saxoniam ex ratione adducta hæc satis expedita fuerit, uti etiam docet *Gloss. Latin. ad cit. art. 23. lit. K.*

Quid jure novo Saxonico hac de re cautum sit?

§. III. Postquam vero juris Romani doctrina in foris Saxonis sensim invaluit, quæ plane ab antiqua juris Saxonici dispositione diversa est, adductus textus juris provincialis Saxonici mox in alium trahi sensum coepit, ut eo magis cum jure Romano conspiraret. Plures enim hunc ita intellexerunt, ut quidem extranei tutores quotannis rationes reddere tenerentur, non autem legitimi, quippe quibus demum finita tu-

te-

tela rationum redditio incumberet, quem in sensum etiam hunc textum interpretatur Richter *p. 1. decision. 13. n. 23.* Alii tamen hic contradixerunt, uti constat ex *consult. constit. Saxon. t. 1. p. qu. 54. t. 2. p. q. 72. add. Berlich. p. 2. concl. 12. n. 5. seqq.* Ubi seriem hujus controversiæ refert. Huic controversiæ ut Elector Augustus finem imponeret in *p. 2. constit. 11.* ita disposuit: Es ist nach Sachsen = Recht ein Zweifel gewesen, ob die tutores testamentarii & darivi nicht weniger als die legitimi jährliche Rechnung zu thun schuldig, und ob nun wohl diesem also, dieweil aber Dennoch bis anhero obberührtes Sachsen = Recht auf alle Vormünder ohne Unterscheid durch den Brauch aus gleichen Ursachen extendiret und erstreckt worden, und damit darinnen fortan destomehr Gewisheit erhalten, so ordnen und setzen wir solches hiermit and Kraft dieser Constitution und wollen, daß alle Vormünder ohne Unterscheid, jährlich ihrer Verwaltung halber Rede und Antwort geben, auch gebührlige Rechnung thun sollen. Cum itaque hæc constitutio indistincte ohne Unterscheid, uti dicitur, omnes tutores quotannis ad rationum redditionem adstringat, inde Mollerus *ad cit. constit.* jus antiquum Saxonicum per illam correctum esse censuit. Sed Carpzovius *ad cit. constit. def. 3. & Berlich. P. concl. 12. n. 12.* distinkere inter tutorem legitimum heredem, & eum, qui talis non est; priori casu jus vetus Saxonicum adhuc obtinere, constitutionem vero tantum ad alterum casum pertinere censentes, cum constitutio nova non trahatur ad casus speciales in jure antiquo comprehensos. Quamvis vero, uti §. 2. ostendi, jus antiquum tutorem heredem plane absolverit a rationibus reddendis, per interpretationem tamen usualem eo deventum est, ut tutor heres non singulis annis, sed finita demum tutela rationes reddere teneatur, quæ sententia etiam in Saxonia

nia usu recepta est, utut forsan a jure antiquo Saxonico & constitutione prædicta recedere videatur.

Dominus feudi quoque rationibus reddendis olim non erat obnoxius.

§. IV. Simili modo olim dominus feudi tutor pupillorum existens, de fructibus feudi rationes reddere haud cogebatur, quia fructus feudi interim suo jure percipiebat, dum olim intra tempus pupillare feudum domino aperiebatur, eadem ratione ac feuda ecclesiastica, mortuo prælato, quorum reditus Imperator *jure regalium*, prout loquuntur, percipiebat, cui postea renunciare debuit. vid. Meibom. tom. 3. rer. Germ. P. 187. confirmatur utroque jure tam *provinciali* quam *feudali* Saxonico, & quidem illo *lib. II. art. 58.* ita cautum est: Arbeitet ein Herr oder ein Mann von seinen wegen Garten oder Baumgarten, oder Weingarten, die zu dem Lehn gehören, und beschicket sie bis auf Urbans Tag und hat sich denn 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, aber nicht die Stuppeln noch die Weinstauden, wenn sie stehen in der Erden und sind zun Weinstäben gebunden. Er mag auch nicht des Kindes Holz lassen hauen, noch Grass machen, wenn sich das Kind bejahret hat. Jahret sich aber das Kind vor dieser Zeit, der Herr hat verlohren seine Arbeit, die er an das Guth geleyet hat, und das Kind gilt ihm nicht. In Jure Saxon. feud. *art. 26.* plenius idem confirmatur, ubi inter alia dicitur: Der Herre ist jemer des Kindes Vormunde an dem Guthe, daß es Kind von ihm hat, dieweil ers angevelle und verliehen hat. Und soll das Geld des Gutes nehmen, bis das Kind zu seinen Jahren komme. Vocabatur hoc olim *custodia feudalis*, Angevelle, de qua Saxo *cit. l.* Angevelle ist nich ein Lehn-Recht noch nich ein Bolge an das Lehn h. e. prout optime interpretatur Schilt. ad C. SS. *jur. Allem. feud. in custodia feudali non est jus feudi, nec successionis aut renovacionis impetranda a domino feudi, sed jus tantum domini percipiendi fru-*

fructus. Plura de hac custodia feudali habet Langius in glossar. voc. *custodia pupillorum*, ubi præter jus Saxonicum etiam Normannorum consuetudines adducit, unde in Anglia quoque hæc tutela feudalis nota est, uti quibusdam testimoniis ostendit prælaudatus Langius & illustrat Schilt. *in comm. ad C. S. S. jur. allem. feud. §. 1. seq.* Verum hodie hæc custodia feudalis est incognita, adeoque nec dominus feudi, tutor pupillorum vasallo- rum existens, amplius interim fructus percipit, adeoque pronò alveo inde fluit, quod teneatur quoque de iis rationes reddere, uti quilibet alius tutor. Berlich. *P. 2. concl. 12. n. 9.* Richt. *decis. n. 22.* Schilt. *tit. 1. §. 3.* Carpz. *P. 2. C. 11. def. 1. n. 6. 7.* ubi inter alia ita: *Neque hodie domi- nus feudi magis, quam alius quicumque tutor, durante pupilli pubertate fructus feudi suos facit, sed tenetur actione tutela de fructibus totius temporis, donec ejus administratio dura- vit, pupillo rationem reddere, non aliter atque de bonis allodialibus fieri solet.* Conf. Treutl. *vol. 2. def. 9. tb. 5. lit. b. in f.*

§. V. Notabilis vero diversitas inter jus civile ^{Quomodo ho-} & hodiernum in eo occurrit, quod ejus quidem tutor ^{die rationes} non teneatur rationes reddere, nisi finita demum tu- ^{sint reddendæ?} tela *l. 4. pr. l. 9. §. 4. ff. b. r.* cum vero hoc ipsum in detri- mentum pupillorum cederet, quod tutores rationi- bus quotannis non redditis, diutius grassandi in re fa- miliari facultatem haberent, hinc jure Canonico con- stitutum est, ut tutores singulis annis administratio- nis suæ rationes redderent, *elem. quia contingit. 2. §. 1. de relig. dom.* quod ipsum pragmatica quoque sanctione im- perii corroboratum est. Nam in *Reform. polit. de anno 1548. rubr. von Pupillen x.* injungitur tutori, ut quot- annis rationes reddat, sed non aliter quam **auf Forde- rung**

rung der Obrigkeit. Sed cum hoc modo non satis con-
 sultum esset pupillis, in *Ordin. polit. de anno 1577. tit. 32.* ple-
 nius constitutum est: **Daß ein jedweder Vormund**
jährlich nicht allein auf Erforderung der Obrigkeit, son-
dern auch selbst vermöge seines anbefohlenen Amts auch
geleisteten Pflichten und Eides gebührliche Rechenschaft
anbieten und thun, um seine Verwaltung Rede und
Antwort geben solle. Vigore hujus constitutionis
 tutor quivis ultro, etiam non requisitus, se offerre de-
 bet ad rationes reddendas, *Carpz. p. 2. c. 11. def. 2.* Heeser.
de ration. redd. loc. IV. n. 17. seqq. adeo ut, si illas non obtu-
 lerit & reddiderit, pupillo ad interesse obligetur, cum
 dies interpellat pro homine, & ita statim singulis an-
 nis tutor in mora constituitur. *Escobar. de rat. c. 6. n. 88.*
 Idem quoque variis aliis constitutionibus locorum
 corroboratum est, nam de Saxoniam jam supra asserui,
 quod Augustus Elector *p. 2. c. 11.* constituerit, ut quot-
 annis tutores rationes reddant. Utrum autem hoc
 jure sponte, an vero requisiti rationes reddere tene-
 antur, in *dist. const.* non determinatur, adeoque quia
 illa ante *Ordin. polit. de anno 1577.* condita est, existimat
 Berlich. *p. 2. concl. 12.* illam secundum tenorem *reform.*
polit. de an. 1548. esse intelligendam, ut demum rationes
 reddere teneatur **auf Forderung der Obrigkeit.** Verum
 cum postea in *Ordin. pol. cit.* hoc correctum sit, merito
 quoque in Saxoniam hoc obtinere debet, teste *Carpz. P. 2.*
C. 11. def. 2. Jure Lubec. in hoc casu nihil adversum con-
 sultum est, sed quoties tutores ad rationes reddendas
 citantur, comparere coguntur *Mev. ad lib. 1. jur. Lubec.*
tit. 5. art. 11. n. 22. quamvis, ut sponte & non requisiti
 rationes offerre teneantur, non expressum sit. In
Ordin. polit. Magdeb. c. 43. §. 32. hic quaedam immutatio
 fa-

facta legitur, quippe distinguitur inter tutores nobiles & ignobiles hoc modo: Und soll ein ieder Vormund in den Städten und andern Untergerichten nach Ausgang des Jahrs sich bey seiner ordentlichen Obrigkeit melden, und seine Rechnung abhören lassen, bey einer nachmahfften Straffe, die nach Ermessigung derselben Obrigkeit denen säumigen aufzulegen, und einzubringen, und da die Stadt-Gerichte und Beamten oder andere Bedienten die Vormünder hieran hindern oder aufhalten, sollen dieselbe nicht weniger selbst dafür zu stehen schuldig seyn. Haftenus de tutoribus ignobilibus; sequitur de nobilibus: Die Adel. Vormünder sollen längstens alle zwey Jahr sich bey unser Regierung melden, die Rechnung einschicken, um Commission zur Abnahme derselben ansuchen und darzu gewisse Commissarien vorschlagen. Quinetiam ubi tutores adhuc jurare tenentur, eorum juramentis quoque hæc clausula inferi solet, quod quotannis rationes reddere velint. Harmoniam aliorum plurimorum Stat. adducit Henr. Gieseb. *in peric. Stat. II. ad art. n. 167.* Dolendum interim est, quod saluberrima hæc constitutio imperii tot Statutis confirmata in multis locis negligatur & usua non servetur, prout observat Hahn. *ad Wes. rit. de tut. n. 5. voc. id tamen in genere,* quæ tamen promptius in usum deduci posset, si tutores negligentes debita coercerentur pœna, quod tamen cum damno pupilli iterum negligi solet, præsertim cum pragmatica sanctio nullam in negligentes pœnam statuerit, quam proinde augustissimus legislator in *Ordin. polit. Magd.* adjungendam esse existimavit.

§. VI. Atque hæc indubie obtinent in tutela privatorum. De matre illustri tutrice vero merito dubitatur, utrum hæc quoque quotannis ad rationes red-

*An mater illu-
stris itidem*

*singulis annis
ad rationes
reddendas te-
neatur?*

dendas, obstricta sit? Quod merito negandum, cum ipsi ob solum amorem, quem erga liberos præ reliquis agnatis habere præsumitur, tutela deferatur, cui accedit inprimis ratio Status & provinciarum, quæ sæpius exigit, ut illa non detegantur, quæ in privatis detegi illorum utilitas prohibet, cum frequentiore rationum redditione vires & defectus ducatum & principatum manifestentur, quos tegere summa necessitatis ratio & filii impuberis salus requirit. Equidem Besold. *in thes. pract. sub voce Vormünder* eo usque progreditur, ut putet, tutores illustres a rationum redditione immunes esse, cui sententiæ tamen ipsa tutoria, supra *tit. de confirm. tut. exhibita*, reclamant, utpote in quibus matres aliique tutores illustres sub hac conditione confirmantur, ut rationes administrationis suæ reddant, quamvis cum cameræ redituum cura proventuum sit demandata, hæc primario adigenda sit ad rationes reddendas, quæ etiam a matre tutrice quotannis ab ejus administratoribus exigi potest. Exemplum matris illustris, cui rationum redditio injuncta, habet Seraphin. Oliva Razzal. *decis. 1473.*

Inde plures leges hodie applicari non posse ostenditur.

§. VII. Ex hac diversitate utriusque juris conclusiones nonnullæ juris Romani quoque hodie amplius applicari nequeunt. Sic in *l. 4. §. 3. b. t.* Paulus ita ait: *Cum furiosi curatore non tutela sed negotiorum gestorum actio est: qua competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutela actione, dum impubes est is, cujus tutela geritur, constitutum est.* Curatela furiosorum non ita certo tempore finiebatur, uti pupillorum, sed per longum temporis spatium trahi poterat, & ita inconveniens, imo cum summo furiosorum damno con-

jun-

junctum videbatur, rationum redditionem demum finita hac curatela exigere. Hinc constitutum est, talem curatorem etiam durante curatela conveniri posse, quod tamen non actione tutelæ, sed alia; negotiorum gestorum scilicet, expediendum erat. Ratio diversitatis hæc erat, quia actio tutelæ, tantum finita tutela institui, & ita hic applicari non poterat; sed negotiorum gestorum quandocunque. Cum vero hodie actio tutelæ etiam durante tutela institui possit, non necesse amplius est, ad actionem negotiorum gestorum recurrere, sed tutelæ actio hoc casu sufficit. Unde non de levissima culpa curator talis conveniri potest, quod tamen fieri posset, si actione negotiorum gestorum esset conveniendus. Neque enim, quod *l. 9. §. 4. b. r.* asseritur, hodie amplius absurdum reputatur, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat. Similiter ex principiis juris Romani colligebantur Icti, tutorem, qui desierat, & rursus cœperat talis esse, ex pristina administratione conveniri posse, quæ semel finita fuerat *cit. l. 9. §. 4.* Dubium tamen sibi movet Jctus, quomodo hoc casu agi possit? Nam, inquit, *si solus tutor est, utique secum ipse non aget, sed vel per specialem curatorem conveniendus est: vel pone eum contutorem habere, qui possit adversus eum judicem accipere, ex qua causa cum eo tutelæ agi potest.* Scilicet rationes olim non reddebantur a tutoribus, nisi per solennem actionem ad hoc provocarentur, adeoque dubium erat, quis hoc casu agere posset? Sed hodie hoc dubium facilius dissolvi potest, cum ipsimet tutores quotannis, etiam non requisiti, rationes reddere teneantur, adeoque eo nomine actio non sit instituenda. Quod si vero desint suo officio, prout communiter fieri solet, ne sic quidem

Hodie quotannis sollemnis actio tutelæ non est necessaria.

dem durante tutela, solennis actio tutelæ est necessaria, sed rationes reddere jubentur, *auf Forderung der Obrigkeit*, adeoque a magistratu ex officio ad hoc citari possunt. *Mev. ad jus Lub. cit. l. vel per mandata sine clausula rationum redditio a magistratu iis injungitur Mev. P. 3. decis. 12.* cum ea, quæ officii cujusquam sunt, in genere per talia mandata injungi possint, id. *p. 2. decis. 330. n. 3.* Ulterius in *l. ead. §. 5.* Ictus pergit: *Si tutori curator sit adjunctus, quamvis suspecto postulato non cogetur tutela judicium tutor suscipere, quia tutor maneret.* Imo hodie quando suspectus postulatur, etiam tenetur tutelæ judicium accipere, cum rationibus redditis & excusis, optime omnium constet, qua fide tutelam gesserit. *Pom. in l. 16. b. t.* hæc conclusio deprehenditur: *si cum adhuc tutore ex stipulatu agatur vel cum his, qui pro eo inter- venerunt, erit dubitatio, an, quia tutela agi non potest, nec ex stipulatu (quod forsan tutor cavet, rem pupilli salvam fore) agi possit? Et plerique putant, etiam hanc actionem propter eandem utilitatem differendam, scilicet ad tempus finitæ tutelæ, prout in l. 1. ff. rem pup. salv. fore hoc declaratur.* Hoc expeditum est, fidejussores non antea posse conveniri, quam contra tutores agi possit. Cum vero hodie quotannis tutores adigi queant ad rationes reddendas, non differtur amplius actio contra fidejussores, uti olim.

An hodie pater ex tutela filii fam. de peculio conveniri possit?

§. VIII. Cum de jure Romano patres ex contractu vel quasi liberorum obligarentur peculiotenus, inde etiam hæc actio tutelæ contra patrem ex administratione filii familias locum habebat. Sic enim Ulpianus in *l. 6. b. t. si filius familias tutelam administraverit, et liberatus patria potestate dolo aliquid fe-*

fecerit, an actio tutela patrem quoque hoc nomine teneat, quaeritur. Et aequum est, ut eum duntaxat dolum pater praestet, qui commissus est ante emancipationem filii. Erant apud Romanos peculia liberorum frequentia, & consequenter saepius haec quaestio moveri poterat. Cum vero postea solum peculium profectitium pristinam retinuerit naturam, ut ratione ejus tantum pater conveniri possit, haec vero apud nos admodum rara sint, actio ipsa quoque de peculio vix hoc casu in foro occurreret. *vid. tit. de pecul. §. 3. seqq.* Idem iudicium formandum de simili decisione in *l. ii. ff. b. r. si filius familias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus, remanere eum tutorem* Julianus ait: *Et cum pupillus adoleverit, agendum cum eo ejus quidem temporis, quod est ante emancipationem, in quantum facere potest: Habebat enim hoc casu filius liberatus a patria potestate certo modo beneficium competentiae, prout ad tit. quod cum eo qui in alien. potest. plenius ostensum est, cujus tituli praxin tamen §. ibidem in dubium vocavi, ut ita haec decisio l. ii. hodie quoque sua applicatione careat. Sed pergit JCtus: ejus vero, quod post emancipationem in solidum tenetur, quia jam sui juris fuit, quod hodie indistincte dicendum est, ut ex jam dictis constat. Quid vero de patre dicendum? JCtus ait: cum patre vero tantum de peculio (agi potest) manere enim adversus eum, etiam post pubertatem, de peculio actionem, neque enim ante annus cedit, intra quem de peculio actio detur, quam tutela fuerit finita. Olim videlicet soluta potestate tantum intra annum actio de peculio in patrem dabatur §. i. quand. de pecul. act. ann. est, unde hoc casu quaerebatur, a quo tempore annus inciperet? Scilicet quo tutelae agi posset, h. e. finita tutela: quod si itaque hujus actionis de peculio hodie magnus usus esset, merito dubitan-*

Contin. III.

Mm mm

dum

dum hodie foret, utrum annus demum finita tutela cederet, cum hodie singulis annis rationes a tutore exigi possint.

Arbitri consi-
tuendi sunt ad
rationes excu-
tiendas.

§. IX. Sicuti vero ante dixi, sapius negligi a tutoribus solere rationum redditionem, singulis annis faciendam; ita *ex accidente* contingit hodie, ut *fnita tutela*, imo *ipsa curatela* quoque, utpote quæ hodie in plerisque locis continua serie exercentur, actio hæc institui a majorennibus debeat, quo ipso omnia fere in usum revocantur, quæ jure Romano de hac actione tradita sunt. Primarium caput hujus actionis est, ut rationes a tutore vel curatore dentur, inde arbitraria quoque est, & *arbitrium tutelæ* dicitur. Inde fluit, quod arbiter peti a magistratu ordinario possit rationibus excutiendis *l. 53. de judic.* Imo si vel maxime nequidem arbiter petatur, judex tamen ex officio secundum naturam hujus actionis eum potest constituere *l. 5. in f. de manumiss.* cum rationes non rectius possint examinari & excuti, quam coram commissariis ad hoc deputatis, adeoque judex haud attendere debet, si vel maxime partes petierint, ut ipse judex examen rationum instituat. *Mev. p. 2. decis. 123.* Solent enim ut plurimum, præferim si rationes multorum annorum sunt justificandæ, infiniti defectus allegari, de quibus singulis, si litigantes inter se contendunt, processus in ambiguitatem intricabilem deducitur, unde reduci tamen aliter nequit, quam si negotium hoc commissariis demandetur. Unde cum ante sexennium acta, rationes tutelæ concernentia, ad nostram Facultatem transmitterentur, ut de singulis defectibus, numerum duorum millium fere excedentibus, pronunciarem, remissa causa fuit cum sententia hujus tenoris: **Das vor allen Dingen**

ge.

gewisse Commissarii ex officio zu dieser Sache zu verordnen, vor welchen die ad acta gegebene Rechnungen zu justificiren, die angegebene defectus ohne Weitläufigkeit abzuthun, diejenigen aber, so altioris indaginis sind, zum absonderlichen Verfahren auszusetzen sind. Atque hæc quoque praxis est plerorumque locorum. De praxi Lubecensi attestatur Mev. ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 11. n. 20. ubi ita: *apud nos ex barum civitatum consuetudine deputati sunt ad ventilandas rationes aliqui ex senatorum numero, quos magistros pupillorum seu Wäysen-Männer, oder Wäysen-Herren, vocamus.* Conf. Henricus Giesebertus in *peric. Stat. 11. art. 14. n. 225.*

§. X. De foro autem reddendarum rationum admodum inter Dd. disputatur, adeoque quid in praxi obtineat, inquirendum est. Quod in loco gestæ administrationis rationes exigi possint, non adeo dubium habet, sed id maxime in quæstione est, an tantum in eo instituenda sit hæc actio; an vero etiã in foro domicilii moveri possit? Quidam arbitrariam hanc esse quæstionem judicant, ita ut arbitrio judicis commissum esse videatur, quo loco rationes reddi debeant, per l. 112. §. 3. ff. de condit. & demonstr. Menoch. de arbitr. jud. quæst. cas. 463. n. 1. 2. quod quidem de servo ibidem asseritur, vix autem ad liberos homines applicari potest. Unde alii regulæ generali insistent, quod tutor tam in foro domicilii, quam gestæ administrationis, conveniri queat, cum illud concurrat cum omnibus aliis foris specialibus. Vultejus ad l. 2. C. de jurisdict. n. 10. Donellus lib. 17. c. 14. ibique Hilliger. lit. K. Vinnius partit. jur. lib. 3. c. 10. Dn. Cocceius diff. de fundat. in territor. potest. tit. IV. §. 8. Ab his tamen plerique recedunt, existimantes, tutorem duntaxat in foro administrationis

An hodie præcise in foro administrationis rationes sint reddendæ?

gestæ conveniri posse, per *l. 1. C. ubi de ratiocin. ubi dicitur, eum, qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi hæc gessit, rationem oportet reddere, & Paulus in l. 54. §. 1. de procur. Tutores, qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco & defendi debent. conf. l. 45. de judic. l. 36. §. 1. eod. l. 19. §. 1. eod.* Ibi enim, ubi gesta est administratio, instructio adest sufficiens, & plenius rationes possunt justificari, quam alibi. Atque hæc sententia in praxi adeo applausum meruit, ut per *decis. Elect. Saxon. 36.* corroborata fuerit, ubi præmittitur dissensus Dd. de hac quaestione: *Also ist des Orts halber, wo dieses alles geschehen soll, unter den Rechts-Gelehrten Zweifel entstanden, indem theils dafür halten, daß ein jeder vor dem Richter, wo er sich wesentlich aufhält, nach den bekandten Rechts-Reguln, belanget, und also der Vormund auch seine Rechnung in loco domicilii ablegen müste. Andere aber darauf bestehen, daß der Vormund die Rechnung an den Ort, wo er die Vormundschaft verwaltet, allein und nirgends anderswo abzulegen verbunden wäre, quæ sententia etiam ibidem confirmata est. Conf. Carpz. lib. 11. resp. 33. Mev. p. 2. decis. 298. Unde & evocationem per literas subsidiales ex alieno territorio licitam esse, decidit Mev. p. 7. decis. 392. & curatorem remittendum esse ad locum gestæ administrationis, statuit Hector Capyc. Latro p. 1. decis. 113. n. 4-5. De praxi præterea attestantur Richter. decis. 13. n. 21. Gratian. discept. for. 389. n. 9. Heeser. de ration. reddend. loc. 5. n. 2. seqq. Berlich. decis. 273. n. 65.*

De modo reddendarum rationum.

§. XI. Quod ad ipsum modum reddendarum rationum attinet, ille quoque hinc inde in jure instruitur, quem tamen ut hic eruam & explicem, instituti ratio non permittit, utpote qui tantum circa usum modernum legum Romanarum occupatus sum, quæ hic

hic a praxi non recedunt. Plene & distincte requisita in rationibus reddendis observanda exposuit Heeser. *cit. tr. loco VI. seqq. tibi loc. VIII.* optime monet, non nimis rigide & amare rationes esse excutiendas, ne scrupulosa sit nimirum rationum redditio, quod in primis Commisfariis attendendum, quibus hodie excussio rationum committitur. Rationibus redditis & liquido constituto, statim hodie agitur executive, exceptionibus tutoris altioris indaginis in reconventionem rejectis, veluti si exceptionem compensationis opponat, utpote cui in illiquidis non est locus.

§. XII. Quod si tutores quid abstulerunt ex bonis pupilli durante administratione, vel in rationes non retulerunt, datur contra tutores vel curatores actio de rationibus distrahendis ad duplum *l. 1. §. 21. seqq. b. t.* in quo etiam res ipsa continetur *l. 1. §. 2. b. t.* Concurrit hæc elective cum actione tutelæ, ita ut si altera actum sit, altera perimatur *l. 1. §. 21. b. t.* Imo utraque ex eodem fundamento nasci dicitur *cit. l. adeoque demum hæc finita tutela competit l. 1. §. f. b. t.* Cum itaque actio tutelæ singulis annis institui possit, idem quoque de hac dicendum videtur, modo constaret, adhuc hodie in duplum agi posse; Plerumque enim tali casu hodie tutor arbitraria pœna coerceretur, & quia ita de ejus perfidia constat, a tutela removeretur.

De usu actio-
nis de rationi-
bus distrahen-
dis.

TIT. IV.

DE CONTRARIA TUTELÆ ET UTILI ACTIONE.

§. I.

Nihil fere in hoc titulo occurrit, quod in praxi non obtineat, nisi quod de eo dubitari possit, an etiam

De usu hujus
tituli.

M m m m 3

hodie

hodie huic actioni locus sit durante tutela vel cura? De jure Romano in *l. 1. §. 3. b. t.* ita cavetur: *Finito autem officio hanc actionem competere dicimus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit*, cujus decisionis ratio hæc est, quod directæ quoque antea non competat. Cum vero hodie, prout tit. antec. ostensum est, singulis annis rationes exigì possint, dubium non leve occurrit, annon quoque tutor durante tutela hanc movere possit. E- quidem in *Reformat. polit.* quoad hanc actionem nihil immutatum est, & sic videndum, an quoque in hac actio- ne eadem adsit ratio? quod recte negat Brunnemann. ad *l. 1. n. 6. b. t.* Non quod expensas ab eo in tutelam fa- ctas attinet, eas quidem in rationum redditione, quot- annis faciendæ, liquidare, & si a iudice approbatæ fue- rint, ex sequentis anni redditibus sibi solvere potest *l. 9. §. 5. & 7. de adm. & peric. tutor.* vel etiam in compensatio- nem deducere; at ut actionem hanc simul movere possit, inde non fluit; neque enim adest, contra quem agere possit, & quod in singularem favorem pupillo- rum receptum, non statim ad tutorem extendi potest. Imo si tutor existimat, sibi quid deberi a pupillo, potest se offerre ad rationes reddendas, & ita in illis expensas reputare & liquidare, ut nulla actione contraria ita opus sit durante tutela.

Tutores sala-
rium petere
non possunt.

§. II. Quamvis vero tutores indemnes sint præ- standi, ratione expensarum in tutelam factarum; sa- larium tamen hac actione exigere, aut in rationes re- ferre nequeunt. Nam in *l. 38. de Neg. gest.* satis no- tanter dicitur, quod tutores *gratuitam, integram & ab- stinentem omni lucro præstare fidem debeant*, & in *l. 58. pr. ff. de admin. & peric. tutor.* in genere cavetur, ne tutor ex tutela lucrum faciat. Sane si salarium petere posset, pau-

pauperi haud esset indultum beneficium, se excusandi a tutela, cum hac ratione per tutelæ administrationem suæ indigentia consulere posset. Huc quoque collineat dispositio *juris Lubec. l. 1. tit. 1. art. 14.* ubi ita: **Vormünder oder Besorger, sie seyn verwandt oder nicht verwandt, sollen vor ihre Vormundschaft oder Besorge keine Besoldung nehmen oder gewärtig seyn.** Conf. *Dn. Mollenbec. de salar. tut. & curat. c. 11. §. 1.* *Dn. Mencke de salar. tut. & cur. tb. 5.* *Carpzov. P. 2. C. 11. def. 40.* *Berlich. P. 1. decis. 134. n. 1.* *Schilter. exerc. 37. §. 177.* *Heeser. de ration. redd. loc. 11. n. 124.*

§. III. Non desunt tamen Statuta, quibus diversum ^{Nisi (1) Statu-} constitutum, & salarium tutoribus concessum est, quod ^{tis id permit-} nullam sane iniquitatem aut incommoditatem habet. ^{tentibus.} Nemini enim officium suum debet esse damnosum, & quamvis & hodie adhuc tutela recte dicatur munus publicum, hæc ratio tamen non obstat, quo minus salario aliquo id ipsum compensari queat, cum etiam munera publica salaria admittant. Imo ipsa negotia, sua natura gratuita, tamen admittunt honoraria, quæ bene de nobis merentibus recte tribuuntur. Proinde *Statut. Hamburg. P. 3. tit. 6. 20.* ita dispositum est. Ob wol das Pfleg- und Vormundschafts-Amt von gemeinen Rußens wegen auch un- derer armen Wänsen und Minderjährigen Noth und Wohlfarth willen nach denen gemeinen beschriebenen Rechten Gewinn oder bestimmte Belohnung, sondern vielmehr nur Bürde, Müß und Arbeit auf sich hat, dennoch weil disfalls von unsern Vorsah- ren aus vernünftigen Ursachen, und damit ein jeglicher hierzu so viel desto williger erfunden werden möchte, ein anders verord- net, so lassen wir es auch fortan bey solcher Verordnung blei- ben, daß nemlich bey Anhörung der Schluß-Rechnung ihnen, denen Vormündern, nach Gelegenheit der Arbeit und gehabter Müße, auch gestaltsam der Personen und der Kinder Vermögen eine

eine ziemliche Belohnung wiederfahre und gefolget werde. In *Reform. Francof. P. VII. tit. 13.* itidem tutoribus curatoribusve salarium concessum est his verbis: *Wiewohl Vormundschafften und curatelen solche Aemter sind, welche nach Ordnung der Rechten gutwillig und vergeblich sollen getragen werden, diemeil was einer anderer Leute Kindern thut und darinnen dienet, hernach etwa dergleichen auch seinen Kindern geschehen und gedienet werden muß; So lassen jedoch dieselbigen Rechte auch zu, daß nach Gelegenheit der Umstände derer Unmündigen und curatoren auch eine nahmhafter Belohnung von der Obrigkeit möge geordnet werden. Diemeil aber solches im Anfang, und ehe man wissen kan, wie mühsam die Vormundschafft sey, oder wie fleißig in derselben sich die Vormünder und curatoren beweisen werden, nicht wol zu thun, und derowegen bey uns bis daher gehalten worden, wenn ja zu Zeiten Vormünder oder curatores zu Endschafft ihrer Vormundschafft und cura umb Belohnung suppliciret haben mit Anziehung, wie lange und mühsam sie ihre Pflegschaft verwaltet, daß ihnen alsdenn dieselbe nach Befindung gestalter Sachen, und mit vorhergehenden Tax erkennet worden, so lassen wir es bey solchen auch nochmals bleiben. Idem fere disponitur in jure Bavarico tit. 5. art. 5. ubi simul subjicitur, daß die Vormünder bey Antretung der Vormundschafft solcher künfftigen Verehrung vertröstet werden sollen, quo nimirum alacriores reddantur ad subeunda onera tutelæ. In Republica Argenteratensi etiam præterea determinatum est, quid tutores quotannis accipere & petere debeant. Ita enim in der erwehnten Ordnung des Vogt = Gerichts hac de re disponitur: nnd damit ein Vogt seiner Mühe etlicher massen ergetet und bedacht werde, so soll man einem Vogte, ob er schon keine sondere Abmüß, Verseumnüß oder Arbeit mit seinen Vogt = Versohnen oder derselben Güter haben darff, nichts desto weniger jährliches ja nach Vermögen der Vogt = Versohnen und Rath ihrer Freunde und Verwandten eine Verehrung thun, benantl. wo das Guth unter ein hundert Gulden werth wäre,*

wäre biß an hundert Pfund oder mehr, dem soll man des Jahrs schencken zween Koppen und ein ganz viertel Weins oder einen halben Gulden davor. Ist aber das Guth 200 Pfund werth bis in 1000 Gulden, alsdenn soll man einem Vogt geben oder schencken, so gut als ein paar Hosen oder ein Gulden davor, und demnach einem von 1000. Gulden werth Guths einen halben Gulden bis an 6000. Gulden werth, oder wie viel sie darüber haben, so solle doch dem Vogt nicht mehr werden denn 6. Gulden gebührlich. *rc. conf. Ordin. prov. Wurtenb. tit. 40. ubi itidem salarium tutoribus indultum est.* Et hoc moribus Germaniæ maxime conveniens est, cum, observante Schilt. *in pr. jur. Rom. ex. 3. §. 11.* Franci, Saxones, Gothi, in universum omnibus tutoribus olim salaria constituerint, unde etiam jure Ditmarsico *art. 24.* idem constitutum est, uti docet Henricus Giesebert *in peric. Stat. 11. ad cit. art. ubi n. 299.* aliorum locorum statuta adducit.

§. IV. Verum etiam in defectu hujusmodi statutorum iudex *ex justa causa* quandoque salarium constituere tutoribus potest, *l. 33. §. f. de admin. & peric. tutor.* Præsertim cum hoc a moribus Germaniæ non abhorreat, de qua iudex arbitrabitur. Menoch. *de arbitr. jud. qu. cas. 512. n. 11. seqq.* Finckelth. *obs. 62. n. 25.* Huc pertinet (1) si tutor ejus conditionis sit, ut operas suas aliis locare soleat, & quotidie ex operis suis lucrum capiat. Berlich. *decis. 134. n. 45. seqq.* quo intuitu Advocatis tutoribus merito salarium constituitur. v. Lauterbach. *h. t. §. 6. n. 4.* (2) Si administratio tutelæ admodum diffusa & infinitis confusionibus obnoxia est, ita ut singularem laborem desideret. Brunnem. *ad cit. l. 33. n. 3.* Finckelth. *cit. l.* (3) quando tutor inopia laborat, pupilli autem satis divites sunt. Finckelth. *cit. l.* Heeser. *act. 1. n. 128.* quemadmodum enim tutor a tu-

Si (*) iusta causa addit.

Contin. III. N n n n te-

tela ob paupertatem se excusare potest; ita invitari ad susceptionem tutelæ potest, si hoc expedire pupillo visum fuerit. (4) si tutela sit illustrium personarum; in his enim receptum est, ut tutoribus illustribus alimenta ex bonis pupilli præstentur, uti docent Menoch. *conf. 28. n. 31. & 50.* Brunnem. *conf. 2. n. 160.* Surd. *de alim. tit. 9. qu. 44. n. 1.* Heeser. *cit. l. n. 133.* Mencke *de salar. tut. & cur. sb. 11.* Hoc tamen temperandum esse arbitrator, quatenus vel ipsi tutores illustres se conferunt in provinciam pupilli, vel consiliarios eo ad gerendam tutelam mittunt, ubi plerumque certi redditus annui, ad sustinendum onus administrationis zum *Unterhalt der Vormundschafts-Regierung* deputari solent. Inde quoque sine dubio matri illustri hæc alimenta non sunt deneganda, & quamvis dotalitio gaudeat, minime tamen illis privanda est commo lis, quæ ipsi ut tutrici debentur. *conf. Besold. in thes. pract. voc. Vormund. Jo. Leonh. a Pühl. de tut. elect. princ. c. 10. n. 112.* Mollenbec. *de salar. tutor. 4. §. 9.* Schilt. *ex. 37. §. 177.* Denique hoc nullum dubium habet, patrem etiam in testamento tutoribus certum salarium constituere posse.

TIT. V.

DE EO, QUI PRO TUTORE PROVE
CURATORE NEGOTIA GESSIT.

§. I.

Hodie quoque
protutela da-
tur.

Sunt, qui protutelæ existentiam hodie in dubium vocent, & quidem inde, quod hodie omnes tutores sint confirmandi, adeoque talis error hodie occurrere non possit. Verum (1) facile contingere potest, ut etiam confirmatus tutor, qui revera talis non est, quamvis b. fid. credat, se tutorem esse, utpote si postea

te-

testamentum producat, in quo tutores sunt constituti, legitimus autem ignorans confirmatus sit. (2) Non raro quoque contingit, ut quilibet alius pro tutore se gerat, qui, tutoribus postea constitutis, rationes reddere a tutele tenetur. Sic *Mens. Mart. 1697.* in terminis ita pronuncjavimus:

Das Beklagte Principalin einwendens obgehindert ein *Sentenz* inventarium heraus zu geben und wegen geführter Vormundschaft ihres verstorbenen Mannes Rechnung abzulegen verbunden. Rationes decidendi, quæ a Facultate subjunctæ erant, ostendunt, revera actionem tutele institutam fuisse. Erant autem hujus tenoris:

Ob wohl Befl. Principalin deshalb ab inventario & ratio- *Rat. dukt.* nibus tutele bestreyet zu seyn vermeinet, weil nicht erwiesen, daß ihr seliger Mann Hofrath P. zum Vormund zweyer Zimmermännischen Kinder ordentlich bestellet, solche tutoris constitutio auch, weil sie in factu beruhet, ab allegante erwiesen werden muß, zumal da Kl. hierin das fundamentum intentionis setzet, dessen Beweis ihr bekanten Rechten nach obliegt.

Befl. aber dennoch ex actis fol. 33. offenbor, daß Befl. selbst *Rat. decid.* eine Rechnung übergeben, so der Hofrath P. als tutor gehalten, auch fol. 34. a. des sel. Hofraths eigenhändiger Auffas befindlich, darinnen er sie seine Unmündigen nennet, er auch über der Kinder Auferziehung disponiret, und daher kein Zweifel, daß wenn er gleich als tutor ordentlich nicht bestätiget, er dennoch als ein würcklicher Vormund sich geriret, in welchem Fall aus denen Rechten bekant, quod protutor ad eandem fidem & diligentiam teneatur, ad quam verus tutor obstringitur *L. 1. §. 1. ff. qui pro tutor.* Daher er gleicher Gestalt ad inventarium & rationes verbunden ist. Ring. *progymn. p. 1. progymn. 19. n. 9.* Bey welcher Rechnung Befl. ihre Gegenforderung einzubringen hat. So ist daher von uns beschehenor massen erkant worden.

Quando hæc
actio hodie
instituitur?

Quando lo-
cum habeat?

§. II. Erat præterea olim in hac actione singulare, quod etiam ante pubertatem institui potuerit, quia, ut dicitur in *l. 1. §. 3. b. t. tutor non est*. Verum in hoc nihil singulare hodie occurrit, cum hodie etiam actio tutelæ singulis annis moveri possit. Facilius tamen hæc quam illa movebitur; Siquidem a vero tutore hæc moveri debet, alioquin is eo nomine tenetur; illa autem raro movetur, & fere tutores a magistratu quotannis evocari solent ad rationes reddendas. Interim ut huic actioni locus sit, necesse est, ut quis munere tutoris fungatur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingat tamen esse *l. 1. §. 1. b. t.* Ex quo infert JCtus in *l. cit. §. 6.* *Si quis quasi tutor negotia gesserit ejus, qui jam pubes est, neque tutorem habere potest, protutela actio cessat: simili modo & se ejus, qui nondum natus est. Nam ut pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cujus aetas recipiat tutorem i. e. impuberem esse oportet: sed erit negotiorum gestorum actio.* Neque de jure Romano aliter decisio formari potest, utpote quo tutela & cura multis modis differebant, ut adeoque actio protutelæ non aliter moveri potuerit, quam pupillo adhuc impubere existente. Ast cum hodie jura tutelæ & curæ fere confusa sint, ut *ad tit. de tutel.* dictum est, non necesse amplius esse puto, ad actionem negotiorum gestorum confugere, etiamsi vel maxime is pubes sit, cujus negotia quasi a tutore gesta sunt, præsertim cum appellatio tutoris penes Germanos tam ratione impuberum quam puberum usitatissima sit, quod Romanis moribus aliter erat. Forsan dices, parum hodie interesse, utrum hanc an negotiorum gestorum quis instituat, cum, ut asserit Lauterbach. *§. 2. b. t.* hæ actiones quoad effectum coincidunt. Verum rehero, protutorem tantum

tum eandem fidem & diligentiam præstare, quam tu-
tor præstaret *l. q. b. r. h. e.* levem culpam, cum tamen
negotiorum gestor ad exactiorem diligentiam adstri-
ctus sit, in quo determinando tamen hodie multum
arbitrio iudicis relictum esse ad *tit. commodati* dixi.
Præterea si in libello se fundaverit verus tutor in pro-
tutela, reus exceptionem non competentis actionis
hoc casu opponere non posset, uti quidem de jure
Romano.

TIT VI.

QUOD FALSO TUTORE GESTUM
ESSE DICETUR.

§. I.

Falsus tutor a *protutore* in eo differt, quod hic bona Quis falsus tu-
tor? fide administret tutelam animo non alios decipi-
endi, sed pupillis prospiciendi *l. i. §. i. ff. de eo qui pro tut.*
ille vero per dolum se tutorem simulat, ut alii decipi-
antur, qui cum tali tutore contraxerunt, proinde sem-
per dolum in falso tutore supponitur. *Laesi* autem hic
succurritur duplici modo: 1) per restitutionem in in-
tegrum 2) per actionem in factum, cum *actio protutela*
tantum detur pupillis ejusque heredibus & quidem
ad rationes administrationis reddendas: unde actio
protutela, & remedia, quæ hic pertractantur, inter di-
versas personas obtinent, ex diversis fundamentis flu-
unt, & ad diversa dantur.

§. II. Restitutio in integrum læso competit ad- De usu reme-
diorum con-
tra falsum tu-
torem.
versus pupillum, si ignoranter cum falso tutore con-
traxit, & ab eo deceptus est, ne dolum falsi tutoris pu-

pillo profit, vel etiam si pupillus ipse auctore falso tutore contraxit *l. 1. §. 1. b. r.* scienti non succurritur, nisi sit minor *l. 4. b. r.* vel si quis compulsus sit ad iudicium accipiendum *l. 5. b. r.* De usu hujus remedii eo minus dubitandum est, postquam praxin restitutionis in integrum in genere *lib. 4.* demonstravi, restitutiones in integrum, maxime ex clausula generali, quotidie petuntur. Alterum remedium est *actio in factum*, quæ datur læso adversus falsum tutorem, qui dolo malo auctor factus est, ad interesse intra annum *l. 7. §. 9. b. r.* Cum oriatur ex *delicto*, heredibus læsi quidem datur, sed non in heredes *l. 9. §. 1. b. r.* in quo differt ab actione protutelæ, quæ etiam in ejus heredes competit, cum ex quasi contractu oriatur. De usu ejus itidem non dubitandum est, postquam ipsa æquitas postulat, ut læsis succurratur. Etsi enim Huber. in *præl. ad b. r. §. 3.* fateatur, titulum hunc non quidem esse abrogatum, argumentum tamen ejus nunquam ullo exemplo usu venisse, se meminisse; id tamen tantum evincit rariorem hujus tituli usum, non usum autem minime involvit. Rarior autem usus vel inde esse videtur, quod raro tales facti tutores hodie occurrant, vel non semper consultum sit, ad interesse agere, cujus difficilis est probatio.

TIT. VII.

DE FIDEJUSSORIBUS ET NOMINATORIBUS ET HEREDIBUS TUTORUM ET CURATORUM.

§. I.

Quatenus hodie fidejussoribus caveri a tutoribus soleat & debeat, supra dictum est. Equidem Lauterb. *ad h. t. §. 1.* existimat, exiguum hujus rei usum esse, cum fidejussores amplius dari non soleant, sed oppignoratio bonorum sufficiat. Verum hoc non est universale, & prout supra dictum est, quandoque etiam per Statuta præcise fidejussores dari debent; sicuti, quod hodie oppignoratio bonorum sufficiat, non æque ad omnes tutores applicari possit, maxime illos, qui bona immobilia haud possident. Quemadmodum vero olim fidejussores per *stipulationem* accipiebantur, ita in fidejussoribus tutorum singulare erat, quod etiam obligarentur, si præsentibus in judicio fuerant, non contradixerant, & nomina sua referri in acta publica passi erant *l. 4. §. 3. b. t.* Hodie vero nihil singulare in hac observatione occurrit, cum in genere fidejussores hodie sine stipulatione accipiantur, uti ad *tit. de fidejuss.* ostendendum erit. Porro olim contra fidejussores demum agi poterat finita tutela, quia tunc demum actione tutelæ agi poterat *l. 1. ff. rem pupill. salv. fore.* Quod hodie secus esse jam supra *ad tit. de tut. & ration. distr. §. VII.* annotatum est.

De fidejussoribus tutorum.

§. II. Constat vero, quod fidejussoribus competentant duo beneficia, (1) divisionis (2) ordinis; illud fide-

Ufus beneficiorum, fidejussoribus competentissimæ

fidejussores tutorum non habent ex sua sed tutorum persona, adeoque cessat, si ab uno tutore plures fidejussores dati fuerint *l. f. ff. rem. pupill. salv. fore*, e contrario si singuli singulos fidejussores dederunt, etiam fidejussores hoc beneficio fruuntur, sicuti tutores ipsimet conventi eo gaudent, *l. 6. b. t.* quod nec hodie se aliter habere expeditum est. Exceptionem tamen JCtus suppeditat in *l. 7. ff. b. t. de cuius usu practico inter Brunnemannum & Schilterum dissensus deprehenditur. Sic enim JCtus ait: Si fidejussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierant, atque ideo stipulanti promiserant, se reddituros, quod ab eo servari non potuisset? Quærebatur, an fidejussores ratione residui, quod stipulantibus promiserant, adhuc in solidum conveniri possent? respondet JCtus: placuit inter eos, qui solvendo essent, rationem residui dividi, quod onus fidejussorum susceptum videretur. Hæc verba ultima ostendunt, in casu adducto intervenisse novationem, quia adolescentes de novo stipulantes onus fidejussorum, quo in solidum obligati erant, suscepisse videntur. Inde Brunnem. ad *l. c. 7.* concludit ita: Sed, ni fallor, hæc exceptio nititur novatione, quod novavit adolescens actionem per stipulationem interpositam. Sed quia jure novo non inducitur novatio, nisi hoc exprimat, non puto, hanc legem valituram. Et adolescens, gratificaturus fidejussoribus, non videtur renunciare juri suo, quod habet contra fidejussores. Excipit tamen Schilterus ex. ad ff. 37. §. 190. §qq. contra hanc sententiam, adesse hic quidem novationem, sed præjudicalem quæstionem in eo positam esse, utrum constitutio Justiniana nova in *l. f. C. de novat.* præcise requirat, ut novaturus verbis ex-*

pri-

primat, quod secundam magis quam priorem elegerit? & annon sufficiat, si facto ipso mens novandi declararetur? Quod, salva *l. f. cit.* asserendum esse iudicat, & in hoc casu exemplum ejus adesse arbitratur, quod adolescentem recedit a priori in solidum obligatione fidejussorum, & actionem atque excussionem contra tutorem instituit, & aliam specialem de residuo tantum solvendo obligationem acceptat a fidejussoribus, interveniente nova stipulatione. Sed contra hanc Schilteri exceptionem replicari potest, ita *l. f. C. de novat.* nihil novi constituisse, si animus novandi non expresse declarandus est. In casu adducto utique dubium erat, utrum animo novandi stipulati adolescentes fuerant nec ne? Adolescentes id negabant, & unum ex pluribus tutoribus conveniebant in solidum, quod posterior stipulatio in majorem securitatem assumpta, non prior sublata videretur: Fidejussor reus contrarium asserbat, se in eo fundans, quod nova obligatio in locum prioris esset assumpta & surrogata: Consultus itaque de hac controversia Papinianus, pro fidejussore respondit; rationem decidendi ex sola præsumptione deducens, quod obligationem in solidum adolescentes remisisse viderentur. Hæc itaque ratio decidendi se adhuc fundat in jure veteri, ubi animus novandi etiam ex solis conjecturis deduci poterat. Hoc ipsum vero evidentissime correxit Justinianus in *cit. l. f. & §. 3. f. quib. mod. toll. oblig.* voluitque, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerint. Alioquin si hoc non factum est, prior obligatio durat, præsertim si posterior obligatio priori non est contraria, uti ipsemet Brunnem. ad *cit. l. n. f. 6.* mentem

Contin. III.

O o o o

suam

suam declarat. Jam vero in casu adducto posterior obligatio fidejussorum quoad nexum individuum priori minime contraria est, quin potius in dubio præsumendum est, adolescentes suo privilegio, conveniendi singulos fidejussores in solidum, renunciare noluisse, cum id expresse haud declaratum sit. Unde potius secundum Brunnemanni sententiam asserendum est, hodie in tali casu pupillos singulos fidejussores adhuc in solidum convenire posse, cum ex solis conjecturis non inducatur novatio. Hahn. *ad Wesemb. tit. de constit. pecun. n. 9. inf.* Carpz. *P. 2. C. 19. def. 14.* prout suo loco plenius declarandum erit.

An hodie gaudeant fidejussores tutorum beneficio ordinis?

§. III. Constat præterea, ex jure veteri fidejussores potuisse ante ipsos principales debitores conveniri, unde fluxit decisio *l. 6. §. 7. ff. b. r.* hinc patet, fidejussores tutorum etiam ante ipsum tutorem efficaciter potuisse conveniri, etiamsi vel maxime tutores solvendo fuissent. Sed cum in *Nov. 4. c. 1.* fidejussoribus generatim indultum sit beneficium ordinis, quæritur, an hoc etiam ad fidejussores tutorum pertineat, ut hoc modo a decisione *l. 6. §. 7. b. r.* hodie recedendum sit? In dubium hoc rursus vocat B. Schilterus *cit. l. §. 192.* quod Justinianus tantum de fidejussoribus *rerum creditarum* disponat, ad eoque ad hos tutorum fidejussores extendi non debeat, præsertim cum pupillis hætenus favor conservatus fuerit, qui ipsis olim indultus est. Contrarium tamen asserit Lauterbach. *ad b. r. §. 3. inf.* cum Struvio *ex. 31. th. 79.* eo, quod generatim fidejussoribus hoc beneficium indultum sit, quorum sententia quoque in praxi merito prævalere debet. Neque enim ex *cit. Nov. 4.* constat, voluisse Imperatorem restringere hoc beneficium ad solos fide-

fidejussores *rerum creditarum*, in sensu stricto sumtarum, sed potius sicuti *credendi* appellatio generalis est, *l. 1. ff. de reb. cred.* ita quoque creditum ex tutela huc recte referri potest, quorum pertinent verba *Nov. 4. c. 1. si quis itaque crediderit & fidejussorem acceperit &c.* Omne enim, quicquid ex quacunque causa debetur, huc pertinet, & omnes, quibus ex quacunque causa debetur, recte *credidores* dicuntur *l. 10. 11. 12. ff. de V. S.* Quid quod Justinianus in *Nov. 4. c. 3. §. 1.* ipsemet satis declaret, quo sensu creditorum appellationem acceperit, dum ita ait: *Et absolute creditorem ponimus, antiquas sequentes leges, omnem, qui actionem habere contra aliquem potest, licet non sit mutuum gestum, sed alter quidam contractus consistat.* Cum ergo omnem, qui aliquam actionem contra aliquem habere potest, appellatione *creditoris* in *Nov. 4.* intellexerit, etiam pupillos, qui ex quasi contractu tutelæ actionem movere possunt, intellexisse dicendus est. Conf. Montanus *de tutel. c. 32. resp. 7.* Gutierrez. *de tut. P. 1. c. 15. n. 11.* Imo quia fidejussores non antea possunt conveniri, quam si de debito liquido constet, natura rei postulat, ut tutores antea conveniantur ad rationes reddendas, quo facto demum liquidum constituitur, ad quod fidejussores solvendum adstringuntur, quatenus tutor ipse non est solvendo. Neque enim fidejussores possunt conveniri, ut rationes reddant, cum ipsimet haud administraverint, sed tantum ut reliqua solvant post redditas a tutore rationes; quod etiam locum habet, si vel maxime exceptioni ordinis renunciaverint. Faber *in C. lib. 5. tit. 33. def. 2.* Quod si tamen fidejussor se adstrinxisset, ad rationes quoque reddendas, non dubitandum est, quin talis promissio valere debeat. *Id. cit. l. def. 5.*

Quamdiu fidejussor obligetur?

§. IV. Quia vero olim diversa erat ratio *tutela & curatela*, inde fidejussor, qui sem pupilli salvam fore promiserat, tantum tenebatur de illa administratione, quam ante pubertatem adeptam tutor gesserat, non de illa, quam postea, ex libera voluntate, cum fidejussio ultra tutelæ tempus extendi non potuerit facta solius tutoris. Sic enim JCtus in *l. 46. §. 4. de admin. & peric. tutor.* Paulus respondit, propter ea, quæ post pubertatem, nulla necessitate cogente, sed ex voluntate sua tutor administravit, fidejussorem, qui rem salvam fore cavet, non teneri. Distinguit JCtus inter ea, quæ post pubertatem gesserat ex necessitate, veluti quod connexa essent, & quæ gesta sunt ex libera voluntate. De priori gestione etiam fidejussor tenetur, cum connexa tutelæ sit; Faber *cit. l. def. 4.* non de posteriori. Verum cum supra aliquoties ostenderit, hodie pubertate non ubique finiri tutelam, sed usque ad majorennitatem adeptam continuari, satis apparet, fidejussorum obligationem hodie haud desinere pubertate pupillorum, uti olim, sed, durante adhuc tutela, vel curatela, etiam perseverare. Possit ergo lex adducta applicari ad ea, quæ tutor post majorennitatem gesserit, de quibus non aliter tenetur fidejussor, quam quatenus ex necessitate geri debuerunt.

An hodie dentur affirmatores & nominatores?

§. V. Fidejussorum vicem etiam subire videntur *affirmatores & nominatores*, de quorum hodierna existentia ante omnia inquirendum est. *Affirmatores* dicebantur, qui idoneos tutores vel fidejussores esse affirmaverant & ita fidejussorum vicem sustinebant *l. 4. in f. b. 2.* Eligebantur enim arbitri ad æstimandas tutorum satisfactionses & sic sua affirmatione quoque se obligabant. *l. 1. §. 8. ff. de magistr. conven.* quod etiam
in

in judicialibus aliis cautionibus moris erat *l. 9. 10. ff. qui satisd. cog.* Ex tali affirmatione enim obligationem oriri in *Dissertat. de obligation. affirmant.* plenius exposui. Unde etiam plerique Dd. hoc de affirmatoribus publice ad hoc deputatis intelligunt. vid. *Grœnewegen de. LL. abrogat. b. t. n. 1.* Hujusmodi affirmatores foris nostris incogniti sunt, neque publice ad hoc deputantur, & sicuti simplex affirmatio, non occurrente dolo malo, haud inducit obligationem, ita qui extra talem deputationem tantum rogatus bona fide asseruit, idoneum tutorem esse, in classem eorum affirmatorum, de quibus hic agitur, eum minime referendum esse arbitrarer cum *Grœnewegio ad b. t.* Affirmatio siquidem *simplex non obligat, sed qualificata, h. e. quæ vel delictum seu dolum continet, vel ab eo processit, qui ex officio affirmare vel negare quid debet, quales erant affirmatores Romani, ad tutores æstimandos constituti. vid. diff. de oblig. affirm. §. 7. seqq.* *Nominatores* ab his distinguebantur, vocabantur autem ita; qui suo periculo tutores petebant vel postulabant, quorum pertinet *l. 2. b. t.* ubi ita: *postulare tutorem videtur, & qui per alium postulat (seu petit, ut mater) Item nominare, & qui per alium hoc idem facit.* Erant quippe nonnulli ad petendos & nominandos tutores obligati, id quod suo periculo faciebant, ut mater reliquique cognati suo ordine, prout supra *ad tit. qui pet. tutor. vel curator.* est dictum. Imo & qui absque ulla necessitate petebat tutores, periculum in se fuscipere obstrictus erat, si non recte erant petiti, id quod evidens est ex *l. 2. §. 5. ff. cit. tit.* ubi inter alia assertur exemplum matris curatores liberis suis petentis, *si matris iudicium, ait Jctus, princeps secutus, curatores filia ejus dedit, pe-*

riculum administrationis eorum eam respicere debet. Quamvis enim olim sine ulla necessitate id fecerat, periculo tamen suo id fecisse videbatur, licet hodie non amplius libera voluntate, sed ex necessitate juris, curatores petere debeat, prout suo loco monitum est. Imo etiam qui ex magistratibus tutorem nominaverat, suo periculo id fecisse videbatur: solebant enim olim magistratus inter se convenire, ut alterius tantum periculo tutores darentur *l. 1. §. 9. de magistr. conv.* & ita ille, quem ordo tangebatur, suo periculo nominabat tutorem *l. 28. de tut. & curat. dat.* Utrum adhuc hodie hæc nominatio magistratus periculo fiat, si forsan minus idoneum dederit, valde dubitant Dd. & quia hæc quæstio ex præjudiciali quæstione, utrum actio subsidiaria hodie in magistratum detur? dependet, inde decisionem ejus *ad tit. seq. reservabo.*

An hodie heredes tutorum tantum de lata culpa teneantur?

§. VI. Denique hic quoque agitur de heredibus tutorum, circa quos illud singulare occurrit, quod tantum teneantur de dolo & lata culpa defuncti, cum ipse tutor levem quoque præstare debeat. Perspicuus hanc in rem est textus in *l. 1. C. de hered. tut.* ubi ita: *Heredes tutorem ob negligentiam, quæ non latae culpæ æquiparari possit, condemnari non oportet: Si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia præstitum sit.* Licet enim alias heredes eodem modo ex contractu vel quasi teneantur, quo defunctus; quia tamen admodum grave est, ex alterius gestione rationes reddere, æquum visum fuit, non nimis rigorose cum herede tutoris procedendum esse. Idem quoque constat ex *l. 4. ff. de magistrat. conv.* ubi quoque de heredibus magistratuum eadem differentia occurrit. Et hanc sententiam non tantum communi-
ter

ter receptam, sed etiam ipso usu approbatam esse, præjudiciis confirmant Carpov. *P. 2. C. 11. def. 35.* Brunnem. *conf. 156.* Conf. Bachov. *ad Treut. Vol. 2. disp. 9. tb. 5. lit. d.* Franzk. *ex. 3. qu. 10.*

TIT. VIII.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

§. I.

Tandem, si tutores eorumque heredes & fidejusso- De usu hujus tituli.
res solvendo non sunt, in magistratum quoque actio subsidiaria datur, si modo culpa quædam ei imputari possit, vel quod omnino tutorem non dederit *l. 1. §. 6. b. t.* vel cautionem non exegerit *l. 1. §. 11. 15. b. t.* vel inidoneum fidejussorem admiserit, vel notorie suspectum ex officio haud removerit. De usu hujus actionis multi dubitant, imo non desunt, qui eam plane negant, ex ea ratione, quod hodie non teneantur magistratus a tutoribus exigere cautionem Græneweg. *ad §. 2. f. de satisf. dat. tut. & curat.* & quod difficultas suum repetendi a iudice nimis gravis & magna foret. Christinæus *Vol. 3. decis. 181. n. 4.* Conf. Gutierrez. *de tutel. P. 1. c. 15. n. 27.* Unde utile fore asserit Mevius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. n. 56. reducere jus vetus, ex quo excussis bonis tutorum, & quas dederant, fidejussorum, subsidiaria actio erat contra magistratus minores, qui tutores idonee cavere non curaverant. Sed desuetudo, pergit, aliud invexit, ab isto metu magistratum pene liberans.* Verum adducti autores fere unice loquuntur de casu, quando magistratus fidejussores non exegit, vel saltem inidoneos dederit, ad quem casum tamen subsidiaria actio

actio unice haud restringenda est; prout antea dictum. Tenentur adhuc hodie magistratus vi *reform. polit. de anno 1577. tit. 32.* ex officio pupillis prospicere de idoneis tutoribus, in quo si peccaverint, vel plane tutores non dederint, non est, cur actio hæc in eos denegari debeat. Accedit, quod quandoque etiam cautionem hodie exigere debeant, prout ad *tit. de admin. & peric. tut.* dictum est, quo casu itidem hac actione tenentur. Unde etiam de praxi hujus tituli testantur *Carpzov. p. 2. C. 11. def. 41.* Simon van Leeven *in conf. for. lib. 1. c. 17. n. 4.* Lauterbach. *b. t. §. ult.* Hahn. *ad Wesemb. b. t. n. 1.* Struv. *b. t. §. 81.* Philippi *in us. pract. instit. lib. 1. col. luf. 83.* Berlich. *p. 2. concl. 29. n. 79. seqq.* Brunnemann. *ad l. 1. C. de magistr. conven. n. 2.* Balthasar. *resol. pract. tit. 5. resol. 11. n. 2.* Schrader. *de feud. p. 10. sect. 20. n. 10.* Hering. *de fidejussor. c. 8. n. 26.* Wesemb. *conf. 245. & 266.* Schacher. *in colleg. pract. d. t.* Schilter. *in prax. jur. Rom. ex. 37. §. 200.* Nec desunt Statuta, quibus itidem usus hujus actionis confirmatus est. Sic in *ordin. polit. Magdeburg. c. 43. §. 42. in fin.* magistratus jubentur, wo einiger Mangel verspühret wird, alsobald Erkundigung einzuziehen, und Rechnung zu fordern, die verdächtigen und übeln Haushalter abzusehen, tüchtige an ihre statt zu verordnen, und keinesweges nachzusehen, bis die Kinder an den Bettelstab gerathen, oder daß erweislich säumfalls halber dafür in subsidium zu haften. Pariter *in ordin. prov. Wurtemb. tit. 42. §. 2. & 4.* disponitur hoc modo: Da einiger Nachtheil oder Schad ihrer Haab und Güter wiederfahren solle, wollen wir hiemit denen jungen Pfleg-Kindern und Minderjährigen vorbehalten, auch hiermit einen Zugang und Macht gegeben haben, sie deshalb subsidaria um Erstattung, Abtrag und Befeh- rung zu beklagen. *In decis. Saxon. noviss. 41.* pariter jus commune confirmatum est: Wir wollen aber hiebep alle Obrig-
keit

keit ernstlich ermahnet haben, ihrem Amt hierinnen ein Gnügen zu thun, und die Unmündigen, wann darum bey ihnen angesuchet, oder sonst das Absterben der Eltern zu ihrer Wissenschaft kommet, zu rechter Zeit, zu Verhütung dergleichen Ungelegenheit, mit Vormündern zu versehen, widrigenfalls sie denselben vor allen Schaden, der ihnen aus dieser Säumnis zuwachsen möchte, selbst haften, auch der Straffe auf vorhergehende summarische Cognition gewärtig seyn sollen. Item in *jure Pruten. provinc. lib. 2. tit. 6. art. 14. §. 5.* de hac actione ita disponitur: Was dann anderselben noch mangelt, darum soll die Obrigkeit und die Beamten, die solche Vormünder, Curatoren oder Pfiegerer von Amts wegen gesetzt und geordnet, so ferne dieselbe einige Verwahrlosung oder Schuld in Sachen hätten, und solches über sie erwiesen werden könnte, für die letzte Hülffe und Zuflucht (und also in subsidium, daher sie auch zu Latein *actio subsidiaria* genannt wird) wie sich von rechtswegen gebühret, geklaget werden. Dieselbe Obrigkeiten und Beamten, wie auch ihre Erben, sollen alsdenn den minderjährigen Interesse und allen Schaden, darein sie dieselben durch veräußlichen Unfleiß gebracht, abzulegen schuldig seyn, je einer so viel als der ander. Proinde *Facultas nostra juridica Mens Majo 1706. non dubitavit, secundum hanc sententiam respondere:*

Ob nun wohl eingewandt werden möchte, daß nach einiger Rat. Dub.
Dd. Meinung die *actio subsidiaria* in magistratum heut zu Tage nicht mehr in Observanz sey, *Grænew. de LL. abrog. ad §. 2. §. de Satis dat. tut. Gutier. de tutel. pag. 1. cap. 15. n. 27.* und wenn auch dieselbe noch in usu seyn solte, solche doch nicht leicht contra magistratum anzustellen, quia magistratus suo officio benefunctus præsumitur. *Menoch. lib. 2. præf. 60. n. 7. Gail. lib. 1. obs. 17. num. 7.*

Dennoch aber und diemeil, so viel das erste betrifft, solches Rat. Decid.
 der täglichen Praxi und vieler anderer bewehrten Rechtslehrer Meinung zuwider laufft. *Carpz. P. 2. C. 11. def. 41. n. 5. Id. lib. 5. Resp. 82. n. 15. sqq. Philippi in Us. pract. Inst. lib. 1. ecl. 89. n. 5. Berlich. P. 2. concl. 22. n. 79. seq. Brunnem. ad l. 1. C. de ma-*
Contin. III. P p p p gi-

gistr. conven. Hahn. ad *Wes. eod. tit. num. 1. in f.* auch pro observantia juris communis so lange præsumiret wird, donec contrarium probetur, und es hier mit der generalen præsumtion pro magistratu nicht ausgemacht, zumal in favorem pupillorum vielmehr das contrarium zu præsumiren, und der magistratus, so fern der Vormund nicht bezahlen kan, beweisen muß, daß der Vormund tempore dationis sey idoneus gewesen. *Philippi in Us. Pr. J. L. 2. Eclog. 89. n. 8. Mascard. Vol. 2. Concl. 449. Montan. de tutel. cap. 32. reg. 7. n. 33. Brun. ad L. 1. C. in fin. de magistr. conven.*

Decisio.

So erscheint hieraus allenthalben so viel, daß der Rath actione subsidiaria wohl belanget werden könne, B. X. B.

Contra quos
magistratus
hodie hæc
actio datur?

§. II. Non vero de jure Romano contra quoscunque magistratus locum habebat, sed tantum contra eos, qui satisfactionem exigere solebant. Potissimum vero hac actione non tenebantur magistratus majores, ut præfecti urbi, Prætores, Præsides provinciarum §. 4. *J. de satisf. tut. & curat. nec in ordinem, sed in magistratus tantum dabatur l. 1. pr. b. r.* Cum vero hodie distinctio, apud Romanos usitata, inter magistratus majores & minores, haud sit recepta, prout aliquoties jam dictum est; tali distinctio circa magistratum hodie non utimur, sed generaliter ille magistratus tenetur, qui pupillis prospicere debuit, quod etiam per *Recess. Imp. de an. 1577. tit. 32.* confirmatum est, ubi nulla hujusmodi magistratum distinctio in dandis tutoribus occurrit. Poterat præterea etiam hæc actio contra patrem institui de peculio, si filius familias fuerat magistratus & circa tutelam peccaverat *l. 1. §. f. b. r.* quod hodie applicari vel ideo nequit, quia magistratus, qui filiifamilias sunt, vix dantur, quin potius, ubi quis officio fungitur publico, mox separatam solet

reco-

œconomiam instituire, & si vel maxime convictu patris adhuc utatur, non tamen peculium profectitium tali casu habere solet, sed quod ex tali officio publico acquirit, hoc sibi acquirit.

TIT. IX.

DE REBUS EORUM, QUI SUB TUTELA VEL CURA SUNT, SINE DECRETO NON ALIENANDIS VEL SUPPONENDIS.

§. I.

Series tota hujus tituli continetur in oratione Severi Oratio Severi: ejus usus adducitur. Imperatoris, quam Ulpianus in *l. 1. §. 1. b. t.* recitat his verbis: *Præterea, patres conscripti, interdum tutoribus & curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrabant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc prætor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet, quæ possint alienari, obligarive debeant, manente pupilla actione, si postea potuerit probari, obreptum esse prætori. Si communis res erit, & socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli accepit, jus exsequetur, nihil novandum censeo. Quemadmodum vero hæc Severi oratio utilitatem pupilli singularem respicit, ita de ejus usu eo minus dubitandum est, postquam non tantum tot præjudicia Dd. de illo loquantur Carpz. P. 2. C. 11. def. 28. sqq. Mev. P. 5. decis. 34. Richt. P. 1. decis. 13. n. 11. Simoncell. de decret. in alien. minor. adbib. lib. 1. tit. 1. n. 1. sed etiam præterea plerisque locorum statutis idem confirmatum re-*

peritur, adeo, ut, ubi juramentum tutorum receptum est, hoc ipsum quoque ei inferi soleat, prout longa serie hæc statuta recenset Gieseb. *in peric. Stat. II. art. 22. n. 68. sqq.* Quid quod in *reform. Polit. de anno 1577. tit. 32.* idem expresse confirmatum & cautum sit, ut tutorum juramento hoc quoque inferatur: auch mit Gelübden und Eyden beladen werde, daß er seinen Pfleg-Kindern und ihren Güthern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Person und Güther versehen und verwahren, die Güther nicht in seinen eigenen Nutzen fehren oder wenden, noch dieselbige ohne Borwissen, Erkänntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren &c. Neque usus hujus tituli tantum restringendus est ad privatorum tutelæ, sed in tutelis illustrium quoque receptus est, adeo ut alienationes, hoc tit. prohibitz, absque decreto Cameræ Imperialis, vel etiam ipsius imperatoris, suscipi nequeant, Ringl. *de tutel. illustr. p. 45.* Vultej. *de feud. c. 3.* imo omnia requisita, a privatis observanda, hic quoque necessaria esse, fusius ostendit Rol. a Valle *Vol. 2. conf. 18. n. 72.* Equidem existimat prælaudatus Rolandus a Valle *cit. l. n. 55. seq.* tutores & curatores principum & illustrium personarum posse gratis remittere jus pupilli & donare, quod tutoribus pupillorum aliorum interdictum est, rationemque hanc differentiz suppeditat, quod regibus & principibus proprium sit donare. Verum hoc valde restringendum esse arbitror, ut vel terminos ista donatio non excedat, vel remunerandi necessitas præcedat, alias donata revocari possent. Conf. Jo. a Sande *de prohib. rer. alien. c. 16. n. 16.* Ringl. *cit. l. p. 44.*

§. II.

DE REBUS EORUM, QUI SUB TUT. &c. 669

§. II. Quamvis vero oratio Severi primario de prædiis non alienandis loquatur, extensa tamen etiam est ad res mobiles, quæ servando servari possunt *l. 22. C. de admin. tutor.* Reliqua autem, quæ servari non possunt, sed facile corrumpuntur, recte a tutoribus alienantur, tempore venditionis opportune expectato *l. f. §. ult. cit. tit. Brunnem. ad cit. l. 12. n. 13.* Idem quoque moribus obtinere, varia locorum Statuta indicant. In *ordin. polit. Magdeb. C. 43. §. 27.* disertis verbis sub prohibita alienatione comprehenduntur res mobiles, quæ servando servari possunt, ibi: worunter auch das unverderbl. und köstl. Fahrniß begriffen. *Jure Wurtemb. prov. tit. 37. §. 3.* hac de re ita disponitur: wo auch die Pfleger oder Vormünder die fahrende Haab und Güter, so ohne sondern Abgang behalten werden möchten, als da sind allerhand Hausrath, Silbergeschirr, Bet- u. Gewand, und anders dergleichen zu verkauffen seyn, für nützlich und thunlich hielten; sollen sie dasselbe mit ihrer Pfleg- Kinder Freundschaft, und des verordneten Wäysen- Gerichts vorwissen und gutansehen, und anders nicht, zum getreulichsten fürnehmen, und das alles in besten und höchsten Werth vertreiben, das erlöste Geld in andere Weg zu Eintrag und Mehrung anlegen, oder sonst liegende Güter erkauffen. Quamvis vero tutor privata autoritate ceteras res, quæ servando servari non possunt, distrahere possit, adeo ut si cessaverit in distrahendo, & illæ interim perierint, eo nomine teneatur *l. 7. §. 1. ff. de admin. & peric. tut. l. f. §. ult. C. eod.* quibusdam locis tamen nec hoc sine præscitu magistratus facere potest, uti rursus ex jure Wurteb. *cit. l.* apparet, ubi ita: Da sie aber andere abgängige fahrende Haab, als Wein, Korn, Habern, oder anders Traid oder Futter, desgleichen Vieh, Pferde, Kleider, Gewand und anders in ihrer Pfleg zu verkauffen hätten, sollen sie mit Rath und Gut- bedüncken der jungen nächsten Freunde oder des Wäysen- Gerichts, zu rechter und bester Zeit, da die Schläge am höchsten, mit guten Urkund, dieselbe hingeben, dabey sonderlich gewislich und unterschiedlich aufschreiben, zu wel-

An res mobiles valide alienari possint?

Her Zeit, Tag und Monat des Jahres, auch gegen wem und in was Geld oder Werth der Verkauf jedes solcher Fahrniß beschehen zc. *Similia reperiuntur in reform. Francof. p. 7. tit. 4. §. 9. §. 9.* ubi plenissime hac de re disponitur, & inter alia de rebus, quæ servando servari commode nequeunt, ita cautum est: Wären auch die Kinder so jung, daß sie die fahrende Haab noch in vielen Jahren nicht würden gebrauchen mögen, dieselbe aber mittler Zeit schadhast werden, oder gar verderben möchten, (absonderlich Kleider, Pelzwerck, Hölzernwerck, gemeiner Haus-Rath) also daß nützlich seyn solte, ob gleich keine Schulden vorhanden wären, solche fahrende Haab durchgehend zu verkauffen, und das daraus erlösete Geld den Kindern zu jährlichen Renthen anzulegen, so mögen die Vormünder solches unserem Schultheiß und Schöppen auch anzeigen, und bitten, solche Bergantung ihnen zu verstaten, welches alsdenn, da es für rathsam und gut würde angesehen, auch vergünstiget soll werden, doch Silbergeschirt, daran der Kinder Vor-Eltern und Eltern Wapen, auch gute fürnehme Bücher hierinnen ausgenommen. *E contrario jure Hamb. p. 3. tit. 6. art. 17.* jus commune confirmatum est: Was aber an Fahrniß, Hausgeräthe, Kleider und dergleichen, so abgänglich und mit Nutzen nicht zu behalten, mag ein Vormund oder Verwalter ohne Erlaubniß wohl verkauffen.

Qualis causa
requiratur in
alienatione
immobilium?

§. III. Potissimum itaque prohibita est alienatio rerum immobilium, & tantum ex urgente necessitate, debitis adhibitis solennitatibus, permiffa, veluti ob urgens æs alienum *l. 5. §. 9. 14. ff. b. r. l. 47. pr. ff. de minor. adeo ut ne quidem sola causa utilitatis in his sufficiat c. l. 5. §. 14. l. 13. pr. ff. b. r.* ob quam tamen res mobiles valide alienari possunt. *Conf. Sande lib. 2. decis. Fris. tit. 9. def. 14. ubi ita judicatum refert Simoncell. cit. tr. lib. 1. tit. 1. n. 35.* Quodsi tamen princeps alienationem talem, ex causa utilitatis susceptam, prævia causæ cognitione confirmasset, illam impugnari ob causæ justæ defectum minime posse putarem, cum princeps arbiter
le-

legum sit, non minifter, uti quidem iudex inferior. Interim jure Württembergico etiam ex causa *utilitatis* alienationem fieri posse, adducto rescripto *d. 12. Jun. 1688.* probat Lauterb. *b. t. §. 5.* quorsum etiam collineare videtur die Ehur-Pfälzische Vormundschafts-Ordn. *n. 18.* ubi hoc modo disponitur: So auch Behausungen, Hoffreiden, Feld oder dergleichen liegende Güter verhanden, die schwerlich und mit Kosten ohne einigen der Pupillen Nutzen zu erhalten, die auch mehr Kosten, denn sie fruchten mögen, sonderlich auch so die Kinder noch also jung, daß sie solche noch in langer Zeit nicht selosten bewahren oder verwalten könnten, solche sollen sie nach gnugsamer Erkantniß und mit obgesetzten Vorwissen und Befehlich unserer Beamten und der Kinder nechsten Freunde verkaufen, und nechst berührter Gestalt zu der Kinder besten Nutzen anderweris anlegen. Eadem repetuntur *jure provinc. Prut. lib. 2. tit. 6. §. 7.*

§. IV. De hac causa cognoscere, & decretum interponere non quilibet magistratus poterat, sed is, cui hæc cognitio speciatim a lege erat concessa, quia erat actus extraordinariæ jurisdictionis. Sic arbitrium hujus rei Senatus prætori dederat, uti dicitur in *l. 5. §. 9. b. t.* & inde erat, quod hæc cognitio haud transfret in eum, cui mandata erat jurisdictione *l. 2. §. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Verum sicuti tutoris datio, ita quoque hæc cognitio hodie inest jurisdictioni inferiori, nec speciali concessione opus habet, uti *ad tit. de jurisd.* in genere hoc asserui de actibus jurisdictionis extraordinariæ; quo intuitu in *R. F. de anno 1577. tit. 32.* in genere interdicitur tutoribus alienatio bonorum ohne Vorwissen, Erkentniß und Decret der Obrigkeit, quod ad quemvis magistratum, ordinaria jurisdictione gaudentem, referendum est. Interim tamen competens esse debet, vel ratione *domicilii* pupilli, si vel

Qualis iudex hodie decretum interponere debeat?

ma-

maxime bona alienanda alibi sita sint *l. 5. §. 2. b. r.* vel rei sitæ *l. 16. C. b. r.* Berlich. *decif. 29.* Et cum etiam *per l. 12. C. b. r. l. 2. C. quand. decret. non est opus.* resciprum principis sit loco decreti, quatenus causæ cognitio præcessit, inde invaluit, ut etiam imperatores comitibus Palatinis hanc confirmationem alienationis hujusmodi concedere soleant: Neque enim ad hunc casum pertinet vulgata illa quæstio, an hæc cognitio delegari aliis possit? quippe quæ unice de magistratu inferiori intelligenda est. Interim hac in quæstione Dd. sententias diffformes esse, constat ex eis, quæ latius de illa adfert Simoncellus *ad tr. l. 1. tit. 1. insp. 2.* ubi tandem concedit *n. 82.* jure canonico hanc cognitionem delegari posse. Cum vero antea jam ostenderim, hodie hanc cognitionem jurisdictioni ordinariæ inesse, otiosam hodie hanc quæstionem esse existimo, cum sicuti iudex alios actus jurisdictionis, ita quoque & hunc delegare queat.

Causæ cognitio quomodo inveniunda?

§. V. Ceterum ad iudicis officium potissimum pertinet inquirere in causam alienationis, an vera & necessaria sit, adeoque tutores illam probare debent *l. 6. C. b. r.* si enim obreptum est prætori, alienatio est nulla *l. 1. §. 2. b. r.* Simoncell. *cit. tr. lib. 1. tit. 1. n. 21.* Hoc intuitu iudex excutere debet, an aliunde possit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri? num res aliæ sint præter prædia, quæ distrahi possint, ex quarum pretio æri alieno sufficere possit *l. 5. §. 9. b. r.* Id quod si debite factum non est, alienatio est nulla, quemadmodum ob omisam rerum mobilium discussionem a supremis curiis decreta sæpe rescissa fuisse refert Jo. a Sande *de prohibita verum alien. c. 1. n. 66.* Conf. Richt. *P. 1. decif. 13. n. 11.* Carpzov. *P. 2. C. 11. def. 28. n. 13.* Por-

Porro æstimare iudex debet, utrum vendi potius, an obligari immobilia permittere malit. *l. 5. §. 10. b. t. &* quæ res ex pluribus sit distrahenda? id quod ex qualitate prædiorum colligendum est, Simoncellus *cit. l. n. 49.* Hæc & similia inquisitionum capita ipsi decreto quoque inferenda, ut inde constet, causæ cognitionem debite interpositam fuisse. Ex quo facile patet, solam confirmationem contractus simplicem, a magistratu factam, haud sufficere, prout M. Maj. ann. 1699. respondi-
mus:

Weil aber dennoch aus denen Rechten bekant, daß solche der unmündigen Güther sine prævia causæ cognitione & subjecto decreto nicht alieniret werden mögen *l. 1. C. de reb. minor. sine decret. non alien.* und also diese eigenmächtige von N. K. unternommene Occupation der Güther null und nichtig gewesen, darwieder auch die erfolgte confirmation und Belehnung nichts helfen mag, cum confirmatio ejus, quod ab initio invalidum est, nihil operetur. Vultejus *Conf. Marp. Vol. 1. consil. 15. num. 319. seqq.* zumahl der Herr dawider nicht gehöret, confirmatio autem inaudita parte altera est ipso jure null. *Tail. 2. obs. 1. num. 11. &c.* Eodem modo Menf. Jul. 1705. in simili fere casu hoc modo Facultas nostra juridica pronunciavit:

Ob nun wohl eingewandt werden möchte, daß hieselbst in *Rat. dach.* Consideration zu ziehen, daß gleichwol die Mutter in Vormundschaft ihrer Söhne die alienation würclich verrichtet, solche auch confirmiren lassen, und derselben sich nicht entübrigen mögen, weil talis alienatio nicht so wohl voluntatis als necessitatis gewesen, in dieser Absicht auch die Marschallische Frau Mutter expresse der cession dieses inseriren lassen, daß vi pacti ihre Söhne ad consentiendum schuldig wären, mithin die Confirmatio judicialis nicht einsten nöthig gewesen, vielweniger also der cession einigen defect zu ziehen könne, daß keine Causæ cognitio vorhergegangen, cum certi juris sit, alienationem necessariam ne quidem requirere decretum judiciale, quoniam prohibitio alienationis ordinarie intelligenda

Contin. III.

Q 9 9 9

est

est tantum de voluntaria *arg. l. 1. ff. de fund. dot. l. 13. ff. fam. l. hercisc.* Franzk. *lib. 1. resol. 11. n. 82.* quorsum inprimis pertinet, si quis ex necessitate præcedentis obligationis alienat, quia ita magis fidem absolvere & obligationem adimplere, quam de novo alienare, videtur *arg. l. 5. §. 7. ff. b. r. l. 20. ff. de reb. cred.* Cuiac. *in Comm. C. tit. quand. decret. opus non est.* Montan. *de tutel. c. 33. n. 447. &c.*

Rat. decid.

Dennoch aber und dieweil, was die nullitatem cessionis betrifft, solche nicht undeutlich von dem Besl. eingestanden, wie auch die meisten übrigen Capita libelli nicht weiter impugniret worden, zumahl daselbst Besl. offenhertzig bekennet, daß fast alle Capita libelli absque præjudicio veritatis hätten eingeräumet werden können, so fern er tempore litis contestatæ de eorum veritate schon versichert gewesen wäre, auch sich deswegen nicht einsten auf die Frage eingelassen, ob die Marschallische Frau Mutter die ad alienandum erforderte nöthige requisita observiret, solches auch nicht wohl geschehen mögen, in mehrerer Erwägung, die Marschallische Frau Mutter die bey dergleichen Veräußer- und Abtretung in Rechten vorgeschriebenen requisita nicht adhibiret, der Judex confirmans keine causæ cognitionem præmittiret, sondern auf blossen Vortrag das Decretum interponiret, da doch secundum notissima jura etiam, ubi minori actio ad res immobiles competit, dieselbe absque debitis solennibus nicht mag cediret oder veräußert werden, Jacob Schultes *ad Modest. Pistor. P. 3. qu. 134. num. 22. seqq.* absonderlich wenn keine dringende und erhebliche Ursache vorhanden, sine qua nulla valet alienatio, etiamsi vel maxime judicis decretum interpositum fuisset, quod potius pro obreptio habendum *l. 5. ff. 14. f. de reb. eorum, qui sub tut. l. 5. C. cod. Carpz. p. 2. C. 11. def. 28.* Und wenn gleich in gegenwärtigen Fall casus necessitatis vorhanden gewesen wäre, so zeigt doch die in der Regierung zu H. geschene confirmation, daß die causa alienationis, so man in supplica vorgewandt, nicht einsten probiret, sondern auf blosses Angeben der Marschallischen Wittwen das Decretum den Tag darauf so fort erfolget, jam autem non sufficit alle-

allegare, causam esse necessariam, sed insuper necesse est, ut apud acta quoque causa alienationis probetur *l. 5. §. 14. cit. l. 6. C. eod. l. 22. C. de admin. tutor.* wie denn auch in dem Decreto selbst nicht einsten Meldung geschehen, ex qua causa cessio facta fuerit, zu geschweigen, daß die causa cessionis, so die Wittwe angegeben, in lauter falsis suppositis beruhet, quodsi autem iudicis religio, falsis allegationibus circumventa, ac decretum sub- & obreptitiae impetratum probetur, nullum est decretum, nullaque alienatio ex illo decreto facta est. *l. 5. C. de præd. minor. Perez. in C. cit. t. n. 9. &c.*

§. VI. Præterea quoque communiter Dd. requirunt subhastationem in alienatione horum bonorum, adeo, ut, ea non adhibita, dominium ex ea haud transeat, sed ipso jure nulla sit. Philippi *de subhast. c. 2. n. 1. & 23. Simoncellus cit. 17. lib. 1. tit. 1. n. 64.* quam sententiam prælaudatus Philippi *n. 36.* præjudiciis firmat, atque eam quoque apud Frisios, Batavos, Salios, aliasque Belgii civitates in praxi observari addit. Conf. Carpz. *P. 2. decis. 195. Lauterbach. b. t. §. 11.* Ratio hujus rei est, quod magistratus inprimis curare debeat, ut res vendenda justo pretio distrahatur, id quod rectius explorari nequit, quam mediante subhastatione, cujus proinde in alienationibus rerum minorum sæpe fit mentio in jure, ut in *l. 7. §. 8. ff. de minor.* imo in *l. f. C. si adv. fisc.* dicitur, quod, revocata venditione, fundus sit restituendus, si iudex non servatam solennitatem hastarum animadverterit. Ceterum non ubique hoc requisitum necessarium esse, generaliter observat Brunneman. *ad l. 5. & 6. C. b. t. n. 5.* cum hac in re maxime ad consuetudinem respici debeat, Montan. *de tutel. c. 33. n. 64.* Philippi *cit. l. n. 104.* quæ in plurimis Germaniæ locis ex jure Canonico tracta esse videtur, secundum quod subhastatio non est necessaria, docente Simoncello *cit. l. n. 66.* Interim in foris Saxo-

An hodie subhastatio in hæc alienatione requiratur?

nix juri civili statur, Philippi *cit. l. n. 110.* jure Magdeburgico *c. 43. §. 28.* hoc modo distinguitur: Es soll die alienatio anderer gestalt nicht gültig seyn, es wäre dann res alienanda, welche sich über 100. Rthl. erstrecket, ad hastam zu Erfahrung eines richtigen pretii voluntarii gebracht, und prævia licitatione, um einen gerechten Werth verkauffet, da aber das mobile oder immobile, welches veräußert werden soll, unter 100. Rthlr. werth, mag dessen Veräußerung ad arbitrium des Magistrats ohne subhastation geschehen. Alibi plane hoc requisitum remissum est, uti colligo ex *reform. Francof. de anno 1578. P. 2. tit. 1. §. 11.* ubi tutoribus interdictum est, ne quidquam ex bonis pupillorum emant, nisi publice bona distracta fuerint. Ergo non absolute subhastatio eo jure necessaria esse videtur. In Hassia, Wurtembergia, Alsatia & Herbipoli itidem subhastationem nullam defiderari asserit Lauterb. *b. r. §. 11.*

An hodie juramentum minorum sit loco solennium?

§. VII. Hæc solennia si debite haud observata fuerint, alienatio in totum nulla, adeo ut ne quidem per juramentum ipsius minoris convalidetur, quippe quod de jure civili negotium nullum haud subsistere facit *l. 5. C. de LL. nec huc pertinere videtur aurb. sacramenta puberum C. si adv. vendit.* quæ quidem disponit, propter juramentum interpositum restitutioni non esse locum, an autem etiam ad actus nullos juramento confirmandos referri debeat, merito dubitatur. Cum vero jure Canonico etiam actus nulli ex accedente juramento robur accipiant, idque hodie in praxi obtineat, inprimis inquirendum est, quid juramentum minoris circa talem alienationem hodie operetur? Plerique juramento standum esse asserunt, utpote quod

quod defectum solennitatum, quæ in actu intervenire debent, supplet. Seraphin. de Seraphin. *de privil. juram. privil. 129.* ibique Benckendorff. *n. 1.* & a minore salva salute æterna servari potest, quam sententiam suffragio multorum Dd. de communi testantium corroborat Benckendorff. *cit. l. n. 2.* & plenius illustrat Simoncellus *de decret. in al. minor. lib. 3. tit. 8. inspect. 18. n. 137.* Sane non diffiteor quidem, hanc sententiam fere esse communem, & usu fori observari, sed si verum fateri licet, admodum periculosa est, saltim multa præcautione indiget. Neque enim aliter juramentorum effectum aliquem habent, quam si absque dolo, metu aliisque callidis persuasionibus alterius, cui juratum est, præstita fuerint. Vix autem imo rarissime contingit, ut, loco solennium juramento adhibito, alienatio talis absque fraude, colliditate, machinationibus & dolosis persuasionibus facta fuerit. Quod si bona fide & sincere cum minore ageretur, non hac via indirecta alienatio corroboraretur, sed potius modo legibus præscripto & usitato. Qui inusitata via agit, præsumptione fraudis haud caret, proinde consultius foret, insistere vestigiis juris nostri Romani, quod non minoris arbitrio alienationem permittit, sed judicis cognitioni, quæ re vera eluditur per juramentum; imo quod magis est, alienatio minoris fragili judicio in effectu permittitur, cui tamen eam subjectam esse non debere leges disposuerunt. Proinde in examinando valore alienationis non sufficit allegasse juratam esse alienationem; sed in primis inquirendum est in valorem juramenti, quod hoc casu ut plurimum fere valore suo destituitur, Simoncell. *cit. l. n. 16.* Illustrabo hanc doctrinam responso quodam prolixiori,

quod M. Jul. Ann. MDCCVII. a Facultate nostra conceptum est in casu, quo puella, religioni pontificiæ addicta, omnia bona sua alicui cum juramento donaverat, intuitu religionis mox suscipiendæ, quod tamen a Nuncio apostolico relaxatum fuerat. Tenor responsi sequens est:

Causa.

Hat eine Adelige Elterlose Fräulein Johanna Helena Josepha Rembetta von der Recke, ohngefähr im 14. Jahr ihres Alters, in Beyseyn des Hoff-Gerichts-Verwalters und Actuarii zu Münster und auch 2 anderer zu selbigem Gerichte nicht gehöriger Zeugen, extra locum judicii, in ihres einen Vormundes Hause, excluso altero tutore, folgende Declaration gethan, daß, falls sie zu einem geistlichen Stande sich resolviren würde, sie alsdann alle ihre Haabe und Güter, liegende und fahrende, actiones und nomina, nichts hiervon abgetsondert, ausser 2000. Rthl. ihrem Bruder Herrn Johann Matthiæ von der Recke per modum donationis inter vivos cediren und abtreten wolte, und solche nach Inhalt der Beplage sub No. 1. mit einem leiblichen Eyde bestärcket. Hat sich auch dieselbe hierauf bald nach Eölln begeben, und ob sie gleich bey ihrer Intention geistlich zu werden fest beharret, doch indessen durch den Nuncium Apostolicum zu Colln, nach Inhalt der Beplage sub No. 2. von solchem Eyde solennirer absolviret, auch darauf, da sie sich zum geistlichen Stande resolviret, und in denselben aufgenommen, prævia impetrata venia ætatis ihren Halb-Bruder durch den Official zu Münster ad videndum donationem declarari nullam citiren lassen, solche citation auch erkannt und gehörig insinuiret worden, und endlich nachgeschehener profession alles dasjenige, was sie vor dem disponiret, wegen ihres Brudern unzulässigen Verfahren, revociret, von neuen an ihren Oheimb, Herrn Arnold Friedrichen, Frey-Herrn von der Horst, dessen Eheliebste und deren leibliche Erben geschencket, auch solche Schenkung abermahl mit einem leiblichen Eyde bestärcket. Als nun der andere Donatarius der Donatricin wegen Mütterlichen Brautshazes ein ansehnliches

liches schuldig gewesen, und darüber der erste Donatarius Krafft seiner Donation einen arrest dahin gesucht, damit niemanden als ihm solche Gelder bezahlet werden möchten; ist darüber so wohl der punctus arresti, als die Haupt-Sache unter beyden Donatariis zur Gerichtlichen Concertation gediehen, worinnen denn von der löbl. Juristen Facultät zu Mähns zwar der Arrest bis zu Ausführung der Hauptsache bestätigt, nachgehends aber per definitivam aufgehoben und das Arrestatum dem letztern Donatario zuerkannt worden, von welchem Urtheil an das Hoh-Gericht zu Bielefeld appelliret, und zu Ingolstadt ein widriges Urtheil erfolget, und endlich nunmehr an das Ravensbergische Ober-Appellations Gericht zu Berlin provociret worden, woselbst auch die Sache anjeho noch hänget. So wird demnach bey solchen Umständen gefragt: Was vor ein Urtheil in dieser Sache zu hoffen sey?

Quaestio.

Rationes Dubitandi.

Nun möchte zwar bey erstem Anblick es das Ansehen gewinnen, als ob die erste Donation beständig und nicht habe widerrufen werden können, und zwar aus folgenden Gründen.

(1) Weil solche donation ob justissimam causam, nehmlich zur Conservation der Familie von der Rechte, geschehen, und zwar mit der expresse darbey gehängeten Bedingung: Wenn sie sich resolviren würde, geistlich zu werden, bey welchen Umständen die donatrix gar keine læsion allegiren könne, und gleichwie ein minorennis aus eben dieser Ursache libere, non interveniente decreto judiciali, mortis causa doniren kan, also sehr wahrscheinlich, daß auch solches auf diejenigen donationes inter vivos müsse gezogen werden, da sie ebenfalls keine læsion zu befürchten haben, obgleich die sonst in alienationibus minorum erforderete solennia ermangeln möchten, dahero verbunden zu seyn scheint, weil sie sich extra conditionem positam alle Gewalt und Recht in Güter vorbehalten, und nur die Schenkung auf den Fall, da sie geistlich werden solte, geschehen, und da nun dieses erfolget, und das Kloster mit der ietzgemeldten Fräulein sich gnugsahm verglichen, keine læsion angeführet werden könne.

(2) Auch

(2) Auch einige Doctores der Meynung seyn, daß ein Minor ex justa causa wohl schenken könne. Veluti ad pias causas, wenn gleich die gewöhnlichen solennia dabey nicht concurriren. Manz. in *Tract. de Spec. in jure comm. sub. voce pia causa n. 71.* Tiraquell. in *pia caus. privileg. 115. pr.* welches man auch ad illum casum ziehen möchte, quando donatio a minore in favorem familiae facta, welcher Umstand allhier bey der ersten donation zu befinden.

Absonderlich (3) auch dieses hierzu kommt, daß die erste Donation mit einem leiblichen Eynde zu Gott bestärket worden, cujus juramenti hæc præcipua virtus est, ut ex minorenni facit majorennem. *Autb. sacramenti puberum C. si advers. vendit. Carpz. p. 2. c. 11. def. ult. Simoncell. lib. 3. tit. 7. Insp. 1. n. 8.* Et cum suppleat omnem defectum solennitatum a lege requisitarum, hinc & alienationem a minore susceptam confirmare debet, licet hæc alias subsistere non posset. Everhard. in *loc. de jurament. vi, 130. n. 7.* Manz. *cit. tract. voc. jurament. vis, n. 28.* Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 8. tit. 6. n. 53.* Licet enim vel maxime adsit defectus solennium in actu quodam, tamen in minore adhuc videtur obligatio naturalis subesse, quæ juramento validari potest. Franzk. *lib. 2. resp. 5. n. 26. seqq.* Præterea quotiescunque lex quid disponit in favorem alicujus, non est ejus intentio, contravenientem obligare ad peccatum, quod tamen hic fieret, si præcise jusjurandum super tali re, quæ sine periculo animæ servari potest, interpositum, cum violatione nominis divini & vulneratione conscientiae annullaret. Franzk. *cit. l. n. 46.*

Und obgleich (4) die Fräulein von der Recke bey der ersten donation ihrer beneficiorum nicht möchte certioriret worden seyn, man doch dafür halten könnte, daß obgedachtes juramen-

mentum auch diesen defect schon abhelffen möchte, quia juramentum habet vim specialis consensus & renunciationis, ex quo Doctores inferunt: quod in alienationibus minorum juramentum satis securum præstet contrahentem cum minore, licet alias certioratio aliqua necessario requireretur. Pinell. *ad L. 2. C. de resc. vend. p. 3. c. 1. n. 10.* Maurit. *de restit. in integr. cap. 113. §qq.* Gomez. *2. ref. 14. n. 18.*

Wie denn auch (5) an dem Jurament selbst kein Mangel zu seyn scheint, anerwogen auch wohl denen Rechten nach ein pubertati proximus schmerzen kan, *l. 26. pr. ff. de jurej. cap. 1. X. de delict. puer. junct. c. 18. X. de jurejur.* Seraph. de Seraph. *de priv. Juram. priv. 83. n. 18.* & *ibi* Benck. *in not.* Auch kein dolus a parte primi donatarii, utpote qui non præsumitur, bewiesen werden mag.

Und obgleich (6) nachgehends solches Jurament a nuncio Apostolico relaxiret worden, doch gezweifelt werden möchte, ob solche relaxatio bey einem kräftig verbindlichen Jurament statt finde, a juramento valido enim relaxatio non concedenda, si vel maxime quis enormissime læsus sit. M. Anton. Macerat. *lib. 2. ref. 24. n. 20. & ref. 9. Cas. 24.* Dahero dann billig derjenige, so ex tali juramento ein jus quæsitum hat, dazu citiret und darüber gehöret werden muß, ne invito jure suo priveretur. Gail. *1. obs. 22. n. 3.*

Und ob man gleich (7) vermeynet, daß diese Donation contra dispositionem Concilii Tridentini *Sess. 25. cap. 16.* lauffe, doch dargegen eingewandt werden könnte, daß die ratio prædicti Concilii auf diesen casum nicht wohl zu ziehen, anerwogen in demselben nur hat præcaviret werden wollen, daß diejenigen, so etwa geistlich zu werden intention haben, und unter solcher Absicht von dem ihrigen disponiren, dadurch, wenn sie ihre intention nachgehends ändern, ihrer Güther nicht möchten beraubet werden, unde dispositio prædicti concilii tantum intelligenda de donatione post ingressum religionis, non autem de facta ante ingressum, ac proinde persona secularis ante habitus susceptionem & no-

Contin. III.

R r r r

vi-

vitiatus ingressum potest etiam intuitu ejusdem ingressus valide de suis bonis disponere absque solemnitate in Decreto hoc exhibita. Barbof. *in Collect. ad Concil. Trident. cit. l. n. 18.* ibique pleno numero allegari, welches alles auf diesen casum nicht wohl zu appliciren, theils weil diese Schenkung nicht absolute, sondern conditionate geschehen, falls die Donatrix geistlich zu werden sich resolviren sollte, theils auch weil diese Donation noch lange ante ingressum & ante annum novitiatus erfolget, mithin es das Ansehen gewinnet, als ob dieselbe sub dicta dispositione nicht begriffen sey:

Rationes decidendi.

Diesem allen aber ungeachtet, halten wir denen Rechten gemässer zu seyn, daß die erste Donation zu Recht nicht beständig, mithin vor den andern Donatarium pronunciret werden müsse: denn (1) disponiren die klaren Rechte ausdrücklich, quod donationes a minoribus nec cum Decreto judicis celebrari possint. *L. f. C. Si major fact. alien. & si celebratae sint*, ipso jure nullæ judicandæ, adeo ut minor ne quidem restitutionis beneficio indigeat, *L. f. C. si advers. donat.* quæcunque demum res fuerint, sive mobiles sive immobiles *L. 16. l. 22. cap. de administ. tut. vel Curat.* Bertrand. *lib. 3. conf. 104. n. 4.* adeoque nec tutoris nec curatoris autoritas, nec consanguineorum consensus, nec judicis decretum, nec aliqua alia solennia a lege vel Statuto requisita faciunt donationem ipsius minoris efficacem. Petr. de Anchor. *Conf. 69. Col. 1.* Menoch. *de arbitr. judic. quest. Cent. 2. cas. 172. n. 143.* Octav. Simoncell. *de Decretis cæterisque solenn. in contr. min. lib. 1. tit. 2. inspect. 1.* Mantic. *de tac. & amb. conv. lib. 4. tit. 6. n. 56.* Menoch. *conf. 388. n. 1. lib.* Welches alles um desto klärer ist, anermogen die Rechte deutlich an die Hand geben, daß keine alienatio von dem minore soll vorgenommen werden, wo keine sonderbare erhebliche Ursache zu finden ist, worüber denn zusehrst gerichtlich erkannt werden muß, welches aber auf dergleichen Schenkung gar nicht applicabel, als woselbst
Fei-

Keine causa necessaria, quæ in alienatione requiritur, nicht leicht mag angetroffen werden. *Alex. lib. 1. conf. 119. n. 3.* Nun ist unstrittig, daß die Fräulein von der Rechte zu der Zeit der ersten Schenkung noch minderjährig gewesen, indem sie kaum das 14te Jahr erreicht gehabt, und obgleich *adhibito consensu curatoris* & in *præsentia judicis* die donation von ihr erfolget, so kan doch solches noch nicht zulangen, solche donation zu bestärcken, zumalen wenn auch gleich sonst eine Schenkung *adhibito decreto Magistratus* geschehen könnte, so würde es doch hier an allen *Requisitis* hauptsächlich ermangelt, da weder *causæ cognitio*, weder *decretum* alhier anzutreffen, und die *sola præsentia judicis extra judicium* also wenig helfen würde.

(2) Da man nun diese öffentliche Nullitäten wohl gemercket, hat man vermeynet, diese Schenkung desto bündiger zu machen, wenn dieselbe von der Donatrice würde beschworen worden seyn, anerkennen die meisten Doctores darinn fast einig sind, daß dergleichen *juratæ donationes a minoribus factæ* niemals *revociret* werden können. *Octav. Simoncell. d. tract. lib. 3. tit. 8. inspect. ult. n. 141.* Doch gründen sich die meisten Dd. durchgehends in der bekanten *Auth. Sacramenta puberum C. si advers. vendit.* aus welcher man die general-Regul, *quod juramentum ex minore majorenem faciat*, und nachgehends ferner die *conclusion* gezogen, daß auch solche null und nichtige *Donationes* bestehen müßten, indem davor zu halten, als wenn sie a *majorenni* geschehen, da doch noch sehr zu zweiffeln, ob die vorangezogene *Authentica*, auch *ad negotia invalida* & *ipso jure nulla* gezogen werden könnte, anerkennen der Berstand derselben mehr dahin gehet, daß die *minores* von dem *beneficio restitutionis in integrum* propter *juramentum* gänzlich ausgeschlossen seyn sollen, mithin nothwendig kein *negotium invalidum* præsupponiret, welches so wohl der *Context*, als auch die *Rubric* selbst, darunter diese *disposition* zu finden, deutlich anzeigen, und gewiß dieses *absurdum* draus folgen würde, daß so viele *leges prohibitive*, quæ obligant in *conscientia*, dadurch illudiret, und also das *juramentum contr*

conscientiæ obligationem susceptum ein vinculum iniquitatis werden müste, dahero dann, obgleich der contrairen Meynung nicht wenige bepflichten, viele unter denen Doctoribus zu finden, die das Gegentheil behaupten. Menoch. *lib. 3. conf. 358. n. 9.* Donnell. *lib. 21. c. 13. lit. M.* Coraf. *ad L. 5. C. d. LL. n. 21.*

Und wenn gleich (3) die gemeine Meynung in praxi angenommen seyn solte, so finden sich doch viele andere Umstände, die dieses Jurament ungültig machen; Denn zusehrst ist nicht zu leugnen, daß wer mit einem minore contrahiren will, derselbe vor allen Dingen ihn von seinen Rechten informiren muß, quippe hic jus ignorare præsumitur. Menoch. *de præf. lib. 3. præf. 52. n. 2.* Sichard. *in Cod. ad autb. sacr. puber. si advers. vend. n. 21.* Dahero dann, wo solche certioratio nicht geschehen, das Juramentum, quippe quod ad ignorata non extenditur, bey einem minore keine Krafft haben könne, wie die bewährtesten Rechts-Lehrer staruiren. Sichard. *cit. l. Tiraquell. in præf. ad L. si unquam C. de revoc. donat. n. 146.* Anton. Gabriel. *lib. 2. de jurejur. concl. in pr.* Denn obgleich nicht wenige sind, die generaliter das axioma angenommen, quod juramentum sit instar certiorationis, und aus solchem das Gegentheil in diesem casu behaupten; so kan doch solches den Strich nicht halten, theils weil durch das Jurament die Unwissenheit unmöglich kan suppliret werden, theils auch, weil derjenige, so einen minorennem absque omni certioratione schweren läffet, in dolo zu seyn scheint; denn so er bona fide mit ihm handeln wollen, warum hat er ihn nicht certioriret? Deswegen auch die bewährtesten Rechts-Lehrer dieses gemeine brocardicum als falsch nicht unbillig verwerffen. Benckendorff. *ad Seraph. de priv. juram. priv. n. 9.* Hier. de Cævall. *opin. comm. contra comm. L. 2. pr. qu. 515.* Jo. Strauch. *ad univ. jus Justin. ex. 14. §. 14.* Mev. *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 5. art. 7. n. 121.* Wesenbec. *conf. 23. n. 12.* Nun findet sich gleichwol nicht, daß die damals noch in jungen Jahren stehende Fräulein von ihren Rechten wäre informiret worden, welches doch, wenn man ihr junges Alter, da sie kaum 14. Jahr alt gewesen, betrachtet, um desto eben-

der

der hätte geschehen müssen, weil solches Alter der Schwachheit und andern perſivationen und læsionen am meisten unterworfen, und eine solche junge Person gar leicht zu einem Jurament überredet werden mag, ex quo quis lucrum habere non debet; Und ist leicht zu penetriren, daß, wie sie selbst nachgehends, da sie zum verständigen Alter kommen, bekant, und sich darüber beschweret, sie zu solchem Jurament ganz unschuldig müste verleitet worden seyn, anermogen sie bey dem ersten Donatario am Tische gewesen, und demselben nicht wohl contradiciren mögen, sondern mehr ex metu quodam reverentia solchen Eid abstaten müssen, da doch die Sacramenta puberum keinen andern effect haben können, quam si sponte facta fuerint, per dict. auth. sacram. puber. und also die Doctores aus dieser Absicht gerne zugestehen, quod juramentum nihil operetur in contractu, nimia reverentia interveniente. Octav. Simoncell. *d. tr. lib. 3. tit. 8. insp. ult. n. 179. ibique alleg.* wie denn auch keine gar zu gute præsumtion gegen den ersten donatarium daraus entspringet, daß er die in Rechten vorgeschriebene solennia bey dieser Donation nicht adhibiren, sondern solche viel lieber mit einem Eyde hat wollen bestärcken lassen, cum omissio formæ inducat vehementem doli præsumtionem, Menoch. *lib. 3. conf. 388. n. 2. quod imprimis in contractibus minorum locum invenit. Curt. jun. conf. 118. n. 6. Menoch. cit. loc.*

Nicht weniger stehet auch (4) dieser donation entgegen die dispositio Concilii Tridentini *Sess. 25. cap. 16.* altho generaliter disponiret worden: quod nulla renunciatio aut obligatio antea facta, etiam cum juramento, vel in favorem cujuscunque piæ causæ, valere debeat, nisi cum licentia episcopi sive ejus vicarii fiat intra duos menses proximos ante professionem, wie solches gar deutlich anzeigen der inter Catholicos & Evangelicos hoch æstimirte Ludovicus Molina *d. J. & J. tr. 2. disp. 139. n. 14.* dieses requisitum ist bey dieser Schenkung, die doch intuitu futuræ professionis geschehen, gar nicht adhibiret worden, dahero dann dieselbe, ob sie gleich beschworen, von keinen Kräften seyn kan.

Man will zwar gemeinlich oberwehnte disposition des Concilii Tridentini ad novitios restringiren, und davor halten, daß sonsten alle übrige Handlungen, welche ante ingressum novitiatuſ geſchehen, vor bündig zu achten; Doch kan man gleichwol nicht abſehen, wie dieſe reſtriction mit oberwehnter diſpoſition übereinkommen könne. Die intention des Concilii Tridentini iſt vornehmlich dieſe geweſen, daß, wenn einer zwar den Schluß gefaſſet, geiſtlich zu werden, und unter ſolcher Abſicht von ſeinen Gütern diſponiret, dieſelben verſchenket, oder ſonſten Stiftung davon gemacht, darinnen er ſich gleichwol leicht übereilen kan, daß er nachgehends ſein propositum vitae Monasticæ wieder ändert, er alſo denn nicht möge ſeiner Güther ſich beraubet ſehen, oder da er ſiehet, daß er nunmehr bereits die Güther verſchenket, wider Willen den gefaſten Vorſatz geiſtlich zu werden nicht ändern kan. vid. Mar. Ant. Marcerat. *lib. 1. reſol. ult. caſ. 62.* welche und viele andere inconvenientien die patres Concilii Tridentini præcaviren wollen, daher ſie in genere diſponiren, quod nulla diſpoſitio antea facta ſcilicet intuitu religionis valere debeat, und keine gewiſſe Zeit beſtimmen, cum ſufficiat, quod diſpoſitio intuitu religionis facta fuerit, welcher Meynung auch ſehr viel bewehrteste interpretes beypflichten. Barboſ. *in Collect. ad Concil. Trident. cit. n. 18. in f. ibique ab eo alleg. Dd.* Und in ſpecie in congregatione Cardinalium dieſes alſo declariret ſey, bezeuget Flamin. Paris. *de reſign. benef. lib. 3. qu. 13. n. 9.* Ubi inſuper addit hanc rationem, quod alias renunciatio facta videatur in fraudem, de quo etiam teſtatur Menoch. *lib. 3. conf. 388. n. 7.* Wie denn auch wirklich ratio diſparitatis inter utrumque caſum anzutreffen, und ſonſten die diſpoſitio Concilii Trident. admodum generalis würde illudiret werden können; und man dagegen einwenden möchte, daß die ratio donationis hujus in dieſem caſu ceſſirte, zumalen die Schenkung nicht absolute, ſondern ſub illa conditione, falls die donatrix geiſtlich zu werden ſich reſolviren möchte, geſchehen, daher keine læſio zu befürchten, und alſo ceſſante ratione, auch billig die diſpoſition ceſſiren müſte; So iſt doch dargegen em-

einmahl klar, daß die angeführte disposition generaliter de omni & quacunq̄ue dispositione handele, auch ferner aus dem Context nicht undeutlich zu schliessen, daß auch dieser casus unter der disposition mit zu finden sey, indem expresse stehet, quod dispositiones tales, si vel maxime cum licentia Episcopi factæ fuerint, tamen non aliter valere debeant, quam secuta professione, woraus denn auch unwidersprechlich folgen muß, daß auch diejenige dispositiones, die unter dergleichen Bedingung gemacht worden, ebenfalls cum licentia episcopi geschehen müssen, oder sonst nicht einsten gelten können, wenn gleich die professio erfolget. Und ob zwar solchergestalt die Freyheit propositum vitæ monasticæ mutandi nicht beschnitten wird, so ist doch einmal die Freyheit benommen, anders zu disponiren, wie denn in casu, quoad omnes circumstantias simili, ex hisce fundamentis dergleichen donationes juramento firmatas pro invalidis gehalten der in praxi höchstberühmte Menoch. *integr. Conf. 388. lib. 3.* da er in specie n. 7. auf das hier movirte dubium gar nervose antwortet, wie denn auch nicht seltsam ist, daß ad majorem observantiam legis etwas generaliter disponiret, und auf alle casus gezogen wird, obgleich die Gelegenheit, die zu solcher disposition mag Anlaß gegeben haben, einen particularem casum disponiret, auch weil die disposition selbst gar deutlich diesen casum unter sich begreiffet, auch alle dispositiones, so intuitu religionis erfolgen, gemeiniglich unter vorerwehnter Bedingung zu geschehen pflegen, und um desto ehender mit verstanden werden müssen, cum leges loquantur de iis, quæ ut plurimum fiunt, so ist sehr intempestivum, dieses argument a cessante ratione hier anzuführen, welches ohne dem vielen limitationibus unterworfen. Tiraq. *tom. 4. tr. cess. effect.*

Endlich (5) so ist das juramentum von dem Nuncio Apostolico solenniter relaxiret, und sie die donatrix a vinculo absolviert, nachgehends auch der donatarius dazu citiret und solche relaxation von neuem wiederholet worden, und wenn gleich parte non citata solche relaxation geschehen, so wäre doch solche beständig zu achten, quia a Pontifice vel ejus nuncio facta fuit, quæ valet

let etiam parte non citata, Gonzal. Tellez. *ad cap. 1. X. de jurej. n. 11.* Und ob gleich solche relaxatio nicht leicht in præjudicium tertii geschehen kan, so ist doch secundum principia ecclesiæ Romanæ dieses in dem casu zugelassen, wenn ex justa & prægnanti causa dergleichen relaxatio geschiehet, *arg. C. 1. X. de jurej. ibique Gonzal. n. 11.* worunter denn vornemlich hinzuziehen, si temere & inconsiderato juratum *C. tua nos 24. X. de jurej.* Gonzal. *ad C. 1. cit. n. 15.* welches hier augenscheinlich anzutreffen, wie der Nuncius Apostolicus in dem Documento Relaxationis klärlich anführet, anderer Ursachen, so bishero angezogen und diese Relaxation secundum principia Romanæ Ecclesiæ legitimiren können, aniesz nicht zu gedencken.

Responsio ad Rationes dubitandi.

Aus diesen können nun die vorerwehnten dubia leicht gehoben werden: Denn ad 1. & 2. ist bereits erwiesen, daß wenn ja die donatio justam causam haben solte, doch solche absque decreto nicht bestehen können, denn es nicht folget: Donatio ex justa causa facta est, ergo decreto non indiget. Menoch. *lib. 3. cons. 388. n. 12.* Brunnem. *ad l. 3. § 9. C. de præd. & al. reb. min. n. 18. § 9.* und obgleich sub conditione die donation geschehen, so ist doch einmal denen minoribus solche untersaget, und da sie irrevocable ist, kein Argument von denen ultimis voluntatibus auf diesen casum zu machen. Zugeschweigen, daß weil sie conditionate geschehen, um desto ehender hat mögen revociret werden, ut late probat Menoch. *cit. l. n. 34.*

Quoad (3) dubium ist schon in rationibus decidendi erinnert, daß das Jurament hier nicht hindern könne, wie denn auch ratione quarti das contrarium erwiesen. Das stum man auch endlich passiren lassen kan, wenn sonst keine andere defectus vorhanden; und endlich so viel das 6te und 7te betrifft, davon bereits in specie ad rationes decidendi zur Gnüge gehandelt worden, und dannenhero unnöthig, solches zu reco-
qui-

quiren. So halten wir denen Rechten gemäß zu seyn, daß contra *Decisio.*
primam donationem allerdings gesprochen, und solche vor ungül-
 tig erkläret werden müsse. B. R. B.

§. VIII. Aliquando tamen de jure communi in *Quando de-*
 hujusmodi alienatione nullum requiritur decretum, ut *creto haud*
 patet *t. t. C. quando decret. opus non est, & fusius illustratur*
 a Simoncello *cit. rr. lib. 3. tit. 8.* utpote si alienatio certae *opus sit?*
 alicujus rei absolute necessaria fuit *l. 2. C. eod. t. 3. tit. 1. ff.*
b. t. vel illa ex dispositione patris dependet l. 3. C. cit. t.
 quos omnes casus hic referre haud necesse est, cum de
 praxi eorum nullum adeo supersit dubium. Illustrabo
 tantum illam præjudicio notabili, Mens. Febr. anno
 1700. a Facultate nostra concepto, in quo fere plerique
 casus excepti occurrunt. Tenor responsi est
 sequens:

Ob es wohl das Ansehen gewinnen möchte, daß, weil dieser *Rat. dub.*
 quæstionirte Verkauf des Dorfs T. samt Zubehör blosser Dinges,
 und ohne vorhergegangene Cognition super necessitate alienatio-
 nis vollzogen, und also confirmiret worden, derselbe für gang
 null und nichtig zu achten sey, per *l. 2. C. de præd. & aliis reb. mi-*
nor. ibique Dd. und also die verkauffte Stücke una cum fructibus
vindiciret werden können, l. 16. eod. junct. l. 3. C. de cond. ex in-
just. caus.

Weil aber dennoch aus der specie facti und dem Rauff-Con- *Rat. decid.*
 tractat erhellet, daß nicht allein der Käufer von B. schon vorhin den
 halben Theil an solchen verkauften Güthern rechtmäßig erlanget ge-
 habt, sondern auch dem seel. Hauptmann Ph. L. von S. die übrige
 halbscheid zugleich mit seinen Gevettern von J. pro indiviso zuge-
 standen habe, welches Antheil, da er es anderer Schulden halben
 verkauffen wollen, von denen mit interessirten minderjährigen da-
 mahl nicht eingelöset werden mögen, in dergleichen alienation aber
 rerum communium keines Decreti ad alienandum nöthig ist, *l. 2.*
ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. C. quand. decret. non opus est.
 So dann auch, weil die Rauff-Gelder zu Tilgung alt-väterl. Lehn-
 Contin. III. Ss ss Schul-

Schulden angewandt, und darzu berechnet worden, und aber pro liberandis bonis a parentibus oppignoratis ein præcedens Decretum alienandi nicht præcise erfordert wird, *l. 1. §. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.* Der damahligen minorum leibliche Mutter auch nicht nur selbst Mitverkaufferin gewesen, sondern auch hernach nomine des iezo klagenden minoris bey Ablegung ihres Contutoris Rechnung diese alienation beståtigt, und dahero die iezigen Klåger, in so weit dieselbe ihrer Mutter Erbe geworden, derofelben factum zu præstiren schuldig sind *t. t. ff. de except. rei. vend. & trad. ibique Dd.* über dem weil die dringende Schulden dem Lehn- und Landes- Herrn bekant, auch sonst notorisch gewesen, wie der begelegte Contract und dessen confirmation an die Hand giebet, in solchen Fällen aber, *ubi debitor notorie non est solvendo*, die Rechte kein absonderlich vorher zu ertheilendes Decretum erfordern *Nov. 4. c. 3. & autb. præsent. C. de Fidejuss.* endlich auch diese alienation ab ipso principe als Lehn- und Landes- Herrn confirmirt ist, quale speciale rescriptum principis loco decreti zu halten, *l. 2. C. quando decret. non est opus. Berlich. Decif. 149.* also bey obbewanten Umständen nicht nöthig gewesen, daß ein sonderliches Decretum de alienando vorher ertheilet werden müssen, sondern vielmehr der Consensus principis allhier für sufficient zu halten sey, bevor wenn noch der Landes- Fürst den vormahls über diesen Rauff ertheilten Consens zugleich für ein *ex justa causa*, *sibi cognita*, gegebenes Decretum alienandi declariren würde, wobey es denn allerdings lediglich zu lassen zc.

TIT. X.

DE CURATORIBUS FURIOSO ET ALIIS
EXTRA MINORES DANDIS.

§. I.

Ufus hujus tituli.

Extra minores etiam quandoque hodie quibusdam personis curatores constitui experientia testatur, cum

DE CURATORIBUS FURIOSO ET ALIIS &c. 691

cum & hodie tales dentur personæ, quæ aliorum auxilio in bonis administrandis indigent. Nam & hodie furiosis, mente captis, absentibus aliisque similibus constituendi sunt curatores. Et quis de prodigis dubitaret? qui rerum suarum furiosum faciunt exitum. Debet tamen declaratio præcedere, præmissa causæ cognitione, & quidem olim hæc fiebat solenni formula, quam recitat Paulus *lib. 3. sentent. 4. quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* Hodie citandi sunt hi, qui pro prodigis declarandi, ut videant, sibi per decretum administrationem interdicti, curatoresque dari, Faber *in C. lib. 5. tit. 38. def. 1.* & inde interdictio bonorum facta prodigo sine causæ cognitione non valet, nisi prodigalitas fuisset notoria. Id. *lib. 5. C. tit. 40. def. 7.* Mev. *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 6. n. 31.* Equidem rariora apud nos exempla curatellæ prodigorum occurrunt, cujus causa quidem non quærenda est in defectu prodigorum, nec in eo, quod hæc curatella non sit recepta; sed magis in magistratus negligentia, qui ex officio prodigis interdiceret bonis debebat eisque curatores constituere; prout non tantum jure communi cautum, sed præterea Statutis locorum confirmatum est. Sic jure Lubec. *lib. 1. tit. 7. art. 5.* ita cautum est: *Ist er aber darzu ungeschickt, oder sonst seiner Sinne beraubet, oder kindisch, oder ein unnützer Verschwendter seiner Güther, so soll er gleichwol unter der Gewalt der Vormünder bleiben, so lange bis der Rath befinden würde, daß es sich mit ihm gebessert und er zu andern Sinnen möchte gegriffen haben.* *In Stat. Hamb. p. 3. tit. 6. art. 11.* jus commune confirmatum est his verbis: **Da auch gebrechhaftige Personen gefunden werden, als**
S s s s 2 un-

unsinnige oder Sinnlose, stumme und taube, desgleichen die mit langwieriger Krankheit beladen und lagerhaft seyn, auch die Güter unnützlich verschwenden, die sollen gleichfalls durch die Mutter, oder wo dieselbe nicht mehr am Leben, durch die nächste Bluts-Verwandte bey Verlust ihrer erblichen Anwartsung, wie obstehet, angezeigt, und ihnen nach Gelegenheit Curatores und Versorger verordnet werden.

An hodie omnis prodigorum & furiosorum curatela dativa sit?

§. II. Cum vero furiosi & prodigi testamentum condere haud possint, & inde proximi cognati spem succedendi certam & fundatam habeant, etiam in curatela legitima sunt. Interim tamen non desunt, qui existimant, hodie cessare curatela legitima, & furiosis prodigisque unice a magistratu dari curatores, idque constare putant *ex l. i. ff. b. r.* ubi Jctus asserit, solere hodie prætores, vel præfides curatores prodigis dare exemplo furiosi. Verum licet prodigis non aliter dari possit curator, quam decreto interposito, mediante quo ei administratio bonorum interdicitur, imo licet quoque ante magistratus inquirere possit, an is furore & dementia vere laboret, cui curator postulatur *l. 6. ff. b. r.* alia tamen quæstio est, an huic cognitioni antecedenti præcise conjuncta sit datio curatoris a parte magistratus? quod merito negatur. Cum enim adhuc hodie proximiores cognati retineant spem succedendi certam & fundatam, his quoque merito jus in tutelam hanc quæsitum esse debet. Nec quod olim soliti fuerint prætores vel præfides iis curatores dare, statim necessitatem involvit, quod unice debeant curatores constituere, quin potius illud intelligendum est de eo casu, ubi deest curatela legitima, vel proximiores ex justa causa se excusant. Apparet hoc *ex l. sape 13. ff. b. r.* ubi dicitur: *Sape ad alium e lege duo-*

DE CURATORIBUS FURIOSO ET ALIIS &c. 693

duodecim tabb. curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii prætor administrationem dat: Scilicet cum ille legitimus in habitis ad eam rem videatur. Est itaque curatela legitima furiosorum & prodigorum magis ordinaria, quam dativa, quæ tantum *in subsidium* locum habet, cum nemini rectius cura furiosorum & prodigorum quam consanguineis committi possit. Videtur id tractum esse ex legibus Platonis, qui *lib. 11. de LL.* ita: *Nemo furiosus palam in urbe, sed furiosum propinqui domi, quomocunque possunt, custodiant, quod ni fecerint, multantur*, vid. Montan. *de tutel. c. 28. n. 14. seqq.* Unde & hodie custodia horum non aliis committi potest, quam proximis consanguineis, vel his deficientibus, ergastulis includuntur.

§. III. Non tamen poterat maritus uxori mente captæ curator dari *l. 14. b. t.* quia in genere curatela maritalis reprobata erat, adeo ut ne quidem sponsus sponsæ curator esse potuerit, *l. 1. §. 5. ff. de excus.* Unde in genere in *l. 2. C. qui dare tur.* dicitur: *maritus etsi rebus uxoris suæ debet affectionem, tamen curator ei creari non potest.* Ab hoc jure diversi sunt mores Germanorum, secundum quos maritus est curator legitimus uxoris suæ, unde etiam vocatur *ehelicher Vormund*. Satis aperte hoc asseritur in *jure Saxon. lib. 1. art. 45.* Unde *obwohl ein Mann seinem Weibe nicht ebenbürtig wäre, so ist er doch ihr Vormund, und sie ist seine Genosin, und tritt in sein Recht, wenn sie in sein Bette tritt, & ita curatela ipso jure incipit mox post consensionem thalami.* Similiter *lib. 13. art. 2. in f.* dicitur, tutorem liberis datum, esse etiam curatorem viduæ, *bis daß sie einen Mann nimmt, der ihr ebenbürtig sey, quia ita transit in tutelam mariti.* Hæc curatela maritalis variis locorum statutis confirmata est, prout in *Stat.*

Quatenus hodie mariti curatores uxorum esse possunt?

Hamburgens. p. 1. tit. 9. art. 5. expresse dicitur: **Der Frauen Vormund ist ihr Ehemann so langer lebet.** Conf. *p. 3. tit. 6. art. 21.* Hoc ipsum quoque moribus Lubecensibus conforme esse docet *Mev. ad jus Lubec. lib. 1. tit. 10. art. 1. n. 18. seqq.* Quamvis vero hoc non tantum de curatela tali, quam Romani supponebant, veluti si uxor esset mente capta aut prodiga aut morbo fontico laboraret, sed in genere de curatela muliebri, quæ perpetua & generalis apud Germanos fuit, intelligendum sit; exinde tamen satis constat, curatelam maritalem esse moribus Germanorum satis conformem, adeoque etiam illis in casibus locum habere posse, in quibus Romani maritos admittere volebant. Ex quo concludo, quod etiam iis in locis, in quibus generalis mulierum curatela in desuetudinem abiit, maritus admitti possit, si curatorem uxor extra ordinem desideret, veluti si mente capta vel gravi morbo affecta sit, ut suis rebus superesse non possit. Collineat huc *Brunnem. ad l. 2. C. qui dare tutor. in f.* inquiens: *Hodie non tantum jure Saxonico sed etiam consuetudinario passim ubique locorum mariti sunt tutores ac curatores uxorum legitimi Ehevögte.* Conf. *Mynsing. cent. 3. obs. 53. Wehner. in observ. voc. Ehemann in f.* Imo nec olim apud Romanos hanc curatelam maritalem fuisse incognitam, docet *Schilter. ex. 37. §. 229.*

De cura perpetua feminarum apud Germanos.

§. IV. Ortum traxit hæc curatela maritalis ex cura perpetua, in qua apud antiquos Germanos feminae indistincte fuerunt, qua ipsa illis prospicere voluerunt, ne in negotiis contrahendis læderentur, cum ex suaapte natura deceptionibus ob fragilitatem sexus obnoxia sint. *Joach. Wibelius de contr. mulier. c. 1. n. 26. seqq.* Hac enim semel introducta, nemini rectius illam quam marito committi posse putarunt, cum qua semel una
caro

DE CURATORIBUS FURIOSO ET ALIIS &c. 695

caro factus fuit. Neque hæc consuetudo tantum apud Germanos recepta, sed etiam Græcis, imo ipsis antiquis Romanis usitata fuit, uti docet Schilter. in *pr. jur. Rom. cit. l. n. 227.* Audiamus Livium, qui *lib. 34. C. 2.* Catonis verba refert hæc: *Majores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt: in manu esse parentum, fratrum, virorum.* Rationem hujus antiqui juris hanc suppeditat Cicero *Orat. pro Murana.* *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt.* Similiter Boeth. in *Top. Cit.* scribit: *Mulieres antiquo jure tutela perpetua continebat: Recedebant vero a tutoris potestate, quæ in manum viri convenissent, itaque fiebat eis prioris status permutatio: Et erat capite deminuta, quæ viri convenisset in manum.* Sic itaque mulieres sine tutorum suorum auctoritate nihil valide agere poterant, quorsum pertinet insigne fragmentum apud Ulpianum *tit. XI. §. 27.* ubi ita: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si legè aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si liberta suæ permittant in contubernio alieni servi morari, si mancipia alienent.* Sed tandem hæc tutela muliebris perpetua adeo exolevit, ut mulieribus suo arbitrato quævis gerendi potestas fuerit, quæ ratio quoque est, quod compilatores Pandectarum nullam ejus mentionem in Digestis facere voluerint. Wibelius *cit. l. n. 35.* Germani vero tenacius pristinis moribus adhæserunt, & curatellam hanc perpetuam ad nostra usque tempora integram salvamque conservarunt, utut negari nequeat, introducto semel jure Romano, illam quibusdam in locis in desuetudinem abiisse, in quibus scilicet juri patrio repudium majores miserunt. De observantia juris antiqui testatur Mevius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 7.*

art. 4.

art. 4. n. 4. ajens: . Moribus nostris in universa fere Germania jus illud antiquum receptum reperitur, nam ex istis feminæ perpetua tutela ferme subjacent, quod etiam confirmant Giesebertus peric. II. Stat. art. 19. n. 44. 699. & Wibelius cit. l. n. 36. seqq.

Diversitas curatela: muliebris perpetuæ a curatela Romana.

§. V. Quamvis itaque hoc intuitu mulieres minoribus quodammodo æquiparentur, adeo ut in Stat. Hamburg. P. 1. tit. 9. art. 1. dicatur: *Alle Frauen und Jungfrauen werden nach unserm Stadt-Rechte unmin- dig gehalten*, negari tamen nequit, curatela hanc perpetuam mulierum in nonnullis a Romana curatela differre. In eo quidem conveniunt, quod sicuti minores absque consensu curatorum suorum nihil valide agere possint, ita quoque similiter in feminis ad validitatem negotiorum, quæ ineunt, consensus suorum curatorum desideretur. In eo vero notabile discrimen occurrit, quod curator muliebris non administret bona feminarum, & ita nec ad inventarii confectioem obligetur, nec rationes reddere teneatur, sed tantum iis consilio assistat, ne propter sexus fragilitatem lædantur, Struv. ex. 31. tb. 94. Mev. ad jus Lubec. cit. l. n. 10. Lyser. de curat. mulier. c. 1. tb. 54. Montan. de tutel. c. 38. n. 53. Ex quo per se fluit, quod feminis hypotheca tacita in bonis curatoris sui non sit quæsitæ, cum deficiat ejus fundamentum, quod in administratione consistit, Mev. cit. l. n. 12. Dn. Rhetius de virgin. c. 4. tb. 4. Franzk. P. 1. ref. 17. n. 68. Imo hæc curatela mere voluntaria est, nec ad eam suscipendam quis invitatus cogi potest, quæ omnia secus se habent in curatela minorum, prout supra expositum est. Hoc facile largior, si feminæ adhuc minores existant, earum non esse ab aliis minoribus diversam conditionem, sed eo casu

DE CURATORIBUS FURIOSO ET ALIIS &c. 697

casu omnia locum invenire, quæ supra in genere de minorum curatela dicta fuerunt.

§. VI. Ceterum in Saxonia diversitas quædam circa hanc curatela muliebrem occurrit. Nam jure Saxonico electorali indistincte tam in negotiis judicialibus, quam extrajudicialibus curatoris assistentia necessaria; modo inter vivos gerantur, vid. *const. elect. 15. p. 2. & dec. elect. 24.* Ast jure Saxonico communi distinguitur inter uxores & viduas virginesque. Illæ itidem ubique curatoris consensu indigent, verum hæc in negotiis extrajudicialibus non indigent curatore, adeoque ligantur contractibus, transactionibus & renunciationibus extrajudicialibus, licet curatoris consensus non intervenerit, Richt. *decif. n. 22.* quod retentum videtur ex jure Saxon. antiquo, quo *lib. 1. art. 45. inf.* ita disponitur: *Mägde oder unbemante Weiber mögen wol verkaufen ihr eigen ohne ihres Vormunds Ursaub, er sey dann Erbe dazu.* In judicialibus autem negotiis indistincte curatoris consensu indigent. Et hæc curatoris assistentia etiam mulieribus extraneis necessaria est, quatenus in Saxonia quid valide agere volunt Carpz. *P. 2. c. 5. def. 6. n. 10.* Berlich. *P. 2. concl. 7. n. 571.* Sicuti e contrario feminæ Saxonice alibi contrahentes vel agentes curatorem non desiderant, si ibi curatela muliebris cessat Carpz. *cit. 1.* Ceterum quæ specialia hujus curatela muliebris circa negotia quæcunque jura constituta sint, hic congerere nolo, postquam illa singulis in materiis explicata fuerunt, unde constabit, quousque hæc curatela perpetua se extendat.

Diversitas circa tutelam muliebrem in Saxonia.

LIB. XXVIII.

TIT. I.

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT
ET QUEMADMODUM TESTAMENTA
FIANT.

§. I.

De testamen-
torum usu in
Germania.

Magnum imo liberrimum fuisse testamentorum usum apud Romanos, vel ipsum Constantini assertum in *l. 1. C. de SS. eccl.* indicat, ubi ostendit, *nihil esse, quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis, postquam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* Utrum vero hic liberrimus usus e re reipubl. fuerit, alia quæstio est, quæ, meo iudicio, neganda videtur, prout ostendi in *cautel. testam. c. 1.* cum infinita incommoda, jurgia, & lites procreare soleat. Sane constat ex antiquitatibus, pluribus gentibus testamentorum usum incognitum fuisse. Jure Mosaico tantum determinatur successio legitima *Num. XXVII. 8. sq.* Seldenus *de success. in bona defunct. ad leg. Hebr. c. 24.* Nec Græci usum testamentorum habuerunt, nisi quod Solon Atheniensibus testamenti factionem permiserit, liberis non existentibus. Sic enim Plutarchus *in Solone: Probatur etiam ejus lex de testamentis. Etenim antea ea non erant licita sed penes defuncti genus pecunias & domum remanere oportebat. Hic vero liberum fecit, liberis non existentibus, cuicumque visum esset, sua donare &c.* Fuit Germania satis beata sine testamentis, quæ nulla apud eos fuerunt. Sic enim

Ta-

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 699

Tacitus de morib. German: Heredes successoresque sui cuique liberi: & nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patru, avunculi, quod ipsum satis prudenter in Germania obtinuisse judicat Conring. de orig. jur. Ger. c. 34. Neque Saxones usum testamentorum habuerunt, adeoque dici nequit, quod Carolus M. eis in pœnam ademerit testamenti condendi jus, uti contendit Heigius *P. 1. qu. 8. n. 24.* quin potius antiquo more succedendi constanter usi sunt. Schilt. *in jur. publ. lib. 1. c. 4. §. 9.* Postquam vero jus Theodosianum in Gallia finitimisque locis invalescere seculo V. inciperet, inde non mirandum, quod usus testamentorum quidam in iis locis obtinuerit, quorsum refero, quæ apud Marculphum *in formulis* hac de re reperiuntur, quæ tamen usum testamentorum in Germania nullum ostendunt. Ipsius Caroli M. testamentum, quod in *append. Caut. Test. n. 1.* adduxi, non ex alio, quam ex hoc jure, in Gallia usitato, fluxisse videtur, adeoque usum testamentorum quoad Germanos nullum arguit. Transit itaque usus testamentorum in Germaniam potissimum auctoritate juris canonici, & robur ingens postea accepit ex receptione juris Romani, ex quo per se fluit, quod ubi Jus Canonicum a dispositione juris Romani in materia testamentorum recedit, illud huic in praxi plerumque præferri debeat, quod singulis in materiis ex ipsis rerum argumentis demonstrandum erit. *conf. Schilt. ex. 14. §. 38. 1799.* ubi fusius de usu testamentorum in Germania, & ejus variis occasionibus agit. Ceterum non ubique locorum per Germaniam liberrimus testamentorum usus receptus, sed hic inde restrictus est; Nam jure Hamburg. Lubecensi aliorumque locorum bona he-

reditaria familiæ reservanda sunt, ita ut de illis nullum valeat in contrarium testamentum, ceu suis locis speciatim asserendum erit.

In testamentis
condendis re-
spiciendum
esse ad solemn-
tatem loci, ubi
conditur.

§. II. Quamvis vero solennitates testamentorum juris Romani sint, & hætenus in praxi observari debeant, quia in his jus Romanum fere plene receptum est; nihil tamen obstat, quo minus princeps in suo territorio aliam testandi rationem constituere possit, qua facta testamta secundum illam condita æque valebunt, ac si secundum formam a jure Romano præscriptam essent ordinata l. 6. ff. de evict. Sic jure Dithmarico art. 26. plane recessum est a jure civili, id quod aliorum statutorum placitis uberius declarat & illustrat Giesebert. in peric. Stat. II. Similiter jure Gœrlicensi peculiarem esse testandi rationem, apparebit ex sequente responso a Facultate nostra M. Febr. ann. 1705. concepto:

Casus.

Ist Albius Seyfriedt (welcher unter des Churfürstlichen Sächsischen Amtes Gœrlitz jurisdiction das Ritter-Guth Klingentalde nebst dem Ritter-Guth Cumerwitz, unter des Stadt-Magistrats zu Gœrlitz jurisdiction aber einen Bierhoff nebst 2 Land-Gütern Ludewigsdorff und Deutschefigen besessen) Todes verfahren, und hat etliche Wochen vor seinem Ende ein Testament, darinnen er seine hinterbliebene Eheliebste zum Universal-Erben bestimmet, seiner verstorbenen Schwester-Kindern aber, als nächsten Anverwandten, allein den Bierhoff Legats-Weise beschieden, aufgericht, und solches vorbesagtem Amte Gœrlitz, (welches nach dertiger Observanz bey ereigneter Unpäßlichkeit des testatoris den Amtes-Secretarium nebenst einem Notario und Zeugen zu Annehmung desselben, deputiret) judicialiter übergeben, welches Testament jeko nach dessen Tode die nächsten Anverwandten deshalb zu impugniren suchen, weil der testator ratione des Bierhoffes und der beyden übrigen Güter Ludewigsdorff und Deutschefig vor niemand

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 701

mand anders, als dem Rath zu Görlitz testiren können, daher gefragt wird: Ob solches aus des Testatoris Haus abgeholt Testament auch so viel die Güter unter des Magistrats zu Görlitz Jurisdiction gelegen betrifft, zu recht beständig sey?

Obes nun wohl Anfangs das Ansehen gewinnen möchte, daß Rat. Dab. das Privilegium Regis Uladislai de anno 1496. dieser Sachen den Ausschlag geben müsse, als worinnen verordnet, daß ein Civis Gærlicensis in omni ultima voluntate ad minimum duos juratos ex consulibus cum Notario jurato adhibiren, und im widrigen, seine Disposition null und nichtig seyn solle, und da hierdurch eine certa forma testandi lege publica vorgeschrieben, und solche forma sine vitio nullitatis nicht negligiret werden kan, *arg. l. s. c. de L.* das diesem Privilegio zuwider aufgerichtete Testament nicht bestehen zu können scheint, auch dieses privilegium ad excludendum certum genus testamenti, quod scilicet coram Parocho & testibus fit, nicht kan gezogen werden; Und obgleich die vorigen captiosæ dispositiones coram Parocho & testibus zu diesem lege publica Anlaß gegeben haben, doch die hernach erfolgte sanctio publica generaliter abgefasset: quod scilicet testamenta, codicilli, ultimæ voluntates, institutiones heredum seu legata, quæcunque aliter per quoscunque in dicto oppido ordinatæ & institutæ, nullius penitus sint roboris vel momenti. Daß man also hieselbst andere dem Amte Görlitz insinuirte Testamenta nicht füglich ausnehmen kan, wozu ferner kömmt, daß die Insinuation dieses Testaments vor denen Amts-Deputirten nicht an einem Orte, so von der Stadt Jurisdiction eximiret, und des Amtes Jurisdiction unterworfen, sondern in des Testatoris bürgerlichen Haus geschehen, und also dadurch dem Ansehen nach von dem Amte ein Eingriff in des Raths Jurisdiction begangen, welches dem Privilegio in so weit zuwider zu seyn scheint.

Weil aber dennoch alle Privilegia stricte zu interpretiren, Rat. Decid. *ne nimium lædant jus commune, nisi quatenus verbis expressis hoc in privilegio continetur*, und der ganze textus des der Stadt Görlitz von dem Könige Uladislao ertheilten Privilegii

sattsam anzeigt, daß man dadurch die vielen fraudibus & machinationibus dolosis unterworfenen testamenta extrajudicialia aufheben wollen, als von welchen allein daselbst geredet worden, immassen an statt derselben ein modus judicialiter testandi coram consulibus & senatus Notario vorgeschrieben, auch bey gefährlichen Kranckheiten dem Consuli erlaubt worden, ein paar Bürger an seine Stelle zu deputiren, welches doch bloss Privat-Leute, und keine membra judicii seyn; Und da dieses auf solche masse insinuirte Testament gültig und beständig ist, vielmehr auch dasjenige bestehen muß, welches coram deputatis eines höhern judicii, so in eben dieser Stadt Görlitz auctoritate Regia & Electorali fundiret ist, insinuiret worden, denn ie höher das judicium in eodem loco ist, ie grösser muß auch dessen Autorität in expediendis negotiis judicialibus gehalten werden, zumal die insinuationes testamentorum ohn dem voluntariæ jurisdictionis seyn, daß sie coram quocunque judice expediret werden können, und dawider vergeblich eingewandt wird, daß dieses Testament unter des Raths Jurisdiction concipiret, auch das Haus, woselbst es denen Deputatis übergeben, dem Rath unterwürffig, und also die statuta civitatis observiret werden sollen, immassen das erste in facto irrig, indem das Testament auf dem Ritter-Guthe Klingenthalde concipiret worden, und obgleich nachhero die Offerirung dieses unter des Amts Jurisdiction aufgerichteten Testaments in einem bürgerlichen Hause geschehen, doch bekant ist, daß der locus insinuationis in actibus voluntariæ jurisdictionis nicht attendiret werde, sondern solche Dinge auch in alieno territorio geschehen mögen, Gail. L. 2. observ. 39. in fin. Berlich. p. dec. 29. n. 8. Carpz. decis. 293. n. 10. Et sqq. vielweniger dem Herrn Amts-Hauptmann zu Görlitz verwehret werden können, von einem Testatore, der kein blosser Bürger, sondern zugleich des Amts Bassall ist, ein Testament in einem Bürger-Hause anzunehmen, welches doch zugleich sub districtu jurisdictionali des Amts gelegen ist, zu geschweigen, daß dieses Amt die Stelle der voemaligen Herzoge von Görlitz, nunmehr aber Sr. Chur-Fürstl. Durchl. zu Sachsen vertritt, und daherom um so viel weniger Zweifel ist, daß da-

daselbst die in sinuatio testamenti Rechts = kräftig geschehen könne, allermassen auch das attestatum des Churfürstl. Sächsischen Ober = Amtes zu Budissen die observantiam genugsam bestärket; wozu ferner kömmt, daß hieselbst ein casus vorhanden, da der Testator seine Ehe = Frau zu seiner Universal = Erbin eingefezet, über welchem casu die Stadt Görlitz von dem Kaiser Rudolpho II. eine absonderliche declaration erhalten, in welcher etliche mal wiederholet wird, daß einem Mann secundum jus scriptum und in Kraft des privilegii Cæsaris Sigismundi frey stehen soll, sein ganzes Vermögen der Frauen zu lassen, dabey aber, daß des Vladislai privilegium observiret werden solle, mit keinem Worte Erwehmung geschehen; Und da nun dieses Testament denen beschriebenen Rechten gemäß verfertiget, und die Frau zur Erbin eingefezet, dieses Privilegium recentius de anno 1579. welches eine declaratio und interpretatio der vorigen Statuten ist, und ein actus, so demselben gemäß, vollzogen, durch des Vladislai Verordnung de A. 1496. nicht impugniret werden mag, indem unstreitigen Rechts ist, quod constitutiones posteriores derogent prioribus *L. fin. ff. de constit. Princ.* Endlich auch bekant, quod testamentum sit dispositio universalis & se extendat ad omnia bona ubicunque sita, cum quis pro parte intestatus decedere nequeat, und zugleich nicht unbekant, quod in dubio pro testamento pronuncandum sit *Gail. l. 2. obs. 118. in fin. Manz. spec. jur. tit. ultima voluntas pr.*

So erscheinet aus diesen und andern in facti specie zur Un- Decisio.
ge ausgeführten Rechts = Gründen so viel, daß dieses Testament, ungeachtet es von denen Amtes = Deputirten des Fürstenthums Görlitz aus des Testatoris Bürger = Haus abgehohlet, ohne consideration der Güther, sie mögen gelegen seyn unter welcher Jurisdiction sie wollen, zu Recht beständig sey.

In tantum vero hæc Statuta sunt attendenda, ut quoties etiam extranei in tali loco ultimam suam voluntatem ordinant, non aliter valide quam secundum formam ibidem præscriptam, disponere possint *arg. l. 6. de*

6. de evict. quo facto etiam robur suum habere debet in loco, ubi defunctus domicilium suum alias habuit, ut vel maxime alias longe plura, & diversa solennia ibidem requirantur. Imo hujus testamenti effectus sese exserit, utrum alia forma ibi testamentis præscripta sit, uti dixi in *in caut. testam. c. 15. §. 12. 13.*

An dispositio
juris Canonici,
quæ solennia
remisit, in pra-
xi obtineat.

§. III. Multa autem jus canonicum circa solennia testamentorum, quæ in primis in testium numero solenni consistit, remisit, in *c. 10. X. b. 1.* in quo textu generaliter Alexander III. remisit necessitatem in testamento adhibendi septem testes, disposuitque, ut testamenta coram parochio vel tribus aut duabus personis condita rata sint, improbato jure civili, quod hujus dispositio a divina lege & patrum sanctorum institutis recedat. Quamvis vero hoc omnino falsum sit, & prætextum tantum merum sapiat, uti optime defendit Connanus *lib. 9. comm. c. 2.* cum Linckio *ad decret. lib. 3. tit. 26. §. 7.* observantia tamen generalis hujus capituli extra terras ecclesiæ hæctenus sese nondum extendit, sed potius substitimus hac in re in dispositione juris civilis, quamvis in aliis articulis testamentariæ successionis magis jus canonicum in praxi sequi soleamus. Hujus rei ratio esse potest, quod in *Ordin. Maxim. 1. de anno 1512.* solennia testamentorum juris Romani expresse fuerint confirmata, & inde in praxi eo magis deducta Carpz. *P. 3. C. 4. def. 40. n. 6.* Hahn. *ad Wesemb. b. 1. n. 10.* Colleg. Jur. Arg. *lib. 28. tit. 1. §. 30.* Penetravit tamen dispositio juris canonici in Saxoniam quoad rusticorum testamenta, ut illa secundum eam condita ibidem valeant. Matth. Coler. *p. 1. decis. 35.*

n. 4.

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 705

n. 4. Richter. *decif. 28. n. 2.* Gudelin. *de jur. noviff. lib. 2. c. 5. pr.*

§. IV. Ceterum cum pleraque, quæ circa hujus materiæ testamentariæ praxin in disquisitionem deduci possunt, jam uberrime in *Cautelis testamentorum* sint exposita & discussa, non necesse erit, omnia hic repetere, & ita tantum me continebo intra limites instituti hujus proprios, duntaxat de usu moderno præcipuorum textuum Pandectarum in hac materia disquisiturus. Quod ergo ad personarum habilitatem attinet, constat, in eo, qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facit, integritatem mentis, non corporis sanitatem exigendam esse, ut ait JCtus in *l. 2. b. r.* & ita mente captus testamentum condere nequit *l. 17. b. r.* licet alias, qui tantum debilem & imminutum sensum habent, a testamenti factioe non excludantur, ut præjudiciis probat Sande *lib. 2. tit. 1. def. ult.* Quamvis vero hoc extra omnem dubitationis aleam positum sit, in hypothesi tamen gravior disquisitio communiter exsurgit, utrum testator tempore conditi testamenti dementia tali laboraveit, de quo in praxi gravissimæ ut plurimum exsurgunt lites. Illustrabo hoc notabili quodam responso, ante paucos annos a Facultate nostra concepto, unde simul constabit, quomodo dementia testatoris variis ex circumstantiis elici possit. Tenor responsi hic est:

De integritate
mentis in te-
statore.

Ob wohl pro validitate Codicillorum sub lit. D. angefüh-
ret werden möchte, daß zwar (1) in utramque partem bey dieser
Disposition sich grosse dubia befinden, gleichwohl, weil die Sache
noch zweifelhaft, man billig bey der gemeinen Rechts-Regul blei-
ben müsse, quod in dubio pro validitate ultimæ voluntatis sit
pronunciandum *l. si pars 10. ff. de inoff. testam. l. in ambiguis 85.*

Rat. dub.

Contin. III.

U u u u

de

de reg. J. c. f. X. de sent. & ind. l. 7. C. de instit. & substit. cum homini mortuo nihil magis debeat, quam ut servetur ejus ultima voluntas l. 1. C. de SS. eccles. & in dubio illud arripiendum sit, quæ res magis valeat. l. 12. ff. de reb. dub. Dahero denn (2) nicht ex nudis conjecturis, sed ex prægnantissimis rationibus die Ungültigkeit eines letzten Willens muß erwiesen werden, derowegen eine weit stärkere præsumtion pro validitate ultimæ cujuscunque voluntatis militiret, welche nicht anders als per fortiores probationes contrarias elidiret werden kan, cum semper illa præsumtio judicanda sit potentior, quæ benignior. Menoch. lib. 1. de præf. qu. 29. Und wenn nun dieses (3) ad præsentem casum appliciret wird, so möchte dem Ansehen nach dieses um desto ehender hier statt finden können, da das quæstionirte Codicill nach allen requisitis legalibus eingetichtet worden, und also dabey nichts desideriret werden mag, woraus denn die præsumtio pro validitate Codicillorum nicht unbillig vergrößert wird, zumahl da auch (4) ratione voluntatis hiebey nichts zu desideriren zu seyn scheint, da der Erblasser Leonardus seinem sub lit. A. befindlichen Testament am Ende der Clausul einverleibet, daß er sich dabey reservire ein und andere entweder eigenhändig geschriebene, oder unterschriebene Zet- tül bey dem Testament zu legen, wodurch er gar deutlich dazumahl schon voluntatem Codicillandi gehabt zu haben scheint, und obgleich vornemlich dieses Codicill daraus angefochten wird, daß der testator tempore codicillorum confectorum nicht wäre sanæ mentis gewesen, so möchte doch dagegen eingewandt werden können, quod omnis Testator præsumatur sanæ mentis fuisse l. f. C. de hered. instit. Menoch. de præf. lib. 6. præf. 45. num. 18. Cæsar. Argelus de acquir. poss. qu. 3. art. 1. num. 55. quod tam diu præsumendum, donec liquidissimis argumentis contrarium probatum fuerit, l. ne Codicillos quidem §. C. de Codicill. Mantica. Conj. ult. vol. lib. 2. tit. 5. num. 2. welche præsumtion um desto stärker ist, quia ab ipsa natura petita est, cum aliquem insanum esse, ipsi naturæ repugnet, Mantica cit. l. Menoch. cit. l. num. 20. Und obgleich (6) solches mentis deliquium aus den Beplagen sub lit. B. &

& C. hat erwiesen werden wollen, so hat es doch das Ansehen, als ob solches daraus nicht möchte erkannt werden, anerkogen zwar daselbst de aliqua debilitate capitis gehandelt, doch nicht præcise bezeuget wird, quod omni rationis usu destitutus fuerit, id quod tamen requiritur, cum alias tales mente capti, qui aliquem adhuc usum rationis habent, mortis causa adhuc disponere possint, ut in terminis tradit Sande *lib. 2. decis. tit. 1. def. ult.* non enim omnes actus, imbecillitatem ingenii arguentes, licet parum sanæ mentis hominibus comperant, tantam arguunt insaniam, ut facultatem testandi adimant, sed illi tantum, qui iudicii rationisque usum penitus excludunt, Magon. *decis. 97. num. 17.* Menoch. *cons. 683. num. 14.* Argel. *cit. l. num. 64.* Welches (7) allhier um desto mehr statt finden muß, da das Codicill ganz vernünftig aufgesetzt, und nichts ungeschicktes, so eine insaniam anzeigen könnte, dabey anzutreffen, vielmehr die Ursache, warum der Erblasser Leonardus zu solchem Codicill bewogen worden, ganz raisonnabel scheint, damit nemlich allen Zänckereyen, Mißverständniß und Processen, so aus zweyen Testamenten entstehen könnten, vorgebauet werden möchte, welche kluge Disposition keinen defectum mentis arguirt, quando autem furiosus recte testatur, præsumitur eo tempore sanæ mentis fuisse & dispositio valet, Mantica *de Conject. ult. Vol. lib. 2. tit. 5. num. 8. inf.* Welcher Umstand noch ferner (8) dieses zu würcken scheint, daß, wenn gleich bey dem Erblasser Leonardo sich einiges Deliquium mentis bisweilen gefunden hätte, wenigstens davor erachtet werden müste, daß zu der Zeit, da das Codicill gemacht, er bey gefunden und völligem Verstande gewesen, cum testamentum ita conditum, ut ex eo nullum stultitiæ signum appareat, tempore intervalli conditum censeatur. Mantica *cit. l. Afflict. decis. 143. n. 5.* Welchem noch (9) hinzukommt, daß solches Codicill ihm dem Erblasser Leonardo vorgelesen, und des Erben Castuli Vater, der Titius, öfters ihn befraget, ob solches seinem Willen gemäß sey, und er der Codicillant solches jederzeit mit Rührung seines Kopfes bekräftiget, einfolglich daraus zu folgen scheint, daß er einen völligen Begriff von allen gehabt haben müsse.

U u u u 2

Den

Rat. decid.

Dennoch aber und diemal (1) bey einer jedweden Disposition, maxime ultimæ voluntatis, vornehmlich auf die voluntatis certitudinem zu sehen, als welche auch nach dem Recht der Natur pro forma essentiali eines jedweden Testaments zu halten, und daher ob gleich in denen testamentis minus solennibus die solennia juris civilis remittiret worden, nichts destoweniger dieselbe vor null und nichtig zu achten, si defectus sit ratione voluntatis, quæ a nullo testamento abesse potest *f. 1. f. de milit. testam.* Neque ullus potest favor dari testamenti, ubi defectus adest in voluntate. Nic. Boer. *decis. 240. num. 11.* Cardin. de Luca *in theatr. veritat. & instit. tract. de testam. disc. 14. num. 10.* cum ultimæ voluntates undique claræ & indubitatæ consistere debeant, Nov. 107. cap. 1. Zu dem Ende auch (2) die leges so viel Behutsamkeit in præscribenda forma testandi gebraucht haben, ne ullus fraudibus relinquatur locus, quibus iusta & vera judicia subvertentur *l. 1. hæc consultissima §. in f. C. qui testam. fac. possunt.* Wortaus denn (3) von selbstn erfolgen muß, daß diejenigen, qui defectu mentis laborant, keine beständige Dispositionem ultimæ voluntatis aufrichten können, als welche ein solches negotium ist, quæ summam requirit deliberationem animi *l. furiosum §. C. qui testam. fac. poss. l. 40. ff. de R. J.* Aus welchen allen, so es (4) ad præsentem casum appliciret wird, unstreitig folget, daß der Erblasser Leonardus das quæstionirte Codicill nicht aufrichten, und darinn seinen vorigen Willen ändern können, allermassen die sub lit. B. befindliche Beylage mit mehren bezeuget, daß schon Anno 1698. und also Kurz vor Befertigung des Codicills der letztgemeldte Leonardus nicht mehr sanæ mentis gewesen, welches die in letztgemeldter Beylage exprimirte data bekräftigen, als daß er ob resultantem ex diuturna infirmitate capitis debilitatem & NB. rationis turbationem sein geistlich Amt nicht mehr verrichten könne, daß er ob hanc rationis turbationem seine geistliche Dignität prostituire, und ein Gelächter und Berspottung in der Gemeine anrichte, deswegen ihm auch wegen dieses elenden Zustandes die Administration so lange untersaget worden, donec per miserationem divinam ad pri-

pristinum veræ humanæ rationis statum restitutus fuerit, wie die ipsissima interdicti verba lauten, welches alles solche Kennzeichen sind, woraus insaniam erwiesen werden mag, qui enim deridenda loquitur in publico, vel per vicos, promente capto habendus est, l. 4. § 1. ff. de *Ædil. edict.* ex quo textu generaliter concludunt, quod ille, qui publice vel in publico loquitur verba derisoria & fatua & contemnenda, fatuus & insanus præsumi debeat, Aretinus in l. 1. §. fin. ff. de verb. obl. Menoch. lib. 6. pr. es. 45. num. 24. Fulv. Pacianus de probat. lib. 1. cap. 43. num. 15. 16. unde etiam tale testamentum, in quo derisoria continentur, ab insano conditum præsumitur l. quidam 27. ff. de condit. Instit. Menoch. cit. l. num. 39. Welches denn noch ferner (5) durch das interdictum Archiepiscopale selbst erhärtet wird, als welches nicht anders erfolgen können, nisi tanta dementia laborasset, ob quam officio publico præesse amplius haud posset, nam si Episcopus demens fuerit, & quid velit aut nolit exprimere nesciat, vel non possit, tunc demum coadjutores dandi sunt, qui ejus officium exequantur c. *pastoralis univers.* si vero de cler. ægrot. in 6. Wie denn auch nicht weniger (6) der fernere Erfolg hiebei ein grosses Licht giebt, anerwogen Anno 1700. den 4 Octob. obgemeldtem Leonardo so gar die administration der Pröbstl. Güther und Gefälle, als welchen wegen seines elenden Zustandes nicht vorstehen können, ex officio genommen, und gewissen dazu bestellten Versohnen aufgetragen worden, welche Bestellung der Curation ex officio nicht geschehen können, so ferne nur der Erblasser Leonardus an einer bloßen Kranckheit des Leibes laboriret, cum ægrotantibus invitis curator non datur Struv. ex. 31. tb. 91. Hingegen da (7) diesen Güthern und Gefällen vom Capitulo gewisse curatores, etiam invito Leonardo, sind gesetzt worden, nothwendig der defectus mentis daraus geschlossen werden muß, quando enim alicui tali casu curator datur, tunc illud ipsum operatur, ut non tantum insaniam proberur de præsentia, sed etiam de præterito Menoch. cit. l. num. 44. præsertim si aliunde jam de præterita dementia constat, Pacianus. cit. l. num. 39. seqq. Wie denn auch (8) dieses hiebei

U u u 3

wol

wol zu consideriren ist, daß das Codicill wenig Wochen vorher aufgerichtet, da ihm nachgehends publico nomine, ex officio die administration seiner Güther und Gefälle genommen, und gewissen curatoribus aufgetragen worden, woraus denn kein anderer Schluß kan gemacht werden, als daß er damahls, da das Codicill gemacht seyn soll, nicht sanæ mentis gewesen, zumahl bereits erwiesen, daß er vorhero und nach dem gemachten Codicill in dementia gestanden, einfolalich daraus zu inferiren, daß er auch zu der Zeit des gemachten Codicills in eodem Statu gewesen seyn müsse, probatis enim duobus extremis media præsumuntur *c. inter dilectos. 6. X. de fid. instrum.* Und ohne dem (9) nach dem gemachten Codicill wenige Wochen verfloßen, da ihm die administration genommen worden, so ist denen Rechten nach auch hieraus zu præsumiren, daß er kurz vorhero auch in demselben Statu gewesen seyn müsse, toties enim dementia in præteritum etiam præsumitur, quoties inter præsens & præteritum tempus modicum intercessit intervallum, nam tunc ex statu præsentis præsumitur de præterito. *Alexand. vol. 5. conf. 92. num. 23. Fulvius Pacian. de probat. lib. 1. cap. 43. num. 39.* Welches auch (10) die Beylage sub lit. C. selbst bestärket, allwo deutlich gemeldet wird, daß es bishero noch zu keiner solchen Besserung seines mitleidlichen Zustandes gekommen, daß er denen Probbstlichen Güthern und Gefällen behdric vorstehen könnte, mithin daraus zu schließen, daß er bishero immer in solchem elenden Zustand geblieben, darin er Anno 1698. zur Zeit des interdicti gestanden. Wie denn auch (11) sonsten die gemeine Rechts-Regel hier gelten muß, qui semel demens, semper talis præsumitur, donec de contrario constet. *Zachias in quest. med. leg. lib. 2. tit. 1. qu. 23. Mascard. de probar. concl. 825. Cæsar Argelus de acquir. poss. qu. 3. l. 1. num. 93. Reusner. de testam. P. 2. cap. 8. num. 31.* Und ist an diesen allen um desto weniger hier zu zweiffeln, weil in der Landes-Fürstl. Ordnung daselbst deutlich diese Worte enthalten: **Daß wenn ein Mensch aus Verhängniß Gottes in eine Blödsinnigkeit gerathen, und vor Sinnloß erkläret würde, dann und wann aber**
dilu-

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 711

dilucida intervalla überkommen möchte, nichts desto weniger auf keine Weise fähig seyn könnte, einige *testament al* oder anderwertige *dispositio*n zu thun, ehe und bevor er nicht durch das größte Land = Recht oder selbst eigenen Landes = Fürsten vor geschieden und für einen Vernunftmäßigen Menschen zuvor und hinwiederum erklärt worden. Zu welchem allen denn (12) noch unterschiedliche Umstände treten, die Anzeigung geben, daß das quæstionirte Codicill einzig und allein von des Castuli Vater Titio und dessen suggestio herrühren müsse, anerwogen nur solche Zeugen hierzu gebraucht, so des Titii Verwandte, Schwägere und Freunde gewesen, Titius bey der Verlesung des Codicills den Testatorem immer befraget, nach dessen vermeintlichen Bollenziehung dasselbe zu sich in Verwahrung genommen, wie er nicht weniger das erste Testamentum sub lit. A. so durch das quæstionirte Codicill quoad legata cassiret werden wollen, gleichfalls subduciret, und dadurch sich sehr suspect gemacht, zu geschweigen, daß (13) in denen Land = üblichen Stadt = Rechten daselbsten expresse versehen seyn soll, daß, wenn ein Testator seinen letzten Willen ändern will, allezeit bey der ändern disposition eben diejenigen Zeugen, welche noch am Leben, gebraucht werden, welche bey der ersten gewesen, so gleichwol hier nicht geschehen, da doch noch alle im Leben gewesen.

Responsio ad Rationes dubitandi.

Aus welchen allen nunmehr von selbstn hinfällt, was in *rationibus dubit.* angeführet worden, zumahl quoad primam man hier nicht mehr in dubio versiret, und also die angeführte *regula juris* nicht statt finden kan, Besold. *Conf. 204. num. 30.* wie denn auch die *secunda ratio dubitandi* in thesi ihre Nichtigkeit haben mag, gleichwohl in hypothesi das Gegentheil erwiesen, nicht per *meras conjecturas*, sed *solidam probationem*, quoad *rat. dub. tertiam* ist gleichfalls dargethan in *ratione decid. ultima*, daß das Codicill nicht einsten nach den Land = üblichen Rechten aufgerichtet worden, und wenn gleich solches geschehen, so würde doch solches alles wenig helfen, nachdem der Erblasser *inhabilis ad disponendum* gewe-

gewesen, und ob gleich der Testator zur Zeit des Testamenti sub lit. B. generaliter sich facultatem codicillandi reserviret, so ist doch nicht daraus zu schliessen, daß Anno 1700. das Codicill mit seinem Willen gemacht worden, da er nicht mehr usum rationis gehabt, welches quoad rat. dubit. 4^{am} zu erinnern, und könten auch die sub rat. dub. 5^{ta} angeführte jura in thesi passiren, sind aber allhier inapplicabel, nachdem das contrarium bereits demonstriret, und die dementia aus zweyen documentis publicis zur Gnüge an den Tag geleet worden, und zwar dergestalt, daß daraus zu inferiren, daß keine bloße stupidität bey dem Testatore gewesen, quales stupidi adhuc testari possunt, sondern vielmehr eine solche turbatio rationis & mentis deliquium, dadurch er laut Beplage sub lit. A. a veræ rationis humanæ statu gekommen ist, wodurch denn abermahl die sub rat. dub. 6^{ta} allegirte jura hinwegfallen, als welche auf diesen Casum nicht applicabel, und ist die sub rat. dub. 7^{ma} angeführte præsumptio gar schwach, wenn dabey die übrige Umstände in Erwegung genommen werden, da die indicia und Muthmassungen es geben, daß der Testator Leonardus das Codicill nicht concipiret, noch solches mit seinem Willen concipiret sey, sondern vielmehr von Titio alles fabriciret worden; wie denn auch diese præsumptio ex contentis Codicillorum desumpta hinweg fällt, quando constat, dispositionem ad alterius interrogationem factam fuisse; quod si enim dubitatur, an testator sanæ mentis fuerit, dispositio facta ad alterius interrogationem valere non debet, etiamsi recte condita videatur. Menoch. *Conf. 145. n. 40.* Mantica *de conject. ult. Vol. lib. 2. tit. 5. num. 10.* Welcher Umstand auch nechstdem die rat. dubit. 8^{vam} refutiret, da auch schon über dem aus denen daselbst Land-üblichen Rechten ad rationem decidendi undecimam gezeiget worden, daß auch nicht einmahl ein blödsinniger tempore dilucidorum intervallorum restiren könne, wofern er nicht vorher erst wieder vor vernünftig erkläret worden, so hier nicht zu befinden, und endlich ist die letzte rat. dubit. mehr wieder, als vor das Codicill, da aus dem ganzen modo codicillandi abzunehmen, daß der Erblasser nicht recht begreifen könn-

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 73

Können, was ihm vorgelesen, und nur zu allen sein Haupt gerühret, und da also dieses pro dispositione ad interrogationem & suggestionem alterius condita zu achten, die obgedachte Disposition keinen Bestand haben kan.

So halten wir davor, daß das quaestionirte Codicill denen Rechten nach vor ungültig zu achten, mithin die im ersten Testament verschaffete legata denen legatariis ausgezahlt werden müssen, im übrigen der Castulus nach dem andern Testament sub lit. A. pro universali herede nicht allein in denen 50000. fl. Rthl. sondern allen andern Gütern, so solutis legatis übrig seyn möchten, zu halten sey. B. R. B.

§. V. Porro qui in potestate parentis est, testamenti Quatenus liberi in patri potestate positi hodie testari queant. faciendi jus non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihil magis tamen jure testari possit, ut dicitur in l. 6. pr. ff. b. r. quod tamen postea limitatum est in peculio castrensi & quasi castrensi pr. §. quibus non est permiff. non vero in peculio adventitio extraordinario, uti demonstravi in caut. testam. c. 3. §. 35. Et hoc jure quoque adhuc fere per universam Germaniam utimur, ut liberi nec hodie testari possint, quamdiu nec expresse nec tacite emancipati sunt. Schilt. in pr. Jur. Rom. ex. 38. §. 17. Et ita filiaë maritataë hodie, quamvis pater adhuc vivat, recte quidem testamenta ordinare possunt, Pruckman. cons. 1. n. 14. quia ita pro emancipatis hodie habentur, sed non eadem potestate gaudent, sub potestate patria adhuc degentes & de bonis maternis disponentes.

§. VI. Non desunt quidem, qui existimant, jure Canonico diversum constitutum esse, id quod evincere conantur ex c. 4. de sepult. in 6. ubi pontifex ita: *Licet pater minores filios, qui nequeunt, antequam ad annos pubertatis perveniant, eligere sepulturam, possit, (si consuetudo terræ id habeat) quo voluerit sepelire: hoc tamen non potest, ubi consuetudo hujusmodi non habetur, sed sunt cum suis majoribus,*

Contin. III.

X x x x

bus,

bus, vel in parochiali ecclesia tumulandi. Quamvis autem filius famil. absque patris assensu sibi possit libere eligere sepulcrum, pro anima tamen sua (nisi peculium castrense aut quasi habeat) aliquid judicare non potest. Ex hoc textu concludit Schilt. in differ. jur. can. & civ. §. 71. in not. jure Canonico filium fam. cum consensu patris de quibuscunque bonis disponere posse. Engelius vero in coll. jur. can. tit. de testam. hoc tantum restringere videtur ad pias causas, quæ sententia textui convenientior est; & in praxi quoque recepta est, uti ostendi in tr. de cont. testam. c. 3. §. 38. Præterea etiam jure provinciali, nonnullis in locis, liberis, in patria potestate constitutis, permessa est testamenti factio, uti jure prov. Wurtemb. p. 3. tit. 2. §. Und wiewohl. Secundum quod valide liberi testantur de bonis etiam adventitiis tam regularibus quam irregularibus, salva tamen parentibus legitima & usufructu. Lauterb. ad b. r. §. 33. Similis potestas jure Noriberg. liberis indulta est, uti constat ex reform. Norib. tit. 29. l. 5. quin etiam moribus aliorum locorum a dispositione Romana recessum esse, testatur distincte Henr. Gieseb. in peric. Stat. II. art. 28. n. 12.

vel jure provinciali?

De testamento surdorum & mutorum.

§. VII. Ulterius juxta l. 6. §. 1. b. r. surdi & muti testamentum facere non possunt, nisi hoc a Principe impetraverint. l. 7. b. r. Verum jure noviori in l. 10. C. b. r. ab hoc rigore quodammodo recessum, cautumque est, ut mutus, qui scribere, & surdus, qui loqui potest, testamentum condere queat: quando vero quis simul natura surdus & mutus est, plane testari nequit, quod etiam in Ord. Notar. Maxim. de anno 1512. von Testamenten §. item, confirmatum est, his verbis: *Es gehöret zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testamente machen, mit verständlichen Worten reden, oder*

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 715

oder aber schreiben können. Denn welcher deren keins könt, der wird darin einem Todten gleich geachtet, und mag kein Testament machen. Ex quo statim fluit, quod hi, qui natura tales sunt, testamentum plane non condere possint, cum neutrum facere possint: diversa est ratio eorum, qui vel morbo tales facti, vel in quibus vitia hæc discreta sunt, quia tales communiter vel scribere vel loqui, & ita sufficienter mentem suam declarare possunt, quæ distinctio etiam statutis aliis locorum confirmata est, observante Gieseb. *in peric. Stat. harm. II. art. 28. n. 34. sqq.* Proinde nulla amplius dispensatione opus est, quatenus secundum antea dicta libertatem testamentum ordinandi accepit; ceterum, quando adhuc hodie sit necessaria, explicui *in caus. testam. c. 4. §. 33.*

§. VIII. Ejus, qui apud hostem est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit *l. 8. pr. b. 1.* Ceterum testamentum ante captivitatem factum non infirmatur, quamvis in hostium potestate decesserit; perinde enim lege Cornelia confirmatur, ac si nunquam in captivitate fuisset *l. 12. b. 1.* Prius jam mutavit Imperator Leo in *Nov. 40.* ex æquissima ratione, quod iniquum foret, nihil tale meritis testamenti factionem adimerę. Quamvis vero Novellæ Leonis non sint in praxi receptæ, ut auctoritate Nov. citatæ niti haud possimus, ipsa tamen sententia in praxi hodie recepta est, ut *ad tit. de Stat. hom. §. 4.* ostendi, cum Christiani ab infidelibus capti pro servis apud nos haud reputentur. Inde quoque fluit, captivorum testamentum subsistere, modo illas observaverint solennitates, quæ leges illorum locorum, ubi captivi detinentur, a testatoribus exigunt. Quod si testamentis ibidem nulla sunt præscripta solennia, vel duos adhibere testes

De testamentis
ejus, qui ab
hoste captus
est.

sufficit, cum jus gentium plures non requirat. Ex quo porro fluit, nec in sustinendis testamentis captivorum hodie fictionem legis Corneliæ aut juris postliminii necessariam esse, cum per captivitatem plane non tollantur, sed captivus omnia jura salva retineat; adeo ut si filius domi, pendente captivitate patris, testamentum condat, illud indistincte hodie non valeat, quod de jure Rom. demum effectu destituebatur, si pater rediisset. conf. Schilt. *ex. 38. §. 19.* Similiter olim obsides quoque testari non poterant *l. 11. b. t.* quia captivus quodammodo comparabantur *l. 31. ff. de jur. Fisci.* quod plenius ex antiquitate Romana explicat Schilt. *diff. de stat. obsid. c. 9.* ubi *cit. l. 31.* exponit & illustrat. Verum cum hodie obsides liberi maneat, nec præterea peregrinis testamenti factio denegetur, liberam quoque habent testamenti factionem, nec specialiter veniam testandi impetrare, uti olim, debent Schilt. *cit. l. n. 28.* nisi jure retorsionis forsan illud obsidibus denegari queat.

An hodie obsides testari possint?

De propriis hominibus.

§. IX. Ex eodem fundamento etiam olim servis testamenti factio erat denegata *l. 16. & 19. b. t.* quorum quoque pertinebant, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnati erant, quippe qui libertatem perdebant, & sic quoque testamenti factionem *l. 8. §. 4. b. t.* Inde duplex quoad usum modernum exurgit quæstio. Prima est, an id ipsum ad proprios homines applicari æque possit, ut pote quorum status cum servis Romanis quodammodo comparari potest? Et quidem negari nequit, primis temporibus in Germania proprios homines de bonis, quæ possidebant, testamentum condere haud potuisse, quippe quæ ad dominum spectabant v. Lehm. *in Chron. Spir. lib. 2. c. 20.* Laxata tamen post-

postmodum in plurimis est hæc durities, & iis plurima tractu temporis indulta sunt, quæ liberis tantum hominibus conveniunt, adeo ut etiam in plurimis locis jus eis testandi concessum sit, uti dixi *in diff. de testam. rustic. c. 2. n. 51.* & specialius demonstravit Dn. Harpr. *diff. de jure mortuario c. 4. §. 8.* Variat tamen hæc libertas testandi, ita ut in quibusdam locis quidem ultimæ suæ voluntatis contestationem facere possint, sed tantum inter homines suæ conditionis, ut in Sabaudia, Faber *in C. lib. 7. tit. 1. def. 17.* alicubi inter quosque, tamen cum certa restrictione. Sic in Pomerania, Lusatia, Ducatuque Meclenburgico, hisque vicinis locis, tantum quoad glebam eoque pertinentia instrumenta hac potestate destituuntur, de cæteris autem bonis recte disponunt. Stam. *de servit. personal. lib. 3. c. 17. n. 5.* In Westphalia autem durior eorum conditio est, & de bonis ultima voluntate disponere non possunt. Vid. *caut. testam. c. 3. §. 46.* Præterea dominis in bonis propriorum hominum *jus mortuarium* das Haupt-Recht competit, vi cujus vel ex asse vel pro parte ei succedit, & rursus vel indistincte, vel in defectu legitimorum heredum, vel denique in casu deficientis testamenti. Nam jura hæc mortuaria infinitis modis variant, & ita de hoc ipso ex pactis, statutis vel moribus singulorum locorum statuendum, & quoque de facultate testandi judicandum, ceu distincte docet Dn. Harprecht *cit. l. §. 9.* Regulariter etiam hæc potestas testamenta condendi iis permessa censeri debet, salvo jure mortuarii domino competente.

§. X. Altera quæstio est, an hodie damnati ad mortem testamentum condere queant? Certe de jure Romano iis testamenti factionem denegatam fuisse

De damnatis
hominibus.

constat ex *l. 8. §. 4. b. t.* modo jam condemnati fuissent; indemnati enim testamentum valebat. *l. 9. b. t.* Ratio hujus dispositionis duplex erat (1) quod fierent servi pœnæ, & sic libertatem & civitatem amitterent *l. 29. de pen.* (2) quod statim bona eorum publicarentur *l. 8. in f. b. t. l. ff. de bon. damnat.* Utrumque postea sublatum est, & quidem servitus pœnæ per *nov. 12. c. 8.* publicatio bonorum vero per *nov. 134. c. 10.* ex quo Dd. communiter concludunt, testamenti factionem eis hodie competere, Philippi *in us. pract. inst. lib. 2. tit. 12. eclog. 51. n. 4.* Carpz. *in pr. crim. qu. 135. n. 4.* cum nec amplius jus civitatis amittatur, uti ostendit Schilt. *ex. 28. §. 28.* Atque hæc sententia per *constit. Augusti El. p. 3.* est corroborata, & in Saxonia indubie obtinet, Carpz. *ad cit. const. def. 1. & 2.* Sed an etiam extra Saxoniam hæc sententia admitti debeat, maxime iis in locis, ubi secundum jus civile pronunciat, anceps quæstio est. Equidem Carpz. *in pr. crim. cit. l. n. 19.* existimat, extra Saxoniam juri communi standum esse, quamvis simul *n. 22.* observet, hodie fere ubique de consuetudine generali contrarium observari, de qua consuetudine etiam alii testantur, ut Brunnem. *ad autb. bona defunct. C. de bon. proscript.* Finckelth. *obs. 43. n. 29. sqq.* Richt. *P. 1. decis. 57. n. 2. sq.* Struv. *ex. 31. §. 8.* ubi disertis verbis ait: *Usu bodierno damnati ad mortem possunt testamentum condere.* Sed cum hæc praxis non ubivis satis fundata & probata sit, in dubio a jure communi haud recedendum. Neque enim confiscatio bonorum hodie absolute est sublata, sed eo tantum casu, si cognati ad tertium gradum adsint, per *autb. bona damnat. C. de bon. proscript.* His ergo deficientibus, cum bona fiscus jure occupare possit, non apparet, quomodo damnatis ad mortem salva esse possit testandi licen-

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 719

licentia. - Ex quo concludo, extra Saxoniam hos tum demum testari posse, si dicti gradus cognatos habeant, quos inæqualiter instituere possunt. Conf. Stam. *de servit. person. lib. 1. tit. 2. c. 7. n. 10.* Ea propter si extraneis quid relinquere velit, cognatorum consensu opus habebit, ut ostendi in *causel. testam. c. 3. §. 54.*

§. XI. Præterea olim si cui aqua & igni interd- De exilibus.
ictum erat, ejus testamentum non valebat, nec quod ante fecerat, nec quod postea fecit, cum bona quoque ejus, quæ tunc habebat, publicarentur *l. 8. §. 1. b. t.* & præterea jus civitatis amitteretur, unde quoque dependebat testamenti factio. Equidem pœna banni imperialis affecti nullo modo nec hodie testari possunt, cum etiam omnem usum juris communis amittant. Schilt. *ex. 38. §. 21. §. 99.* sed gravior est disceptatio de relegatis in perpetuum seu bannis ex provincia, quos jus testandi non amittere asserit Idem *cit. l. §. 24.* Contrarium tamen evici in *causel. testam. c. 3. §. 51.* ex hoc fundamento, quod ex provincia ejectus omni juris commercio in illa provincia privetur, adeoque saltem in illa provincia testamentum effectum habere non possit. Qui dissentiunt, in eo se fundant, quod, qui a Statibus imperii proscribuntur, relegatis accenseri soleant, qui de jure Romano jura sua salva retinebant, Carpz. *P. 3. pr. crim. 130. n. 52.* Sed id ipsum est, de quo quæritur, imo quod potius negandum est, quia hæc totalis & perpetua ejectio cum simplici relegatione comparari nequit, cui accedit superioritas nostrorum principum, vi cujus jura suprema, & sic quoque banni, cum omnibus suis effectibus, intra limites sui territorii exercere possunt.

§. XII

De prodigi te-
stamento.

§. XII. Constat quoque eum, cui lege bonis interdicitum est, testamentum facere non posse, & si fecerit, ipso jure non valere *l. 18. pr. b. r.* quod & in praxi attenditur, quamvis casus rariores prodigorum occurrant, ut *tit. præc. monui, Richt. P. 1. decis. 43. n. 8. 9.* De eo ergo tantum videndum, utrum secundum *Nov. Leon. 39.* valeat ejus testamentum, si posteritati suæ bene prospexerit, aut alias utiliter disposuerit. Quod quidem in praxi receptum esse asserit *Carpz. P. 3. C. 6. def. 11.* quæ tamen non adeo certa & universalis est. Constat enim, *Novellas Leonis* in praxi haud esse receptas, & ita intentionem fundatam haud habere, qui his *Novellis* nititur. Unde etiam de hac ipsa praxi in Saxonia dubitavit *Richt. cit. l. n. 9.* cui calculum adjecit *Brunnem. cent. 5. decis. 23.* quamvis in *comm. ad cit. l.* existimet, rationi satis conveniens esse, ut tale testamentum valeat.

De damnatis
ob carmen fa-
mosum.

§. XIII. Speciatim quoque intestabiles sunt, qui ob carmen famosum damnantur, ut nec testamentum facere, nec ad testamentum adhiberi possint *l. 18. ff. 1. l. 26. ff. b. r.* Quamvis vero non desint, qui de praxi hujus legis dubitent, quod pænæ juris communis hodie rarius applicentur, sed mitiores dictari soleant, merito tamen pro jure communi pronuntiandum est, cum quæ de minoribus pœnis allegantur, ad criminalem cōcercitionem referri debeant. Unde in Saxonia *P. 4. Constit. elect. 44.* generatim omnes pænæ confirmatæ sunt, quæ de jure communi famosis libellis impositæ sunt, quin etiam in *constit. Carol. art. 110.* ad jus commune quoque provocatur.

Quatenus ho-
die minores
testentur?

§. XIV. Minorum testamenta jure communi omnino valent, nec curatoris præsentiam requirunt, *l. 5.*

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 721

l. 5. ff. b. 1. Verum hic Statuta non ubique cum jure communi conveniunt. Nam minores quidem de jure Hamburgensi testari possunt, sed non sine curatore. Ita enim dilertis verbis provisum est in *P. 3. tit. 1. art. 13.* Ferner mögen auch keine Knaben unter 18. Jahren ic. ohne Vormund in ihrem Testament und letzten Willen etwas vorgeben: Sic enim alia statuta hic non subistunt in termino Juris communis, quo masculi post decimum quartum, foeminae post duodecimum annum testamenta condere possunt, sed praecise ad habilitatem testatoris requirunt octodecim annos, maxime iis in locis, ubi infra hanc aetatem indistincte pro impuberibus, vel proprie unmündig habentur, qualia statuta refert Henricus Giesebertus *Pericul. Stat. II. art. 28. n. 18. n. 20.* Imo jus *Praventicum provinciale lib. 5. tit. 1. art. 1. §. 4.* distinxit inter masculos & feminas hoc modo: Es werden aber in Rechten zu testiren oder Testament aufzurichten untauglich geachtet, junge Knaben unter 14. und Mägdelein unter 12. Jahren alt. Dieweil aber die Erfahrung genugsam an den Tag giebt, daß bey solchem Alter geringer Verstand, und Persohnen, so solche zwölf oder 14. Jahr schon erreichet, sehr leicht zu bereden und zu verführen seynd; so wollen wir solche Zeit unter den Manns-Persohnen auf 18. unter den Frauen-Persohnen aber auf 14. vollkommene Jahre erstrecket und erkläret haben. Simi-

Idem de feminis.

Contin. III.

·Y y y

vilum

visum P. 2. *Constit. elect. 16.* jedoch mögen Ehefrauen, Wittwen und Jungfrauen, wo sie ihre mündige Jahre erreicht haben, vor sich selbst von ihren Haab und Gütern, beweglichen und unbeweglichen, aufferhalb der Gerade wohl Testamenten machen, *Conf. Carpz. ad cit. constit. def. 10.* Sed secundum jus Hamburg. P. 3. *dist. 1. art. 13.* feminæ valide absque curatore testamentum condere nequeunt, ceu verba Statuti antea adducta indicant, in quibus feminæ impuberibus annumerantur: Ferner mögen auch von wollgewonnenen Gut kein Knab unter 18. Jahren, noch eine Frauens-Persohn, sie sey ledig oder verheyraethet, ohne Vormund in ihrem Testament oder letzten Willen etwas vergeben. Quamvis enim testamentum ab aliena voluntate dependere non debeat, non inconueniens tamen est, curatoris assistentiam mulieribus testantibus injungere, ut nihilominus libere disponere possint, nec ita testamentum a curatoris voluntate simul dependeat.

De aliis remis-
sive.

§. XV. De cæcis, apostatis, hæreticis, sagis, aliisque, utrum & quatenus hodie testamenta condere possint, plenius egi in *cautel. testam. c. 3. & 4.* & cum de his in pandectis nihil adeo occurrat, de quarum usu tamen hic potissimum sollicitus sum, nihil quoque de horum testamentis hic adjiciam, B. L. ad illa, quæ in *cit. tr.* dixi, ablegans.

Non valet te-
stamentum in
charta bianca
scriptum.

§. XVI. Pergo itaque ad testamentorum solennia, quæ hodie in plerisque fere secundum juris Romani tradita observantur. Et quidem quod *extrajudicialia* testamenta *in scriptis* concepta concernit, omnino requiritur, ut tum quoad solennia, tum etiam quoad scripturam nullum defectum habeant. Sicuti enim ex ea scriptura, quæ ad testamentum faciendum parabat-

tur,

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 723

tur, nihil peti potest, si nullo jure testamentum perfectum est *l. 29. pr. h. t.* ita facile apparet, nuda solennia adhibita non sufficere, si scriptura non plene absoluta fuerit *l. ii. ff. de injust. rupt. & irrit.* Inde si vel maxime testator chartam blancam cum testibus subscripsisset, hac intentione, ut deinceps voluntatis suæ dispositio ei inscriberetur, tamen illa subsistere nequit, prout *Menf. Jul. 1706.* respondimus:

Ob wohl eingewandt werden möchte, daß die testamenta par- Rat. Dab.
rentum keine sonderbare Solennitäten erforderten, sondern quovis modo soutenirt werden müssen; *Nov. 107.* und also weder der Mangel der Zeugen, noch dieses einen defect verursachen mag, daß der eine Zeuge nach dem Tode des Herrn Grafen das Testament erst unterschrieben, da ohnedem dessen Unterschrift nicht einstens nöthig gewesen, sondern es gnug seyn können, daß der testator das Testament unterschrieben, welches alhier gechehen, *ratione materialium* auch bishero noch nicht erwiesen, daß die dispositio contra pacta familiae lauffe, mithin daraus keine nullitas eigentlich erzwingungen werden mag.

Dennoch aber und dieweil obgedachtes Testamentum zwar Rat. Decid.
ben Seiten des Testatoris von einem gewissen Bedienten entworfen und concipiret worden, doch, weil es nicht so fort mundiret werden können, der Testator nur die dazu gegebene Chartam blancam unterschrieben, und ein solches auch einige von denen erbetenen Zeugen gethan, nach dem Tode des Herrn Grafen aber die substantialia aus dem unleserlichen Concept erst in die Chartam blancam getragen worden, mithin weder das Concept gelten kan, als welches weder vollenzogen noch unterschrieben, auch vermuthlich nicht deutlich ausgeschrieben worden, so doch allerdings erfordert wird, *Nov. 107. cap. 1. Carpz. P. 3. C. 4. def. 17.* mithin kein argumentum a testamento militari ad hunc casum gezogen werden mag, als woselbst ex singulari & speciali ratione zugelassen, daß auch ultima voluntas militis aus einem blossen Concept gelten könne, *libr. 40. ff. de testam. milit. libr. 15. C. eod.* indem daselbst nur sola voluntas militis regardiret wird, so doch in casu testamenti

paterni nicht genug ist, als worinn überdem noch gewisse solennia erfordert werden, noch vielweniger die Charta blanca gelten mag, weil in genere solche Testamenti factio per chartas blancas allzu gefährlich ist, keine certitudinem voluntaris defuncti haben, und also nicht bestehen kan. Engelbr. de charra blanca §. 2. in f. in specie auch in testamento paterno eine völlig und deutlich geschriebene Disposition erfordert wird, so, daß nicht müssen abbreviaturen, Ziffern admittiret werden, vielweniger denn zugelassen werden mag, daß die substantialia erst nach dem Tode des Testatoris ins reine gebracht worden, da man nicht eigentlich sagen kan, quod Testator testamentum suum subscripserit, so doch die Jura hier erfordern.

Decisio.

So erhellet hieraus so viel, daß vorgemeldtes Testamentum in formalibus seine Richtigkeit nicht habe. B. R. W.

De hodierna
valitudine te-
stam.

§. XVII. Primariæ solennitates in testibus eorumque qualitate querendæ, ubi notandum est, qualitatem testium eandem hodie quoque requiri, quæ olim jure Romano. Id ipsum apparet ex *Ordin. Not. Maximil. I. de anno 1512. von Testamenten §. die Notarien*, quo loco jus commune repetitum est his verbis: Die Notarien, so zu Testamenten aufzurichten genommen werden, desgleichen auch die, so Testament machen wollen, sollen eigentlicher Aufssehen haben, was Leut sie zu Zeugen annehmen. Denn viel sind in Rechten zu solchem Zeugnis verboten, als gemeiniglich alle die, so selbst nicht mögen von recht Testament machen, oder aus dem Testament etwas empfangen, auch Frauen oder Hermaphroditen. Das seynd, die männlich und fräulich Gemächt haben, und in dem Fräulichen Gemächt fürtreffen, auch die so in der Gewalt des testirers: item einer, der in demselbigem Testament Erb geschrieben, oder der mit demselben in eines andern Gewalt wäre. Præterea in §. seq. die Form eines Testamentis requiritur, ut testes sint der Leib: Eigenschaft frey, über 14. Jahr alt, quod convenit cum l. 20. §. 7. b. r. quia servi

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 725

servi non habent juris communionem in totum. An vero hoc ipsum ad proprios homines applicari possit, merito in dubium vocatur, postquam ex supra adductis constat, eos hodie etiam testamenta condere posse, & ita ad communionem juris admitti, secus ac olim: Proinde distinguendum esse videtur, utrum disponant inter eos, qui sunt ejusdem conditionis, an vero inter liberos. Priori casu testes esse possunt; non item posteriori, de quo casu Imperator Maximilianus intelligendus videtur, cum liberi primario testamenti factionem habeant. De cetero quin hodie famuli quoque adhiberi possint, etiam si in servitio ipsius testatoris, non habet dubium, cum hic domesticum testimonium non reprobatur sit. Similiter olim etiam testes debebant esse *cives Romani*, nec peregrini habiles erant, quod hodie indubie secus est, modo per delictum in statum peregrinorum redacti haud fuerint, prout dixi in *caut. testam. 15. §. 21.* Et quamvis *aurb. credentes C. de heret.* hæreticos quoque a testimonio hoc repellat, id ipsum tamen applicari nequit ad tres religiones in imperio receptas & approbatas. Imo si princeps hæreticos toleraret in suo territorio, eosque ex speciali gratia ad jus civitatis admitteret, nec hi possunt inhabiles judicari. Cum ergo eadem habilitas in testibus hodie desideretur, quæ jure Romano determinata est, & inde facile contingere possit, ut inhabilitatem unius alteriusve testis testamentum corruat, Maximilianus I. hanc in *§. cit.* suggerit cautelam, ut si forte quidam testes videantur idonei, plures quam septem adhibeantur, quibus numerus idoneorum facile suppleri possit.

§. XVIII. Non vero tantum testamento interesse, sed etiam illud subscribere, suoque annulo signare de-

Annulo non
præcise testes
signare de-
beant.

debent. Et quidem de jure Romano præcise annulus desiderabatur juxta *l. 22. §. 5. b. t.* ubi ita: *Signum autem utrum annulo tantum impressum adhibemus, an vero & si non annulo, verum alio quodam impresso, varie enim homines signant? & magis est, ut tantum annulo quis possit signare, dum tamen habeat χαρακτήρα i. e. formam inculptamque signis imaginem.* Talis dicebatur antiquis *annulus signatorius*, quo in subsignandis rebus magni momenti ordinarie utebantur, maxime quæ sollemnitatem juris desiderabant. Utebantur enim cives annulis aureis in signum ingenuitatis & libertatis, uti apparet ex *tit. de jur. aur. annul.* quales utique testes hic erant necessarii, qui jus aureorum annulorum habebant. Alii quoque cum Hottomanno *in comment. ad. l. b. t.* existimant legendum esse, *ut non tantum annulo quis possit signare*, alias limitatio subsequens prioribus haud responderet. Sed quicquid sit, utique constat, hodie præcise annulum non requiri in subsignandis testamentis, sed quovis signo signari illa posse, quod Maximil. I. *in d. ordin. Notar.* satis clare his verbis, *mit ihren gewöhnlichen signeten*, indigitat. Unde quoque parum refert, quam formam habeat, modo tale signum sit, quo testis ordinarie in subsignandis scripturis uti solet. Hic tamen excipiendum casum esse existimo, quando statuto vel lege provinciali determinatum præcise est, quo signo uti debeant, quale quid in Bavaria obtinet, uti ex sequenti responso *Menf. Mart. 1705.* concepto apparet.

Ob wohl dieses Testaments halber daher einiger Zweifel entstehen möchte, daß, weil die meisten Zeugen, so solches Testament unterschrieben, bis auf 2. vor dem Herrn Testatore verstorben, mithin also ihre Unterschrift nicht recognosciren können, da doch solches ad publicationem testamenti allerdings nöthig ist, deswegen auch einige Dd. dafür halten, daß solches Testament eo ipso

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT. 727

zu Grunde gehen müsse. *Grass. §. test. qu. 80. Barri de success. lib. 11. tit. 1. Dauth. in L. 2. C. de testam. num. 1.* besonders, da allhier die meisten Zeugen verstorben, und nur noch zwey übrig sind, tum autem recte resignari & recitari potest testamentum, si major pars signatorum inventa fuerit. *L. 6. ff. de testam. quemadm. aper.* Ueberdem auch dasjenige, was in favorem der Eremiten Augustiner verordnet, mit einem Wasser-Bley durchgestrichen, und mit dem Bepfah bis in die Schrift, wo die institutio heredis geschehen, kommen, mithin die institutio heredis einigen Anstoß leiden möchte; Endlich auch ein Zeuge an statt seines vollkommenen Wapens einen verzogenen Rahmen oder sogenannte Chiffre unter das Testament gedrucket, da doch in den Churfürstl. Bayerischen Land-Rechten ausdrücklich verordnet, daß ein jeder Zeuge sein vollkommenes Wapen, und nicht ein ander Petschaft, darauf etwa nur ein Schiltel oder ander Zeichen sey, bey Vollenziehung des Testaments gebrauchen solle.

Diemeil aber dennoch aus diesen angeführten Ursachen kein Haupt-Mangel dem Testament zuwachsen kan, zumahl was den ersten vermeintlichen Defectum betrifft, zwar nicht ohne, daß bey Publicirung eines Testaments die Zeugen ad recognitionem müssen citiret werden, solches jedoch billig dahin zu verstehen, wenn die Zeugen noch am Leben seyn, und also mit Bestande Rechtens daraus nicht mag geschlossen werden, daß in Ermangelung der Zeugen recognition das Testament ungültig werde, wie die Meynung contra veteres Jctos von bewehrtesten Rechts-Lehrern durchgehends angenommen, *Schilt. in prax. jur. Rom. Exer. 38. §. 174. Struv. Ex. 34. tb. 42. in fin. Brunnem. ad L. 4. ff. testam. quemadm. aper. n. 4. Zæf. tit. eod. num. 9. Duaren. ad cit. tit. cap. 4.* auch im gegenwärtigen Fall noch über dem zwey Zeugen vorhanden, durch welche die recognition gebührend geschehen mag, cum etiam duo testes sufficiant, ad probandam semel legitime confecti testamenti validitatem, cum alia sit ratio condendi, alia probandi testamenti, ibi plures, hic vero vel duo sufficiunt, *Mev. P. 4. decis. 13. num. 1. & seqq. Coral. in L. admonendi de jurejur. n. 34.* folglich solche recognition auch durch Zeugen, welche dem actui testandi gegen-

gegenwärtig gewesen, wohl geschehen kan, Carpzov. P. 1. C. 17. def. 12. Gram. decis. 84. Afflict. decis. 187. Bey dem andern angegebenen vitio auch im geringsten nichts zu befürchten, da ex interlineatura deutlich zu ersehen, daß der Testator nur allein dasjenige, was in favorem der Eremiten Augustiner verordnet, habe aufheben und cassiren lassen wollen, und die heredis institutio wegen solcher Durchstreichung nicht obscura vel non legibilis ist gemacht, sondern dieselbe noch illibata & illæsa geblieben, in dubio enim restringenda delerio & cancellatio ad causam & rationem ipsi adjectam, L. 2. in f. ff. de his qua in testam. del. ibiq. Paul. de Castr. num. 1 seqq. Lauterbach. de cancell. th. 34. in fin. Und wenn gleich durch solche Durchstreichung, die heredis institutio solte berührt worden seyn, (welches doch in der That nicht ist, indem der mit Bleymeiß aezogene Strich so weit nicht herunter gehet, auch die heredis institutio erstlich auf dem folgenden Blat eigentlich zu finden,) doch solches billig pro facto inconsulto zu halten, nachdem der Testator causam deletionis expresse darbey gesetzt, L. 2. ff. cit. loc. vielweniger die interlinearis scriptura oder apostilla an und vor sich selbst einige Nullität oder Defectum operiren kan, als wo durch der sensus scripturæ nicht turbiret, sondern zum Unterscheid mit Wasser-Bley ist dabey gesetzt worden, Brunnem. ad l. 1. n. 3. ff. de his qua in test. del. Carpzov. P. 3. C. 3. def. 5. Und endlich der letzte defectus dadurch zur Gnüge erstattet werden kan, daß der achte Zeuge zum Überfluß darzu genommen, folglich alhier 7. Zeugen zu befinden, welche nach denen Bayerschen Land-Rechten mit ihrem Wapen Signet untersiegelt, wie denn in der Ordinac. Not. Max. de Anno 1512. §. 51. dieserwegen gerathen wird, daß zu Zeiten über die nothdürfftige Anzahl der Zeugen andere mehr dazu für Zeugen genommen und gebeten werden, damit ob der andern etliche dazu von Recht verworffen erfunden, das Testament dadurch nicht zu Unkräften kommen möge.

Es halten wir davor, daß das Testament aus obangeführten Ursachen vor ungültig und unkräftig nicht zu achten sey.

§. XIX. Subsignatio tamen tantum requiritur a parte testium, a testatore enim neque jure Romano, neque Maximiliani ordinatione requiritur, & inde ex hujus defectu testamentum impugnari nequit. Nihil enim ulterius in *diff. ord. Notar.* requiritur, quam ut testator in præsentia testium manifestet, daß solches, so er darlegt, sein Testament sey, und von den Zeugen mit eigener Hand unterschrieben. Quid ergo dicendum, si scribere nequeat? Hoc satis constat, octavum testem hoc casu adhibendum esse, qui nomine testatoris subscribat *L. 21. c. 4. de testam.* Verum gravius in praxi occurrit dubium, an præter octavum testem eadem quoque forma hic servanda sit, quæ in cæcorum testamentis, ut scilicet ratum haberi non debeat, nisi illud testatori in præsentia testium prælectum fuerit? quod quidam tantum ad majorem cautelam, alii vero præcise ad subsistentiam testamenti requirunt, quorum sententia rationi juris magis congruit. Revera enim ratio disparitatis inter cæcum & imperitum literarum quoad hanc causam dari nequit, cum etiam cæco ideo testamentum in præsentia testium prælegendum sit, quia absque hoc medio de certitudine voluntatis, & annon plura adjecta, constare nequit, quod etiam de imperitis literarum asserendum. Et cum hoc requisitum voluntatis certitudinem respiciat, merito ad substantiam testamenti hoc casu referri debet, ut evici in *diff. de jure ἀναλφαβήτων c. 4. n. 9.* Et hanc sententiam approbant Jcti pragmatici, & præjudiciis optime illustrant, ut cum Cothman. *vol. 4. resp. 23. n. 14.* ab ea tuto recedi non possit. *conf. Besold. conf. 230. n. 5. seqq. Nicol. resol. 8. Brunnem. ad l. 8. C. qui testar. fac. poss. Coll. Jur. Arg. lib. 28. tit. 1. n. 19. Vultej. consil. Marpurg. P. 1. cons. 34. n. 38. Manzius*

Testator non signat sed tantum subscribit.

Quid si scribere nequeat?

Contin. III.

Zz zz

de

de testam. val. & inval. tit. 5. qu. 8. Carpz. decis. 149. Ex quo porro fluit, hanc prælectionem necessariam esse, si vel maxime judici offeratur & insinuetur; cum præsentia judicis defectum solennitatum tantum suppleat, de certitudine voluntatis autem aliter constare nequeat, nisi iudex illud in iudicio testatori prælegerit. Carpzov. *cit. l. Nicolai cit. l. n. 32. sqq.* ubi plenius hanc sententiam defendit, & præjudiciis exornat. Quia autem prælectio in facto consistit, & ita facile in dubium vocari potest; inde ut de ea constet, omnino utile est, documentum factæ prælectionis testamento subijcere, quo testes sua subscriptione attestentur, testatori testamentum fuisse prælectum, eumque finita prælectione asseruisse, omnia quæ prælecta sunt, voluntati suæ conformia esse. Illustrationis gratia hic adjiciam responsum, a Facultate nostra *Mens. Aug. 1709.* conceptum, unde de praxi hujus sententiæ judicari potest.

Casus.

Ist Catharina Zwadin zu Bösenect verstorben, und hat vor ihrem Ende den 22. April 1702. E. E. Rath ein schriftlich mit C. Z. unterschriebenes und versiegeltes Testament mit diesen Worten: Alles was darinnen enthalten, ist mein Wille, bitte darüber zu halten, übergeben. Hat aber die Testatrix keinen Buchstaben weder lesen noch schreiben können, und ist ihr bey Überreichung des Testaments solches nicht vorgelesen, noch dieselbe, ob solches in allen Punkten ihr rechter beständiger Wille sey, befraget worden, dahero aniesz die Frage entsteht: Ob solches Testament vor gültig zu achten?

Rat. dub.

Ob nun wol vor dessen Gültigkeit angeführet werden möchte, daß die Testamenta judicialiter oblata zu Recht beständig seyn, wenn nur der Testator solches persöhnlich überreicht, und weiter keine solennia erfordert werden. *L. Omnium 19. Cod. de Testam.* auch an keinem Orte in jure ausdrücklich geordnet, daß die Testamenta denen imperitis literarum erst vorgelesen werden müssen,

son-

sondern da die Testatrix hieselbst coram judicio sich erkläret, daß ihr letzter Wille in dem versiegelten Testament enthalten, die präsumtion zu fassen, daß sie sich solches wohl werde haben vorlesen lassen, und es dahero scheint, daß deroelben Testament vor gültig wohl zu achten.

Weil aber dennoch obige Jura überall diese tacitam conditionem in sich begreifen, wofern es nur gewiß ist, daß solches des testatoris beständiger Wille, und daher bey einem, der selbst lesen und schreiben kan, die bloße oblatio eines versiegelten Testaments genug ist, im Gegentheile wo jemand, wie in diesem Casu, gar nichts lesen und schreiben kan, und dennoch ein testamentum scriptum judicialiter offerirt, es eine ganz andere Beschaffenheit hat, folglich in solchem Fall nothwendig dem testatori vorher das Testament vorgelesen werden muß, wie das in simili bey eines Blinden Testament deutlich verordnet ist in *l. 8. eod. qui testam. facere possunt*; und mit einem, der nicht lesen und schreiben kan, es eben die Beschaffenheit hat, indem solcher, was darinn geschrieben, nicht wissen kan, wo es ihm nicht in Gegenwart der Zeugen vom Notario, oder testamento judicii oblato vom Richter selbst vorgelesen werde, und dahero aus diesen und andern Ursachen die bewertheften Rechts-Belehrer in solchem Fall prælectionem de necessitate erfordern, Brunnem. *ad l. 8. eod. qui test. fac. n. 15.* Carpz. *decis. 149.* Manzius. *de testam. val. & invalid. tit. 5. qu. 8.* Cothmann. *Vol. 4. cons. 23. n. 24.* solches auch der Notariat-Ordnung Maximilian I. de anno 1512. tit. von Testamenten, gemäß, und anderer Gestalt de fide testamenti ein judex nicht gewiß seyn kan.

Rat. decid.

So ist daher der Catharinen-Zwadrinn Testament vor gültig nicht zu achten. Decisum.

§. XX. Præterea cum hodie testamenta nuncupativa sæpe in præsentia Notarii ita condantur, ut ille desuper instrumentum publicum conficiat, injunctum est notariis in *ordin. Maxim. de anno 1512.* von Testamenten §. Weiter, ut etiam hoc casu, quæ pendente dispositione protocollo suo inseruerunt, testatori & testibus prælegant, secundum hæc verba expressa:

Quid hodie circa nuncupativum attendi debeat?

Weiter so ist auch bey einem jeden Testament, ob es gleich nuncupativum, also ohne Schrift gemacht wäre, nöthig, daß alle Handlungen, so zu solches Testaments Aufrichtung ergangen und aufgeschrieben wären, vor dem Testirer und Zeugen, ehe denn sie von einander scheiden, vorgelesen werden. Utut enim hæc prælectio ad essentiam testamenti non sit necessaria, sed hoc ipsum in fide & memoria testium se fundet; est tamen necessaria ad fidem protocolli, & inde desumpti instrumenti, adeoque fidem plenam habere nequit. v. *ordin. præd. §. Und wiewohl* 199. Et hanc cautionem olim quidem incognitam, sed usu receptam & adeo non negligendam dixi in *cautel. testam. c. 15. §. 44.* Alia vero quæstio est, an hodie ad testamentum nuncupativum Notarii præsentia præcise sit necessaria? quod merito negandum, cum sufficiat, si testator legitime coram septem testibus voluntatem suam expresserit, qui postea jurato desuper examinandi. Carpz. *P. 3. C. 3. def. 36.* Hoc juramento vero tunc haud opus est, si a Notario tale testamentum in formam instrumenti publici redactum, & insuper a testibus subscriptum est. *Id. c. 1. def. 37.*

An in nuncupativo heres per relationem designari possit?

§. XXI. Neceffe itaque est, quoad hoc testamentum, ut heres palam nuncupetur. Ita enim Jctus in *l. 21. pr. b. t. beredes palam ita, ut exaudiri possint, nuncupandi sunt.* *Licebit itaque testanti vel nuncupare beredes (in nuncupativo scilicet) vel scribere: (in scripto) sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit: exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus, & si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solemnem numerum exaudire.* Ex his verbis dependet dicisio quæstionis in foro satis decantatæ: utrum etiam in nuncupativo testamento admitti possit institutio heredis

re-

relativa, qua testator se refert ad certam schedulam, nomen heredis comprehendentem? Adducit hanc in rem relationem satis amplam Schilt. *ex. 38. §. 43.* qua affirmativa defensa & decisa est, quod illud quoque palam fieri & dici possit, quod per relationem factum est. Sed vero si verba adducta paulo penitius ponderantur, ex iis manifestum redditur, ejusmodi nuncupationem hic desiderari, unde testibus de herede ipso satis constare possit, quod autem in relatione ad schedulam minime fieri constat. Quin quod Maximil. *in ordin.*

Notar. de anno 1512. tit. Von Testamenten. §. aber die Form itidem relativæ institutioni repugnare videatur: **Über die Form eines Testaments, das nuncupativum genannt wird, ist also: daß der oder die, so das Testament machen will, des oder deren, so er oder sie zu Erben haben, und des oder deren, denen er etwas verschaffen oder verlassen will, Namen, und was er im Testament begriffen haben wolte, vor sieben Zeugen, die dazu beruffen und gebeten seyn sollen, öffentlich und klärlich benennet und ausgedrucket.** Atque hanc ipsam sententiam in praxi receptiorem esse dixi *in caut. testam. c. 16. §. 25.* cum legibus magis conveniat.

§. XXII. De testamentis judicialibus in digestis nihil occurrit, quorum forma demum jure codicis est præscripta & determinata. Alias constat, plurima circa illa quoad praxin, inprimis Saxoniam, esse monenda, quæ tamen in *caut. testam. cap. VII.* plena manu jam congesta & excussa sunt, ut illa huc repetere haud sit opus. Illustrationis tamen gratia placuit, huc adducere responsum M. Apr. 1710. a Facultate nostra conceptum, ex quo, quæ circa illa inprimis in praxi in dubium vocari soleant, apparet. Tenor responsi hic est.

Remissive de
testamento ju-
diciali.

Zz zz 3

Sat

Facti Species.

Hat ihr Bruder Georg Wilhelm von Niskwitz, Erb- und Gerichts-Herr auf Klein-Lauchstedt den 25. Jun. Anno 1706. ein testamentum nuncupativum aufsetzen wollen, und zu solchem Ende den Amtschöffer und Gerichtschreiber des Fürstl. Amts Lauchstedt zu sich auf seinen schriftsäßigen Ritter-Gut zu Klein-Lauchstedt, wo er seine eigene Erb-Gerichte hat, und das Guth Mannsfeldtisch Lehn, jedoch quoad superioritatem territorialem unter Merseburgischer Hoheit gelegen ist, erfordern lassen, und in solchem Testament er die Herren zwar zu Erben eingesetzt, jedoch sie mit vielen legatis graviret, auch unter andern des Amtschöffers Sohn darinnen 200. Thlr. ad studia zugeschrieben worden, dahero ieko gefragt wird:

Quaestio.

Ob ihres Bruders Testament in Rechten beständig sey, und die Herren die darinnen verordnete Legata, und in specie die sub N. 3. des Amtschöffers Sohne zugeschriebene 200. Thlr. zu prästiren verbunden seyn oder nicht?

Rat. dub.

Wann nun gleich wider die formalia letztgedachten Testaments eingewandt werden will, daß der Testator auf seinem Gut und also in loco conditi testamenti seine eigene Gerichte, wie auch seine verpflichteten Gerichts-Verwalter und Schöppen habe, welche hiezu nicht adhibiret worden, und das Amt Lauchstedt, ob es gleich die Ober-Gerichte zu Klein-Lauchstedt hat, dennoch an denen Erb-Gerichten, wohin sonst die insinuatio testamenti gehöret, nichts präetendiren kan, und solchergestalt dem testatori nicht zu statten kommen mag, daß die Insinuirung des Testaments ein actus voluntariae jurisdictionis sey, und also coram quocunque iudice insinuiret werden könne, inmassen solches von dergleichen iudice zu verstehen, nicht welcher die Ober-Gerichte, sondern die Erb-Gerichte hat, und solcher Gestalt dieser actus mehr pro turbatione alienae jurisdictionis als pro legitima insinuatione zu achten.

Rat. decid.

Weil aber dennoch der Amtschöffer zu Lauchstedt bey solchem Amte so wohl die Ober- als Unter-Gerichte unstreitig zu verwalten gehabt, und er also in hoc actu voluntariae jurisdictionis pro incompetente nicht zu achten gewesen, da dem testatori frey gestanden, ob er zu diesem actu testandi sich seiner eigenen Gerichte gebrauchen, oder solches bey einem fremden iudice verrichten wollen, in-

indem ja auch ein Fürst des Reichs sein Testament bey denen benachbarten Stadt-Gerichten valide insinuiren kan, zumaln bekanten Rechtsens ist, quod superior se inferioris jurisdictioni submittere possit, und hat dem Testatori ebenfals frey gestanden, ob er sich zu einem andern Richter verfügen, und daselbst sein Testament insinuiren, oder denselben zu sich erbitten wolle, das Testament in seinem Haus bey anhaltender Kranckheit anzunehmen, cum illa, quæ voluntariæ jurisdictionis sunt, etiam in alio territorio expediri possint, wie solches mit mehrern ausgeführet hat Dn. Stryk. *de cautel. testam. cap. 7. ff. 36.* sonst auch die præsentia Scabinorum nicht nöthig ist, wenn nur der Judex cum actuario dabey gewesen, per *decis. Noviss. Sax. 45.* Und ob wohl diese decisio von dem casu redet, wenn an gewöhnlicher Gerichts-Stelle das Testament insinuiret wird, welches hieselbst nicht geschehen, so wird doch solches gnugsam erkläret per *decis. 73. in fin.* daß wenn einem Actuario die gängliche Verwaltung der Gerichte aufgetragen, er alsdenn des Richters Stelle vertreten, und er also, wenn das Testamentum extra judicium insinuiret wird, nur eine Person zu sich nehmen dürffte, wie vielmehr muß solches statt finden, wenn ein Fürstl. Amtschösser, welchem die Ober- und Unter-Gerichte aufgetragen, sich in Persohn nebst dem geschwornen Actuario, so zugleich Land-Richter ist, zu dem Patienten verfüget, und seinen letzten Willen von ihm aufnimmt.

So ist daher dieses Testament quantum ad formalia, zu Recht beständig, wie denn auch folglich die legata, so weit denen Erben ex allodio die quarta Falcidia frey bleibet, gültig seyn müssen. Decisio.

§. XXIII. Parem auctoritatem quoque habent testamenta Principi oblata, ubi præsentia principis omnem supplet auctoritatem. *L. omnium 19. C. de testam.* Cum vero itidem hæc species testamentorum demum jure codicis invaluerit, & juri digestorum plane incognita sit, de ejus praxi nihil adeo hic monendum est, præsertim cum de illa plenius jam egerim in *causel. testam.* Remissive de testamento Principi oblato.

stam. c. 7. §. 1. sqq. Quamvis vero rarior horum testamentorum, principi oblatorum, hodie praxis sit, & plerumque testamenta judici offerri soleant, minime tamen inde colligendum est, hodie *cit. l. 19.* in praxi haud receptam esse, cum præjudicia non deficiant, quæ de usu horum testamentorum sufficiens argumentum præbeant. Vid. præjudicia in *caut. testam. cit. l. §. 14. sqq.* Neque enim rarior usus negationem ipsius usus involvit, quin potius in contrarium ostendit, aliquem adhuc superesse usum. Conf. Tabor. *de testam. Principi vel Comiti obl.*

TIT. II.

DE LIBERIS ET POSTHUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS.

§. I.

Generale monitum.

Seriem totius tituli hujus Cajus in *l. 30. h. t.* his complectitur verbis: *Inter cetera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale jus est, de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis: ne præteritis istis rumpatur testamentum: namque filio, qui in potestate est, præterito, inutile est testamentum.* Neque hodie aliter dicendum, quamvis in modo & aliis quædam diversitates in praxi occurrant, hic indicandæ. Nam (I) circa posthumorum institutionem multæ subtilitates olim occurrebant, quæ in *b. t.* repetuntur, quæ tamen hodie otiosæ sunt. Videlicet posthumus est duplex, vel *suus* vel *alienus*. Ille dicitur, qui natus inter suos heres testatori futurus est; hic vero, *qui natus inter suos testatori futurus haud est.* Ideoque ex emancipato filio

DE LIBERIS ET POSTHUMIS HERED. &c. 729

*fili*o conceptus nepos extraneus est posthumus avo, ut dicit Imper. in §. 26. *f. de legat.* Inter hos hæc diversitas erat, quod posthumi sui quidem institui possent, imo, ne rumperent nativitate testamentum, deberent; *alieni* vero plane institui nequirent, quod cum his, qui ne quidem nati erant, non posset dici testamenti factio esse, quæ olim in primis, ubi per æs & libram testamenta ordinabantur, existentiam realem heredis requirebat, quocum quasi negotium perageretur. Inde plures adhuc conclusiones, in hoc titulo relatæ, dependent, brevibus indicandæ. Sic quæstio in *l. 4. b. t.* movetur: utrum is, qui nondum duxit uxorem, possit posthumum instituire, quod dubium habebat, quia tunc posthumus nondum in utero erat. Similiter in *l. 6. b. t.* disquiritur, an is, qui generare facile non possit, posthumum heredem scribere queat; & quidem admittit Jctus spadonem, non castratum, cum hic posthumum habere non possit, bene tamen ille. E contrario ex ea, quæ alii nupta est, posthumum heredem instituire nemo poterat, quia turpis erat institutio *l. 9. §. 1. b. t.* dum scilicet testator casum vel divortii vel mortis ejus uxoris mariti supponere vel præoptare videbatur, absque quo posthumum ex tali uxore sperare haut poterat. Similiter juxta *l. 28. §. 3. b. t.* dubitabatur de casu, si quis posthumum scriberet heredem eo tempore, quo nondum ejus uxor esse posset, vel ob defectum ætatis vel libertatis &c. Hæc omnes & plures aliæ decisiones hodie otiosæ sunt, vel saltem de iis nullum superesse poterit dubium, postquam Justinianus in §. 27. *f. de legat.* jus antiquum correxit, disposuitque, posthumum alienum etiam heredem institui posse. Vid. Donell *lib. VI. Comment. c. 11. in f.* Wissenb. *ad ff. b. t. tb. 7.* Unde nemo ho-

De posthumorum institutione.

Contin. III. A a a a die

die prohibetur, posthumum ex ea, quæ alii nupta est, heredem scribere, quod in *l. 9. §. 1. b. t.* tamen rejicitur; hoc sensu scilicet, quatenus is, cui nupta est, eum generavit, quæ conditio olim supponi haud potuit, quia alioquin tanquam posthumus extraneus institutus erat.

De praxi *l. 19.*
h. t.

§. II. Quas cum ita sint, manifestum est, nullam esse hodie applicationem famosæ & decantatæ *l. Gallus 29. ff. b. t.* quæ alias permultis commentatorum illustrata est annotationibus, ut hæc tamen hodie magis inserviant theoriæ, seu historicæ cognitioni juris Romani, quam praxi. Ne autem hoc temere dixisse videar, paucis intentionem Galli Aquilii, cujus formula in *b. l.* explicatur, aperire & enucleare constitui. Scilicet potissimum ancipites & dubii erant Romani veteres, quomodo caute nepotes possent institui, ne tanquam extranei posthumi instituti esse viderentur. Inde Gallus Aquilius, formularum apud Romanos artifex, formulam talem invenit, sub qua commodissime, salva juris Romani regula, tales posthumi possent institui, ne tanquam extranei, sed magis tanquam sui instituti esse viderentur: Apparet id satis ex ipsa formula a Gallo excogitata: *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, si-ve quæ neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunt.* Supposuit ergo casum Aquilius, quo vivo avo posthumus nepos nascitur post mortem filii, ita ut eo ipso suus fiat; hoc modo enim institutus non tanquam extraneus, sed tanquam suus institutus videbatur. Sed cum etiam accidere poterat, ut vivente filio nati nepotes postea avo sui fierent, inde ad hunc casum quoque lege Velleja institutio,

tio trahi, & nepotes quasi posthumi institui poterant, quod facilis fieri posse credebant, quia, cum jam nati erant, cum illis quoque testamenti factio esse dicebatur, *l. 29. §. 11. seqq. b. r.* Præterea de eó dubitatum fuit, si quis filium habeat, & nepotem nondum natum eventualiter instituat, isque nascatur, vivente patre suo, ac mox pater decedat, an talis admitti possit ex formula Aquilii? Quod negabatur, neque ex formula L. Vellejæ, quippe qua præsupponebatur, nepotem eó tempore, quo nascitur, suum heredem esse, vel ante testamentum natum esse debere, quorum neutrum hic contingebat. Verum Julianus censuit, talem quoque nepotem recte institutum, ut non rumpat testamentum *l. 29. §. 15. b. r.* Hujusmodi difficultates olim a JCtis obmovebantur ex eo principio, quod posthumi alieni non possent institui, & ita cum nepotibus caute procedendum esset, ne tanquam extranei instituti esse viderentur. Postquam vero ab hac subtilitate recessum est, difficultates omnes hodie cessant, & simplicibus verbis hodie talis substitutio peragitur, modo quomodocunque eventualiter heredes instituti sint. Interim ad alia hujus legis cognitio prodesse potest, prout dixi in *saut. testam. c. 16. §. 7.*

§. III. Porro olim (II) diversitas erat in liberis instituendis vel exheredandis; nam sui tantum necessario instituendi erant de jure digestorum, vel etiam exheredandi, ex quo per se fluebat, patrem tantum huic necessitati subjectum fuisse. Unde emancipatos liberos jure civili neque instituere neque exheredare necesse erat, quia non erant sui heredes, sed prætor tantum eis succurrebat per bonorum possessionem contra tabulas. *§. 3. §. de exhered. lib.* Quinam hodie instituendi liberi?

avus maternus necesse habebant eos instituere, sed poterant eos silentio omittere §. 7. *J. eod.* Ast hæc immutata sunt per *Nov. 115.* secundum quam etiam emancipati necessario sunt instituendi vel exheredandi, imo etiam mater ad hanc adstricta est necessitatem, adeo ut alias testamentum tale sit nullum, *Lauterbach. b. 1. §. 4.* & consequenter hæc quoque naturales & spurios hodie instituere debet, prout dixi *in caut. testam. c. 16. §. 9.* *Conf. Schilter. ex. 38. §. 54. seqq.* Equidem *Richter. de cis. 41. n. 40. seqq.* nec hodie putat sublatam esse differentiam inter suos & emancipatos, sed etiam hodie emancipatos præteritos confugere debere ad bonorum possessionem contra tabulas. Alii testamentum tale nullum esse asserunt, modo emancipatus sit præteritus cum insertione causæ, *Id. cit. l. n. 43.* quo ipso supponunt, dari etiam præteritionem expressam. Verum sicuti hæc contradictionem involvit, ita conclusio inde deducta subsistere nequit, & cum *Nov. 115. c. 3.* aperte pugnat. Voluit enim Justinianus corrigere jus antiquum, & ob hanc causam sancivit, *non licere penitus patri vel matri, vel avo vel avia, pro avo vel pro avia filiam suam vel filiam, vel ceteros liberos præterire aut exheredes in suo testamento facere.* Olim utrumque permissum erat. Mater liberos præterire poterat, sicuti pater emancipatos. Pater liberos suos exheredes pro lubitu scribebat, utpote quos poterat occidere *l. 11. inf. b. 1.* Utrumque sublatum est, ut nec amplius emancipati a patre vel reliqui a matre præteriri possint, quo ipso necessario instituendi sunt. Similiter nec indistincte exheredes scribi possunt, nisi forsan probabuntur ingrati, alioquin testamentum est nullum, & consequenter haud necesse habent, ut ad bonorum possessionem præteriti confugiant.

§. IV.

§. IV. Verum hæc quidem obtinent in liberis emancipatis, qui vel tales sunt secundum dispositionem juris Romani, vel per separationem Oeconomix hodie tales facti sunt. Sunt vero præterea moribus quorundam locorum *emancipati*, qui per *separationem*, durch die *Absonderung*, tales fiunt, quibus in separatione portio certa loco futuræ successione assignatur. Hi ne quidem amplius parentibus suis ab intestato succedunt, si liberi consortes adsunt, prout dicitur *in jure Lubec. P. 2. t. 2. art. 28.* Welches der Kinder abgefondert ist mit beschiedenem Guthe, daß soll mit seinem Theil zufrieden seyn und abgefondert bleiben; es sey gleich wenig oder viel. Atque tales liberi adhuc hodie præteriri possunt, cum extraneis æquiparentur, & sic necessario nec instituendi nec exheredandi. *Mev. adjus Lub. P. 2. tit. 2. art. 33. n. 129.* Restringendum autem hoc merito tantum ad eas personas, cujus contemplatione separatio facta, adeoque quoad hereditatem avi vel aviæ pro separatis minime habentur. *Id cit. l. n. 124. seqq.* Idem dicendum arbitrator, si Statuto exclusæ sint filix a successione, ut dote contentæ esse debeant, vel etiam si jurato renunciaverint hereditati paternæ vel maternæ; cum enim tales filix nec jus succedendi ab intestato amplius habeant, licite quoque præteriri queunt, *Hartm. Pistor. P. 4. qu. 6. n. 20.* *Faber in C. lib. 2. tit. 3. def. 8. n. 2.* *Vid. tract. de success. ab intest. diff. VIII. c. 10. §. 96.* licet vel maxime filix cum reservatione successione renunciaffent. *Bets. de pact. famil. c. 8. §. 285.*

§. V. Instituendi itaque necessario sunt liberi, & quidem ad minimum *in legitima*, quippe quæ jure novo liberis debetur titulo institutionis, *Nov. 115. c. 3. ma.* id quod Germaniæ praxi comprobatum est. *Carpz. P. 3.*

C. 9. def. 1. Berlich. P. 3. concl. 10. De hodierna quantitate legitimæ jam supra cit. de inoff. testam. §. 16. seqq. dixi. Cæterum utrum liberi sint instituti in legitima, sæpe moribus in dubium vocatur, ubi inprimis ipsa sunt ponderanda verba: si enim hæc sunt directa ad liberos, instituti in illa censentur: Berlich. P. 3. concl. 18. n. 20. seqq. Si vero ad intermediam personam, dici nequit, liberos in legitima esse institutos, cum titulo institutionis hoc adverteretur. Carpz. P. 3. C. 9. def. 6. inf. Illustrabo hoc casu quodam notabili, super quo consulti Mens. Jan. 1698. sequentem in modum respondimus.

Casus.

Hat Claudius Märten ein testamentum inter liberos aufgerichtet, darinn er seinen Sohn Alexander zum Erben eingesetzt, dergestalt, daß er sich aller Güther bey seinem Abschiede anmassen, behalten, nutzen, gebrauchen und nach eigenem Gefallen damit gebähren möge, jedoch mit dieser Bescheidenheit, daß er denen übrigen Kindern, Martinen, Friedrichen und Marten das Pflichten Theil, oder zu Latein legitima genannt, dazu er diese 3. leztbenannte 2. Söhne und Töchter titulo honorabili hiermit einsetzte, heraus geben solte. Welches Testament die 3. übrigen Kinder zu impugniren vermeynen, und daher gestaget wird: Ob das Testament zu Recht bestehen könne?

Rat. dab.

Wenn nun gleich eingewandt werden möchte, daß ein Vater in seinem Testament freye Macht zu disponiren, und einem Kinde vor dem andern ein præcipuum zu vermachen befuget sey, wenn nur denen andern an ihrer legitima nicht præjudiciret wird, Vultej. Vol. 1 Conf. Marpurg. Gail. l. 2. c. 116. num. 3. Carpz. p. 3. c. 4. d. 21. num. 7. und solche legitima denen übrigen Kindern hieselbst expresse vorbehalten worden, und zwar nicht titulo legati, sondern nach Erforderung der Novell. 115. c. 3. titulo honorabili institutionis, als welcher auch in testamento patris inter liberos nöthig ist. Carpz. p. 3. c. 9. d. 1.

Weil

Weil aber dennoch, wann der contextus testamenti an- Rat. Decid.
 gesehen wird, der Sohn Alexander bald anfangs allein zum Erben
 eingesetzt, und hernach zu dreym malen in solchem Testament allein
 der Erbe genannt, auch ihm die alleinige Disposition über die ganze
 Verlassenschaft zugeeignet, und die übrigen Kinder in der ihnen zu-
 geschriebenen legitima zwar dem Namen nach instituiret, in der
 That aber nur als legatarii consideriret worden, indem ihnen alles
 Recht, so einem Erben zustehet, hinweg benommen, in Erwägung
 sie ihre legitimam nicht anders als ex manu instituti heredis des
 Alexandri haben sollen, per verba: daß er denen übrigen Kindern
 die legitimam heraus gebe, solches aber nicht anders, als pro fidei-
 commisso gehalten werden mag, cum non directo a Testatore,
 sed ab instituto herede ipsis obveniret legitima, welches zu Recht
 nicht bestehen kan, Carpz. P. 3. cap. 9. d. 8. Zumaln per clara te-
 stamenti verba ihnen inhibiret, daß sie sich keiner possession der
 Verlassenschaft anzumassen, noch die Obrigkeit ihnen dazu behülff-
 lich seyn soll, da doch bekant, quod verus heres pro rata hereditaria
 in omne jus defuncti succedat, L. hereditas 62. ff. d. R. 7. &
 hinc immisionem in possessionem rerum hereditariarum pete-
 re possit. Tot. Tit. ff. quor. honor. & L. ult. C. de edit. D. Adrian.
 toll. Est enim jus hereditarium species juris in re, & continua-
 tum defuncti dominium continet, Hahn. de jur. rer. c. 7. concl. 63.
 Und da solches jus reale denen 3. Kindern expresse benommen, die-
 selbe in effectu pro heredibus directe institutis nicht geachtet wer-
 den können, indem der testator ipso facto benommen, was ihnen
 de jure als heredibus in legitima gebühret hätte, jam vero effe-
 ctus magis attenditur, quam verba C. in tantum 36. X. de Simonia.
 Cardinal. Tusch. lit. E. concl. 50. nam quod una manu concessit
 testator, illos in legitima instituendo, altera iterum ademit, effe-
 ctus institutionis denegando, verba autem non sine effectu esse
 debeat. arg. L. 4. §. Condemnatum 6. ff. de re jud. L. 13. Cod. de Fi-
 dejussor. und ferner hiebey zu attendiren, daß hieselbst kein testa-
 mentum solenne, sondern nur ein privilegium inter liberos auf-
 gerichtet, in welchem pro forma erfordert wird, daß der Vater
 einem

einem jedwedem Kinde gewisse Theile oder uncias zuschreibe, *Nov. 107. c. 1. Auth. quod sine C. de Testam. Menoch. de adipisc. poss. remed. 4. num. 314. Carpzov. p. 3. c. 4. d. 17. num. 8.* Woran es hieselbst abermal ermangelt, indem der Sohn Alexander absolute zum Erben eingesetzt, ohne Benennung eines gewissen Antheils, und die denen andern herauszugebende legitima zwar ihre determinationem ex lege hat, jedennoch der testator auch solches quantum dadurch ungewiß gemacht, weil er ihnen verboten, ein inventarium zu fodern, und sie an seine consignation verbunden, da doch aus denen Rechten bekant, quod omne illud, per quod gravatur legitima, pro nullo reputandum, *L. quoniam 23. C. in officio. Testam.* und also ein Vater zum præjudiz der legitimæ die Forderung eines inventarii nicht verbiethen könne, *Pruckm. conf. 48. num. 37. Bernh. Græv. ad Gail. concl. 119. confid. 2. num. 1. seqq.* Zu geschweigen, daß wider den Sohn Alexandrum eine præsumtio fraudulentæ persuasionis daraus entsteht, daß er kurz vor des Vatern Tode verhindert, daß dieser dem Sohn Friedrichen sein Haus nicht übergeben, zu welchem Ende ihn doch der Vater kurz vor seinem Tode von Quedlinburg hosen lassen, und ihm dabey solche seine intention wegen überlassung des Hauses eröffnet, und seiner beständigen Väterlichen Affection versichert, daher nicht glaublich, daß er diesem allezeit liebgewesenen Sohne sein Erbtheil usque ad legitimam ohne importunæ sollicitiren des Alexandri sollte vermindert haben, quando autem sollicitationes, svasiones vel preces fuerunt importunæ, molestæ, frequentes vel incessabiles, tunc testamentum fit vitiosum, *Carpz. p. 3. cap. 5. d. 8. Berlich. p. 2. concl. 6. num. 33. Manz, de Test. val. tit. 3. qv. 4. Num. 5.* Und wenn ein Sohn solches bey seinem Vater thut, gar dadurch seiner legitimæ verlustig wird, *arg. Nov. 115. c. 3. Matthæi de success. c. 19. §. 20. Peregrin. de jur. fisc. l. 2. tit. 2. num. 14. in f. Forster de success. l. 9. c. 6. num. 6.* Und im Fall Alexander, daß er den Vater zu solchem Testament genöthiget, leugnen sollte, ihm darüber das juramentum judiciale, secundum dispositionem juris communis, ubi & in causis famosis dela-

DE LIBERIS ET POSTHUMIS HERED. &c. 737

delationi locus est, si civiliter agatur, & *L. 9. ff. 2. de iureiur.*, & *ibi Brunnem. in comment. n. 10.* quam sententiam a se ipso discedens tandem approbavit *Carpz. p. 2. decis. 231.* wohl deferiret werden, oder auch denen Umständen nach das juramentum purgationis statt finden kan. *Carpzov. p. 3. C. 5. d. 15.* welche delatio auch, ob er nicht aus der Erbschaft etwas heimlich an sich gezogen, statt findet. *L. ult. ff. licentia 10. C. de iure delib.*

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß dieses Testament zu Rechte nicht beständig sey, und wenn die importunæ sollicitationes ad testandum erwiesen werden können, der Alexander alsdenn seines Erbtheils gänzlich verlustig zu erklären, und solches dem Churfürstl. Fisco zu adjudiciren. Decisio.

§. VI. Sufficit autem hodie, si liberi sunt instituti in legitima, id quod si factum, subsistit testamentum, licet vel maxime sint læsi in legitima vel alias gravati; hoc casu enim gravamen tollitur *lib. 32. C. de inoff. testam.* illo vero agitur ad supplementum. Ceterum quodnam gravamen legitimæ rejiciendum, quodnam vero adhuc admittendum sit, plenius explicui in *caus. testam. c. 17. m. 2. 3.* quæ hic repetere minus necessarium esse judico. Unico tantum rem declarabo exemplo, de quo in praxi quandoque disputari solere memini. Quæstio scilicet est, utrum pater in præjudicium liberorum prohibere possit, ne noverca edat inventarium? De hac quæstione *Mens. Sept. anni 1704.* consulti ita respondimus: Si vel maxime læsi sunt in legitima vel gravati, tamen subsistit testamentum.

Ob wol, so viel die prohibitionem inventarii betrifft, einem testatori solches erlaubet ist, zumal wenn es verbis expressis geschiehet, *Bruckman. Vol. 1. conf. 48. n. 27. seqq.* hiernächst auch die Kinder ihres Vaters Willen in alien Stücken zu agnosciren verbunden sind. *l. f. C. famil. erisc.* Rat. Dub.

Weil aber dieses seinen Abfall hat, wenn denen andern Kindern dadurch ein præjudicium in legitima zugesüget Rat. Dec.

Cont. III.

Bbb bb

wird,

wird, Bruckm. *d. l. n. 35.* immassen die legitima denenselben sine omni onere & gavamine frey bleiben muß *L. quoniam 32. C. de inoff. testam.* dergleichen gravamen aber ihnen dadurch zugezogen ist, wenn ihr Erbtheil der Mutter ohne inventario und ohne Theilung in Händen gelassen wird, auch sonst bekant, quod, prohibito licet inventario, non tamen prohibita sit privata bonorum designatio Carpz. *P. 2. C. 11. def. 4.* Knipschild *de fideic. c. 12. n. 16.* Heeser *de ration. redd. loc. 6. n. 194.*

Deciso.

So erscheinet hieraus so viel, daß die Witwe des Testatoris sich nicht entbrechen könne, eine privatam designationem bonorum des Sohns Wittwen vorzulegen, und wenn derselben Mann so viel noch nicht bekommen, als dessen legitima austrüge, so ist sie ihr das supplementum heraus zu geben schuldig, mit denen übrigen Güthern aber, so ihren Kindern ultra legitimam gebühren, sind sie der Mutter die administration nach Anleitung des Testaments zu lassen verbunden. **B. R. B.**

De praxi exheredationis.

§. VII. Similiter circa exheredationem multa innovata sunt jure novellarum, quo plane novam formam accepit. Debent enim liberi exheredari ex causa legitima, h. e. in *Nov. 115.* determinata, quæ etiam testamento adjici & ab herede scripto probari debet. Et cum hæc ipsa novella in omnibus punctis hodie in praxi ubivis locorum observetur, non amplius secundum jus Digestorum exheredatio hodie facienda, sed ad normam *Nov. 115.* quam cum ipsis causis perspicue tradidi in *Caut. testam. c. 19.* Hoc unicum circa causas exheredationis annotandum, filiam non posse exheredari ex hac causa, si invito patre nuptias contrahat. Hæc ipsa causa tamen non tantum in Saxoniam est recepta, Carpzov. *Jurispr. Consist. 1. 2. def. 54. Ordin. elect. Sax. tit. 12.* sed etiam alibi confirmata, uti Hamburgi per *edictum penale de anno 1676.* **Conf. Nassau-Casselbogische Land-Ordnung**

nung c. 2. von den Ehelobnissen, so ohne der Eltern re.
§. 7.

§. VIII. Verum hæc forma, jure novo præscri-
pta, tantum restringenda est ad exheredationem, quæ ^{Exhereditatio}
^{bona mente}
^{facta.}
nota causa & in pœnam liberorum fit. Datur enim etiam
exhereditatio bona mente facta, quæ hæc solennia non re-
quirit, de qua *JCtus in lib. 18. b. 1. ita. Multi non nota causa*
exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant (ut puta
impuberibus) eis que fideicommissam hereditatem dant. Simi-
liter in *l. 12. §. 2. ff. de bon. libert.* *Vlpianus ita ait: Si quis*
non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, ex-
hereditatio ipsi non nocet, ut puta, pone furoris causa exhereda-
tum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum
rogatum ei restituere hereditatem. *Conf. l. 47. ff. eod. l. 16. §.*
2. ff. de curat. furios. l. 25. C. de inoff. testam. Hæc itaque
exhereditatio, cum liberis prospiciat, improprie tan-
tum est exhereditatio, ejusque figuram, non rem ipsam
habet, uti bene censet *Linckius de exhered. bona mente fact.*
§. 4. Unde non adeo mirandum, quod jura veræ ex-
heredationis hic quoque applicari non possint. Cum
itaque hæc materia in praxi quoque obtineat, & infi-
gnem præbeat utilitatem, plenius illa quodammodo
enucleanda.

§. IX. Et quidem ante omnia de exemplis videa-
mus. Sic si pater habet filium prodigum, & ex eo ne-
potes, nepotes instituere potest heredes, filium vero ex-
heredare, eique quod sufficeret alimentorum nomine
a nepotibus certum legare, ^{Exemplum ex-}
^{hereditationis bo-}
^{na mente fa-}
^{cta.}
additæ causa necessitate que judi-
cii sui, ut dicitur in l. 16. §. 2. de curat. furios. h. e. quod pater
exheredaverit eum, non notæ & pœnæ causa, sed in fa-
vorem ejus, ad bona conservanda, ne bona sua disper-
dat & dissipet. *Sande lib. 4. tit. 2. def. 3.* Idem quoque

(L)

- (II.) posset applicari ad casum, si haberet generum, qui neque finem neque tempus expensarum haberet. Quoniam enim ita ferendum esset, ne, instituta filia herede, ejus maritus omnia bona dissipet, pater filiam suam exheredem scribere, nepotesque ex ea instituere heredes, bonis vero curatorem dare potest, qui ex fructibus quotannis genero certam quantitatem, ad onera matrimonii ferenda, exsolvant. Hoc modo enim filiae consulitur, cujus patrimonium alias dilapidationi maritali obnoxium est, & nepotibus, quibus hoc modo bona conservantur. Posset etiam hoc casu filiae prospici per fideicommissum, si nepotes sine liberis decessissent. Huber. *in prælect. ad Pand. tit. de inoff. test. §. 19.* Huic similis casus est, si testatrix, habens maritum prodigum, & unicum optimæ spei filium, extraneum heredem instituit, filio exheredato, hac sub conditione, ut ei, ubi sui juris factus fuerit, restituat hereditatem sine ullius Trebellianicæ detractioe, etiam cum fructibus. Hoc modo præcaver, ne maritus decoctor post mortem testatricis bona, utpote quæ administrat, dissipet, quod tamen merito metuendum esset, si filius institutus esset heres. Hoc casu itaque institutio filii damnosa est, exhereditatio vero utilis. Nec opponi potest, quod filius institui, patri tamen nihilominus usufructus cum administratione adimi aliisque committi potest; neque enim hoc modo plene liberis prospicitur, cum nihilominus eo ipso pater usumfructum in legitima liberorum retineat, *Nov. 117. c. 1.* qui per hanc exheredationem ei adimitur. Neque hoc casu nomine filii querelam inofficiosi patris movere potest, quibus nullam injuriam fecit mater, sed potius putavit providendum. *l. filiis 25. C. de inoff. testam.* Idem dicendum est, si pater eos hoc casu instituit

stituit sub conditione: *si pater eos emancipaverit cit. l. 25.* quæcunque enim conditio utilitatem filiorum respicit, pro gravamine haberi nequit. Brunnemann, *ad cit. n. 2.* Carpz. *P. 3. C. 9. def. 11.* Manzjus *de test. val. & inval. tit. 10. quæst. 13. n. 1.* Sichard. *ad auth. non licet C. de liber. præter. n. 26.* Richter. *decif. 21. n. 48.* Berlich. *p. 3. concl. 15. n. 54.*

(IV.)

Præterea huc pertinet, si pater ingentes divitias relinquat, & vero timeat insidias vitæ parvuli filii ab agnatis, bonis hisce inhiantibus, alium instituere, eumque fideicommissò gravare potest, de restituenda filio hereditate, si in suam tutelam pervenit. Carpz. *cit. l.*

(V.)

Huic similis est, qui in *l. 3. §. 3. ff. de usur. habetur, ubi JCtus ita: Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset, filia mulieris, quicquid ex bonis ejus ad se pervenisset, cum certam ætatem puella compleisset, restituere; idque sibi ideo mater placuisse testamento comprehendisset, ne filia tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur.* Hoc casu lubrico tutelæ fideicommissi remedium præfert,

cum circumstantiæ id suadere possint, ne tutoribus, quos forsân liberi ex dispositione patris jam habent, bonorum administratio committatur. Ita prospicit mater filia, ne tutores bona dilapidandi occasionem accipiant, & tamen nihilominus ei bona integra conservantur, cum usufructuarius bona omnia, imo etiam fructus restituere debeat. Hoc remedio etiam avus præcavere potest, ne creditores ob filii obæratî debita sua bona invadant, & nepotibus intervertant. Hoc ne fiat, potest filium obæratum exheredare, nepotesque instituere. Ita Creditores bona avita occupare nequeunt, post mortem avi non filii, sed nepotum patrimonium facta; hi vero post mor-

(VI.)

- (VII.) tem. sui patris ejus hereditate abstinent, & ita ejus debita solvere non tenentur. Carpz. *cit. l. n. 4. 5.* Ex his quoque constat, posse patrem filium minus iudustrium ad tempus etiam exheredare, cum alias constet, quod exhereditatio regulariter ad tempus fieri non possit *l. 9. ff. de hered. instit.* Prius enim cum in favorem filii tendat, admittitur hoc modo, ut instituat extraneum, & filium in decennium exheredet, ita ut post decennium ipsi hereditas restituatur. Zasius ad *l. 1. §. 30. de Vulg. & pupill. substit.*
- (VIII.) Similiter quod antea de prodigis liberis bona mente exheredandis adductum est, etiam ad furiosos & mente captos applicari potest, ut nepotibus prospiciatur *l. 16. §. 2 de curat. furios.* Barry *de succ. l. 10. tit. 2. n. 24.* Richter. *decis. 43. n. 52.* Referri etiam huc meretur casus, quem Linckius *cit. diff. §. 19. n. 2. ex Zasio cit. l. n. 44.* adducit, cujus verbis illum referam: *si forte in familia nobilium, ait, filius sit Canonicus, uberi proventu provisus, & ne testamentum patris rumpatur, si fuerit prateritus, patitur se exheredari, dummodo exprimat, quod non ignominiose fiat. Et hunc casum, addit Zasius, habuimus nos Doctores in Facultate ante annos in persona cujusdam illustris.*
- (IX.) Potest quoque hæc exhereditatio quandoque utilis esse propter Statuti dispositionem, quod liberos gravat, utpote si Statuto caveatur, quod filii mercatorum, licet abstinerint ab hereditate paterna, ejus tamen æs alienum solvere debeant. Ut etiam pater mercator liberet liberos ab onere solvendi æris alieni, quod forsitan quantitatem patrimonii superare potest, eos exheredes scribere potest, quia ita per indirectum ab hoc onere liberantur, & materna vel alia acquirere possunt. Menoch. *lib. 4. præf. 28. n. 9. Linck. cit. l.*

§. X.

§. X. Ex his exemplis usus ejus doctrinæ satis manifestus est, superest vero, ut jura peculiaria hujus exheredationis enucleemus. Primo jam diximus, quod exheredatio hæc ad certum fieri tempus possit, quod alias fieri nequit. (II.) Valet etiam hæc exheredatio sine causæ expressione *l. 18. ff. b. r. Richter. decis. 41. n. 48.* Nam dispositio *Nov. 115.* tantum pertinet ad exheredationem mala mente seu notæ causa factam, uti totus contextus ostendit. Non negari quidem potest, utile esse, ut causa adjiciatur, in quem sensum accipio *l. 16 §. 2. de curat. fur.* sed ut præcise & pro forma essentiali necessarium sit, ostendi nequit. Verum hoc casu sæpe dubium oritur, quid in dubio dicendum sit, utrum scilicet exheredatio bona an mala mente fuerit facta? Varias sententias hac de quæstione congesserunt Menoch, *l. 4. præf. 28.* Mascard. *de probat. conclus. 714.* Linckius *cit. dissert. §. 21.* Qui præsumendum esse volunt, exheredationem bona mente esse factam, ea ducuntur ratione, quod patris erga liberos sit pietas singularis, adeo ut optimum pro liberis consilium cepisse videatur, & illorum utilitatibus prospexisse. Alii vero ex natura & indole exheredationis contrariam præsumptionem inducunt, quod excludat liberos a successione, & inde concludi debeat, in pœnam a patre hoc factum esse, quam sententiam Linckius *cit. l. §. 21. in f.* approbat. Sane si illud præsumendum est, quod regulariter & communiter fit, merito quoque exheredatio proprie dicta præsumenda est, qualis est, quæ fit notæ causa. Quæ enim bona mente facta esse dicitur, a regula recedit, irregularis est, & ad casus exceptos referenda, ad eoque qui in eo se fundat, merito docere debet, bona mente a patre eam factam esse. Hæc tamen præsumptio sal.

Quid juris sit in exheredatione bona mente facta?

Qualis exheredatio in dubio præsumenda?

saltim generalis est, & ita per specialiores circumstantias facile elidi potest, quales sunt, quæ in adductis exemplis notatæ fuerunt. (III.) Porro posthumi, qui ne quidem nati sunt, bona mente exheredari possunt, non vero notæ causæ, cum nulla causæ, in *Nov. 115.* determinata, in eos cadere possit, quo ipso jus antiquum correctum est. *Brunneman. ad l. 3. ff. de injur. rupt. irrit. fact. testam. Ludwel. de ult. vol. P. 2. c. 2. p. 140.* (IV.) Contra exheredationem mala mente factam consultitur liberis querela inofficiosi testamenti, prout suo loco dixi; ast hæc non habet locum in exheredatione bona mente facta *l. 12. C. de inoff. testam. l. 25. C. eod.* (V.) Olim pater filio impuberi exheredato substituere poterat *§. 4. §. de pupill. substit. l. 10. §. 5. ff. eod.* quod tamen hodie vix amplius fieri poterit, postquam causæ in *Nov. 115.* determinatæ ita sunt comparatæ, ut vix in impuberes cadere queant. Ast si exhereditatio bona mente fiat, tunc etiam casus substitutionis pupillaris adhuc hodie locum sibi vindicare potest. (VI.) Denique per exheredationem bona mente factam, legitima etiam gravari potest, prout plenius dixi in *cautel. testam. c. 17. m. 3. §. 3. seqq.* quod alias minime parentibus integrum est.

De usu hodie-
no hujus exhe-
redationis.

§. XI. Sicuti vero jam antea asserti, dispositionem *Nov. 115.* minime pertinere ad exheredationem bona mente factam, ita facile quoque exinde colligitur, eam per *cit. Nov.* minime sublatam vel correctam esse, quamvis ex antiquioribus commentatoribus quidam in contrariam abrepti fuerint sententiam, docente *Linckio cit. l. §. 24.* Ipsæ tamen causæ exheredationis, ibidem relatæ, manifestissime evincunt, unice *justinianum* sollicitum fuisse de exheredatione mala mente

te

DE INJ. RUPTO, IRRITO FACTO TEST. 745

te facta, & cum jura correctoria minime extendi debeant ultra casus expressos, nec hujus Novellæ dispositio ad aliam exheredationis speciem trahenda est, sed potius in jure antiquo subsistendum. Et hanc quoque in praxi adhuc hodie obtinere, evincunt præjudicia apud Linkium *cit. l. §. ult. Richter. decis. 41. num. 29. sepp. Carpzov. P. 3. C. 9. def. 11.* quemadmodum etiam in nostra Facultate aliquoties secundum hanc sententiam pronunciatum esse memini.

TIT. III.

DE INJUSTO, RUPTO, IRRITO FACTO TESTAMENTO.

§. I.

Testamentum, quod solennitatis defectu laborat, strictè dicitur *injustum*, l. 1. b. 1. latius vero patet prædicatum *nullitatis*, quod etiam alios defectus vel in persona testatoris vel in essentialibus contingentes complectitur. Ceterum non dubium est, quin etiam hodie testamenta sint injusta, quæ defectu quodam solennium laborant. Cum enim ad *tit. 1. hujus libri* ostenderit, solennia juris Romani adhuc hodie necessaria esse, adeo ut extrinsecus apparere debeant, cum alioquin perfectum fuisse testamentum præsumi nequeat, *Mev. P. 4. decis. 12.* omnino quoque defectus solennium nullitatem inducere debet, prout quotidie fere in Facultatibus & Collogiis Juratorum testamenta ob hos defectus annullari solent. Quodsi tamen per statuta locorum pauciores testes recepti & pauciora solennia

An hodie quæque detur testamentum injustum?

Contin. III.

Ccc cc .

appro-

approbata, sufficit, testamentum secundum illius loci statuta, ubi conditum, subsistere, quod postea effectum extendit ad alia loca, licet ibi solennia juris Romani requirantur, & hoc intuitu ibi injustum apparere possit. Carpz. *P. 3. constit. 6. def. 12.* Brunnem. *cent. 5. dec. 94. n. 4.*

Mutatio testa-
menti pacto
restringi olim
non poterat.

§. II. Similiter etiam adhuc hodie rumpitur testamentum prius per posterius, cum etiam adhuc hodie hominis voluntas sit ambulatoria usque ad extremæ vitæ halitum. Et hæc libertas testandi & mutandi voluntatem suam ultimam adeo liberrima apud Romanos erat, ut ne quidem pacto restringi posset, *l. ult. C. de pact.* veluti si quis consenserit paciscentibus de sua hereditate; revocato enim postea consensu, pactum hoc statim invalidatur; *Mev. P. 3. decis. 271. n. 3.* Hartm. *Pistor. P. 4. qu. 6. n. 42.* quod adeo extendunt *Dd.* ut ne quidem jurata promissio ligare testatorem possit, cum secundum jus civile juramentum novum vinculum non addat promissioni; quamvis de jure Canon. quod hodie sequimur, contrarium dicendum sit, prout dixi *in caut. test. C. 24. §. 4.* Et hæc hactenus mutatio testamenti apud Romanos absolute libera erat.

Bene tamen
hodie.

§. III. Ast Germanis semper sanctior fides fuit pactorum, quam reverentia erga testamenta, contra fidem datam facta, & proinde non adeo mirandum, si hodie pactis variis libertas testandi constringi possit, utut juramentum nullum accesserit. Sic supra *tit. de pact. dotal. §. 4.* jam observavi, pactis dotalibus constringi posse libertatem testandi, ut nullum testamentum contra illa valeat. Vid. *Carpz. P. 3. C. 23. def. 9. 10.* cum hodie pacta de futura successione etiam valent. *Muscul. de success. convent. membr. 1. cl. 1. conclus. 3. n. 58.* *Conf. rr. de cautel. testament. c. 24. §. 16.* Eundem effectum

Etum quoque habent alia pacta, ut unionis prolium, confraternitatis, Ganerbinatus &c. prout plenius exposui in *tract. de success. ab intest.* Sicuti ergo ab initio hodie facultas testandi libera restringi potest, ita quoque non dubitandum, quin etiam facultas mutandi testamentum hodie pactis restringi possit, modo (1) constet, revera pactum de non mutanda ultima voluntate initum fuisse: (2) alterius interfit, ne testamentum tale mutetur, id quod ex causa ipsius conventionis judicandum est.

§. IV. Dixi, constare debere de pacto, quo testator promisit, se non revocaturum suum testamentum, quod si deest, mutatio libera salva manet, id quod ex sequenti responso Mens. Decembr. 1707. a Facultate nostra concepto illustrari potest:

Modo constat de pacto vero.

Hat Herr A. D. v B. ein testamentum inter liberos Anno 1699. aufgerichtet, nachgehends in Anno 1703. noch eine andere Disposition verfertigt, und darin seine Güther unter seine beyde Söhne getheilet, und solche bey der Hochlöbl. Regierung zu Halle, wie auch zu Dresden zur confirmation übergeben, gleichwol Herr A. F. v. B. sich durch solche Theilung graviret befindet, und also gestaget wird: Ob nicht die rechte Disposition sub. A. als ein contractus inter patrem & filios anzusehen, und also der sel. Herr Vater nicht befugt gewesen, in præjudicium derselben anderwelt zu disponiren? wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß die Dispositio paterna sub A. für keine Dispositionem unilateralem, quale testamentum esse debet, zu achten, anermogen die beyden Söhne des disponentis mit ad actum dispositionis concurrirret, solchen mit unterschrieben, auch deutlich zu verstehen gegeben, daß sie solche väterliche Disposition genau erwogen, und in allen Puncten und Clausulen derselben nachzuleben sich verbunden, woraus mehr ein negotium inter vivos als mortis causa geschlossen werden möchte, zumal auch sonstens Rechtskundig ist, daß, wenn gleich ein negotium mortis causa dem Scheine nach

Facti Species.

Quæstio.

Rat. Dub.

aufgerichtet, doch demselben das pactum de non recedendo ab illa dispositione einverleibet worden, solches alsdenn mehr pro negotio inter vivos zu halten sey, *l. ubi ita 27. ff. de donat. m. c.* paria autem sunt, an quis promiserit observare, an vero non revocare. *Mantica de conj. ult. vol. lib. 1. tit. 17. n. f.*

Rat. Decid.

Wieweil aber dennoch die verba procemialia dispositionis gang offenbar an den Tag legen, daß der Testator nicht contrahiren, sondern seinen letzten Willen aufsetzen wollen, und dann nach solchen verbis procemialibus die ganze dispositio in dubio zu beurtheilen, *Alexand. lib. 2. conf. 7. num. 5. Socin. lib. 2. confil. 165. num. 6. Mantica de conj. ult. vol. lib. 6. tit. 13. num. 2.* Hiernächst die ganze Dispositio in forma testamenti aufgerichtet, die Kinder zu Erben eingesetzt, substitutiones darin gemacht, und andere in einem Testament gewöhnliche dispositiones darin aufgerichtet, mithin diese dispositio in dubio billig so interpretiret werden muß, prout communiter & ex natura sua fieri solet, *Barbosa in thes. pract. lib. 9. c. 76. ax. 9.* Auch nicht zu befinden, daß der Vater mit seinen Söhnen allhier contrahiret, und daher seinen Willen zu ändern die Freyheit behalten, sondern nur die Söhne als Erben sich untereinander verbunden, das testamentum patris zu beobachten, welche promissio doch nicht anders als sub clausula: rebus sic stantibus, hat verstanden werden können, wenn nemlich der Testator es lediglich bey der Disposition lassen würde, und da nachgehends in Anno 1703. der Testator eine divisionem inter liberos, salvo testamento ante facto, aufgerichtet, nicht unbillig dafür zu halten, daß solche promissio inter fratres inita, auch auf diese Disposition, quæ ad testamentum sese refert, mitzuziehen, und wenn gleich das Testament geändert worden, dennoch solches pactum mutata voluntate defuncti, nicht weiter verbündlich seyn würde, *arg. l. ult. C. de pact. cum testator hic inter paciscentes haud fuerit, Hartm. Pistor. p. 4. qu. 1. num. 33.* und also die rationes a donationibus mortis causa deductæ, quæ pactum de non revocando adjunctum habent, hieher nicht quadriren, da der Testator solches pactum nicht eingegangen ist.

So

So halten wir dafür, daß die Dispositio sub A. für einen Contract inter patrem & liberos nicht anzusehen, und daher der Testator davon wohl abgehen können.

Decisio.

§. V. Hæc observatio quoque potissimum usum habet in testamentis conjugum reciprocis in una charta confectis, præsertim si alter conjugum in alterius favorem disposuit. Illa enim nihilominus adhuc revocabilia esse, ita ut alter disponentium ignorante altero ab ea voluntate recedere possit, Dd. uno ore fatentur, cum revera hic duo testamenta adsint, & ita singulis testatoribus integrum esse debeat, voluntatem suam mutare. Carpz. P. 3. C. 2. def. 11. n. 1. & def. 12. n. 5. Id. P. 3. C. 7. def. 21. inf. Finckelthaus obs. 90. n. 6. Belsold. P. 6. conf. 288. n. 5. Gail. lib. 2. obs. 117. n. 2. Richter. decis. 38. n. 16. Knipschild de fideic. illustr. c. 16. n. 80. Peck. de testam. conjug. lib. 1. c. 43. n. 1. seqq. Mev. P. 9. decis. 148. Nicolai resol. 10. n. 24. seqq. Ast diversum obtinere existimarem, si invicem inter se pactum iniissent, de non revocando hoc testamento, invito altero, illudque in testamento expressum sit: hoc casu enim non tantum adest conventio utrinque obligatoria, quæ irrevocabilem dispositionem facit, sed etiam alterius interest, ne, se invito, testamentum revocetur, cum semel ex intercedente promissione jus ipsi quæsitum, & dispositio in favorem utriusque condita sit, quod optimo casu illustrat Nicolai cit. l. n. 25. eumque per rationes decidendi secundum sententiam nostram decedit. Revera enim alter conjugum deciperetur, si alteri contra fidem datam integrum foret, a sua dispositione recedere. Satis convenienter Ber-

Testamenta conjugum reciproca mutari nequeunt ob pactum adjectum.

lich. *decif. 92. n. 12.* hac de re ita ratiocinatur: *illa regula, quod scilicet nemini facultas mutandi testamentum possit auferri, est cum mica salis intelligenda, si de consensu illius tantum, qui vult mutare testamentum, secus si de duorum vel plurium consensu tractatur, tunc illa sibi locum non vendicat, quoniam validiora sunt, quæ fiunt de consensu duorum vel plurium, quam de voluntate unius, & post pauca: denique, quia tum demum quis voluntatem suam libere mutare potest, si de ejus solius interesse tractatur, secus si alterius interesse & jus quæsitum concurrat, tunc enim quis consensum & voluntatem suam in alterius præjudicium mutare nequit.* Et ita Scabinos Lipsienses pronunciaffe *n. 10.* testatur. Abutuntur communiter Dd. regula vulgata, quod nemo sibi facultatem mutandi testamentum adimere possit; quod admittendum, quatenus res in nudis terminis elogii ultimi subsistit, nec conventio reciproca, cum actu testandi conjuncta, accedit: hac enim accedente, inprimis secundum mores Germaniæ, aliud dicendum. Nicolai *cit. l. n. 60.* Conf. Schilter. *ex. 39. tb. 57. seqq.* Brunnem. *conf. 38. n. 19. & 23.*

Modo pacto
tali nihil ob-
stet.

§. VI. Quemadmodum vero alias pacta neminem obstringunt, nisi utriusque voluntate inita fuerint, cum consensus ad ignorata trahi nequeat, ita quoque idem dicendum est de hoc pacto, quod facultatem testamentum mutandi tollere debet, cujus illustrationis gratia responsum Mens. Nov. 1704. a Facultate nostra conceptum adjiciam, unde etiam sententia antea adducta confirmari potest:

Facti Species.

Haben Titius und seine Ehe-Frau Caja, ohngeachtet vorher unter ihnen gewisse pacta dotalia mit Consens des Landes-Herrn vollenzogen worden, beliebet, ein testamentum reciprocum aufzu-

richten, welches auch Titius entworfen, und nachmals von ihm und der Caja, mit unterschrieben, und folgendes der Landes-Herrschaft offeriret. Da nun Titius ohnlängst verstorben, und die Caja nebst unterschiedenen Kindern hinterlassen, und Caja befindet, daß ihr solches Testament höchst präjudicirlich sey, so wird gefragt: Ob Caja verbunden, das testamentum reciprocum zu halten, als welches ihren confirmirten pactis dotalibus zuwider läuft, und von ihr vorerwehnter massen, ohne es weiter zu examiniren, und ohne vorhergegangene Abrede und Erklärung der darinn enthaltenen Clausul, aus Liebe gegen dem Titio, unterschrieben worden? Quæstio.

Ob nun wol an sich bekanten Rechtens ist, quod testamentum reciprocum revera duplex sit, Finckelthaus *obs. 90.* & hinc licet morte unius conjugis confirmatum sit, tamen superstes conjux illud, quantum ad sua bona, libere revocare possit, Gail. *lib. 2. obs. 117. num. 2.* Carpzov. *P. 3. C. 2. def. 12.* hingegen aber in præsentem casu die in solchem Testament befindliche Clausula solche revocation zu benehmen scheinet, indem darinn enthalten, daß dieses testamentum reciprocum *per vim pacti expressi, oder durch Kraft eines ausdrücklichen Vertrags und Vereinigung errichtet seyn solle*, wodurch solches nicht allein dem Ansehen nach irrevocabel geworden, cum jus ex pacto vel conventionione quæsitum alteri invito auferri non possit, *l. 5. C. d. O. & A.* sondern da sonsten die pacta dotalia per testamentum nicht geändert werden können, Kohl. *de pact. dotal. p. 4. num. 59.* so hat doch solches per contrarium pactum wohl gesehen mögen, Carpz. *P. 2. C. 43. def. 11.* Rat. Dub.

Weil aber dennoch hieben hauptsächlich zu erwegen, daß die Caja ex pactis dotalibus a superiore confirmatis einmal ein jus quæsitum erhalten, welches ihr a marito wider ihren expressen Consens und Einwilligung nicht benommen werden mögen, auch dieser Consens in facto beruhet, und also ab allegante erwiesen werden muß, immassen die sola subscriptio testamenti, darinn die Clausula per modum pacti expressi inseriret worden, hierzu nicht genug, weil die Caja solches Latein nicht verstanden, sie auch keinen Curatorem Rat. Dec.

tozem gehabt, der ihr solches erklären können, und es also billig heissen muß, quod juri ignorato nemo renunciasse præsumatur, Dalner *de renunciat. c. 5. num. 17.* worzu ferner kommt, daß der maritus das Testament selbstem aufgesetzt, und also zu seinem Vortheil sezen können, was ihm beliebet, welches sonst eine speciem falsitatis hat per *l. 1. & ult. ff. de his quæ pro non script. bab.* unde invalidum ex parte uxoris testamentum reciprocum esse dicunt, si illud totum maritus manu sua scripserit, Bruckman *vol. 2. conf. 1. n. 194.* Peck. *de testam. conjug. lib. 3. c. 10. n. 1.*

Decisio.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die Witwe dieses testamentum reciprocum zu revociren, und von ihrem Vermögen zu disponiren wohl befugt sey, B. R. W.

Mutatio testamenti non fit solis verbis.

§. VII. Hæc autem revocatio testamenti solennis scripti non potest fieri nudis verbis, §. 7. *J. quib. mod. testam. infirm.* cum quod solenniter conditum sit, solenniter quoque debeat mutari & revocari *l. 35. de R. J. Richter. decis. 54.* adeo ut ne quidem revocatio testamenti effectum habeat, si vel maxime coram septem testibus facta fuerit, *l. 27. C. de testam. ordin.* Wesenbec. *conf. 88.* nisi decennium post ejus confectionem præterlapsum fuerit *cit. l. 27.* de quo plenius dixi in *caut. testam. cap. 24. §. 36.* Quamvis autem Groenewegius ad *loc. cit. 27.* existimet, hanc legem singularem & communibus regulis contrariam esse, & consequenter non observandam, ejus tamen assertio satis lubrica est. Neque enim ratione sua solida destituitur. Scilicet ex *l. 6. Theod. de testam.* constat, olim testamenta lapsu decennii ipso jure extincta fuisse, hoc ipsum quodammodo temperavit Justinianus, ut non solo lapsu extinguantur, sed contrariæ voluntatis declaratio accedere debeat. Ergo revocatio vitiosa lapsu temporis non tam convalescit, quam lapsus temporis cum contraria volun-

luntate conjunctus testamentum tollit. Cæterum lapsus decennii in nonnullis locis non solet attendi; sic enim de terris Saxonis Finckelthaus *obs. 93. n. 17.* ait; *Apud nos, ut opinor, decennium in testamentorum revocatione videtur ex usu recessisse. Altum enim de decennii disputatione hodie in his terris est silentium, & nemo est, qui illud urgeat, siquidem potius receptum est, ut tantum revocatio coram Notario & testibus fiat, vel apud acta, quod tamen nonnulli restringunt ad testamenta judicialia. Vid. Carpz. P. 3. C. 3. def. 42. Richter. decis. 54. n. 18.* Sic etiam per statuta aliorum locorum lapsus decennii non amplius attenditur, quæ refert Schilter, *ex. 38. §. 75.* Sane ubi aliud non receptum, standum dispositioni juris Romani.

§. VIII. Similiter in praxi disputari solet, utrum testamentum judiciale eo ipso, quod inde repetitum sit, revocatum censeatur. Equidem Finckelthaus *obs. 12.* id multis rationibus asserere non dubitat, contendens, testamentum tale fidem publicam haud retinere, nisi usque ad mortem in judicio conservetur, & solennitates suas integras salvasque retineat. Verum cum testamentum judiciale suam validitatem ex insinuatione rite facta consequatur, nec ullibi cautum legamus, ad validitatem ejus necessario requiri, ut etiam in judicio permaneat usque ad testatoris obitum. Sententia contraria verior videtur, quæ etiam *decis. Elect. Saxon. 44.* approbata est. Conf. Lauterbach. *de testam. judic. th. 18.* Richter. *decis. 54. n. 13.* Berlich. *p. 3. Concl. 4. n. 46. seqq.* unde potissimum ad intentionem testatoris, qui testamentum avocavit, respiciendum est: si enim animo revocandi hoc fecerit, testamentum non valet, nec in praxi hoc casu decennii lapsus requiritur, quamvis in theoria

An sola repetitio testamenti judicialis insinuationem involvat?

Contin. III.

D d d d d

de

de eo dubitari posset, uti dixi in *caut. testam. c. 24. §. 38. in f.* Animus tamen revocandi haut præsumitur, sed demonstrandus est ab allegante, quo non facto testamentum adhuc subsistit, prout Mens. Decemb. 1706. respondimus:

Hat euer Bruder Georg Ebhard und seine Ehefrau Anna Catharina 1697. ein Testamentum reciprocum coram deputatis judicialibus verfertigen, und auch solches in judicio deponiren lassen, hernach solches den 20. Dec. 1704. um das Testament nachzusehen, von dem judicio abgefodert, und den Umschlag des Testaments zwar weggenommen, jedoch das Testament ganz gelassen, auch die Sigilla deputationum nicht lædirer, und zu obgedachter Zeit ratione quanti durch ein wirklich pactum euch auf dessen Todes-Fall etwas mehrers zugeleget, jedoch in solchem Pacto keine Aenderung quoad heredes & legatarios gemacht, sondern nur einig und allein euch noch etwas mehr, als in dem principal-Testament, per pactum mit Genehmhaltung seiner Ehefrauen, als Miterbin, zugeleget, gleichwol nach dessen erfolgten Tode einige andere nahe Freunde, so nicht bedacht worden, euch in Anspruch nehmen, und das Testamentum pro revocato halten wollen, und dahero ihr zu wissen begehret: 1. Ob gemeldtes Testament um deswillen pro revocato zu achten, weil der Testator solches von den Gerichten zurück genommen? 2. Ob der Testator nicht salvo Testamento durch ein pactum mit Genehmhaltung aller Erben ratione quanti etwas mehr am Gelde euch zulegen können? Wann nun gleich bey der ersten Frage eingewandt werden möchte, daß ad valorem judicialis testamenti vornemlich erfordert werde, ut testamenta talia non tantum apud acta fiant, sed etiam in judicii loco reserventur, *l. testament. 18. C. de testam.* bevorab, da das ganze Testament sein. substanz und Wesen ab autoritate judiciali hernimmt, welche es zu verlieren scheint, wenn der Testator solches nachgehends wieder zurück nimmt, zugeschwigen, daß, solche repetitio testamenti ein grosses indicium mutatae voluntatis machet, wie in terminis

nism mit mehrern ausführet Finckelthauf. *obs.* 2. Wozu noch dieses möchte in consideration kommen, daß der Testator solches Testament wieder geöffnet, und das Couvert von dem Testament weggenommen, so doch mit der Deputirten Siegel versiegelt gewesen.

Diemeil aber dennoch in Rechten nirgends zu finden, daß ad testamenti judicialis valorem præcise erfordert werde, daß es unverrückt in den Gerichten bis an dem Tode des defuncti verbleibe, sondern es genug seyn kan, wenn es von dem Richter gerichtlich vollenzogen, mithin nur vornemlich auf den actum testandi zu sehen, securus enim est, qui actis cujuscunque judicii ultimum suum publicavit judicium *l. 19. C. de testam.* Wie denn auch nirgends in jure zu finden, daß ein bündiges Testament dadurch über einen Hauffen falle, wenn solches von den Acten zurück gefodert werde, nachdem es einmal durch die Gerichtl. Autorität seinen valorem überkommen, und dahero wegen dieser Ursachen des Finckelthausii opinio, als singularis & praxi contraria nicht zu attendiren, wie denn die bewertheften Dd. in solcher von ihm abgegangen sind. Berlich. *P. 3. concl. 4. n. 46. seq. 34. seq.* Lauterbach. *de testam. judicial. tb. 28.* Carpzov. *p. 3. C. 3. def. 30.* Brun. *ad l. 19. C. de testam. inf. Befold. conf. 144.* Richter. *decis. 54. n. 13.* und kan aus der blossen Zurücknehmung mutatio voluntatis nicht præsumiret werden, cum voluntas ultima in dubio non censeatur mutata *c. 3. inf. X. de baptismo. c. licet 7. de procur. in 6. cum multæ alia hujus repetitionis & receptionis esse possint causæ, Lauterbach. cit. l.* Dahero denn gnugsam beygebracht werden muß, daß der Testator bey Abholung des Testaments vor Gericht sich erkläret, daß er es dadurch wiederrufen haben wollen, Befold. *conf. 144. n. 33.* Welches doch hie nicht zu befinden, sondern die Abforderung nur zu dem Ende geschehen, damit er dasselbige nachsehen, und wegen des darauf erfolgten pacti zur Nachricht haben möchte; wie denn im geringsten nichts zur Sache thun kan, daß der Testator den Umschlag des Testaments weggenommen, zumahl doch solches mit grosser Behutsamkeit geschehen, damit die

Ddd dd 2

Siegel

Siegel der Deputirten nicht möchten verlest werden, und gleichwie ein Umschlag zur Solennität eines Testaments nicht erfordert wird, also kan die Hinwegnehmung desselben kein Testament infringiren. Carpz. p. 3. C. 5. def. 27. Bardili concl. theor. pract. ex. 6. tb. 13. Struv. ex. 32. §. 42. So halten wir davor, daß das quæstionirte Testament dadurch, daß es von dem Gerichte zurücker genommen und erdffnet worden, nicht revociret sey.

An per posterius prius testamentum rumpatur, si vel maxime clausula priori adjecta sit derogatoria?

§. IX. Potissimum vero rumpitur testamentum prius per posterius perfectum, quemadmodum plenius hac de re egi in *tr. de caut. testam. c. 24.* Tantum illud unicum adjicio, de quo in praxi non raro disputari solet: utrum testamentum posterius nihilominus prius rumpat, si priori adjecta sit clausula derogatoria, veluti hoc modo: **Solte ich auch nach diesem gleich noch eine andere disposition verfertigen, so soll doch dieselbe nicht gelten, sondern allein diese disposition unverbrüchlich gehalten werden,** illa tamen haud revocata sit in posteriori testamento? Hoc constat, si illa revocata sit, testamentum posterius valere, cum testator sibi legem præscribere haud potuerit, a qua ei recedere integrum haud sit. *l. si quis. 22. ff. de leg. 3.* Verum major ratio dubitandi est, si in posteriori testamento nulla plane mentio prioris fiat, nec clausula prædicta revocetur, quia hoc casu non levis suspicio est, testatorem ad posterius testamentum condendum minis, persuasionibus & subdolis artibus inductum fuisse, cum alias facile prioris testamenti mentionem injicere potuisset, quorum etiam collineare videtur *l. cit. 22.* eamque in praxi esse nonnulli afferunt. Fab. in *C. lib. 6. tit. 5. def. 9.* Befold. *P. 2. Conf. 42.* Interim Carpzov. *P. 3. C. 5. def. 19. n. 7.* hanc clausulam derogatoriam inutilem & nullius effectus esse judicat, id quod si verum est, revocatio in posteriori testamento recessario fieri non debet.

DE INJ., RUPTO, IRRITO FACTO TEST. 757

debet. Alias varie distinguere hic solent, prout demonstravi in *caus. testam. c. 24. §. 15.* quæ tamen omnes distinctiones non adæquatæ esse videntur. Scilicet hic tam quæstio juris, quam facti vertitur, quid testator revera voluerit, & inde ex circumstantiis judicandum, an posterior voluntas suspicione quadam laboraret nec ne? De jure sane non præcise requiritur, ut expressa revocatio prioris fiat, nec hoc probari potest ex *l. 22. cit.* ubi agitur de casu, si quis in testamento sibi legem præscripsit, & in eodem in fine ab ea recedere velit, quod hoc non aliter factum esse dici possit, quam si expresserit, se prioris voluntatis pœnitere. Ast hic quæstio est de testamento posteriori, diverso tempore condito, ubi ex ipsa nova ordinatione mutatio voluntatis inducitur. Conf. Philippi in *usu pract. instit. lib. 2. eclog. 66.*

§. X. Deinde etiam hodie rumpitur testamentum nativitate posthumi, qui est præteritus, & institui debuisset *l. 3. ff. b. r.* sive sit posthumus ex suo, sive ex emancipato, sive sit posthumus ratione patris, sive ratione matris, in quo praxis hodierna, juri novissimo conveniens, a jure digestorum plane recedit, quod ex iis, quæ ad *sit. præced.* dicta sunt, fluit. Similiter facile patet, quid hodie de hac juris decisione, quæ est in *l. 6. §. 1. b. r.* statuendum sit. Ait Jctus: *Si pater ejus, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste, patre in eadem causa decedente, post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia supra scripta persona ei non obstat, nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat.* Ratio hujus decisionis unice dependet ex fictione legis Cornelie, quod pater in captivitate moriens fingatur eo momento extinctus esse, quo in captivitatem

Quatenus hodie agnitione posthumi testamentum rumpatur?

per vim hostilem detrusus est. Hoc supposito, jam mortuus censeretur tempore eo, quo avus moritur, & ita nepos tantum superest, qui cum præteritus sit, rumpit testamentum; *nec ei obstat persona patris sui*, ait Jctus, licet tempore mortis testatoris adhuc vivat, quia jam mortuus antea fingitur. Verum cum hodie fictio hæc legis Cornelie in captivis nostris incognita sit, nec qui ab hoste capiuntur, jura sua amittant, aut pro servis habeantur, diversa plane hodie decisio formanda erit. Ponamus, filium captivum a patre institutum, & posthumum præteritum esse. Decedit testator, filio captivo adhuc vivente, illi utique defertur hereditas ex testamento, adeoque hoc in captivitate post decedente, nepos posthumus non avo amplius succedit, uti olim, nec rumpit avi testamentum, sed patri suo defuncto ab intestato succedit. Idem judicium ferendum de decisione l. 15. ff. ubi Jctus ait: *Qui uxorem prægnantem habebat, in hostium potestatem pervenit, quæro; filio nato, quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur, etsi filius ante moriatur quam pater, an scripti heredem hereditatem habituri sint?* Respondet Jctus: *Non puto dubium esse, quin per legem Corneliam, quæ de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio, continuo ejus testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur; sequitur ergo, ut ex ejus testamento hereditas ad neminem perveniat.* Hodie longe aliter pronunciandum, fictione L. Cornelie cessante. Scilicet duæ quæstiones hic continentur: (I) quo tempore testamentum captivi rumpatur per nativitatem posthumi, si pater in captivitate moriatur? De jure Romano statim tempore natalitatis, cum pater jam antea obiisse fingatur: sed moribus demum

demum ex eo tempore, quo pater moritur, abolita fictione L. Corneliæ. (II) Si filius ante moritur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint? Negatur de jure Romano, sed affirmatur de praxi hodierna. Ratio diversitatis est, quod, licet pater post mortem filii moriatur in captivitate, nihilominus tamen propter fictionem L. Corneliæ haberi debeat, ac si pater jam antea mortuus esset, quo supposito filius sua natiuitate statim rumpit testamentum, & ita a filio devolvitur hereditas in heredes ab intestato. Sed cum hæc fictio hodie exulet, judicandum de hoc casu hodie secundum *l. 12. pr. b. t.* ubi ita: *Posthumus præteritus, vivo testatore natus, decessit: licet juris scrupulositate, nimiaque subtilitate, testamentum ruptum videatur; attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit.* Neque enim hodie respicimus, quod olim per fictionem supponebatur, sed quod in rei veritate posthumus præteritus ante patrem captivum decessit, & ita heredes scripti ad ductum hujus legis hereditatem obtinebunt per bonorum possessionem secundum tabulas.

§. XI. Hactenus de modis rumpendi testamentum, sequitur, quomodo *irritum* fieri dicatur. Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori post testamentum conditum aliquid contingit per capitis deminutionem *l. 6. §. 5. b. t.* & quidem (I) si in servitutem detrudatur, quod varia ratione de jure Romano fieri poterat, secus ac hodie, adeoque hodie hoc modo irrita testamenta fieri non possunt. Si enim vel maxime testator proprius homo fiat, eo ipso tamen admittit testamenti factionem, prout supra dictum est. Conf. Lauterb. *b. t. §. 29. in f.*

Mul-

Quomodo hodie irritum fiat testamentum?

Multo minus hodie irritum facere poterit testamentum, quod de servitute pœnæ in *l. 6. §. 6. b. r.* traditur his verbis: *Sed & si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias vel ad gladium, vel alia pœna, quæ vitam adimit, testamentum ejus fiet irritum, & non tunc, cum consumtus est, sed cum sententiam passus est; nam pœnæ servus efficitur.* Supra, scilicet *tit. de testam. §. 10.* probavi, servitutem pœnæ hodie cessare, adeoque hac sublata, etiam damnatos ad mortem testamenta certo modo condere posse, quo posito testamenta antea legitime facta non amplius fieri possunt irrita per condemnationem ad mortem, excepto crimine læsæ majestatis; quo bona condemnati fisco deferuntur. Brunneman. *ad l. 6. cit. n. 5.* Unde quoque nec hodie eorum testamenta pro irritis habentur, qui mortem sibi consciverunt, conscientia criminis, quamvis de jure Romano irrita fierent *l. 6. §. 7. ff. b. r.* (II) Si, salva libertate, civitas amittebatur, *l. 6. §. 7. b. r.* quod hodie applicari posse ad eos, qui pœna banni imperialis affecti sunt, recte censet Lauterbach. *b. r. §. 30.* Imo secundum ea, quæ *tit. de testam. §. XI.* dixi, ulterius hoc extendendum esse judico ad eos, qui præcedente fustigatione in perpetuum ex provincia ejecti sunt; sicuti enim hi testamentum facere non possunt, propterea, quod talis ejectus omni juris commercio in illa provincia privetur; ita ex eadem ratione quoque testamentum ejus irritum fieri debet. Denique (III) arrogatione vel adoptione testamentum fit irritum, ut & emancipatione, nisi filiusfamil. sit miles *§. 5. §. de testam. milit.* Quamvis vero emancipatio hodie fiat, salvis omnibus juribus, & testamento quoque antea facto; aliud tamen merito dicendum de casu arrogationis,

tionis, utut enim hæc hodie capitis deminutio in sensu juris Romani vix dici possit, constat tamen, quod & arrogatus hodie testamenti factionem amittat, & ita testamentum ante factum subsistere nequit,

§. XII. Denique peculiariter testamentum corruit, si sit *destitutum*, ideo, quod nemo ex eo heres existat, sive quod institutus nolit, sive quod non possit adire hereditatem, *l. 9. de testam. tut. §. 7. F. de heredit. quæ ab int. def.* veluti si ante testatorem mortuus, vel si deficiat conditio, sub qua institutus est. *§. 2. F. quib. mod. testam. infirm.* Tale testamentum in totum corruit *l. 20. de B. P. contr. tabb. l. 181. d. R. F.* adeoque omnia reliqua testamenti capitula, ut substitutio pupillaris, legata, fideicommissa &c. simul concidunt. Vid. Lauterb. *de testamento destituto membr. II.* Verum maximopere dubitatur, an hodie adhuc existere possit casus, quo testamentum fiat *destitutum*? *Rarius*, inquit Struvius *ex. 32. §. 47. post. Nov. 1. c. 1. testamentum erit desertum, seu ob hereditatem ab herede repudiatam viribus & effectu destituitur: cum isto jure novo herede detrectante adire, fideicommissarii, legatarii, servi in testamento manumissi, heredes legitimi vocentur, ita ut debeant adimplere testamentum; imo & quilibet extraneus adire volens libertatum in testamento relictarum conservandarum gratia admittitur.* In eandem sententiam inclinant plures alii, ut Vinnius, Franckius, Oldendorpius aliique relati a Lauterbachio *cit. diff. m. 3.* qui omnes in eo conveniunt, quod casus destituti testamenti hodie vix possit esse dabilis, supposita illa sententia, quam ex *Nov. 1. ducunt.* Quod si tamen paulo penitius sensus *Nov. 1. c. 1.* in examen vocatur, omnino dubium non leve subnascitur, utrum *cit. Nov. de casu, quem prælaudati Autores sup-*

Ad hodie adhuc detur re-
stamentum
destitutum?

ponunt loquatur. Disponit Imperator de casu, quo heres contumax non vult implere voluntatem defuncti, adeoque, si vel maxime contrariæ sententiæ insistendum foret, statim apparet, de casu *destituti* testamenti imperatorem non in genere disponere, cum etiam testamentum desertum præter hunc casum fieri possit, ubi heres non *potest* adire hereditatem, qui casus sane ad citatam Novellam minime spectat. Quis ergo assereret, casum destituti testamenti vix esse dabilem, cum plerumque, si ex testamento nemo heres existat, id inde contingere soleat, quod heres hereditatem adire non *possit*, rarius vero, quod *nolit*. Ceterum quod casum voluntatis concernit, ante omnia inquirendum, utrum Imperator de *adita*, an vero de *non adita* hereditate loquatur? Non de hoc, sed de illo casu Imperatorem loqui, satis erudite ostendit Lauterbach. *cit. l. §. 34. seqq.* & ipso contextu confirmat. Nam ut alias ex præfationibus non leve argumentum interpretationis desumere solemus, ita ipsa præfatio aperte docet, intentionem Imperatori fuisse, disponendi de iis, qui adeunt hereditatem, *et res percipiunt, et quod est iustum, non faciunt*. Præterea *c. 1. de herede contumace* loquitur, qui non implet, quod dispositum est, *etiam ex decreto iudicis admonitus annum totum pertraxit, non agens hoc, quod præceptum est*, quæ verba rursus ad eum tantum heredem referri possunt, qui adiit hereditatem, non qui adhuc deliberat. Quomodo enim huic imputari potest, quod non impleat voluntatem defuncti, cum ad hoc, antequam adierit, minime adstrictus sit? Ipsa enim obligatio ad implendum demum nascitur ex aditione, quæ quasi contractum inducit, & ita post hunc demum contumax esse potest. Præterea alia ad sunt argumenta, quæ

quæ longa serie ex *Nov. 1.* Lauterbach. *cit. l.* adducit, ex quibus manifestissimum redditur, Imperatorem non de casu destituti testamenti, sed de eo disponere, quando heres hereditatem quidem adiit, sed postmodum in præstandis legatis & fideicommissis contumax est.

TIT. IV.

DE HIS, QUÆ IN TESTAMENTO DE-
LENTUR, INDUCUNTUR, ET INSCRI-
BUNTUR.

§. I.

IN hoc titulo nihil occurrit, quod usu fori mutatum De usu hujus tituli.
fit, inde in casu deleti vel cancellati testamenti etiam ad hæc jura recurrimus, inquirentes, an deletio vel cancellatio fuerit facta *consulto*, an *inconsulto*, ita ut hæc non noceat, bene tamen illa. *l. 1. pr. b. 1.* Sic *rit. de testamentis* adductum est responsum, ubi inter alia testamentum hoc vitio laborare videbatur, quod inducta esset heredis institutio, quæ tamen inconsulto facta videbatur ex circumstantiis adductis, quas hic repetendas censui.
So ist auch bey dem andern vorgegebenen vitio nichts zu befürchten, da ex interlienatura deutlich zu erschen, daß der Testator nur allein dasjenige, was in favorem der Eremiten Augustiner verordnet, habe aufheben und cassiren wollen, und die heredis institutio wegen solcher Durchstreichung nicht obscura vel non legibilis gemacht ist, sondern dieselbe noch illibata & illæsa verblieben, in dubio enim restringenda deletio & cancellatio ad causam & rationem ipsi adjectam *l. 2. inf. ff. de his, quæ in testam. del.* ibique Paul. de Castro *n. 1. seqq.* Lauterbach. *de cancell. rb. 34. inf.* Und wenn gleich durch solche Durchstreichung die heredis institutio solte berührt worden
Eee ee 2 seyhn,

seyn, (welches doch in der That nicht ist, indem der mit Bleyweiß gezogene Strich so weit nicht herunter gehet, auch die heredis institutio erstlich auf dem folgenden Blat eigentlich zu befinden) doch solches billig pro facto inconsulto zu achten, nachdem der testator causam deletionis expresse dabey gesezet *l. 2. ff. cit. l. vielweniger die interlinearis scriptura oder apostilla an und vor sich selbst einen defectum operiren kan, als wodurch der sensus scripturæ nicht turbiret, sondern zum Unterschied mit Wasserbley dabey gesezet ist: Brun. ad l. 1. n. 3. ff. de his, quæ in testam. del. Carpz. P. 3. C. 3. def. 5. &c.* Als halten wir davor, daß das Testament für ungültig nicht zu achten. **B. R. W.**

Quodsi ante consummationem aliquid deletum sit?

§. II. Circa ipsam deletionem, quæ inconsulto facta est, distinguitur, utrum ante consummationem testamenti facta fuerit, an post eam. Priori casu si adhuc legi possunt, quæ inconsulto deleta sunt, valent & æque debentur, ac si deleta non essent, *l. 1. pr. ff. b. 1. si legi non possunt, non debentur l. 1. §. 2. eod. licet aliunde constet, quæ ibi scripta fuerint.* Dum enim testator ante consummationem deprehendit, aliquid inconsulto deletum esse, quod legi nequit, nec tamen illud emendat, quod facile facere potuisset, sed nihilominus solennia absolvit, videtur illud ademisse. *Lauterbach. cit. l. §. 34.* Hoc tamen temperandum esse existimo, quatenus testator occasionem idoneam illud, quod inconsulto deletum est, emendandi habuit. Quid enim si in agone mortis constitutus fuerit, ut scriptura, testamenti causa confecta, de novo describi non potuerit? Posteriori vero casu indistincte valet, quod deletum sit, modo extrinsecus constet, quæ ibi scripta fuerint *l. 1. §. 3. ff. b. 1.* Utrum vero in dubio præsumtio sit, inconsulto an consulto aliquid deletum esse, explicui *in caut. testam. c. 24. §. 45.*

§. III

§. III. Quod si vero consulto quid deletum vel cancellatum sit, non valet dispositio cancellata, quatenus delecta est, ubi tamen disquirunt Dd. utrum ipso jure cancellata non valeant, a vero ope exceptionis infirmentur? posterius plerique approbant, ita ut ex iis ipso jure quidem actio competat, sed ope exceptionis elidatur. Hoc ipsum constare videtur ex l. i. §. 3. ff. b. r. ubi JCtus ita: *Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur.* Exceptionem doli autem a JCto intellectam esse, docet idem in l. 4. §. 10. ff. de dol. mal. & met. except. ajens: *Prætereasciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli non repelli solere; & ideo heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.* Conf. Sichard. ad l. 30. C. testam. n. ult. Lauterbach. cit. l. 26. Hahn. ad Wensemb. b. r. Utrum vero hodie quid referat, an cancellata ipso jure non valeant, an ope exceptionis infirmentur, merito inquirendum? Equidem jam Paulus suo tempore in l. 112. d. R. §. asseruit, *nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*, id quod si verum est, parum hodie de quæstione antea adducta laborandum esse videtur. Et tamen nihilominus Lauterbach. cit. loc. thes. 26. hanc quæstionem putat esse *utilem & scitu necessariam*, de quo non aliter judicari potest, quam si antea constiterit, singulare quoddam interesse in hac controversia versari. Scilicet testamenta militum nuda voluntate constituuntur & tolluntur, & ideo, quæ in militari testamento cancellata sunt, ipso jure non valent. *Si tamen testamentum miles cancellaverit, & mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate*, quia hic nuda voluntas attenditur. l. 15. §. 1. de testam. milit. Sed diversa videtur ratio testamentorum solennium, quæ solenniter quoque mutanda vel revocanda

An hodie quid intersit, utrum deleta non valeant ipso jure, an ope exceptionis?

erant, unde est, quod, quæ deleta aut cancellata consulto sunt, stricto jure quidem adhuc valeant, sed petens exceptione doli repellatur. Quodsi vero testator cancellata postea rursus valere velit, an tunc valere possunt? Id ipsum est, in quo interesse hujus controversiæ versatur, & sic merito adhuc utilis judicanda. Si enim dixeris, *ipso jure* tale cancellatum non deberi, sola voluntate contraria non convalescit, sed solenniter de novo voluntas declaranda est: Si vero *ope exceptionis*, sola voluntate contraria convalescit, quæ observatio etiam hodie utilitatem præbere potest. Conf. l. 3. in f. l. 4. ff. de adim. vel transf, leg. ■

An testamentum nuncupativum sit sublatum, si instrumentum cancellatum est?

§. IV. Cum vero, prout supra *tit. de testam.* dictum est, hodie communiter testamenta nuncupativa per Notarium in scripturam redigi vel instrumentum publicum desuper confici soleat, inde quæstio exsurgit, an cancellato a testatore tali instrumento, ipsum testamentum nuncupativum cancellatum esse videatur? Equidem substantia testamenti nuncupativi non dependet ab instrumento Notarii, & inde eo cancellato adhuc valere videtur; sed hoc dubium tantum eo pertinet, ut non ipso jure testamentum corruat; non vero evincit, illud *ope exceptionis* non videri sublatum. Cum enim contra jus strictum in reali mutatione Leges ad solam voluntatem respiciant, utique dicendum est, testamentum nuncupativum ex hac declaratione reali contrariæ voluntatis non subsistere. Struv. ex. 32. §. 48. Lauterb. de cancellat. §. 35.

TIT. V.
DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

§. I.

Qui testatur, ab heredis institutione plerumque debet initi- Quomodo hodie heredis in-
 um facere testamenti, ait JCrus in l. 1. pr. b. t. quod ta- stitutio facien-
 men non præcise hodie necessarium esse, ipse Imperator da?
 indigitat in §. 34. *F. de legat.* quin quod hodie ple-
 rumque testamenta prius de legatis, quam de heredum
 institutione disponere soleant. Ceterum ipsa here-
 dis institutio olim debebat fieri verbis *directis* seu *solenni-*
bus, nec quævis verba apud Romanos sufficiebant; l. 1.
 §. 3. *seqq. b. t.* inde sibi opponuntur *directa* & *obliqua* insti-
 tutio heredis, ubi *directa* idem denotat, quod *solennis* l. 10.
C. de contrab. stipul. l. 2. C. commun. de leg. l. 25. C. de testam.
 Verum Constantinus in *cit. l. 15.* hanc solennitatem ver-
 borum sustulit, ita disponens: *Quonian indignum est, ob*
inanem observationem irritas fieri tabulas & judicia mor-
tuorum; placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est,
institutioni heredis verborum non esse necessariam observan-
tiam, utrum imperativis & directis verbis fiat, aut inflex-
is. Nec enim interest, si dicatur: *Heredem facio vel*
instituo, vel volo vel mando vel cupio, vel esto vel erit, sed qui-
buslibet confecta sententiis vel in quolibet loquendi genere
formata institutio valeat, si modo per eam liquebit volun-
tatis intentio. Post pauca addit: *In postremis ergo ju-*
dicis ordinandis amota erit solennium verborum necesitas:
ut qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque
instrumenti materia conscribere, & quibuscunque verbis uti
liberam habeant facultatem. Hoc ipsum hodie eo magis
 obti-

obtinebit, ubi non sub formula judicamus, sed magis ad mentem testatoris respicimus. Quam in rem satis recte Carpzovius P. 3. C. 9. def. 6. judicat, non oportere prudentem judicem in verborum directorum, obliquorum, & communium distinctione omni tempore suum constituere iudicium, eo quod hodie non tam accurate natura horum verborum a testatoribus observetur, praesertim si Notarii testamenta conceperint, qui de consuetudine plerumque clausulas vulgaris formularii descriptas adjicere solent, non intelligentes quid scribant. Collineat huc ipsa Constit. Elect. 9. P. 3. quin & jus provinc. Poruss. lib. 5. tit. 2. art. 1. § 3. hoc confirmat his verbis: Es ist auch nicht so eben darauf zu sehen, mit was Worten einer zum Erben eingesetzt, als nemlich, er N. sey mein Erbe, oder, ich will oder befehle, daß N. oder N. mein Erbe sey, oder ich verlasse N. und N. meine Erbschaft oder theile meine Verlassenschaft unter euch, N. und N. und dergleichen directa oder obliqua verba institutionis gebraucht werden; allein daß aus den Worten des testatoris zu verstehen sey, daß derselbe eine Erbschaft gemeint habe. Hodie itaque; unice considerandum est, an verba ita sint comparata, ut ex iis heredis institutio elici possit, qualia sunt, quæ denotant, universitatem & quidem *immediate* in nominatum transire debere, nam quæ per *intermediam* personam alicui defertur, fideicommissariam institutionem continere videtur, Carpz. cit. l. inf. & inde hæc hodie *obliqua*, illa *directa* dicitur, magisque ad mentem, quam ad ipsa verba respiciendum est. Nihilominus tamen adhuc hodie solliciti esse solent de verborum quorundam ponderibus, de quibus dubitant, utrum *directam* an *obliquam* contineant institutionem. Hujusmodi verba, quæ *communia* vocant, quia & heredis institutioni & fideicommissis, imo & legatis inserviunt,

col-

collegerunt Berlich. *P. 3. conclus. 15. n. 30. seqq.* & Carpz. *cit. l. Manz. de testam. val. & inval. tit. 12. qu. 14.* Colleg. *jur. Arg. lib. 36. tit. 1. §. 5.* Tale verbum *commune* & *dubium* est *relinquo*, nam & *legatum* denotare potest, si rei *singulari* adjectum sit, imo aliquando etiam *fideicommissum*, ut ostenditur in *Coll. I. Arg. cit. l. §. 5. n. 11.* Nilominus tamen etiam *institutionem heredis* denotare potest, si adjectum est *universali*, veluti, *totum meum patrimonium relinquo Titio.* Coler. *P. 2. decis. 246. n. 9.* Manz. *cit. l. 2. Berlich. cit. loco. n. 48.* Similiter inter *communia*, quæ utramque significationem, tam *directæ* quam *obliquæ* institutionis habere possunt, Berlich. refert sequentia: *Perveniat, deveniat, superveniat, pertineat, habeat, permaneat, remaneat, redeat, revertatur, succedat, devolvatur, accrescat, accipiat, descendat, competat, sequatur, dividant, ansterben, unter sich theilen.* Hujusmodi & similia verba ambigua & communia si in testamentis occurrunt, in dubio pro *directis* habenda, ut scilicet heredis institutionem involvant, ne alias testamentum corruat, si in talem detorqueantur sensum, ut heredis institutio deficere videatur, præsertim cum verba ambigua ordinarie interpretationem suam ex substrata materia accipiant, & consequenter, si constet, testatorem voluisse testamentum condere, ita capienda sunt, ut testamento convenient. Observavit hoc optime legislator Saxonicus *P. 3. C. 9.* ubi ita; Und obwol die Rechtslehrer weitläufig davon handeln, welche Worte solcher Krafft und Wirkung seyn möchten, dennoch aber seynd unsere Verordnete dessen einig, daß in Zweifel die verba communia pro institutione *directa* gehalten werden sollen, damit die testamenta, so an sich selbstfavorabilia sind, bey Kräften erhalten werden.

Contin. III.

Fff ff

§. II.

De habilitate
heredum.

Et quidem
(1) de servis.

(2) de servis
pœnæ.

(3) de peregrini-
nis.

§. II. Similiter hodie quoque ad habilitatem heredum respiciendum, temporibus a jure designatis *l. 4. §. 1. b. 1.* Ipsa tamen habilitas heredum hodie non semper æstimanda est ex jure Romano. Plura *b. 1.* exhibentur de institutione fervorum, quæ tamen ab usu fori recesserunt. Nam quamvis hodie quis proprios homines instituat, qui alias servis comparantur, non tamen domino, sed sibi hereditatem acquirunt, indeque hodie decisio *l. 40. b. 1.* plane otiosa est. Agitur in *cit. l.* de instituto herede, quem testator ingenuum esse credebat, cum tamen servus esset, eique, si heres non esset, Sempronium substituerat, ubi quæstio anceps erat, an, quia institutus sibi hereditatem acquirere haud posset, ejus dominus admittendus, an vero substitutus ei præferendus esset. Videtur eandem quæstionem tractare Imperator in *§. 4. 7. de vulg. subst.* quamvis, an eadem decisio utrobique occurrat, interpretes dubitant. Sed de hac difficultate superanda in praxi haud laborandum est, postquam apud nos expeditum est, servos dominis suis haud acquirere hereditatem. Unde si vel maxime quis proprium hominem instituisset heredem, quem ingenuum esse credebat, substitutus tamen plane excludendus foret, quia, sive heres ingenuus sive proprius sit, indistincte sibi acquirit hereditatem. Unde Brunemannus *ad cit. l. 40. in fin.* recte addit: *Non vacat in re ab usu remota diu morari.* Similiter servi pœnæ, veluti in metallum damnati, heredes scribi non poterant, *l. 3. pr. §. 1. de his quæ pro non script.* quod tamen hodie secus est, cum, prout supra dictum est, damnati ad mortem servi pœnæ non fiant, sed statum integrum retineant. Peregrini olim quoque inhabiles erant, *l. 6. §. 2. b. 1.* qui tamen hodie æque institui possunt, *aut omnes peregrini.*

C.com-

C. commun. de success. quodsi tamen per delictum essent peregrini facti, a jure succedendi quoque hodie excludendi sunt, cum omne commercium juris communis amittant. Jure Codicis quoquemoventur hæretici, l. 5. 45. *C. de hæret. N. 144.* qui rigor tamen inter evangelicos merito cessare debebat, prout dixi in *caut. testam. c. 3. §. 61.*

§. III. Porro *secundum quosdam* institui nequeunt conjuges secundo nubentes, existentibus liberis prioris matrimonii, l. *hac edictali 6. C. de secund. nupt.* hoc scilicet sensu, ut nihil amplius, quam uni ex liberis prioris matrimonii relictum est, conjugi superstiti relinqui queat. Vid. Harprecht. *conf. Tubing. 35.* Fontanella *de pact. dotal. cl. 5. gl. 8. p. 4.* Heeser. *de acqu. conjug. P. 2. con. 30. n. 167. seqq.* Verum sicuti non dubium est, posse huic dispositioni staturis derogari, Menoch. *conf. 4. n. 14.* Hodierna. *qu. 6. n. 1.* ita in plurimis locis contrarium receptum est. De Saxonia sane constat, eam nunquam ibidem esse receptam, Pruckman. *vol. 2. conf. 1. n. 302. seqq.* Coler. *decis. 40. §. 288.* Carpzov. *P. 2. C. 43. def. 17. num. 3.* Brunnemann. *consil. 5. n. 1 seqq.* Heeser. *cit. l. num. 298.* Similiter in Marchia quoque hujus legis usus non est, ut testatur Schepliz. *ad consuet. March. P. III. tit. 2. §. 19.* de aliis pluribus Germaniæ locis idem perhibet Rittershusius *consil. Altorf. 74. p. 479.* Interim tamen exinde universalis praxis Germaniæ colligi nequit, prout jam *supra rit. de nupt. §. 93.* monui, sed restringenda tantum ad illas terras, ubi contrarium receptum. Denique quoque nec naturales liberi, existentibus liberis legitimis, absolute institui poterant, l. 2. *C. de natur. lib.* quales tamen hodie revera non dantur, concubinato inter nosteres abolito, prout fatetur Brunnem. *ad cit. l. in f.*

(4) de hæretici.

(5) de conjugibus secundo nubentibus.

(6) de naturalibus liberis.

quamvis hoc applicari communiter soleat ad eos, qui extra matrimonium nati sunt, licet hæc extensio juri Romano haud conveniat.

An hodie per contractum heres institui possit?

§. IV. Quamvis vero de jure Romano heres tantum institui in testamentis possit, ita ut in pactis facta haud valeant, *l. 15. C. de pact.* moribus tamen nostris id facilius admitti posse experientia testatur, postquam hodie valent pacta de futura successione. Hinc præcipue hodie in pactis dotalibus integra hereditas relinqui solet, pro ut *tit. de pact. dotal. §. ult.* jam innui, quin etiam inter illustres pactis confraternitatis disponitur de futura successione, de quibus pactis cum ex professo actum sit *in tr. de success. ab intest.* nihil de his ulterius hic addere censui.

Hodie ubique extranei institui non possunt.

§. V. Ulterius de jure Romano, ubi hi, quibus debetur legitima, deficiunt, liberum est, quoscunque heredes instituire, præteritis etiam cognatis vel agnatis. Hæc libertas tamen rursus variis locorum statutis est restricta, nec sine ratione, ne agnati, quorum magnus favor est, in totum excludantur. Jure Hamburgensi enim distinguitur inter bona hereditaria & acquisita, **Erb-Güther und erworbene oder wohlgetonnene Güther**, ita ut de his quidem liberum sit relictum testatori arbitrium, non de illis. Sic enim *p. 3. tit. 1. art. 4.* disponitur: **Ferner mag ein jeglicher, er sey gesund oder krank, doch bey guter ungeschwächter Vernunft, in sein Testament, welches er obgesetzter massen verordnet, seine wohlgetonnenen Güther, nach Abziehung der Schulden, hingeben oder wenden wie und welchen er will, ohne einigen Einspruch oder Hinderung. Aber von Erb-Guth ist niemand, vermöge dieser Stadt Rechte, ohne seiner nechsten Erben Erlaubniß oder Bewilligung zu testiren bemächtigt, sondern dasselbe seinen Erben ungeschmälert zu lassen**
Schub

Ut (1) jure Hamburgensi.

schuldig. Hätte auch jemand, additur in *art. 5.* Erb-
 Guth empfangen, und darzu Guth gewonnen, so soll und
 mag er seinen rechten Erben zuehren, so viel er zu Erb em-
 pfangen, oder mehr, ob er will, und das übrige hinwenden
 und geben, wohin es ihm beliebt, und gefällig ist. Non
 aliter itaque hoc jure extranei in bonis hereditariis in-
 stitui possunt, quam consensu heredum legitimorum,
 der rechten Erben, uti vocantur, qui si deficiant, sine du-
 bio quoscumque in iis instituere potest testator. Haben-
 tur vero hoc jure pro bonis hereditariis (1) was jemand
 von seinen Eltern oder nächsten Freunden durch tödtliche
 Fälle angeerbet, (2) mit was Guth die Eltern ihre Kin-
 der, oder die Freunde ihre nächste Erben bey derselben
 Vollmacht berathen und ausgesteuert haben, *P. 3. tit. 1.*
art. 7. quia hæc assignatio vim ultimæ voluntatis habet,
Mev. ad Jus Lubec. P. 1. tit. 10. art. 6. n. 44. (3) was von dem-
 jenigen, so einem Manne von wegen der Frauen, und der
 Frauen, wegen des Mannes von Erb-Guth mit gegeben,
 oder bey ihrer beyder Leben mit angeerbet wird, nach Ab-
 sterben des einen Ehegatten bey dem überlebenden ver-
 bleibet. *Ibid. art. 8.* Provida sane hæc dispositio, qua bona
 in familia conservantur, & per illa splendor familiarum
 illibatus manet. *Mev. conf. 43. n. 48.* proinde optandum
 omnino foret, ut libera illa potestas, quam jus Roma-
 num testatoribus indulget, ubique coerceretur, præfer-
 tim cum id ipsum antiquis Germaniæ moribus appri-
 me conveniens sit. Hoc satis constat, dispositionem
 hanc ad bona alibi sita non esse extendendam, cum statu-
 ta ultra territorium vires non habeant. *Bekold. lib. 2.*
conf. 34. *Klock. conf. 27. n. 37.* Eadem distinctio quoque
 jure Lubecensi conservata est, uti constat ex *lib. 1. tit. 10.*
art. 6. ut hoc jure quoque in immobilibus hereditariis

extraneos instituere permissum haud sit, mobilia autem sub hac prohibitione haud complectantur. *Mev. ad cit. art. n. 69. seqq.* Sed de acquisitis peculiaris occurrit dispositio *lib. I. tit. 9. art. 2.* ubi ita: Wer da will sein wohlge-
 wonnen Guth vergeben, der muß zuvor seinen nächsten Erben geben 8. Schilling 4. Pf., wenn er auch liegende Gründe und stehende Erben mit seinem wohlge-
 wonnenen Guth erkaufte hätte, die mag er auch vergeben, entweder vor Rathmannen, oder in seinem Testamente, so ferne er so mächtig ist, als dieser Stadt Recht mit sich bringt. Simili-
 ter jure Bremensi inter nobiles ulitato, *tit. 1. von Succession und Erbnehung*, distinguitur inter Bona acquisita & Erb-Stamm-Güther; hæc tantum debentur agnatis & ita per testamentum iis auferri nequeunt. In illis vero etiam cognati succedunt, ubi tamen libertas testandi non est adempta, es wäre denn durch den Verstorbenen darüber in seinem Testament eine andere beständige Ordnung gemacht und ausgerichtet. Præterea & jure Ditmar-
 fico eadem distinctio recepta est, prout apparet *ex. art. 27.* ut absque consensu legitimorum heredum extraneus in hereditariis institui nequeat. Harmoniam plurium aliorum Statutorum adducit Henricus Giesebertus *in pericul. Stat. II. ad cit. art. 27. n. 31. seqq.* Jus quoque Mindense *lib. II. tit. 1. art. 5.* cum hæctenus adductis juribus conspirat, ubi ita disponitur: So ist auch ein Recht in unserer Stadt, daß kein Mann oder Weibes-Person sein Erbe in oder ausserhalb Testaments ohne seiner Nächsten Willen und Vollmacht vergeben möge. De acquisitis vero *art. 7.* diversa dispositio occurrit: über die Güther aber, die er durch den Segen Gottes, und seine saure Arbeit erworben und wohl gewonnen hat, wird ihm zu testiren nicht verbothen, wenn er keine Kinder und Kindes-Kinder hinterläßt, doch soll alsdenn denen nächsten Freunden
 der

(3) Jure Bremensi.

(4) Jure Ditmarfico.

(5) Jure Mindensi.

der dritte Theil der Güther ungefränct verbleiben. Jure Rigenfi *Lib. III. tit. 4. art. 4.* tantum disponendi facultas testatori data est de bonis mobilibus, non vero immobilibus, sive sint hereditaria, sive non talia. **Stehendes Erbe oder Erdvest-eigen mag weder Mann noch Frau ohne der Erben Urlaub vergeben noch legiren.** Conf. *lib. IV. tit. 1. art. 2. ibi:* aufferhalb seinen liegenden Gründen und unbewegl. Erbguͤthern. Atque tot Statutorum dispositiones satis ostendunt, per totam Germaniam adductam distinctionem olim observatam fuisse, cujus vestigia adhuc supersunt in *Spec. Saxon. l. I. art. 52.* ibique *Glossa lit. a.* ubi ex aliis textibus antiqui juris Germanici ostendit, quod nemo possit in suo testamento in præjudicium heredum aliquid extraneo donare de rebus hereditariis, a majoribus ad se devolutis, secus in bonis quæsitis de novo. Hujus juris antiqui vestigium certissimum adhuc superest in *retractu gentilitio*, per totam Germaniam usitato, utut libertas disponendi de bonis hereditariis non ubique amplius restricta sit.

§. VI. Hoc quoque non prætermittendum est, non ubique locorum in testamentis præcise requiri institutionem heredis, quamvis de jure Romano dicitur *caput & fundamentum totius testamenti §. 34. F. de legat. l. 3. ff. de bis, quæ in test. del.* Expresse contrarium statutum est in Statuto Hamb. *P. 3. tit. 1. art. 22.* hoc modo: Obwohl auch in gemeinen Rechten die Erbsetzung in einem jeden Testament für das Hauptstück gehalten wird; so sollen doch nach diesem unserm Stadtrecht, zu Handhabung des testatoris Willen, darinn kein Erbe benennet wird, für kräftig gehalten und vollstreckt werden. Hoc vel inde fluxisse videtur, quod hoc jure de parte bonorum testamenta fieri possint, adeoque necesse non sit, heredem instituere, cum hic proprie sit successor universalis.

§. VII. Ex hæcenus adductis juribus peculiaribus quorundam locorum tria adhuc fluunt, quæ a jure Romano plane deviant. Primum est, quod secundum hæc

Nec heredis institutio ubique hodie est necessaria.

Quatenus hodie heres in certa institui possit?

jura

jura permissum sit, heredem in re certa scribere. De jure Romano heres in re certa institui non potest, sed mentio rei detrahitur, *l. 9. §. 13. b. r. l. 10. eod.* maxime si unus tantum heres est institutus *l. 1. §. 4. b. r.* Quod si enim plures heredes in re certa instituti sunt, subsistit quodammodo institutio in rebus certis, ut quidem æqualiter sint heredes, sed res assignatæ jure prælegati singulis obveniant *l. 35.* Imo si alter indefinite, alter in re certa institutus est, hic pro legatario habetur *l. 13. C. b. r.* Ast postquam in pluribus locis distinctio inter bona *hereditaria & acquisita* ex jure Germaniæ antiquo retenta est, ita ut illa legitimis heredibus necessario sint relinquenda, hæc vero in extraneos etiam testamento transferri possint, per se exinde fluit, testamentum secundum hæc jura tantum de bonis acquisitis fieri posse. Proinde qui in his institutus est, tantum hæc acquirit, nec mentio rerum hic detrahitur, ut quidem juris erat apud Romanos, *l. 1. §. 4. b. r.* & consequenter in illis locis valet institutio: *Titius, exceptis hereditariis bonis, heres esto.* Aliter sane Licinius Rufinus in *l. 74. b. r.* secundum principia juris Rom. respondit his verbis: *Si ita quis heres institutus fuerit: excepto fundo excepto usufructu heres esto: perinde erat jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset.*

Quatenus hodie quis pro parte testatus decedere possit?

§. VIII. Alterum est, quod secundum hæc jura statutaria testator partim testatus partim intestatus decedere queat. Jus Romanum plane non patitur, *eundem in paganis & testato & intestato decuisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus & intestatus*, ut Pomponius asserit in *l. 7. ff. de R. F.* Sane ubi prædicta distinctio est recepta, nulla pugna deprehenditur, sed sæpissime contingit, defunctum partim testatum partim intestatum decedere. Quod si enim tantum de bonis acquisitis defunctus testatur, in his succedunt heredes testamentarii, in hereditariis vero heredes

des ab intestato. Moribus quoque Belgicis id obtinere observat Gudelinus *de jure noviss. lib. 2. c. 5. in med. Conf. Christinæus vol. 2. decis. 51. n. 48.*

§. IX. Tertium est, jus accrescendi eis in locis, ubi ejusmodi Statuta vigent, non absolute locum habere, nisi forsan aliquis defecerit ex heredibus, in bonis acquisitis institutis. Ceterum si proximus agnatus in hereditariis bonis institutus deficit, hæc per jus accrescendi haud devoluntur ad heredem in acquisitis institutum, sed potius ad heredem ab intestato, cum nullo modo in extraneum devolvi possunt sine cognatorum consensu. Ubi verum hæc bonorum distinctio haud attenditur, sed testatori integrum est, de quibusvis rebus, etiam hereditariis, disponere, jus accrescendi adhuc locum sibi vindicat. Sic in Saxonia hæc distinctio hodie non observatur, quamvis jure antiquo secus fuerit, proinde quoque jus accrescendi adhuc ibi obtinet, Carpz. *P. 3. C. 2. def. 5. & 17.* quamvis hoc merito abrogandum esset, ut dixi *in caut. testam. C. 5. §. 14. 15. 16.*

De jure accrescendi.

§. X. Quod si plures instituuntur heredes, olim solennis erat distributio hereditatis in duodecim uncias. Ita enim Jctus in *l. 50. §. 2. b. t. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, puta hæc: Sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as.* Quod si testator minus distribuit, potestate juris in hoc revolvitur, ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit; nam hereditas ejus residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti *l. 13. §. 2. b. t.* Similiter, si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt, superest adhuc quadrans, qui pro partibus hereditariis iis accrescit *l. 13. §. 3. b. t.*

De distributione hereditatis in duodecim uncias.

Contin. III.

Ggg gg

Si

Si excefferit in divisione duodecim unias, æque pro rata decrefcit *l. cit. §. 4. feqq. b. r.* Ex hac folenni distributione fluunt plures aliæ decisiones relatæ in *l. 14. feqq. b. r.* de quibus an hodie adhuc laborandum fit, vel inde dubitatur, quod hodie naturales conftituantur portiones pro lubitu testatoris, adeoque fi omnibus partes fuæ adfcriptæ, haud neceffe fit recurrere ad folennem distributionem partium, fed in tot dividenda fit hereditas partes, quot testator assignavit. Ceterum fi non omnibus partes adfcripiffet, tunc demum recurrendum effat ad folennem partium distributionem juris Romani, cum alias conftare haud poffet, quid ei, qui fine partibus eft fcriptus, assignandum effat.

An hodie poffit institutio heredis conferri in arbitrium tertii?

§. XI. Ceterum ipfa institutio heredis absolute dependere debet ex voluntate defuncti, adeo ut non poffit conferri in arbitrium tertii. Sic enim JCtus in *l. 32. b. r.* diferte ait: *illa institutio: quos Titius voluerit, ideo vitiofa eft, quod alieno arbitrio permiffa eft; nam fatis conftanter veteres decreverunt, testamentorum jura per fe firma effe oportere, non ex alieno arbitrio dependere.* Hoc tamen limitatur, modo exprefse in voluntatem tertii conferatur; fi enim tantum tacite & per indirectum hoc factum fit, valet institutio, quod declarat JCtus in *leg. 68. ff. b. r.* De jure canonico tamen etiam institutionem heredis in arbitrium tertii conferri poffe, colligunt ex *C. 13. X. de testam.* Quamvis vero hunc textum communiter reftingere foleant ad testamenta ad pias caufas confecta, contextus tamen docet, generaliter de quibuscunque testamentis ibidem difponi, ut proinde reftictio locum invenire non poffit. Sed de eo nondum conftat inter interpretes, utrum ex *cit. text.* tuto colligi poffit, heredis institutionem poffe committi in arbitrium tertii,

tii, uti docet Gonzalez Tellez *in comment. ad cit. c. 13.* ut proinde exinde tuto inferri non possit, hodie in praxi, qua jus canonicum sequimur, talem institutionem admittendam esse. Imo si secundum receptam sententiam esset judicandum, tantum talis institutio admittenda foret in testamentis ad pias causas. Brunnem, *ad cit. l. 32. ff. b. t. in f.*

§. XII. Sunt etiam prohibitæ jure Romano captatoriarum institutiones, quales non sunt, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis *l. 70. ff. b. t.* Proinde reciproca conjugum testamenta minime captatoria dicenda sunt, quamvis hæc improbata sint jure *Lubec. lib. 2, tit. 1, art. 10.* forsan ex hac ratione, quod captatoriam institutionem in se continere videantur, ut opinatur Mev, *ad cit. art. n. 58.* Non aliter autem est captatoria, quam si in futurum est collata, non si in præteritum *l. 71. pr. b. t.* Ceterum fuisse hoc genus hominum, alienas hereditates captantium, apud Romanos satis frequens, patet ex iis, quæ dicta sunt in *rr. de success. ab intest. diff. VIII. c. 12. §. 34.* quos proinde *vultures & hereditas* appellare solebant. Ast moribus nostris hujusmodi captationes rariores sunt, adeo ut odium captationis haud prohibuerit, quin pacta successoria recepta fuerint, quamvis quandam captationem in se continere videantur, prout dixi in *rr. de S. A. J. cit. l. §. 36.* Unde quoque quæ de *captatoria institutione* in jure Romano adferuntur, ad pacta hæc applicari non possunt, & consequenter quoque non facile ad testamenta, quia utrobique par ratio esse videtur.

De captatori
institutione.

TIT. VI.

DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

§. I.

De usu hujus
materie gene-
ratim.

MAteriam substitutionis tam vulgaris quam pupillaris adhuc usu hodie servari, experientia testatur, & quamvis Groenewegen *ad pr. §. de pupill. substit.* contendere velit, pupillarem substitutionem, imo & exemplarem hodie in desuetudinem abiisse, extra Belgium tamen hanc sententiam admittendam haud esse, tot præjudicia Jctorum attestantur. Imo tam fertilis hæc materia olim judicata fuit, ut ex illa futurus practicus ingentes accessiones patrimonii sui facere possit, prout suo proprio exemplo Baldus comprobavit. Vid. Intriagliol. *de substit. in præf. cent. 1. n. 2.* De præsentī praxi testantur præjudicia apud Carpzovium *P. 3. C. 8. def. 1. 3. 12. seqq.* Richterum *decis. 44. 45. 46.* Finckelth. *obs. 29.* aliosque, qui judicata & consilia Jctorum collegerunt.

Quæsi substitutio in dubio intelligenda?

§. II. Est autem substitutio varia. Primaria ejus species est *vulgaris*, ita dicta, quod vulgo quibuscunque testatoribus concessa, nec restricta sit ad certas personas. Ex quo inferunt, quod in dubio *vulgaris* potius, quam ulla alia species substitutionum intelligenda sit, cum vox ambigua semper accipienda sit in significato famosiori. Imo potius hæc, quam fideicommissaria intelligenda, nisi forsan ejus mentio in codicillis facta fuerit, cum eo casu ex natura substratæ materię potius fideicommissaria intelligi debeat, ceu fusius hæc de quæstione *in caut. testam. c. 18. m. 1. §. 4. & 5. egi.* Hæc ob-

observatio eo magis hodie utilitatem præbet, quod hodie in testamentis non adeo ad certas formulas adstricti sumus, uti quidem olim, ex quibus facile de qualitate substitutionis constare poterat. E contrario non raro hodie in testamentis simpliciter fit *substitutionis* mentio, quo casu pro diversitate casuum obvenientium controversi ut plurimum solet, qualis species sit intelligenda.

§. III. Vulgaris autem tunc demum effectum habet, si heres primus institutus defecerit, vel quod noluerit, vel quod heres esse non potuerit, si modo generatim substitutio facta fuerit. Nam si in alterutrum casum tantum facta est, inter Dd. admodum controversitur, an casus omissus sub expresso contineatur? Quod negandum esse censuit Huber *in præl. ad ff. b. t. §. 1.* quia substitutio non videtur facta in casum, qui omissus est. Verum cum hæc quæstio non tam sit *juris*, quam *facti*, ex præsumpta voluntate testatoris colligendum est, utrum in utrumque, an vero tantum in expressum casum substituere voluerit. Prius vel inde probabile est, quod testator, dum substituit ea mente & intentione id fecisse videatur, ne ad heredes ab intestato ullo modo hereditas devolveretur, nam ad præcavendam successionem ab intestato inventæ sunt potissimum substitutiones. Jam vero in substitutionibus primario ad præsumptam voluntatem, non vero ad nuda verba respiciendum esse, constat ex *l. 4. pr. ff. b. t.* ex quo Dd. plerique in hanc sententiam abeunt, nec ab ea in judicando recedendum esse monent, prout ostendi *caus. testam. c. 18. m. 1. §. 9.* Conf. Lauterbach. *b. t. §. 1. 12. in f.* Struv. *ex. 33. tb. 13.* Ad dubia a dissentientibus contra hanc sententiam mota respondetur in notis Mulleri *ad Struv. cit. l.* Atque secundum hanc sententiam Facultas nostra

An expressio
unius casus
contineat quo-
que omissum?

Ggg gg 3

Mens.

Menf. Jul. 1698. pronunciare non dubitavit, cujus tenor hic est:

Species Faeti.

Hat Caja in einem Gerichtl. insinuirten Testament Sejam ihre vollbürtige Schwester, oder dafern diese nach ihrem Tode versterben solte, auf solchen Fall ihre Baase Meviam zu ihrer wahren Erbin eingesezet, danebst einige Legata vermachtet, welche auf begebende Fälle so wol Seja als Mevia abführen solte. Ist darauf Seja, welche gleichfalls Cajam zur Erbin eingesezet vor der Testatricin verstorben, worauf, als Caja gleichfalls verstorben nach eröffneten beyder letzten Willen, die substituirt Mevia sich pro herede angegeben, und die Erbschaft angetreten, wogegen Cajæ Halbschwester Titia das Testament zu impugniren, und ab intestato die Verlassenschaft an sich zu ziehen suchet, daher, was disfalls Rechtens sey; gefragt wird.

Rat. Dub.

Wenn nun gleich eingewandt werden möchte, daß die Mevia nicht generaliter, sondern auf einen gewissen Fall substituirt worden, wenn nemlich die Seja nach ihrem, der Cajæ, Tode versterben würde, welche conditio nicht erfolgt, sondern es ist Seja vor der Testatricin verstorben, und aus denen Rechten bekant, quod substitutio in unum casum facta ad alium non sit extendenda. *L. si ita 21. ff. de vulg. & pup. subst. L. commodissime 10. de liber & postb.*

Rat. Dec.

Weil aber dennoch bey einem jeden letzten Willen vornemlich auf die Intention der Disponenten zu sehen, welche in diesem Fall hauptsächlich dahin gegangen, daß die substituirt Mevia die Halbschwester Titiam von dieser Verlassenschaft excludiret, und derselben vorgezogen werden sollen, dahero die Testatricin gedachte Meviam nicht simpliciter, wenn Seja nicht Erbin seyn wolte, sondern gar auf den Fall, wenn sie Erbin wäre und nach ihrem Tode versterben würde, substituirt, woraus satzsam zu schliessen, daß sie vielmehr auf den Fall, wenn Seja vor ihr versterben würde, die Meviam

viam zur Erbin haben wolte, quando autem vero simile est, casum omissum fuisse in mente testatoris, tunc ille continetur sub casu expresso. Cardin. Mantica *de conjecl. ult. vol. lib. 3. tit. 19. n. 15.* Nun ist kein Zweifel, daß, wenn Testatrix auf diesen Fall gedacht hätte, daß die instituirte Seja vor sie versterben würde, sie sonder Zweifel auch hierauf die substitution würde eingerichtet haben, quando autem testator unum casum expressit, credens verisimiliter alium non esse eventurum, tunc casus omissus sup-
plendus est, *arg. L. Mulier 22. pr. ibi: quia non crediderat ff. ad SCtum Trebell. L. 3. C. de inst. & subst. Mantica d. tit. 19. n. 16.* Ueberdem secundum communio-rem Dd. opinionem der Casus voluntatis in materia substitutionis den Casum impotentiae, h. e. si heres esse non possit, quod etiam contingit, si ante restatorem moriatur, in sich begreiffet: *arg. d. L. 3. C. de instit. & subst. L. 25. ff. pr. de lib. & postb. Menoch de praes. l. 4. praes. 65. n. 20. seqq. Struv. ad ff. Exerc. 33. tb. 13.*

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die Mevia sich der Erbschaft anzumassen wohl befugt, sie auch dabey zu schützen sey. Decisio.

§. IV. Necessè porro est, ut heres primus deficiat in totum, ita ut alium quoque heredem non faciat. Unde quando heres olim, statu mutato, in servitutem detrusus erat, substitutus nihilominus excludebatur, quamvis vel maxime institutus hereditatem sibi non acquireret, cum domino suo illam acquirebat, §. *ult. f. b. 1.* id quod hodie evidenter applicari nequit. De filiofamilias tamen magis hodie dubitari posset, an, si hic repudiaffet hereditatem, substitutus patri ejus praeferri debeat? quod affirmandum esse censui in *tr. de caut. re. Stam. c. 18. m. 1. §. 13.* quia filius patri hereditatem jure novo non acquirit, sed in acquisita demum a filio hereditate usumfructum habet. Proinde si filius illam non acquirat, ejus quoque ususfructus cessat. *Conf. Struv. ex. 33. tb. 14. Donellus lib. 6. c. 24.* Alia est ratio, si heres primus hereditatem non aditam possit transmittere ad heredes suos,

Quid si alii acquiratur hereditas per heredem primum?

suos, uti quibusdam casibus contingit, quia sic per heredis heredem excluditur substitutus, de quo egimus *caut. testam. cit. l. §. 20. seqq.* quorsum brevitas gratia me refero. Conf. Struy. *ex. 33. tb. 17.*

An hodie emancipatis pater ita substituat?

§. V. In pupillari substitutione plura occurrunt, quæ dubiam praxin habent, vel applicari commode ad fora nostra nequeunt. Fluit hæc substitutio ex patria potestate, & inde est, quod tantum illis pater ita substituere possit, qui sunt in potestate, non vero emancipatis *l. 2. pr. b. t.* Proinde quando quis duos impuberes habet, alterum in potestate, alterum non, & utrique vult substituere in casum, si in impubertate decessit, Jcti in *l. 39. pr. b. t.* hanc suppeditarunt cautelam, ut eum potius, quem in potestate habebat, solum heredem faciat, & ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, *cum in suam tutelam venisset*, relinquat; ita tamen, ut, si institutus impubes decesserit, alterum heredem ei substituat; Sic enim in effectu per indirectum scopum attingit, voluisse enim videtur, ut, altero ex iis in impubertate defuncto, ad superstitem tota hereditas perveniret. Duplex circa hanc cautelam quæstio

deusa l. 39. pr. h. t.

oritur. Prima est, an hodie quoque necessaria sit? secunda, an etiam applicari amplius possit? prius vel inde negandum videtur, quia differentia inter suos & emancipatos est per *Nov. 118, c. 1.* sublata, nec hodie in praxi ulla inter eos superesse videtur juriū diversitas, adeoque in casu *cit. l. 39.* patri hodie integrum esse videtur, utrique impuberi, tam suo quam emancipato, directo substituere, non observata hac cautela, Verum ut negari non possit, in *Nov. 118.* differentiam hanc esse sublatam quoad *jus succedendi ab intestato*, minime tamen inde concludi potest, omnem omnino differentiam

tiam hodie inter suos & emancipatos etiam quoad alios effectus esse sublatam. vid. Richter. P. 1. decis. 41. n. 40. seqq. Manzius de test. val. & inval. tit. 8. quest. 2. n. 90. seqq. Ex quo concludunt Dd. ne hodie emancipatis pupillariter substitui posse, cum unicum suum fundamentum hæc substitutio in patria potestate habeat. Carpz. P. 3. C. 8. def. 16. Perez in C. b. t. n. 14. Interim facile concedo, rarius hodie contingere solere, ut impuberes emancipentur, ut tamen absolute negari nequeat, de hoc casu in praxi aliquando dubium incidere posse. Quid enim si emancipatus filius nepotes relinquat, & avus eis pupillariter substitueret, an subsisteret hæc substitutio? Quod negandum esse iudico; cum nepotes hi non sint in avi potestate, prout Mens. Jul. anno 1677. in Facultate Viadrinæ respondimus.

Quæstio scilicet erat: Ob Titius avus die neptem in seiner Gewalt habe, und per consequens ihr substituiren könne? Responsum fuit hoc modo: Es scheint zwar, weil die väterliche Gewalt nach gemeinem Rechte per nuptias filii nicht gehoben wird, sondern in Rechten deutlich verordnet, quod nepotes ex filio in potestate avi manent §. fin. F. de parr. potest. imgleichen quod avus nepoti ex filio pupillariter substituere possit, l. moribus. 2. pr. ff. de Vulg. & pup. subst. daß auch gegenwärtige substitutio gültig sey.

Weil aber dennoch universal consuetudine recipietur ist, quod hodie per nuptias & separatam œconomiam filius a patris potestate liberetur. Hering. de fidejuss. c. 7. n. 625. Carpz. P. 2. C. 12. def. 1. und also die nepotes nicht mehr in Großväterl. Gewalt seyn, Brunnem. ad l. 7. C. de P. potest. n. 2. niemand aber pupillariter substituiren kan, nisi qui habeat heredem institutum in sua potestate, Cont. III. Hhh hh- Menoch.

Menoch. *conf.* 775. n. 6. unde filio emancipato substitui nequit, l. 2. pr. ff. de vulg. & pup. substit. quamvis tempore testamenti fuerit in potestate, & postea tantum emancipatus, Fufar. de substit. qu. 118. n. 28. ibique alleg. So kan auch in gegenwärtigem Fall solche Substitutio nicht bestehen, sondern es ist diese ob defectum potestatis un- gültig B. R. B.

Hoc ergo præsupposito altera superest quæstio: an cautela l. cit. 39. hodie applicari possit? quod non puto. Postquam enim in Nov. 115. in genere testatoribus injun- ctum est, ut tam suos quam emancipatos heredes insti- tuant; hodie sane hæc cautela magis noceret, quam prodesset, cum, emancipato præterito, testamentum esset nullum; nisi forsan asserere velimus, subsistere hanc præteritionem hodie posse tanquam *bona mense*, non *nota causa* factam, de quo ex circumstantiis, volun- tatem testatoris declarantibus, judicandum est.

An mater ho-
die pupillari-
ter substituere
possit?

§. VI. Ex hoc ulterius fluit, nec hodie matrem pupillariter impuberibus substituere posse, cum nec ho- die jura patriæ potestatis sibi vindicare queat, Carpzov. P. 3. C. 8. def. 16. Berlich. P. 1. decis. III. Hahn ad Wesemb. b. 1. n. 5. Richter P. 1. decis. 44. n. 6. ubi hanc sententiam quibusdam præjudiciis illustrat. Similiter nec avus maternus hoc modo substituere potest, cum eadem ra- tio hic adsit. vid. Carpz. cit. l. def. 4. In quibusdam lo- cis tamen à jure Romano Statuta recefferunt, matribus substitutionem pupillarem indulgentia. Sic jure Wür- tembergico P. 3. tit. 12. §. Und wiewol. mater & maternæ lineæ adscendentes pupillariter substituere possunt. Sed tamen (a) tantum in bonis propriis, (b) si adscen- dentes paternæ lineæ haud substituerint, Lauterb. b. 1. §. 23. Similiter jure Francofurt. P. 4. tit. 4. & 5. eadem pote-

potestas matribus concessa est. Conf. Tabor *de substitut. l. 15. nec reformat. Norib. tit. 30. §. fin.* diversum jus continet. Ceterum in quibus locis jus commune obtinet, matris substitutio pupillaris subsistere potest vi clausulæ codicillaris, quæ hodie ut plurimum testamentis adjici solet. Hoc casu enim verba substitutionis directa in vim fideicommissi flectuntur, & substitutus jure fideicommissi admittitur. Verum hoc casu differentia hæc superest, (1) quod tantum valeat de bonis matris propriis, (2) detrahenda sit legitima, quæ fideicommissio gravari nequit *l. 22. de adopt.* (3) imo etiam Trebellianica, nisi hæc a matre prohibita sit. Conf. Carpz. *P. 3. C. 8. def. 17. n. 4.* Richter: *decis. 46.* Hahn: *ad Wesemb. b. 1. n. 5.*

§. VII. Similiter pater de jure Romano exheredato impuberi substituere poterat, quia exhereditatio non tollit jus suitatis, & patri jure antiquo exhereditatio libere permissa erat §. 4. *f. de pupill. substit.* Verum cum *Nov. 115.* restricta sit exheredandi libertas, ut hæc non possit fieri, nisi ob causas ibidem expressas, quæ tamen in impuberes vix cadunt, inde hodie id applicari nequit, nisi ad casum exheredationis bona mente factæ, quæ etiam in impuberem cadit.

An hodie exheredato ita substituatnr ?

§. VIII. Substitutione hoc modo facta & impubere filio intra annum decimum quartum decedente substitutus admittitur, exclusis omnibus legitimis heredibus, ipsa etiam matre, tam in bonis filii propriis, quam a patre in ipsum devolutis, adeo, ut nec mater legitimam hoc casu petere possit. *l. 8. §. 5. de inoff. test. l. 45. ff. b. 1. l. 8. C. b. 1. C. 1. de testam. in 6.* prout plenius demonstravi *in caut. testam. C. 18. m. 2. §. 16.* Equidem Finckelthaus *obs. 29. num. 17.* in alia omnia ivit, existimans, jure

An substitutus hodie matrem excludat ?

Hhh hh 2

no-

novo, per *Nov. 118.* matrem a legitima excludi non posse. Verum *cit. Nov.* ad hunc casum trahi nequit, quia filius ipse non condit testamentum, sed pater, & quidem *jure proprio*, scilicet patriæ potestatis, & consequenter ipse uxori suæ legitimam relinquere haud obstringitur. Et cum hæc sententia disertis verbis in *l. cit. 8.* fundata sit, correctio autem juris antiqui haud sit admittenda, nisi ubi de ea constet, merito ei insistendum est, quam sententiam etiam in praxi extra Saxoniam sequuntur. Conf. Berlich. *P. 3. concl. 10. n. 21.* Trentacinq. *de subst. P. 2. c. 16.* Struv. *ex. 33. tb. 29.* Carpz. *P. 3. C. 8. def. 1.* in Saxonia tamen generatim per *Constit. elect. 8. P. 3.* cautum est, matri in substitutionis pupillaris casu relinquendam esse legitimam, quam tamen tantum ad matrem restringendam, nec ad avum aviamque maternam extendendam esse, Jcti existimarunt, ne, quod matri specialiter esset indultum, nimium extenderetur. Carpz. *cit. l. def. 5.* Richter. *decis. 45. n. 22.* Nihilominus tamen postea affirmativa prævaluit, eaque per *decis. noviss. 47.* confirmata est.

An mater hodie excludatur per substitutionem tacitam pupillarem?

§. IX. Neque vero hoc tantum de jure communi est restringendum ad substitutionem pupillarem *expressam*, sed idem etiam in casu substitutionis pupillaris *tacite*, quæ sub vulgari latitat, obtinet, cum idem jus in tacita obtineat, quod in expressa *l. 4. b. 1. l. 2. C. b. 1.* Franzk. *ex. qu. 7.* Struv. *cit. l. 1.* Christinæus *vol. 4. decis. 15.* In praxi tamen sententia contraria recepta est, quæ ab æquitate omnino commendatur, præsertim cum in tacita non adeo apertum sit, testatorem etiam voluisse matrem pupilliam legitima excludere. Berlich. *P. 3. concl. 10. n. 25.* Brunnem. *ad l. f. C. de instit. & subst.* Franzk. *ex. 6. quæst. 47.* Lauterbach. *b. 1. §. 31. inf.* ubi hanc sententiam etiam jure Württembergico comprobata esse docet.

An pater substituen-
do

§. X. Pertinebat autem hæc substituendi libertas
tan-

tantum ad parentes, qui impuberes liberos habebant, qui sibi ipsis propter ætatem testamenta condere haud poterant. Quoad puberes liberos non idem jus patri indultum erat, etiamsi vel maxime ob quemdam defectum corporis vel animi testamentum condere haud possent. Proinde pater mutus olim non aliter substituere poterat, nisi id a principe impetrasset, uti constat ex *l. 43. pr. ff. b. r.* quia muti & surdi olim plane condere testamentum non poterant. Non autem satis expeditum est, an etiam hodie tali casu pater veniam substituendi a principe impetrare debeat? nam secundum jus Codicis per *l. 10. C. qui testam. fac. poss.* ne quidem muti & surdi indistincte a testamenti factione excluduntur, & consequenter si tales non natura sunt, sed ex accidenti demum hoc vitium contraxerunt, sibi ipsimet testamentum condere possunt, adeoque cessat substitutio a parte patris. Superest ergo jure novo casus, ubi a natura muti & surdi sunt, ut sibi testamentum condere non possint, & tunc demum sese exserit substitutio parentum. Non puto autem amplius speciali impetratione opus esse, postquam per *l. 9. C. b. r.* indultum est, ut ad exemplum substitutionis pupillaris parentes liberis mente captis substituere possint in eum eventum, si in tali vitio decesserint, Gilcken. *ad cit. l. 9. n. 15.* Fusar. *de substit. qu. 185. n. 8.* Struv. *ex. 33. tb. 36.* Quamvis enim surdorum & mutorum in *cit. l. 9.* mentio non fiat, eadem tamen horum est ratio, quæ mente captorum, & ita dispositio *cit. l. 9.* hodie ad omnes liberos est extensa, qui propter vitium animi vel corporis testari nequeunt, ut ostendi in *caut. testam. c. 18. m. 3. §. 12. seqq.*

§. XI. Est tamen hæc substitutio pupillaris in *cit. l. 9.* quodammodo restricta, & quidem hoc modo,

Hhh hh 3

ut,

muto veniam
a principe hodie
impetrare
debeat?

Quinam hodie
substituendi in
quasi pupillari?

ut, si furiosus vel mente captus, cui substituitur, liberos habeat, parentes ex his *vel unum, vel certos, vel omnes* substituere debeant, ut diserte Imperator loquitur; his vero deficientibus fratres ad substitutionem vocandi sint. Inde vero duplex difficultas in praxi enata, quæ paucis excutienda. Prima est, an hodie quoque parentibus permissum sit, ut unum ex liberis mente capto substituere possint, præteritis reliquis? Equidem Struv. *ex. 33. tb. 34.* existimat, etiam de jure Codicis omnes substituendos esse, quod contextui plane repugnat. Conf. Brunnem. *ad cit. l. 9.* Quin quod constat, parentes nepotes haud instituere debere ex necessitate juris, quamdiu liberi primi gradus adsunt. Cum vero sententia *cit. l. 9.* admodum dura sit, interpretes in eam prolapsi sunt sententiam, hoc non aliter admittendum esse, quam si reliquis liberis legitima salva sit, Brunnem. *ad cit. l. 9.* quam sententiam etiam in praxi receptam esse dicit Barry *de success. l. 5. tit. 6.* & eo magis amplectenda, postquam cum *humanitate* convenit, in qua hæc substitutio exemplaris se fundat. Altera difficultas est, an hodie substituens, si furiosus liberos non habeat, ejus matrem præterire, & fratres furiosi ei præferre possit? Id quod secundum *cit. l. 9.* affirmandum. Verum Imperator sine dubio respexit ad rationem succedendi antiquam, ubi post liberos fratres succedebant, & parentibus præferbantur, quæ ratio succedendi cum per *Nov. 118. c. 2.* immutata, & post liberos mater admissa sit, merito quoque dicendum est, matrem hoc casu præteriri non posse, prout evici *in caut. 2. festam. c. 18. m. 3. §. 20.*

De militum
substitutione.

§. XII. Habent etiam milites singulare privilegium circa substitutionem, uti apparet ex *l. centurio 15. ff. b. r.* ubi JCrus ita: *Centurio filiis, intra quintum & vigesimum*

num annum ætatis sine liberis vita decefferint, directo substituit, intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus jure communi capiet: post eam autem ætatem, ex privilegio militum, patris duntaxat, cum fructibus inventis in hereditate. Paganus hoc modo directe substituere nequit sed tantum jure fideicommissi *l. 7. l. 14. b. 1. ex quo apparet, militis substitutionem privilegiatam directo, non jure fideicommissi valere debere.* Equidem Carpzov. *p. 3. C. 8. def. 20.* contrarium defendere conatur *ex l. precibus 8. C. de impub. & al. substit.* Ubi Imper. ait, *veluti ex causa fideicommissi substitutum hoc casu admittendum esse, quam sententiam etiam tuetur Richter. P. 1. decis. 47. n. 5.* Sed ita revera privilegiata haud esset militaris substitutio, cum etiam pagani in vim fideicommissi ultra pubertatem substituere possint. Neque contraria sententia præsidium aliquod habet *ex cit. l. 8.* in qua tantum imperator argumentum a simili formare videtur hoc modo, ut sicuti ex causa fideicommissi ultra pubertatem hereditas ad substitutum pervenire soleat, ita etiam ex directa hac substitutione privilegiata. Conf. Brunnem. *ad l. 8. C. b. 1. Hahn. ad Wesenb. b. 1. n. 7.* Moribus hanc scrupulositatem supervacua esse, quidam existimarunt, vid. Esbach *in Carpzov. P. 3. C. 8. def. 20. in f.* id quod minime admittendum est, neque enim scrupulositas dici potest, in quo ingens momentum controversiæ latitat. Dum enim hætenus evici, valere substitutionem militarem *jure directo, non vero ex causa fideicommissi, sequitur, ut substitutus bona integra capiat, non detracta Legitima & Trebellianica, quæ essent detrahendæ, si ex causa fideicommissi substitutus succederet.*

TIT.

TIT. VII.

DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

§. I.

An impossibilis conditio hodie pro non adjecta habeatur?

Non adeo quicquam in hoc *tit.* occurrere, quod usu fori sit immutatum, existimo, proinde illa tantum paucis tangam, de quorum usu dubitari poterat. Primo constat, conditionem *impossibilem* vel *turpem* aut *derisoriam* pro non scripta haberi, salva nihilominus institutione heredis *l. 9. l. 14. l. 27. ff. b. t. l. 3. ff. de condit. & demonstr.* Non desunt tamen, qui existimant, hodie institutionem ipsam vitiari & plane nullam esse, qua in sententia est Grönewegen *ad §. 10. §. de instit. hered. judicans*, hanc dispositionem juris Civilis abrogandam esse. Similiter Simon van Leuven *in Censura for. lib. 3. c. 5. n. 25. & 26.* urget, moribus hodiernis conditionem per se impossibilem ipsam dispositionem vitiare, perindeque haberi ac si ridicule & ludendi animo nihil disposuisset testator. Verum quemadmodum uterque admodum facilis esse solet in negando usu juris Rom. ita non tuto iis fides hac in re haberi potest. Scilicet quando urgent, deficere hic seriam voluntatem testatoris, aliquid supponunt, quod statum controversiæ mutat. Neque enim credendum est, JCtos Romanos in illa sententia fuisse, ut, supposito hoc principio, quod testator serio disponere noluerit, aut mentis compos non fuerit, nihilominus testamentum effectum habere crediderint, sed ubique potius supposuere, testatorem, talem conditionem impossibilem adjicientem, & sanæ mentis fuisse & serio dispo-

posuisse. Colligitur id omnino ex *l. 27. ff. b. t.* ubi disquiritur de institutione heredis, sub hac conditione facta: *si reliquias defuncti in mare abjiciat*, ubi JCtus notanter ait: *Hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset.* Posset enim ex tali derisoria conditione colligi, eum sanæ mentis non fuisse, cum homines sanæ mentis talia injungere non soleant. Subinde vero addit: *Igitur si perspicuis rationibus hæc suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi;* ex quo patet, JCtum in hac doctrina de impossibili conditione ante omnia supposuisse, testatorem sanæ mentis fuisse & serio disposuisse, cujus contrarium si apparet, non ideo vitatur institutio, quia conditio est impossibilis, sed quia adest defectus voluntatis. Neque credendum est, fieri non posse, ut quis serio disponere velit, & tamen conditionem impossibilem adjiciat, cum hominum mores uti discordantes sunt, ita etiam ingenia diversa reperiuntur, quæ etiam in rebus seriis vix a joco abstinere solent. Rem hanc declarat hoc exemplo Ulricus Huberus in *prælect. ad ff. b. t. §. 5.* inquit: *Testator condit. supremam voluntatem nunquam re dituro arbitrio, forte in extremis agens, utique de exitu vitæ cogitans, vocat septem testes, rogat eos specialiter, ut velint attestari; cuncta soleinnia, quæ nunquam majora, religiose servat; adspexit in tabulis testamenti conditionem natura impossibilem; pone jocandi gratia fecisse, ut sunt hominum ingenia quorundam, numquid hic lusus verborum innocuus faciet, ut reliqua omnia tam graviter, tam prolixè serioque ordinata collabantur? Nonne probabilius & civilius est, eum duntaxat impleri noluisse, quod nullo modo fieri posse sciebat?* Standum ergo juris Romani dispositioni etiam hac in re, quæ sana ratione non destituitur.

De conditione
jurisjurandi.

§. II. Ad conditiones turpes retulerunt etiam Romani *conditionem jurisjurandi*, & illa, quæ sub illa relinquebantur, reprobabant, hoc sensu, ut juramentum remitteretur, illud autem implendum esset, quod sub juramento esset relictum *l. g. pr. b. i.* Addit JCtus hanc rationem: *Cum enim faciles sint nonnulli homines adjurandum contemptu religionis, alii perquam timidi, metu divini Numinis, usque ad superstitionem: ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent, quod relictum est, prator consulsissime intervenit: etenim potius is, qui voluit factum, quod religionis conditione adstringit, sub conditione faciendi relinquere: ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione.* Docet hoc exemplum, ipsos gentiles agnovisse, juramenta extrajudicialia ut plurimum esse temeraria, adeoque reprobanda, cum religio juramentorum sua natura postulet, ut non nisi in casu necessitatis ab aliquo exigantur & præstentur. Cum ergo exactio hujusmodi juramentorum, quæ in testamentis fit, revera temeraria & profana sit, merito talis conditio reprobata fuit. Quod si juris Canonici placita intuemur, illa mirifice ab hac doctrina recesserunt, dum ansam præbuerunt, juramentum quibuscunque negotiis extrajudicialibus adjungendi. Atque hoc ipsum inde factum est, quod novam vim juramenti indiderunt *c. 2. X. de pact. in 6.* inde tot infiniti effectus propullularunt, ut non potuerint non juramenta in quibuscunque negotiis adhiberi, ut ex *tract.* Seraphini de Seraphinis *de priv. jur.* cum notis Benckendorffii constat. Proinde si secundum hæc juris canonici principia de usu hujus *l. g.* est judicandum, (nam in praxi doctrinam jurisjurandi ex jure canonico quoad maximam partem petimus) pronò alveo inde fluere videtur, hanc
con-

conditionem non esse turpem, cum extrajudicialia juramenta hoc jure, imo nostra quoque praxi, non reprobentur, sed, quasi res mere indifferens essent, æstimentur. Cum vero hæc praxis satis deploranda sit, adeoque non extendenda, sed potius, quantum fieri potest, coarctanda, putarem, in praxi non recedendum a legis optima decisione, ne magis prodigi in juramentis exigendis & præstandis videamur, quam ipsi ethnici. Unde ex argumento hujus legis octavæ concludunt Dd. conditionem quoque reprobendam esse, *si heres religionem Lutheranam vel aliam amplexus fuerit*, quia turpe videtur, spe lucri aliquem inducere ad religionem mutandam, id quod tale negotium est, quod a diviniore principio dependet, temere autem nec suscipi, nec tanquam res in commercio existens haberi debet. Struv. *ex. 33. §. 50. Philippi in us. pract. instit. lib. 2. eclog. 93. Carpz. dec. 89. Knopf. de nullis. condit. de assumenda religione pontificia heredi vel legatorio adscripta in foro Romano.*

§. III. Quamvis vero extraneis heredibus quævis conditio adjici potuerit, §. 9. *f. de hered. instit. l. 33. l. 68. eod.* non idem tamen olim permissum fuit quoad liberos institutos heredes, qui scilicet immediate in patria potestate erant, quippe qui tantum sub potestativa, quæ facilis esset impletu, institui poterant, cum eorum institutio esset necessaria. Sic enim Paulus in *l. 4. pr. ff. de hered. instit. suus quoque heres sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest: & quidem sub ea conditione, quæ est in potestate ipsius, potest.* Conf. *l. 69. l. 86. ff. eod. l. 28. ff. b. r.* ex quo apparet, institutionem filii, etiam quoad legitimam, jure digestorum conditione tali gravari potuisse. Filia vero sub omni conditione institui poterat, etiam mixta &

An liberi sub conditione institui possint?

casuali, cum etiam olim circa necessitatem institutionis hæc diversitas inter sexum occurrebat. *pr. §. de exhered. lib.* Sed jam Justinianus suo tempore diversitatem circa sexum sustulit, voluitque, ut sui, cujuscunque essent sexus, vel instituerentur vel exheredarentur, adeoque quoque paria jura circa modum instituendi habere debent. Illud vero magis dubium est, an hodie adhuc liberi sub conditione potestativa, etiam levissima, institui possint? Nam constat jure codicis per *l. 32. C. de inoff. testam.* legitimam nullo modo amplius gravari posse, & sic ne quidem per conditionem levissimam, quæ nihilominus semper gravamen habet, quod ante ejus implementum hereditatem non acquirat, de quo dixi *in caut. testam. c. 17. m. 2. §. 4.* Quod autem liberis ultra legitimam relinquatur, in eo parem cum extraneis conditionem habere videntur, cum pro lubitu pater liberis adimere, & sic etiam sub quavis conditione dare possit. Unde concludo, hodie quamcunque conditionem institutioni liberorum adjici posse, hac tamen cum differentia, quod in legitima pure sint instituendi, quoad reliqua bona autem sub quavis conditione institui queant, cui si haud paruerint, hæc ipsa coheredibus accrescunt, & illi tantum legitimam capiunt, quorsum inprimis collineat decantata illa cautela Socini, quam exposui in *tr. de cautel. testam. c. 17. m. 3. §. 15. seqq.* Quod si vero hodie liberi in legitima essent instituti sub conditione, magis pro præteritis habendi forent, & sic institutio plane esset nulla. *Conf. Struv. ex. 33. §. 47. in f.*

TIT.



TIT. VIII.

DE JURE DELIBERANDI.

§. I.

Cum heres succedat in universum jus defuncti, & ob hanc causam ad omne æs alienum solvendum obstrictus, licet quantitatem patrimonii exsuperet, hinc summa præcautio circa aditionem hereditatis adhibenda est, ne heres adeundo hereditatem obæratam lædatur. Moller. *ad constit. Sax. 15. P. 2. n. 96.* Collineat huc *jus deliberandi*, vi cujus scripto heredi certum tempus a legibus indulgetur, intra quod in vires hereditarias inquirere, secumque deliberare potest, utrum hereditatem adire, an repudiare velit, & quidem a magistratu novem menses, a principe vero etiam annus ad deliberandum datur *l. 5. b. t. l. f. §. 13. C. eod.* Quod si intra tempus deliberandi heres decedit, quod superest temporis spatium, ad heredem ejus transmittitur *l. 19. C. b. t.*

Quid jus deliberandi?

§. II. Equidem *jus deliberandi* hodie abrogatum dici nequit, nihil enim obstat, quo minus heres, omisso inventarii beneficio, jure novo inducto, hoc jure intra tempora præfinita uti queat; sed an eadem necessitas hujus remedii adhuc superfit, uti quidem de jure Romano, non æque expeditum est. Dependet hoc ipsum ex quæstione præjudiciali, an hodie heres, qui jure deliberandi usus est, ad omne æs alienum solvendum teneatur, ad ductum juris Romani, licet vel maxime vires patrimonii exsuperet? Sane moribus Saxonice heres plane ultra vires hereditarias non tenetur, quamvis simpliciter adierit, nullumque inventarium confecerit, Carpz. *P. 3. C. 33. def. 8.* Richter. *decif. 60. n. 8.* Struv. *ex. 34. rb. 33.* ubi hanc sententiam præjudicio confirmat

An hodie jus deliberandi in usu sit?

Schilter. *ex. 38. §. 151.* Idque adhuc debetur moribus Germaniæ antiquis, secundum quos heres adeundo hereditatem se non ulterius obligasse censetur, quam pro quantitate patrimonii, adeoque nec jus deliberandi, nec beneficium inventarii hoc jure opus fuit. Schilter. *cit. l. Conf. Hartm. Pistor. lib. 2. qu. 2. n. 4.* Quin etiam in aliis plerisque locis receptum est, ut heres, qui simpliciter adit, quocunque tempore possit offerre designationem bonorum juratam, quæ iisdem gaudet effectibus, quibus inventarium. Revera ultra vires hereditarias non tenetur, quia designatio hæc jurata vel ideo hoc casu requiritur, ut de quantitate patrimonii constare possit, si heres solutionem debitorum declinet, & ita sæpe a Facultate Francofurtana, etiam quoad illa loca, ubi jus civile viget, pronunciatum esse, docet Brunnem. *ad l. C. de jur. delib. n. 60.* Hoc quoque juri canonico conforme esse volunt per *c. 18. X. de testam.* qui textus tamen plane hanc quæstionem non tangit. Conf. Fachin. *lib. 6. contr. c. 23. seq. Wesemb. Conf. 13. n. 23. seqq.* Unde quamvis Mevius *de jurat. specif. c. 3. §. 3.* asserat, hodie adhuc heredem teneri ad solutionem omnis æris alieni, si omiserit solenne inventarium, postea tamen in §. 6. addit, ab isto juris rigore usum vulgarem plerisque in locis recessisse, ut alterutrum sufficiat, vel inventarium vel jurata specificatio, quod in §. 8. declarat. Dixi, *in plerisque locis* ab hoc rigore praxin recessisse, quod enim alicubi jus civile vigeat, constat ex *Mev. P. 6. decis. 411.* ubi decidit, inventarii loco non sufficere heredis juratam designationem, quæ praxis ad terras Pomeraniæ restringenda videtur, ipso fatente Mevio *cit. l. §. 7.* Quin etiam in quibusdam locis jus civile expresse confirmatum est, uti apparet ex reformat. Francof. *P. 6.*

tit. 3. §. 1. ubi heredibus proponitur beneficium inventarii, eodem modo, quo jure civili, in §. 6. vero hæc adduntur: Da jemand diese Ordnung überfahren, und nachdem er die Erbschaft angenommen, das inventarium gar unterlassen hätte, derselbe soll wissen, daß er nicht allein alle des Verstorbenen hinterlassene Schulden, sondern auch, wenn derselbe ein Testament aufgerichtet, alle darinn vermachte legata vor allen zu bezahlen und zu entrichten, (obgleich sich so weit nicht erstrecket) schuldig sey, darzu auch des Abzugs Falcidiæ sich gar nicht zu gebrauchen habe. Similiter in Statuto Wormatiensi *P. 2. lib. 3. tit. 27.* jus civile receptum, & præcise solenne inventarium exigitur, alioquin in solidum solvere æs alienum debet, uti disertis verbis ibidem disponitur: So einer einen Erbfall annähme, ohne daß er ein inventarium thät machen, der hat nicht Freyheit, und mag durch einen jeden Schuldener fürgenommen und geurtheilet werden, auch höher und mehr, denn er Erbes eingonnen hätte. Excipitur tamen hoc jure fiscus, quod ille beneficio inventarii haud indigeat, & nihilominus ultra vires hereditarias non teneatur. Jure Hamburgensi plane de hoc beneficio disponitur *P. 3. tit. 7. art. 2. seqq.* ubi rursus jus civile confirmatum est. Insonderheit nachdem ein jeglicher Erbe, so einmal sich der Erbschaft unterziehet, ohne eine Ausflucht und Behelf alle des Verstorbenen Schulden, auch was derselbe in seinem Testament, oder letzten Willen andern verschaffet, oder auszurichten befohlen hat, zu bezahlen verpflichtet ist, ohngeachtet daß schon die verlassene Güther sich so weit nicht erstrecken möchten: so ist dagegen den Erben diese Begnadiung und Wohlthat rechtens gegeben, daß sie in einem Monath denen nächsten, nachdem sie des Todes-Falls und angestorbenen Erbschaft berichtet wor-

worden, alle und jede des verstorbenen Hab und Güther, Schulden, Gegen-Schulden, briefliche Urkunden und anders in die Erbschaft gehörig zu inventiren und zu beschreiben anfangen zc. Additur post pauca: Und wenn also nach aufgerichtetem inventario ein Erbe sich der Erbschaft unterfängt, und mit den Güthern als ein Erbe waltet, ist er den Gläubigern und andern weiter nicht, dann sich die inventirte Güther erstrecken, verpflichtet, noch ein mehrers zu bezahlen schuldig. Porro in *reformat. Noriberg. tit. 38. leg. 1. §. 2. simpliciter jus civile receptum est*: So dann ein inventarium aufgerichtet worden ist, mag der Erbe sich der Erbschaft entschlagen, oder dieselbe mit Wohlthat des inventarii annehmen, und mit den Güthern wie ein Erbe handeln, und ist in selben Fall gegen den Gläubigern oder andern weiter nicht, denn sich die inventirten Güther erstrecken, verbunden, noch ein mehrers zu bezahlen schuldig. Ex his adductis juribus liquidum est, non ubique per Germaniam loco inventarii solennis sufficere specificationem juratam, sed jus civile quibusdam in locis adhuc vigere; interim ubi jus civile non est expresse hac in materia approbatum, admittenda est in dubio ex praxi communiori Germaniæ specificatio jurata.

An hodie ob-
signatio sit ne-
cessaria?

§. III. Quamvis vero non eadem ubique necessitas adsit inventariorum conficiendorum, plerumque tamen post mortem inventaria condere solent, imo præterea cautelæ gratia in praxi observatur, ut mox post obitum omnia defuncti bona judicialiter obsignentur, quo eo rectius ab omni sinistra suspicione se liberare valeat heres. Carpzov. *P. 3. C. 33. def. 10. Richter decis. 59. n. 24. seqq.* Sane ad essentiam inventarii absolute non pertinet, nec in jure præscripta est, sed sufficit inventarium solenne. Esbach in *Carpz. cit. 1.* Interim defectus obsignationis hoc operatur, ut, quamvis inventarium omnibus numeris absolutum exhibeatur, illud tamen jurisjurandi religione confirmandum sit, ideo

ideo, quod heres suspectum se reddiderit de hereditate dissipata. Mevius *de specif. jurat. c. 2. §. 12.* Carpzov. *cit. l. Rauchbar. P. 1. qu. 29. n. 14.* Interim tamen plurimis in locis per specialia statuta ratio & forma obsignationis determinata est, quæ tunc striete observanda. Sic *in jure Magdeburg. c. 43. §. 11.* hac de re ita cautum est: Wann Waisen und minderjähriger Kinder Eltern nach Gottes des Allmächtigen Rath und Willen ohne Testament, oder andere Verschung, absterben, sodenn sollen die nächsten Bluts-Freunde, durch ordentliche Obrigkeit oder Notarios Publicos und Zeugen, wie sie es am bequemsten zu seyn erachten, und nicht an ein und anderm Orte gewisse Verordnung deswegen vorhanden, welcher billig nachgegangen wird, alsbald und ohne Verzug die Verlassenschaft versiegeln &c. Quod si tamen pater in testamento modum obsignandi determinavit, huic standum est, prout *in f. dicti §. 11.* additur: es wäre dann, daß der verstorbene Vater eine schriftliche Verordnung, welches auch ohne solennitäten gültig seyn soll, nach sich gelassen, wie mit Versiegel- und inventirung verfahren werden soll, alsdenn ist solcher allerdings nachzugehen, und von der Obrigkeit darwieder nichts vorzunehmen.

§. IV. Cum itaque de jure civili obsignatio incognita fuerit, facile apparet, rarius suspicionem fraudis cessasse, indeque obtinuisse, ut postulantibus creditoribus & legatariis heres sacramento inventarium confirmare debuerit. Quamvis enim omnes solennitates adhibitæ fuerint, facile tamen quædam bona supprimi poterunt, ubi omnis defuit obsignatio, *l. f. §. 10. C. de jur. delib.* ibique Brunnem. Cum vero hodie ut plurimum obsignatio statim fieri soleat, imo in quibusdam locis fieri debeat, juramentum rarius exigitur, Rauchbar. *P. 1. qu.*

An inventarium juramento hodie confirmandum sit?

29. unde etiam hodie tantum alterutrum exigi solet, ein zu Recht beständiges Inventarium oder in Ermangelung dessen eine endliche Specification, cum pro inventario præsumtio sit, maxime obsignatione legitima præcedente. Berlich. P. 2. decis. 160. n. 11. seqq. Allegatis tamen defectibus quibusdam, iisque saltim præsumptione demonstratis, deveniri potest ad juramentum purgatorium. Berlich. cit. l. n. 17. Mev. P. 4. decis. 92.

In obsignatione ad mores locorum respiciendum est.

§. V. Communiter obsignatio a magistratu loci vel Notario publico fieri solet, ut obsignatio publica auctoritate polleat, sicuti resignatio quoque eadem auctoritate fieri debet. Interim tamen cum jure communi forma nulla obsignationi præscripta, nec ubique statutis illa determinata sit, potissimum respiciendum ad mores locorum, qui hac in re variant. Declarabo hoc casu quodam notabili nobis Salza M. Jan. 1697. transmisso, ubi plures quæstiones controversæ circa obsignationem offerebantur, ex quarum decisione praxis obsignationis, & quæ ad eam spectant, luculenter constare potest. Tenor totius responsi est sequens:

Species Facti.

Ist bey dem Hospital S. Wendelini ihres Orts allezeit üblich gewesen, daß bey Absterben einer Person aus demselben, daferne nur ein Erbe vorhanden, der Schlüssel zu des Verstorbenen Cammer solchem Erben; bey mehrern Interessenten aber dem Vorsteher übergeben; zugleich aber die Cammer fernertweit mit einem Vorleg-Schloß verwahret, und hievon der Schlüssel einem bey der Verseglung oder Begräbnisse gegenwärtigem Erben, in dessen Ermangelung aber einem Tertio, in Verwahrung gegeben worden: wie solches die Aeltesten im Hospital bey ihrem Gewissen berichten. Ist hievon der kurz vorhin gewesene Vorsteher Bürgermeister Joh. George Hoyer Anno 1688. abgegangen, und hat bey vorkommenden Sterbfällen die Cammer zuerst mit einem Petschaft, nachmahls aber bey andern Fällen durch den Gerichts-Actuarium versiegeln, und

und folgendes inventiren lassen, jedennoch inzwischen bey andern Hospitals-Leuten obgedachte Observance wegen Verwahrung der Schlüssel beygehalten worden. Ist hierauf der Herr im vorigen Jahre zum Vorsteher verordnet, und hat bey vorkommenden Sterb-Fällen die Versiegelung mit Consens der Erben zuerst selbst verrichtet, nachhero aber bey des Matthesen Todes-Fall der Actuarius die Versiegelung im Nahmen des Raths präterdiret, und da er: deshalb kein Mandat vorzeigen können, er solche nebst dem Herrn conjunctim verrichtet, und ist darauf folgendes durch einen andern Notarium die Resignation und Inventur vorgenommen. Ist hierauf den 1ten Januarii dieses Jahrs Hans Thielens Wittve im Hospital verstorben, so ein ziemliches nachgelassen, da 4. von denen Erben die Versiegelung von dem Herrn gesucht, der Rath auch zugleich den Gerichts-Fronen mit des Raths Signet abgeschicket, die Versiegelung vorzunehmen, dieser aber sich abweisen lassen, und von dem Herrn in Gegenwart besagter Erben die Versiegelung vorgenommen, der Rath hingegen 2. Stunden hernach des Herrn Siegel abgerissen, und des Raths Siegel, jedoch ohne Einwilligung der Erben, vordrucken lassen, deshalb er sich des Rechts zu berichten verlangt.

1. Ob die Hospitals-Verwandten bey angeführten Herkommen, daß gar nicht versiegelt, sondern nur die Cammern verwahret, und die Schlüssel bey dem Vorsteher und Erben nieder gelegt würden, zu lassen, und dieses auch ratione des Hospitals selbst für hinlänglich zu erkennen sey, dergestalt, daß wenn die Schlüssel beschriebener massen verwahret worden, niemand aus dem Hospital ad edendam juratam specificationem gehalten sey?

2. Daferne aber diese Observance propter variationem in obsignando & inventaria consiciendo nicht sustentiret werden könnte, ob nicht das Hospital sich disfalls nach den gemeinen Rechten zu halten habe; und ob es nicht daher denen Erben einer verstorbenen Hospitals-Person frey stehe, da sie alle majorenes, oder doch bevörmundet und einstimmig, den Vorsteher, auch wohl einen andern privatum, versiegeln und inventiren zu lassen?

Kkk kk 2

3. Ob

3. Ob nicht daher (auch in bedenklichen Fällen, als wenn die Erben sich eines andern nicht vergleichen können, oder unmündig, so nicht bevormündet, und abwesende concurriren, oder die Erbschaft mit vielen Schulden beladen, und dergleichen,) denen Conventualen oder denen Erben frey zu stellen, dessfalls den Gerichts-Actuarium oder einen andern Notarium nach ihrem Gefallen zu adhibiren?

4. Diemeil auch hierbey ein SCrum vorgeschüzet wird, als durch welches dem Actuario & Scabino generaliter alle Versiegelungen und Inventirungen bey dafiger Stadt zu verrichten committiret worden; So entstehet die Frage: Ob ein dergleichen Rath-Schluß in præjudicium der ganzen gemeinen Stadt, auch insonderheit derer Käyserl. Notariorum, bloß mit Vorwissen besagter Tribunorum, und ohne hohe Landes-Fürstl. Confirmation habe gestellet werden können, und in Rechten deraestalt für beständig zu achten, daß daher die Bürgerschaft solches SCrum durchgehends zu agnosciren, und solchem nachzuleben verbunden seyn?

5. Ob auch das Hospital S. Wendelini, unerachtet seiner sonst dessfalls Gewohnheit, und das in SCTo des Hospitals mit keinem Worte gedacht, dennoch an dasselbe gleich andern Bürgern gebunden?

6. Ob nicht genug, und in Rechten so lange, bis einanders dargethar, hinlänglich sey, oft angeführtes Herkommen des Hospitals durch eydliche Aussage derer Aeltesten im Hospital darzulegen?

7. Ob die durch die Raths-Diener nomine Senatus geschehene Versiegelung pro legitima zu halten, und der Actuarus ein Instrument darüber von einer Sache, die er selbst nicht gesehen, aufrichten könne, auch, wenn dieses letztere hinweg siele, ob obige Obsignation derer Raths-Dienern von mehrerm Effect als des Herrn oder eines andern privati mit Consens einiger Erben beschehene Versiegelung?

8. Wenn eine Obrigkeit in Erfahrung bracht, daß nicht versiegelt worden, und hierauf ihren Notarium zu solchem Ende ab-
geord-

geordnet, ob sodenn die gerichtliche Obsignation nothwendig zu admittiren, wenn gleich die Erben solches augenblicklich durch einen andern Notarium zu verrichten erböthig, oder wol gar hierzu bereits Anstalt gemacht?

9. Ob E. E. Rath bey diesen prärendirten Obsignationen und Inventirungen einiges Interesse (dasjenige, so ihrem Actuario und Scabinis hierunter zuwachse, ausgenommen) habe, oder erlangen können?

10. Wenn die Interessenten, ob sie gerichtlich oder durch einen gemeinen Notarium versiegeln und inventiren lassen wollen, streitig, auch sich in electione eines gemeinen Notarii nicht vereinigen können, qu. ob die Majora hierbey zu attendiren, oder nicht vielmehr alsdenn die Obrigkeit ex officio durch ihren Actuarium dieses verrichten zu lassen befugt und schuldig sey?

So viel nun die Entscheidung der 1. Frage betrifft, obwol bey vielen Rechts-Lehrern diese Meinung angenommen, daß wenn bey einem Todes-Fall des Verstorbenen Güther nicht sofort versiegelt werden, daraus eine sinistra præsumtio entstehet, daß wenn gleich nachmals ein ordentlich Inventarium gemachet worden, solches dennoch keinen Glauben meritiret, wo es nicht mit einem Eyde bestätigt worden. Carpz. Part 3. C. 33. def. 10. Weil aber dennoch die obsignatio bonorum defuncti auch bey denjenigen Personen, welche sonst ad inventarium verbunden seynd, in Rechten nirgends erfordert wird, wie daher in denen textibus, da de forma conficiendi inventarium gehandelt wird, nemlich in. L. fin. C. de jure delib. & Nov. 1. c. 2. hievon die geringste Erwähnung nicht geschehen, Richter. Decis. 59. n. 16. hiernächst auch solche obsignatio nur eingeführet, ut suspicio fraudis excludatur, Richter. d. l. welche præsumtio durch eine gedoppelte Verschließung des Logiments, worinnen des Verstorbenen Verlassenschaft befindlich, eben so wohl geschehen kan, zumaln, wenn die Erben selbst, als de quorum præjudicio alhier hauptsächlich gehandelt wird, in solche Verschließung consentiren, und davon einen Schlüssel zu sich nehmen. So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß, wenn die Hospital-Berwandten die Verschließung obgedachter massen vornehmen, sie zu

Quæst. 1.

weiterer Edirung einer eydlichen Specification nicht mögen gehalten werden.

Quäst. 3.
Decisio.

Auf die andere Frage erachten wir, daß hieselbst ein Unterscheid zu machen, unter den Actum obsignationis & actum confectionis Inventarii, ingleichen, ob die verstorbene Person creditores oder unmündige Erben hinterlassen, oder ob solche alle ihre Majorennität erlanget. Was den actum obsignationis betrifft, weil derselbe in Rechten nicht erfordert, vielweniger dessen forma specificè observanda vorgeschrieben worden, so kan daraus kein beständiger defectus futuri inventarii entstehen, ob solche obsignatio durch eine personam privatam oder publicam geschehe, wann nur dadurch die occasio expilandi hereditatem benommen wird, welches alles seine unstreitige Richtigkeit hat, wenn die Erben selbst in solche privat-Bersiegelung consentiren, und keiner creditorum oder unmündigen præjudicium dabey concurriret, wenn in solchem Fall die Erben ein liberum de rebus hereditariis disponendi jus haben, ob devolutum ad ipsos dominium arg. l. 21. C. Mandati. Solten aber Creditores dabey interessiret seyn, so wird zwar ebenfalls eine obsignatio publica nirgends erfordert, sondern es kan dieser defectus per juramentum hereditum wohl purgiret werden, Carpz. d. P. 3. C. 33. def. 10. n. 6. iedennoch ist es sicherer, daß solche Bersiegelung durch einen geschworrenen Notarium oder Gerichts-Actuarium verrichtet werde, damit aller Verdacht desto mehr verhütet werde. Und eben diese Verwandschaft hat es auch, wenn unmündige Mit-Erben vorhanden, denn obgleich selbe bevormündet wären, so dienet es iedennoch den Bevormündeten selbst zu ihrer Sicherheit, es wäre dann, daß diese gnugsam solvendo, und die Verantwortung auf sich nehmen wollen, caronus enim, quatenus tutor solvendo est, ejus factum obligat pupillum, per l. 3. ff. quando ex fact. tut. l. 4. §. 1. ff. de Eviction. Was aber die Inventur selbst betrifft, so ist allerdings nöthig, daß darzu ein geschworner Notarius genommen werde, wenn die designation als ein solenne Inventarium gelten soll, L. fin. §. 2. ibi: sub presentia tabulariorum C. de jure delib. Rittershuf. ad Nov. p. 6. c. 8. num. 8. Weil aber hingegen in denen

Sach:

Sächsischen Landen beständig hergebracht, quod in defectu solennis Inventarii, idem valeat Specificatio jurata, Carzov. P. 3. C. 33. def. 6. num. 6. Rauchbar. P. 1. qu. 29. num. 1. & seqq. welches auch ausser Sachsen an vielen andern Orten recipiret ist, Brunemann. adl. fin. C. de jure delib. §. 12. Mev. Comm. ad Jus Lub. P. 12. tit. 2. art. 27. num. 89. so ist daher eben nicht nöthig, daß coram Notario das inventarium aufgerichtet werde, wenn sich die Erben ad Specificationem juratam offeriren, vielweniger ist nöthig, daß sie zu solcher inventur den Gerichts-Actuarium requiriren, weil solches in Rechten nirgend, sondern nur eines Notarii Gegenwart erfordert wird.

Die dritte Frage betreffend, fließet deren Entscheidung aus dem, was bey voriger Frage angeführet, dann, weil in denen gemeinen Rechten ad confectionem solennis inventarii ein mehrers nicht erfordert wird, als, daß ein Notarius adhibiret werde, die Autoritas judicis oder Actuarii judicialis aber mit keinem Worte dabey requiriret worden, so können auch die dissentirende Erben oder Vormünder ein mehrers de jure nicht prætendiren, als daß solchen klaren Rechten nachgelebet, und ein ordentlicher Notarius darzu erfodert werde, zumaln derselbe bey dergleichen Actibus die Stelle eines Judicis, Kraft der von Käyserl. Majestät habenden Gewalt, billig vertritt, habent enim Notarii Jurisdictionem in voluntariis actibus, & inde Judices dicuntur, Gail. lib. 1. obs. 1. num. 13. unde instrumenta coram Notario confecta, ejusdem autoritatis sunt, quam si coram giudice alio confecta, Ordin. Notar. Maxim. Imp. de an. 1512. §. es ist auch 15. & §. es mögen auch. Daher allerdings derer Erben Willkühr überlassen werden muß, wenn gleich Creditores oder Unmündige vorhanden, ob sie einen Notarium oder Gerichts-Actuarium zur Aufrihtung eines inventarii gebrauchen wollen.

Was die 4te Frage betrifft, ist zwar an dem, daß das jus condendi statuta auch denen municipal-Städten nachgelassen ist, cum omnia, quæ ad administrationem civitatis ejusque utilitatem promovendam pertinent, Magistratus oppidani dispositioni sunt relicta, l. fin. ff. de Decret. ab ord. fac. Mev. de Jure Lub. in Proam.

Questio III.
Decisio.

Quest. IV.
Decisio.

Proem. qu. 2. Weil aber dennoch die statuta civitatum in dergleichen Sachen gemacht werden müssen, welche in arbitrio civitatis sind, und solches arbitrium sich keinesweges auf die jura und privilegia specialia eines und des andern civis erstrecken kan, indem das jus semel quæsitum niemand ohne sein Verschulden, ne quidem ab Ipso imperatore aut Principe, genommen werden mag. Petr. Anton. de Petra integr. Tr. de jure quæsito per Princip. non tollend. Non etiam est moris Imperatorii, in alterius præjudicium aliquid statuere, aut beneficium alteri indulgere, per l. nec avus. 4. C. de emanc. liber. dergleichen jus quæsitum sonder Zweifel denen Notariis Publ. ex auctoritate Imperatoris zustehet, welches ihnen von niemand, bey Vermeidung derer in ihren diplomatis befindlichen Straffen, benommen werden kan, vielweniger ist eine municipal-Stadt befugt per statutum Sie aus ihrem vom Kaiser erhaltenen Recht zu setzen, zumaln da auch solches statutum de præcise adhibendo Actuario in Inventariis dem juri communi entgegen seyn würde, woselbst, wie oben erwehnt, nur ein Notarius erfordert wird, und aber keine Stadt befugt ist, in negotiis, ad jus commune pertinentibus, statuta zu machen, wo nicht die expressa superioris confirmatio dazu kömmt, Brunn. Cent. 2. Dec. 26. Carpz. lib. 1. Resp. 48. num. 1. seqq. Bruckmann. Vol. 1. conf. 17. num. 10. & 11. Heigius lib. 1. q. 23. n. 33. zu geschweigen, daß die Statuta civitatum pro mero jure conventionali zu achten, und daher den Bürgern wider Willen nicht obtrudiret werden können, Mev. ad Jus Lub. Proem. qu. 2. n. 42. inde etiam nonnisi collegiatos & consentientes ligant, Carpz. P. 2. C. 6. def. 9. num. 3. & 4. und in gegenwärtigem Fall der consensus civium omnium nicht hinzu gekommen, vielweniger ist die citatio illorum, quorum interfuit, scil. notariorum, geschehen, welche doch in solchen actibus præjudicialibus nöthig ist, per l. 33. ff. de adopt. & ibi Dd. conf. l. 2. C. de decurionib. vielweniger ist solches statutum jemals ordentlich publiciret, quæ tamen publicatio etiam ad legem a Principe conditam necessaria, cum antea non obliget. Nov. 66. Zæf. ad tit. ff. de LL. num. 10. seqq. So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß solcher Rathschluß für Rechtsbeständig, bevor die

in-

interessenten gebühlich gehöret, und die Landes-Fürstl. Confirmation erfolget, nicht zu achten, noch die Bürger wider ihren Willen solches zu agnosciren verbunden.

Und hieraus hat auch die 5te Frage ihre Entscheidung, denn weil das Hospital S. Wendelini niemals in obiges SCrum consentiret, solches Hospital auch als ein corpus pium billig grössere Freyheit zu geniessen hat, als gemeine Bürger, gaudent enim Hospitalia jure Ecclesiarum, per rubr. C. de SS. Eccles. Ad Ecclesias vero non pertinent statuta civitatum, Carpzov. P. 3. C. 12. def. 16. n. 10. & in Jurisprud. Eccles. Lib. 3. def. 8. n. 5. § 199. Zumahln solche neue statuta striete zu interpretiren, Carpzov. P. 3. C. 20. def. 11. n. 6. & hinc ultra casum, locum vel personam Expressam non extendenda. Mev. P. 2. dec. 40. n. 5. So ist daher das Hospital S. Wendelini an solchem SCro noch zur Zeit, bis es drüber gehöret, und die confirmatio superioris erfolget, nicht gebunden.

Decisio questionis V.

Die 6te Frage betreffend, sind wir der Meynung, daß das Hospital gar nicht nöthig habe, sich einiges Beweises anzumassen, denn weil, wie oben ausgeführet, die necessitas obsignandi in jure nicht erfordert wird, denen Erben auch frey gelassen ist, ob sie ein solenne inventarium machen, oder an statt dessen eine endliche Specification offeriren wolten, das jus commune auch keinen Gerichts-Actuarium, sondern nur einen Notarium ad solenne Inventarium erfordert, so ist daher das Hospital in possessione libertatis, quæ a probatione relevat, zu lassen, bis ex parte Senatus erwiesen, daß das contrarium bey dem Hospital gebührend eingeführet. Wann aber denuoch zum Überflus das Hospital ihr Herkommen beybringen wolte, so ist bekant in Rechen, quod in causa universitatis vel Collegii, si utilitas ad singula ejus membra non pertinere, habiles sint testes ex ipsa universitate vel collegio. Mev. P. 2. Decif. 86. Carpzov. P. 1. Const. 16. def. 65. n. 5. Derowegen, wenn 2. glaubhafte Personen des Hospitals das oft angeführte Herkommen endlich bestärcken, ist solches nach Beschaffenheit zur Gnüge beygebracht.

Decisio questionis VI.

Contin. III.

LII II

Auf

Decisio quæ-
stionis VII.

Auf die 7te Frage erachten wir für Recht: Obgleich der Rath's-Diener bey der vorgenommenen Versiegelung das mandatum Senatus vor sich gehabt, und also solcher actus pro legitimo, dem Ansehen nach, zu achten. Weil aber dennoch die Versiegelung bereits einmal von dem Herrn mit consens derer anwesenden Erben verrichtet, die Sache auch bloß das interesse privatum derer Mit-Erben betroffen, und dabey das geringste interesse publicum nicht concurrirret, auch eine Obrigkeit in negotiis privatis ex officio sich zu interponiren nicht besugt ist, wann nicht ihr officium darüber implorirret worden, res enim hujus generis ad officium judicis mercenarium pertinet, quod iudex numquam interponit, nisi fuerit imploratus; *L. dies 4. §. hoc autem 8. ff. de damno infect. Carpz. P. 1. c. 9. def. 15. n. 4.* überdem ob die vorige obsignatio mit Recht oder Unrecht geschehen, keine causæ cognitio vorgenommen, sondern das Siegel de facto weggerissen, so mag daher die obsignatio pro legitima nicht gehalten werden. Wie denn auch ferner solche obsignatio nicht von dem Gerichts-Actuario, sondern von dem Rath's-Diener verrichtet, mit dessen officio solches nicht cohærirret, der Actuarius auch, da er selbst bey der obsignation nicht gewesen, darüber kein beständiges instrument aufrichten können, quia de illis tantum conficere potest instrumentum, quod ipse sensibus suis percipit, per *Ord. Notar. de anno 1502. §. die Notarii sollen ibi: so er mit leibl. Sinnen verniercket; quod itaque Notarius vel Actuarius ipse non vidit, aut quod ipso præsentegestum non est, de eo non valet instrumentum. Anton. Faber in cod. Lib. 6. tit. 5. 10. num. 7. Carpz. Part. 3. C. 3. def. 37. n. 3.* Alias enim Notarius vel Actuarius pœna falsi teneretur, si testimonium afferrer de eo, quod non vidisset vel sensibus percepisset. Julius Clarus *Recept. Sentent. Lib. 5. §. falsum num. 19. Decianus Prax. Crim. L. 2. c. 14. num. 31.* endlich auch bekant, quod si iudex de facto procedat, ipse respectum judicis amittat & pro privato reputetur. Schurff. *Cent. 2. Consf. 58. num. 37. Vutej. vol. 2. Consil. Marp. 10. num. 108.* so ist daher die von dem Herrn mit consens der Erben vorgenommene Versiegelung kräftiger, als diejenige

jenige, so von dem Rath mit hinwegreiffung des bereits aufgedruckten Siegels de facto vorgenommen worden.

Die 8te Frage belangend, ist bereits oben zur Genüge dargethan, daß die Erben de jure ad confektionem inventarii nur einen Notarium adhibere dürfen, die obsignation aber gar nicht absolute nöthig, wann nur die Erben solche nichts destoweniger durch einen geschwornen Notarium zu verrichten bereit seyn, und sonst kein interesse publicum bey solcher Versiegelung dargethan werden mag, so sind sie daher nicht schuldig, wider Willen den a Senatu abgeschickten Actuarium zur obsignation zu admittiren.

Decisio quaestio-
nis VIII.

Auf die 9te Frage erachten wir, weil die obsignatio & inventarii confectio über eines Verstorbenen Verlassenschaft nur der Erben Interesse concerniret, auch dergestalt, daß wenn sie die Obsignation und Inventarium unterlassen, sie nach Sachsen-Recht ab actione a creditoribus ea propter movenda per oblationem specificationis juratae sich liberiren können, per adducta in qu. 2. so kan der Rath hierbey kein Interesse, als daß ihr Actuarium von denen Spornulis excludiret wird, mit Bestande angeben.

Decisio quaestio-
nis IX.

Auf die 10te Frage erachten wir für Recht; ob wohl sonst, quod plura vota concludunt, a paucioribus zu observiren ist, *L. quod major. 19. ad municip.* Weil aber dennoch in concursu plurium heredum das interesse singulorum mit unterläuft, in welchem Fall die plura vota nicht concludiren, sondern die Sache entweder per sortem unter ihnen zu entscheiden, oder auch wie in casu plurium tutorum, so sich wegen der Administration nicht vergleichen können, Rechtsens ist, ut Praetor partes suas interponat, *L. 3. §. 6. ff. de administr. Tutor.* der Obrigkeitlichen Decisio solches zu übergeben. So ist alsdann der Senatus wohl befugt, in Entstehung gütlichen Vergleichs durch den Actuarium oder andern Notarium die Versiegelung verrichten zu lassen. B. R. W.

Decisio quaestio-
nis X.

P. P.

Als derselbe über folgende Fragen, unsere in Rechten gegründete Belehrung absonderlich gebeten: (II) Ob durch die *fol. 9. f. b.*

LII II 2

anno.

annotirte Resignation E. E. Rathe, wie man vorgiebet, einige injuria inferiret worden, oder ob nicht vielmehr alle und jede obligationes per alium Notarium (etiam absque ulla causa variationis) resigniret, und von demselben hernach inventiret werden können.

(12) Ob der in dem Schreiben fol. 31. erst etliche Tage nach seiner Obligation bezeugte Consens sämmtlicher Testaments-Erben (massen die Obligation anfänglich mehr nicht als 4. derselben von ihm verlangt) hinlänglich sey, die von ihm geschene Versiegelung (da zumal im Hospital sonst gar nicht versiegelt worden, und dieses nur von ihm, weil die Cammer nicht allzuwohl verwahret, zum Überflus geschehen) rechtlichen zu behaupten?

(13) Ob nicht zum wenigsten E. E. Rath darinnen unrecht gethan, daß er absque omni cognitione in causa propria zugefahren, die vordruckten Siegel abgerissen, und über das nur durch den Rath's-Diener wiederum versiegeln lassen?

(14) Ob solches Verfahren nicht pro specie spoliu zu halten, und was diesfalls dem Hospital für eine action oder imploration competire?

(15) Ob ein E. E. Rath den Meister oder eine andere Person im Hospital, wenn sie seinem Willen und Berordnung wegen ihres eigenen interesse nicht nachleben, nach der fol. 24. annotirten Bedrohung, zu bestrafen befugt?

(16) Ob das Hospital durch diese Abreissung seiner, und Vordruckung E. E. Rath's Siegel, indem hierunter bis daro noch nichts eingewendet, noch sonst vorgenommen worden, in seinem habenden Recht depossediret?

(17) Daferne E. E. Rath, der auf die unterthl. Supplique fol. 32. verhoffentlich einlauffenden inhibition unerachtet, mit dem zugenöthigten Versiegel- und Inventiren wieder fortfahren, und solches mit Gewalt zu behaupten suchen sollte, ob man solcher Gewalt mit Gewalt begegnen, und sie davon abhalten könne?

(18)

(18) Weil bey vielbesagter Hans Thielens Witwe hinterlassenen Erbschafft viele legatarii concurriren, wird hiebey gestaget: Ob dieselben bey Inventirung solcher Verlassenschafft gegenwärtig seyn müsten?

Demnach erachten wir, und zwar auf die 11te Frage, für Decisio 'quæstionis XI.
 Recht: Obwol keinem privato frey stehet, die Obrigkeitl. Siegel wegzuehmen, auch sonst die avulsio sigillorum aliorum eine Beschimpfung mit sich führet, wenn es gleich nur inter privatos geschieht. Theodoric. Colleg. Crim. disp. 8. c. 2. lit. G. Weil aber dennoch die Versiegelung der Verlassenschafft nur in favorem heredum geschehen, damit von der Erbschafft nichts entwandt, und also der Rath dabey kein ferneres Interesse gehabt, als daß aller Erben Bestes befördert werden möge, diese hingegen consentiret, daß durch einen andern Notarium die Resignation geschehen möchte, bey solcher Resignation auch ein mehrers nicht zu attendiren, als ob die vorgedrucktten Sigilla annoch unverlezt seyn, welche recognitio volentibus illis, quorum interest; eben so wohl per tertium als per ipsum obsignantem geschehen kan, und solchergestalt hierbey ganz kein animus injuriandi aut respectum Magistratus violandi vorhanden, sine animo autem injuria non committitur. Carpz. P. 1. Dec. 35. n. 12. Es erscheinet hieraus so viel, daß solche in favorem certarum personarum a Senatu geschehene Obsignation auch wohl von einem fremden Notario, consentientibus illis; quorum interest, resigniret werden können, ausser dem aber die resignationes allzeit von demjenigen, welcher die Versiegelung verrichtet, geschehen müssen.

Auf die 12te Frage erachten wir für Recht, obwol nur 4. Erben Decisio 'quæstionis XII.
 zuerst des Herrn Privat. Obsignation verlanget, und diese als numero pauciores denen übrigen Mit. Erben nicht præjudiciren können, auch zur Zeit des ausgestellten fol. 31. befindlichen Schreibens res nicht mehr integra gewesen. Weil aber dennoch in solchem Schreiben eine pura ratificatio bekanten Rechten nach ad initium actus gesti retrahiret und einem mandato gleich geachtet wird, cap. ratibab. 10. de R. J. in 6to. Gail. lib. 1. obs. 47. in fin. So erschei-

net hieraus so viel, daß dadurch die von ihm vorgenommene Ob-
signment satzsam legitimiret sey.

Decisio qua-
stionis XIII.

Auf die 13te Frage erachten wir, obgleich eine Obrigkeit wohl
befugt, dasjenige, was ad conservationem jurisdictionis & au-
thoritatis gehöret, propria auctoritate zu verrichten, *arg. L. fin. ff.
de off. ejus cui mand. jurisd.* daher auch ein judex injuriam sibi ra-
tione officii illaram eigenmächtig vindiciren kan, *Gail. lib. 1. Obs.
39. num. 2. Brunnem. in tit. C. ne quis in sua caus. judicet*, und
dieses ad injuriam Senatus zu gereichen scheint, daß man die Ver-
siegelung ohne dessen Willen vorgenommen. Weil aber bey Ent-
scheidung derer vorigen Fragen genugsam ausgeführet, daß die
Versiegelung eine res indifferens sey, und in arbitrio heredum
stehet, ob und durch wen sie die Versiegelung vornehmen wolten,
das Hospital auch jederzeit in observanz gehabt, entweder die
Cammer nur zu verschließen, oder solche ohne Vorwissen des Ma-
gistrats versiegeln zu lassen, und solchergestalt der Herr bey vorge-
nommener Versiegelung in actu illicito nicht verfiret; in licitis ve-
ro animus injuriandi non præsumitur *L. si non convitii §. C. de
injur. & ibi Dd. cum, qui suo jure vel libertate communi utitur,
nemini faciat injuriam, L. injuriarum 13. §. 1. ff. de injur. L. si
in meo 21. ff. de ag. pluv. arc. Menoch. tit. 6. præsumt. 9.* Hier-
bey auch kein interesse publicum, sondern nur ein lucrum priva-
tum, ratione sportularum, da billig eine causæ cognitio vorher-
gehen sollen, cum actus a judice gestus, non citatis illis, quorum
interest, regulariter sit nullus. *Zanger. de Except. P. 1. c. 2. n. 5.
Carpzov. P. 1. C. 9. def. 16. num. 5.* So erscheinet daraus so viel,
daß der Rath in Abreißung der Siegel vor geschēhener causæ co-
gnition denen Rechten gemäß nicht verfahren.

Decisio qua-
stionis XIV.

Auf die 14te Frage erachten wir, ob gleich pro judice allezeit
zu præsumiren, quod ex iusta causa fecerit, quicquid fecit. Weil
aber, wie bereits oben erwehnet, der judex in diesem Fall secundum
ordinem juris nicht, und also nullitor verfahren, *L. prolatam 4.
C. de Sentent.* und also bekant, quod si judex sine causæ cogniti-
one procedat, ipse induat personam privati, *Reusaer. lib. 3. Consil.
10. num. 37.* Imo pro spoliatore reputetur, *Sixtius Vol. 2. Consil.
Marp.*

Marp. 10. n. 108. Menoch. remed. 8. recup. possess. n. 11. und deshalb die actio injuriarum wider ihn statt findet, L. nec Magistratibus 32. ff. de injur. Wesenb. part. 1. conf. 1. n. 46. vers. quanquam autem. Menoch. dict. remed. 8. n. 10. So erscheint hieraus so viel, daß gegenwärtiges factum zwar nicht pro plenaria dejectione seu spolio, jedennoch pro turbatione possessionis in libertate zu achten und daher ex interdicto uiri possidetis, oder auch actione negatoria vel injuriarum g. Flagt werden könne.

Auf die 1ste Frage erachten wir, ob gleich ein Judex seine jurisdiction durch Straf-Geboth wohl defendiren kan. *tot. tit. ff. si quis jus dicenti non obtemperav.* Weil aber dennoch E. Rath in gegenwärtigem Fall ein blosses interesse privatum sachet, und also mehr pro parte als pro judice zu halten, zumalen er bereits hierinnen de facto verfahren, und also nunmehr der Rath contra jura sein eigener Richter seyn würde. So ist daher derselbe den Meister des Hospitais, wenn er denen eigenmächtigen Verordnungen nicht pariret, mit einiger Strafe zu belegen nicht befugt, oder wo dergleichen geschehen solte, so wird darwider die appellation ad superiorem billig eingewendt.

Decisio quæstionis XV.

Die 16te Frage betreffend, ob gleich sonsten eine possessio vel qualificatus juris auch wohl unico actu acquiriret werden kan, adeo, ut qui unum actum ultimum pro se habet, in possessione sit defendendus. *Posth. de manut. obs. 18. n. 3. seqq.* Weil aber dennoch dieser actus nicht quietus gewesen, sondern demselben widersprochen worden, auch hieraus gegenwärtige controversia entstanden, in welchem Fall bekant, quod actus ille, qui causam liti dedit, non probet possessionem, nec pariat manutationem. *Posth. obs. 17. n. 44.* So ist daher das Hospital pro dejecto nicht zu achten, sondern es kan solches die manutationen libertatis in obsignando billig suchen.

Decisio quæstionis XVI.

Auf die 17te Frage erachten wir, obgleich einer Obrigkeit sich niemand opponiren soll, als welcher auch nach göttlichen Gesetzen aller Respekt zu erweisen ist. *Rom. 13. Mascard. de Probat. Concl.*

Decisio quæstionis XVII.

627. n. 17. Weil aber dennoch solches anderer Gestalt nicht zu verstehen, quam si Magistratus officio suo secundum juris præscriptum fungatur, weil er sonst, wie bereits oben angeführt, pro privato geachtet wird, und bey denen Rechts-Lehrern in confesso, quod iudici de facto procedenti de facto resisti possit; *Cap. consequente X. de restit. spol. L. 5. C. de jure Fisci. Menoch. remed. 8. recuper. poss. n. 8. Farinac. qu. 32. n. 37.* welches um so viel mehr statt finden muß wann wider sothane attentata sofort die appellation eingewandt wird, cum hæc a quovis gravamine etiam extrajudiciali fieri possit, Lyncker. *Tract. de gravam. extraj. Sect. 1. membro. 1. Carpz. P. 1. const. 12. def. 10. n. 5. Gail. lib. 1. observ. 120. n. 12.* und ebendiesen effect die inhibito superioris haben muß; So erscheint daraus allenthalben so viel, daß, wann post inhibitionem oder auch post interpositam appellationem der Rath verfahren wolte, man demselben wohl widerstehen, und dessen de facto vorgedruckte Siegel gleicher gestalt de facto hinwieder abreißen möge.

Decisio quæ-
stionis XVIII.

Die 18te Frage betreffend, ist secundum jus commune bekannt, quod ad inventarii confectiohem non tantum creditores citandi sint, sed etiam legatarii & fideicommissarii per *Nov. 1. c. 2.* Weil aber ex omissione legatariorum das inventarium nicht sofort annulliret wird, sondern wann diese einen Zweifel bey dem aufgerichteten inventario haben, solches per juramentum heredis & testium genugsam suppliret werden kan, *d. Nov. 1. c. 2.* hiernächst auch diese dispositio Novellæ quoad citationem creditorum & Legatariorum fast nirgends recipiret, *Brunn. ad L. fin. C. de iure delib.* vielweniger in Sachsen solche angenommen, da ohne dem die specificatio jurata vim solennis inventarii hat, adeo ut amplius non obligetur heres, nisi quatenus res hereditarias jurato indicaverit. *Carpz. P. 1. Dec. 25. n. 33. Coler. P. 1. Dec. 68. n. 2. seqq.* So ist daher nicht nöthig, daß die Legatarii zu Aufrihtung des inventarii erfordert werden. **B. R. W.**

De tempore
inventarii con-
ficiendi.

§. VI. Non aliter autem beneficium inventarii prodest heredi, nisi legitime confectum sit, ubi, in *l. f. §. 2. C. de jur. delib.* ratione temporis (I) requiritur,

ut

ut intra 30. dies post apertas tabulas, vel postquam nota ei apertura fuerit, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium, & intra 60. alios dies modis omnibus impleatur, nisi heredes absint, tunc ad minimum intra anni spatium perficiendum *cit. l. §. 3. Conf. Richter. decis. 59. n. 2. seqq.* Moribus hoc tempus tamen prorogari posse ob justam causam., Dd. statuunt, Carpz. *P. 3. C. 33. def. 13. n. 4. Hahn. ad Wesenb. b. t. versf. cujus tamen. Rittershusius ad Nov. p. 6. c. 8. n. 7.* Tempus hoc quoque hodie observari solet, & statutis locorum variis confirmatum est, ut jure Hamburg. *P. 3. tit. 7. art. 2.*, uti ex verbis §. II. relatis apparet, item Noribergensi. *cit. 38. leg. 1. §. 2. &c.* Jure Magdeburgico non potest inchoari confectio inventarii intra trigessimum, sed post lapsum trigesimi nach Ablauf des dreysigsten. *Ord. polit. Magdeb. c. 43. §. 11.* Quod & juri Saxonico conforme esse videtur, Carpz. *P. 3. c. 14. def. 14.* quo ante trigessimum heredes possessionem hereditatis apprehendere nequeunt. *Id. cit. l. def. 16.*

§. VII. Præterea (II) alia solennia in confectioe inventarii observanda sunt, veluti (α) quod citandi sint creditores, legatarii alique quorum interest, alioquin tres adhibendi testes, *Nov. 1. c. 2. §. 2. (ε)* quod heres subscribere inventarium debeat, (γ) tabularii manu conscribendum sit, (δ) venerabile signum crucis apponatur. *Conf. Mev. P. 2. decis. 356.* Eadem fere solennia repetita sunt Statuto Hamburg. *P. 3. tit. 7. art. 4.* Damit aber der Erbe solcher Wohlthat wirklich zu genieffen haben möge: so wird bey solcher inventirung erstlich erfodert, daß er auf Erlaubiß des Raths alle des verstorbenen Glaubiger, und diejenigen, welchen im Testament etwas vermacht, so viel derselben in dieser Stadt und Gebieth, durch des

De forma inventarii.

Contin. III.

M m m m

Ge

Gerichts Diener einen, oder da dieselbe nicht alle bekant, durch einen öffentlichen Anschlag und proclamat, bey Auf- richtung des inventarii auf gewisse darzu bestimmte Zeit und Stelle, so ihnen dabey angezeigt werden soll, zu er- scheinen, eines für alle heischen und laden lasse, und darauf alsdann durch den Gerichts-Schreiber in Beywesen zweyer glaubwürdigen Zeugen, welche den Verstorbenen gekannt, zusammt denen citirten und erscheinenden Glaubigern und legatarien, auch so noch andere Glaubiger außer dieser Stadt-Gebiete, so nicht citiret wären, an dero- selben statt dreyer darzu insonderheit erbetener Erbgeses- senen Bürger, alle und jede des verstorbenen Haab und Güther, Schulden, Gegen-Schulden, Brieffliche Uhr- funden und alles anders, was in des Verstorbenen Ver- lassenschaft bey seinem Ableben befunden, ordentlich und unterschiedlich, mit eines jedweden Beschaffenheit, æsti- mation und Werth inventiret und beschrieben, folgendß auch dasselbe inventarium zu End nicht allein durch den Gerichts-Schreiber, welcher dasselbe verfertiget, sondern auch durch den Erben selbst mit eigener Hand, oder wo- ferne derselbe nicht schreiben könnte, durch einen andern deswegen requirirten Notarium, daß solch inventarium von ihm, dem Erben, getreulich und ohne Argelist und Gefehrde aufgerichtet sey worden, unterschrieben wer- den. In subsequente §. 5. additur, quod, omiffa hac for- ma, heres inventarii beneficium amittat, & ad æs alie- num in solidum præstandum teneatur. In plerisque aliis locis Germaniæ hæc forma plerumque negligitur, suffi- citque, si vel a Notario vel ab Actuario iudicii inventa- rium confectum sit, licet nec creditores aut legatarii cita- ti, nec heres illud subscripserit, multo minus venerabile signum crucis ei addiderit. Vid. Rutger. Ruland. *de Com- miss.*

miss. p. 4. lib. 5. c. 12. n. 6. Mynsing. conf. 79. n. 5. Richter. dec. 59. n. 23. Rauchb. p. 2. qu. 24. n. 11. seqq. Notanter Mev. P. 2. decis. 356. n. 11. seqq. ait: Primo occurrit, hodie nullibi tam strictam constitutionis Justinianæ formæ inventario præscriptæ observantiam reliquam esse; sed aliqua imo multa in usu esse desisse. Deinde uti certum est, plerisque in locis, præsertim in Germania, pluribus ejus legis præscriptis contraria vel alia consuetudine esse derogatum, ita etiam ei consequens, non præprimis, ubi de inventarii forma & substantia quaeritur, considerandum, quid constitutio ista velit, sed quid consuetudo alicubi recepit, & quomodo in unaquaque provincia inventaria hodie confici, & confecta in judicio sustineri soleant. Conf. Hahn. ad Wesenb. b. t. inf. Brunnem. ad l. f. C. de jur. delib. n. 15. 18. 21. Lauterb. de inventar. hered. §. 15.

§. VIII. Quod si non omnia bona fide inventario inserta, sed quædam dolose omissa sunt, duplum reddere cogitur. *l. f. §. 10. C. b. t. ibique Brunn. n. 48, Carpz. cit. l. def. 6. inf. Hanc pœnam dupli tamen hodie non amplius obtinere, sed simplum solvendum & judicem arbitrariam pœnam dictare posse, tradit Struv. ex 33. §. 56. in f. & præjudiciis confirmat Richter. decis. 59. n. 17. Carpz. pr. Crim. P. 2. qu. 83. n. 84. Lauterbach. cit. l. §. 12. n. 13. Beneficium tamen inventarii nihilominus salvum manet; cujus privatio hoc casu a legibus non reperitur dictata, uti probat Hahn. de benef. invent. hered. §. 27. Brunnem. cit. l. Mev. P. 2. decis. 356. n. 14. seqq. Sande. lib. 4. tit. 12. def. 5. Myns. cent. 6. obs. 39. n. 6. Statutis tamen quorundam locorum aliud cautum est, ut statuto Hamburg. & jure provinc. Wûrtemberg. teste Lauterbach. cit. l.*

§. IX. Singularia quædam circa hanc materiam non-Dispositio in-
vissime ab augustissimo Rege Borussiae constituta sunt in-
Ord. Cam. Brandenb. tit. 29. §. 4. seqq. quæ hic adjicere lubet: Brandenb.

Mmm mm 2

Da

Damit die Sache unter dem Vorwand, daß einer nicht Erbe sey, oder daß das Inventarium noch nicht conscribiret worden, nicht aufgehalten oder verzögert werde; so wollen wir, daß diejenigen, welchen eine Erbschaft, ex quo titulo es wolle, zufällt, binnen drey Monathen von dem Tage des Erblassers Absterben an zu rechnen, entweder ein solennes Inventarium über dessen Verlassenschaft, oder an statt dessen eine Specification, so wie sie solche auf Erfordern eydlichen bestärcken können, conscribiren sollen. Nach ablauff dieser drey Monathlichen Frist sollen die Erben innerhalb anderwärtigen drey Monathen Gerichtlich sich erklären, ob sie die hæredität ohne Beding, oder cum beneficio legis & inventarii antreten wollen. Gleiche Bewandniß soll es auch mit denen überbleibenden Ehe-Gatten beyderley Geschlechts haben, und müssen demnach dieselbige obige Fristen, so wohl wegen Verfertigung eines Inventarii oder Specification, als auch der Erklärung halber, ob sie portionem statutariam erwehlen, oder von der hæredität abstiniren wollen, genau observiren, es sey wegen Erbschaft Streit entstanden oder nicht. Solte aber einer oder der andere vorgesezte Fristen bey Conscribierung des Inventarii oder Specification vorbey gehen lassen, auch sich wegen der Antretung der Erbschaft vordeschriebener massen nicht erklären, soll derselbe nachgehends mit keiner ferneren Declaration gehöret, noch ihm ohne richtige Ursachen ein weiteres spatium deliberandi verstatet, sondern er pure pro herede und des beneficii legis & inventarii verlustig geachtet werden.

LIBER XXIX.

TIT. I.

DE TESTAMENTO MILITIS.

§. I.

De usu generali.

Privilegia testamenti militaris, jure Romano determinata, adhuc hodie obtinere, in dubium vocari nequit, postquam illa tot judicatis & præjudi-

judiciis, & sic ipsa praxi corroborata sunt. Fuerunt quidem, qui dubitarunt, utrum privilegia jure Romano militibus indulta, militibus nostri temporis applicari & tribui possent? M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art.* 3. n. 61. Thesaur. *decif. III. n. 5.* Petrus Ant. de Petra *tr. de fideic. qu. II. n. 164.* Quod eo magis in dubium vocatum est, quia in *Ordin. Notar. Maximil. I. de anno 1612. von Testamenten. §. und sollen die Notarien.* hoc privilegium tantum tributum est *denen Rittern*, quales videntur esse *equestris ordinis milites*. Sed recte respondet Meier. in *C. J. Arg. b. 1. §. 3.* hanc denominationem etiam applicari posse omnibus militibus, qui proinde etiam vocantur *die Ritters-Reute*. Accedit, quod etiam ratio, quæ militibus hoc privilegium indulget, scilicet periculorum multitudo, quibus expositi sunt, nostri temporis militibus æque conveniat, ac quidem Romanis, adeoque merito eodem jure frui debeant. Atque hanc sententiam etiam universali Germaniæ consuetudine approbatam esse, docent unanimiter Dd. Vid. Meier. *cit. l. Gail. 2. obs. 118. n. 1. seqq.* Franciscus Viv. *decif. l. 3. Neap. 491 Menoch. conf. 408. n. 56. Carpzov. P. 3. C. 4. def. 26. n. 4. & in jurispr. eccles. l. 2. def. 249. n. 4. Treutl. vol. 2. disp. 10. tb. 6. tit. 6. ibique Bachov. Brunnem. ad rubr. b. 1. n. 2. Gudel. de jure noviss. l. 3. c. ult. Dn. Harprecht. de testam. pagan. in hostico conf. tb. 107. seqq. Lauterbach. b. 1. §. 13.*

§. II. Magis forsan dubitari posset, utrum hoc privilegium etiam competat militibus equestri ordinis & inprimis militiae sacrae addictis? Quamvis enim in *ab. Not. Ord.* mentio fiat *der Ritter*, nihilominus tamen jam monui, omnino dubitari posse, utrum hac voce hujusmodi equites intelligi possint. Scilicet con-

An eodem privilegio hodie gaudeant equestri ordinis milites?

M m m m 3

stat

stat ex jure nostro, quod militibus hoc privilegium non aliter competat quam quatenus in expeditione sunt constituti *pr. §. 3. F. b. t. h. e.* qui in presenti statu belli sunt. At vero tales non sunt hodie militiæ sacræ addicti in Germania, cum raro actu militent, & ita privilegia militibus actu militantibus indulta sibi vindicare nequeunt. Merenda 6. *controv. 8. Mantica de conject. ult. vol. lib. 6. tit. 1. n. 35.* Nam neque præfidiarii milites testamentum militare condunt, quia non sunt in expeditione positi, Brunnemanh. *ad l. f. ff. b. t. n. 2.* nisi excubent ejusmodi in locis, quæ perpetuis hostium excursibus exposita sunt, uti monui *in tr. de caut. testam. c. 9. §. 4.*

Quomodo
hodie milites
testentur?

§. III. Ipsum privilegium militum in eo consistit, quod ex nuda voluntate eorum, quomodocunque declarata, valeat testamentum sine omnibus solennitatibus testibusque, si modo in scriptis testentur, *l. 15. C. b. t. l. 1. l. 20. l. 24. l. 40. ff. b. t.* adeo ut valeat testamentum in schedula notis exaratum, ein concept, licet vel maxime propter mortem intervenientem militis literis integris perscribi haud potuerit *l. 40. b. t.* Verum *in Ord. Notar. de anno 1512. von Testamenten. §. und sollen die Notarien* tres casus sunt distincti. Primus est, si milites tantum in castris degunt, qui ad minimum duos testes hodie adhibere debent, si vel maxime in scriptis testentur, *von Rittern die zu Felde, und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl Zeugen nachgelassen bis auf zween,* quod jure Romano haud requiritur. Secundus casus est, si in acie sint, qui quomodocunque volunt, ultimam suam voluntatem exponunt: *Über die Ritter, die in Übung des Streits sind, mögen ihr Testament machen, ohne alle Solennität und Form und wie sie wollen.* Tertius denique casus est, si milites nec in castris, nec in prælio de-

deprehenduntur, qui secundum jus commune testari debent: jedoch die Ritter, so nicht in solcher Übung und Streit, noch auch zu Felde liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen. Atque secundum hanc distinctionem hodie milites ultimam suam voluntatem condere debent. Gail. 2. obs. 118. Carpz. cit. def. 26. Richt. P. 1. dec. 38. n. 10. Brunn. ad J. 15. C. b. t. Hahn. ad Wesf. b. t. n. 2. in f.

§. IV. Quod autem dictum est, militem, qui nec in acie est, nec in castris degit, jure communi testari posse, merito ita intelligendum est, si extra belli statum positus sit, ut commode jure communi testari queat. Quid enim si in conflictu lethaliter vulneratus & ad vicina loca translatus sit, ibique jure privilegiato testetur, annon testamentum tale jure militari valere debeat? quod merito affirmandum, cum ratio privilegii militaris hic quoque concurrat, quemadmodum *M. Jan. 1705.* sequentem in modum respondimus.

An sufficiat, si miles in conflictu lethaliter vulneratus sit, sed extra conflictum testetur?

Hat Hauptmann H. F. von S. als er unweit Nördlingen in einer action von dem Feinde verwundet worden, sich darauf nach Nördlingen bringen lassen, und daselbst ein Testament, jedoch ohne gehörige solennitäten, vor 4. Zeugen gemacht, und will nun dieses Testament von dem S. impugniret werden, deshalb gefraget wird: ob der verstorbene S. in Nördlingen jure militari testiren können?

Facti Species.

Ob nun wohl dazumahl der testator weder in expeditione ipsa, noch in castris gewesen, noch auch in prædiis, indem Nördlingen damals in so großer Gefahr nicht gestanden, folglich da S. Zeugen genug haben können, auch in Sicherheit gewesen, es das Ansehen gewinnet, daß solches Testament jure militari nicht bestehen könne, und weil die requisita juris communis ermangeln, für null und nichtig zu halten.

Rat. dub.

Weil

Rat. Decid.

Weil aber dennoch allhier wohl auf den Grund der Gesetze zu sehen, warum nemlich so wohl die Römischen Rechte, als auch hernach die Reichs Ordnunge denen Soldaten so grosse Freyheit zu testiren verstattet, nemlich nicht sowol propter conditionem loci, als propter summum periculum, quod sustinent reipubl. causa, und dann solche ration sich vornemlich in diesem casu findet, da der Testator nicht allein in Gefahr gewesen, sondern auch in conflictu tödtlich blessiret, und also den Schaden schon wirklich davon gehabt, daß er wider den Feind nicht mehr streiten können, und in solchem Zustand das Testament aufgerichtet, da die Gefahr des Todes noch bey ihm aus der vom Feinde empfangenen Wunde, oder gleich nach Wundlingen gebracht worden, continuiert, er auch, weil er den Tod vor Augen gesehen, nicht lange Zeit gehabt, ein ordentliches solennes Testament zu machen, gleichwie er denn bald darauf verstorben, und daher solches billig dafür zu halten, als ob er in ipso loco conflictus das Testament gemachet, und also dieses alles pro uno actu continuo zu achten, folglich hier der casus gar nicht ist, da ein Soldat extra periculum in einer Stadt ein Testament machet, sondern solches ex benigna interpretatione ultimæ voluntariæ, tam privilegiatæ pro testamento militis in expeditione seu in castris condito wohl geachtet werden mag.

Decisio.

So ist daher dieses Testament jure testamenti privilegiati militaris für beständig allerdings zu achten **B. R. W.**

An hodie milites capite damnati indistincte testentur?

§. V. Ante omnia tamen supponitur in milite habitas ad testamenta ordinanda, quæ si desit, nec jure militari testari potest. Sic captus ab hostibus testamentum condere non poterat *l. 10. ff. b. t.* quod tamen hodie aliter sese habere, supra *tit. de testam.* jam indicatum est. Sunt tamen quidem casus hic excepti in jure Romano, qui breviter excutiendi. Nam (I) ex militari delicto capite damnati testamentum facere poterant, sed tantum super bonis castrensibus, modo sacramenti fides non esset rupta, & jure militari testaretur *l. 11. pr. ff. b. t. l. 13. C. b. t.* Verum quemadmodum supra *tit. de test.* jam demonstravi, capite damnatos hodie condere testamenta posse, ita hoc ipsum non

non amplius inter privilegia militaria referri potest, & consequenter valet hodie testamentum militis capite damnati, sive jure communi, sive militari ex privilegio ultimam suam voluntatem ordinaverit; imo nihil refert, utrum ex delicto militari, an vero communi, an denique ob sacramenti fidem ruptam condemnatus fuerit. (II) Jure militari surdus & mutus testamentum facere ante causariam missionem poterat, *l. 4. ff. b. r.* quod sine dubio intelligendum de muto & surdo, qui non natura, sed ex accidente talis factus est.

An adhuc hodie surdi & muti milites privilegium habeant?

Cum enim paganis tali vitio laborantibus testamenti factio esset denegata, merito hoc inter privilegia militum referri debuit. Ast postquam in *l. discretis 10. qui testam. fac. poss.* etiam paganis, qui muti & surdi ex accidente facti sunt, testamenti factio concessa est, dubium non leve subnascitur, utrum hodie militibus adhuc privilegium inde tribui possit? Negat hoc Dauth de *testam. rubr. qui testam. fac. poss. n. 194.* Verum recte contrarium asserit Brunnem. *ad l. 10. cit. n. 4.* cum nihilominus adhuc quædam prærogativa militibus, quatenus jure militari testantur, competat, dum solo nutu & signis declarare possunt voluntatem suam ultimam, & proinde testari, licet vel maxime scribere nequeant; quod tamen negatum est paganis mutis & surdis, qui scribere nequeunt, quibus plane jure communi negatum est jus testandi, prout dixi in *caut. testam. cap. IV. §. 31.* Conf Michalor. de *cac. surd. & mutis c. 59.* Imo pagano, qui tot adhibitis solennitatibus disponit, facilius concedi potuit, ut in tali vitio constitutus testetur cum fraudes hic non tam facile committi possint, ast miles surdus & mutus sine omnibus solennibus ita testatur absque tali diligentia, ad fraudes

Cont. III.

Nnn nn

evi.

evitandas excogitata, unde merito hoc ad jus singulare militum adhuc hodie referendum erit. Quid quod per legem posteriorem generalem non tollantur illa, quæ antea in speciali casu disposita sunt *l. 26. & 28. ff. d. LL.*

An hodie adhuc singulare sit, quod emancipatione militis testamentum non contrahat?

(III) Præterea miles si vel maxime in adoptionem datus fuerit, tamen ejus testamentum valet, quasi ex nova militis voluntate, ut irritum non fiat *l. 12. ff. b. t.* Id hodie adhuc ad privilegia militum referendum esse, velinde apparet, quod supra *tit. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* ostenderim, hodie quoque per arrogationem paganorum testamenta corruere.

De pagni testamento in hostico constituti.

§. VI. Idem privilegium quoque extensum est ad paganos in hostico constitutos, illicque extinctos *l. f. ff. b. t. l. un. ff. de B. P. ex. testam. milit.* quæ duo necessario adesse debent. Unde facile apparet, distinctionem illam, quæ in *Ordin. Notar. Maximil. I. von Testamenten, §. und sol. len.* habetur, hic plane applicari non posse, cum pagani in castris, extra hosticum constituti, ne quidem jure militari testari queant. vid. *Dn. Harprecht. de testam. pag. in hostico confecti, §. 94.* Neque vero hoc privilegium restringendum est ad eos solos paganos, qui ex necessitate officii in hostico reperiuntur, sed ad omnes omnino *perzinet, qui ejus sunt gradus, ut jure militari testari non possint. l. f. b. t.* quæ sententia in praxi recepta est, demonstrante *Dn. Harprecht. cit. l. §. 34. seqq. & §. 46. inf. præjudicio confirmante. Conf. eund. cit. l. §. 107. seqq.* ubi praxin hujus doctrinæ defendit.

An principes hodie jure militari testari possint, si extra expeditionem sunt?

§. VII. Non desunt quoque, qui privilegium hoc extendendum esse volunt ad duces & principes, etiam si extra expeditionem sunt constituti, proinde nonnquam clausulæ codicillari inferere solent, quod hoc testamentum omni modo, etiam militari, valere debeat, *propt*

prout exemplo declaravi *in caut. testam. C. 5. m. 2. §. 5.* Verum hæc sententia merito reprobanda est, cum principes qua tales non sint milites, adeoque non aliter jura militum sibi vindicare possint, quam si in expeditione positi fuerint, quo posito clausula adducta caret omni effectu. Decius *conf. 516. n. 4.* Qua forma autem hodie principes imperii ultimæ suæ voluntatis contestationem adornare debeant, fufius expositum est *in caut. testam. c. 5. m. 2.* ad quod brevitatis causa me refero. De reliquis privilegiis hujus testamenti militaris in praxi dubium nullum occurrit, adeoque de his exponendis hic non laborandum est, cum tantum usum modernum juris Romani, eumque potissimum dubium, evolvere constituerim.

§. VIII. Præter testamenta militaria adhuc alia privilegiata sunt, veluti parentum inter liberos, quorum praxin jam exposui *in tr. caut. de testam. c. 10.* Habent hæc testamenta quædam singularia, veluti quod annus & dies, ipsa liberorum nomina, imo & uncix, in quibus instituuntur, exprimi debeant, de quorum requisitorum praxi ne dubitari ullo modo queat, præjudiciis quibusdam illam illustrabo. Sic Mens. Septemb. 1704. ad quæstionem nobis propositam: Ob Frauen P. M. v. B. dispositio, so von ihr mit eigener Hand geschrieben, und auf allen Blättern unterschrieben, in Ansehung, daß sie die Kinder mit Namen nicht genannt, noch das Jahr darzu gesetzt, in Rechten beständig sey? hoc modo respondimus: Wann gleich eingewandt werden möchte, daß die libertas sine solennitate testandi so wol einer Mutter als dem Vater de jure zustehe *per l. 21. §. 1. C. de testam. Hartm. Pistor. p. 1. qu. 1. n. 15.* und daher ad certitudinem voluntatis hauptsächlich zu respiciren, woran hieselbst kein Mangel ist, indem dieses Testament ein holographum, De testam. parentum inter liberos.

Rat. Dub.

Nnn nn 2 wel-

welches noch darzu auf allen Seiten von ihr unterschrieben, und darin keines von denen Kindern excludiret worden, überdem da kein ander Testament produciret werden kan, wegen des ausgelassen dari, solches dem Ansehen nach nicht impugniret werden mag.

Rat. Dec.

Weil aber dennoch denen Eltern eine gewisse forma testandi inter liberos vorgeschrieben, welche sie zu überschreiten nicht befugt sind, dahin dann gehöret, daß der Kinder Namen specialiter exprimiret werden müssen, *Nov. 107. c. 1. Carpz. P. 3. C. 4. def. 17. n. 8. adeo ut hoc omisso testamentum corruar, Hartm. Pistor. P. 1. qu. 2. n. 14.* hiernächst auch nöthig ist, daß die Kinder ordentlich zu Erben eingesetzt werden; *Gail. lib. 2. obs. 112. n. 11. Richter. decis. 29. n. 23. & 25. Carpz. d. Constit. 4. def. 21.* welches beydes hieselbst ermangelt; leztlich auch die expressio anni & diei ad formam gehöret, dessen Auslassung abermal eine nullität nach sich ziehet, *Carpz. lib. 6. resp. 33. n. 2. Mev. cons. 94. n. 25. Manz. de testam. val. & inval. tit. 4. qu. 3. n. 10.* So erscheint daraus so viel, daß solches Mütterl. Testament zu Recht nicht beständig sey. *B. R. W. Similiter ann. 1700. Mens. Mart. in casu pene simili ita respondimus: Obwol bekant, daß eine Mutter gleich einem Vater wohl befugt sey, sine omni solennitate zu restituiren, und die Kinder solchen lezten Willen nach ihrem Tode zu respectiren schuldig sind.*

Weil aber dennoch die Eltern ihre Kinder mit Namen zu Erben einzusetzen, oder aus rechtlichen Ursachen zu enterben verbunden sind, dergestalt, daß, wenn einige Kinder in solchem Testament nicht benennet, dadurch die ganze Disposition annulliret wird. *Pr. Institut. de hered. instituend. L. 30. ff. de liber. & postb. hered. instit.* Dieses auch nicht allein in testamento solenni, sondern auch in dispositione parentum inter liberos observiret werden muß, dergestalt, daß wenn gleich die Kinder mit Namen benannt, ihnen aber die legitima titulo institutionis nicht verlassen wäre, solches Testament gänzlich dahin fällt, *Carpz. P. 3. Const. 43. def. 21. Gail. lib. 2. obs. 112. n. 11. Mev. P. 4. decis. 14. Brunnem. vol. 1. cons. 34. n. 12.* und solcher Mangel sich in dieser jezigen Disposition hauptsächlich befindet, indem ganz keine heredis institutio

turio vorhanden, der Töchter Namen auch nicht exprimiret, sondern nur generaliter gedacht worden.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß diese ganze disposition zu recht unkräftig. *B. R. W. Similiter M. Febr. 1705. de validitate materni testamenti consulti, responsum sequens a Facultate nostra conceptum est, ex quo simul de diverfitate inter testamentum parentum inter liberos & divisionem parentum constare poterit.*

Hat eine Mutter unter ihren Kindern aus zweyfacher Ehe Facti Species. in nachgefezter maffe disponiret:

Mit meinem Vermögen soll es unter meinen Kindern folgender Gestalt gehalten werden: „Solte sich meine ledige Tochter nicht verheyrathen, sondern so versterben, so ist mein Wille, daß, was sie von uns bekömmet, solle wieder auf alle Erben insgesamt, als auf die Geschwister, fallen, und ausgetheilte werden, doch mit dem Beding, wenn eines unter den P. Kindern lebendig oder ohne Erben versterbet, die H. Kinder auch mit erben sollen. Man soll auch gemeldter meiner Tochter einen Freund zum Vormund verordnen, damit ihr recht vorgestanden, und das Capital ohne Noth nicht geschwächet oder angegriffen werde.“ Da nun von den nachgelassenen Kindern voriger Ehe ein Bruder verstorben, und obgedachte ledige Tochter, anderer Ehe, Kraft igtewehnter mütterlicher Disposition mit dessen vollbürtigen Geschwister succediren will, so wird gefragt, was disfalls Rechtens sey:

Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß zwar die Rat. Dub. soror uterina per germanos ab intestato excludiret würde, solches aber keinesweges ad successionem testamentariam zu extendiren, allermassen per testamentum auch wohl ein extraneus denen Kindern conjungiret oder substituirt werden könne, wie denn hierunter keine iniquität obhanden zu seyn scheint, indem hieselbst eine mutua substitutio ist, daß nemlich, wenn die ledige Tochter versterben würde, ihre Verlassenschaft auch auf die P. Kinder fallen solle; mit diesem Beding, daß, wenn eines unter denen P. Kindern ledig versterbe, es mit den H. Kindern

Nnn nn 3

glt

gleicher gestalt gehalten werden solle, dergleichen substitutiones pro favorabilibus geachtet werden, und im übrigen kein Zweifel, daß auch eine Mutter unter ihren Kindern sine ulla solennitate fräfstia disponiren könne. *L. Hac consultissima 21. §. 1. C. de testam. Richter. decis. 29. n. 84.*

Rat. Decid.

Weil aber dennoch gegenwärtige Disposition weder die formam externam noch internam eines testamenti inter liberos hat, allermassen dabey kein annus & dies befindlich, welches doch in denen Rechten ad dispositionem parentum inter liberos expresse erfordert wird, *Nov. 107. c. 1. Hartm. Pistor. P. 1. qu. 2. n. 1. §. 14. Carpzov. L. 6. Resp. 33. num. 2.* hiernächst auch quantum ad formam internam keine heredis institutio dabey zu befinden, welche doch das fundamentum omnis testamenti ist, dergestalt, daß auch in testamento inter liberos die Kinder zum wenigsten in legitima zu Erben eingesetzt werden müssen, *Carpz. P. 3. Const. 4. def. 21. Mev. P. 4. decis. 14. Pruckmann. Vol. 1. conf. 34. num. 12.* und ob man gleich diese mütterliche Disposition als eine divisionem inter liberos ausgeben wolte, welcher sie auch fast am ähnlichsten ist, und solche divisio absque titulo institutionis & sine solennitate bestehen kan, *L. f. C. famil. hercisc. Carpzov. d. Const. 4. def. 22. adeo ut nec annum & diem exigat, sed sola matris scriptura sufficiat, Hartm. Pistor. P. 1. qu. 2. num. 29.* doch in diesem Fall der Mutter intention gewesen, ein Testament zu machen, wie sie es denn dergestalt ein Testament expresse nennet, tale vero negotium unumquodvis esse censetur, quale ab ipso agente appellatur, *Menoch. L. 3. praef. 122. n. 16.* und gesetzt, daß es als eine dispositio inter liberos subsistiren könnte, doch offenbar, daß darinnen keine substitutiones geschehen können, weil hieselbst ab intestato succediret werden muß, per clara verba *d. L. ult. C. fam. herc.* *Carpz. d. Constit. 4. def. 22. num. 4.* ab intestata aber notorii juris, daß die halbbürtige Geschwister von den vollbürtigen Brüdern excludiret werden *Nov. 118. c. 3. Forster. de Success. lib. 8. c. 4. n. 12.* Und gesetzt, daß an dieser mütterlichen Disposition kein Mangel wäre, sondern solche jure testamenti inter liberos bestehen könnte, doch die jegige Klägerin oder Halb-

Schwe-

Schwester kein ander jus agendi würde präetendiren können, als ex substitutione materna, welche entweder vulgaris oder fideicommissaria seyn müste, denn pupillariter keine Mutter zu substituiren befugt ist, §. 2. *J. de pupillari substit.* wivol auch im gegenwärtigen Fall davon die Frage vergeblich seyn würde, da keine pupilli sondern lauter majorenes liberi vorhanden gewesen; die substitution auch als vulgaris nullo modo bestehen kan, weil sonst die Worte auf den casum, si heredes esse noluerint, gerichtet werden müsten, welches hier nicht geschehen, und wenn auch gleich die substitutio so eingerichtet wäre, es doch heißen würde, quod adita hereditate expiret substitutio vulgaris, L. 5. C. *de impub. substit.* gleichwie auch dieselbe nicht ut fideicommissaria bestehen kan, weil in der mütterlichen Disposition keine Worte ad fideicommissa apta zu befinden, ja nicht einmal die clausula codicillaris mit beigefüget, welche sonst von dergleichen Wirkung ist, daß die verba directa dadurch in precativa flectiret werden; im Fall aber auch ein fideicommissum könnte behauptet werden, welches doch nicht geschehen kan, so möchte doch solches weiter keine Verbindlichkeit haben, als so viel die bona a matre fideicommittente profecta betrifft, daher bey denen *Ud.* bekannt, quod qui agit ad consequendum fideicommissum, teneatur probare, bona illa fuisse in bonis testatoris, qui fideicommissum reliquit, *Fusar. de fideicommiss. substitut. qu. 616. n. 1. Mantic. de conject. ult. volunt. L. 7. tit. 6. num. 5.* und daher nothwendig die bona paterna hinweg fallen, und denen germanis alleine bleiben müssen; und was die übrigen materna betrifft, bekannt ist, quod liberi fideicommissis gravati tam Trebellianicam quam Legitimam detrahere possint, *Cap. Raynut. 16. Et 18. X. de testam. Petr. Anton. de Petr. de fideicommiss. Philippi Us. pract. Inst. L. 2. tit. 23. Eclog. 98. Carpz. P. 3. C. 1. def. 21.* wodurch abermals die Helfte der mütterlichen Verlassenschaft loco legitimæ, und nachmals annoch die quarta Trebellianica denen germanis alleine bleiben müste, daß also, wenn gleich hieselbst eine beständige substitutio fideicommissaria behauptet werden könnte, die soror uterina mit denen germanis nur in dimidia bonorum materno-

Decisio.

ternorum concurrere würde. Und da auch hier kein beständiges testamentum inter liberos vorhanden, noch darinnen eine förmliche substitutio fideicommissaria zu finden, folglich die Klägerin kein in Rechten gegründetes fundamentum agendi hat: So ist sie mit ihrer Klage abzuweisen, und denen fratribus germanis die Erbschaft alleine zu zu erkennen. B. R. W.

De reliquis testamentis privilegiatis remissive.

§. IX. Adduxi etiam in *caus. testam. cit. l.* aliquot præjudicia, ex quibus de praxi hujus materiæ satis constare possit, & quoniam hæc materia plena manu ibidem est explicata, necessarium esse non duxi, illam hic repetere. Similiter in testamentis *tempore pestis* conditis quædam singularia, a jure communi deviantia, moribus Germaniæ invaluerunt, quæ itidem plenissime in *caus. testam. c. XI.* explicata sunt. Quæ vero in testamentis ad *pias causas & rusticorum* moribus Germaniæ immutata & in praxi observanda sunt, excussa sunt *cit. tr. c. XII. & c. XIII.* ut hæc omnia satis inde repeti possint. Denique in praxi quoque dubitatum fuit, an etiam peregrinantes privilegiato modo disponere possint in itinere? Id quod non nulli asseruere ex eo fundamento, quod testator in eo statu constitutus sit, ut copiam testium habere non possit. Menoch. *vol. 4. conf. 351. n. 33. seqq.* Mev. *ad jus Lub. P. 2. tit. 1. art. 2. n. 59.* Struv. *ex. 32. rb. 22.* Verum hanc sententiam nullo modo in jure fundatam nec in praxi receptam esse, multis argumentis ostendi in *caus. testam. cap. XIV.* quæ etiam demnostrant, nec parturientem mulierem absque solennibus consuetis disponere posse, licet in laboribus partus constitutæ haud integrum sit testes masculos adhibere, prout JCrus Belga Eckius speciali dissertazione demonstravit.

TIT.

TIT. II.

DE ACQUIRENDA VEL OMITTENDA
HEREDITATE.

§. I.

Hereditas delata legitime acquirenda est, ut heres in Diversa quali-
tas heredum
de jure Romo-
no. *l. 37. ff. b. t.* quæ
acquisitio tamen variat, pro diversa qualitate heredum.
Erant de jure Romano heredes in triplici differentia:
quidam *necessarii* dicebantur, servi scilicet heredes insti-
tuti a domino, qui vel invito hereditatem acquirebant
protinus & ipso jure *l. 57. §. f. l. 63. b. t.* ut nec abstinendi
beneficio gauderent. *l. cit. 57.* Quidam dicebantur *sui &*
necessarii, quales erant liberi, immediate in potestate
testatoris existentes mortis adhuc tempore, §. 2. *f. b. t.*
quibus tamen a prætore indultum est beneficium absti-
nendi *l. 57. b. t.* Nihilominus tamen statim a tempore
mortis ipso jure fiunt heredes etiam ignorantes, *l. 30. §.*
10. de fideic. hered. l. 88. in f. de hered. instis. cujus effectus
potissimum in transmittenda hereditate consistit.
Carpz. P. 3. C. 14. def. 23. n. 3. Denique quidam sunt *extra-*
anei heredes seu voluntarii, qui tempore mortis in testa-
toris potestate haud fuere constituti, & hi non aliter
acquirunt hereditatem, quam si voluntatem acquiren-
di eam declaraverint.

§. II. Quod ad praxin hujus diversitatis inter he- An ea hodie
adhuc super-
sit?
redes attinet, satis constat, heredes *necessarios*, absolu-
te tales, hodie non amplius dari; neque enim famuli
nostri tales dici possunt, qui potius extraneis annume-
randi; neque etiam proprii homines, utpote qui sibi

Contiu. III.

Ooo oo

pro

De differentia
inter suos &
emancipatos.

pro libertate acquirunt hereditatem, adeoque conclusiones, quæ inde in *boc tit.* adducuntur, hodie applicari nequeunt. Hoc posito, hodie tantum supersunt heredes *sui & extranei*, quæ diversitas in praxi nullibi est sublata, uti ex ipsis rerum argumentis constat. De eo duntaxat, utrum sui & emancipati hodie adhuc differant ad effectum acquirendæ hereditatis, an vero emancipati hodie æque ipso jure acquirant hereditatem, uti sui? De jure Romano ingens est inter eos diversitas, quo emancipati extraneis heredibus annumerantur, adeoque non aliter acquirunt & transmittunt hereditatem, quam præcedente aditione. *l. 8. de suis & legitimis hered. §. 3. f. b. r.* Hodie hanc differentiam sublata esse judicat Gail. *l. 2. obs. 131. n. 10.* ubi hanc addit rationem: *quod hodie differentia emancipationis & patriæ potestatis sublata sit.* Quin ulterius progreditur Grönwegen *ad §. 2. f. b. r.* asserendo, jura sui-tatis hodie esse sublata. Verum quemadmodum effectus, qui adhuc in praxi ex jure sui-tatis supersunt, testantur de sua causa, ita oppido falsum est, hodie jura sui-tatis esse sublata, quod vel materia *substitutionis pupillaris* ostendit. Similiter hæc jura emancipatis quoque esse communia, simpliciter asseri nequit, quamvis enim hodie sui & emancipati in quibusdam conveniant, prout dixi in *rr. de success. ab. int. diff. 1. c. 2. §. 4.* nondum tamen constat, eam fuisse differentiam sublata, quæ circa acquisitionem hereditatis occurrit, cum in *Nov. 118. c. 1.* tantum sublata sit differentia quoad *jus succedendi*, non vero quoad *modum acquirendi*, & ita non minus hodie emancipati hereditatem adire coguntur, quam extranei, nec ipso jure heredes fiunt, vid. Esbach. *in Carpz. P. 3. C. 14. def. 23. n. 3.* Excipiunt tamen legitimam emancipatorum, quod hæc

hæc ipso jure transmittatur ad quoscunque heredes, etiam sine agnitione, quia hæc jure novo emancipatis debetur non ex voluntate patris sed ex legis dispositione. Gail. 2. obs. 131. n. 12. Camill. Borell. conf. 15. n. 7. Menoch. conf. 994. n. 34. Joh. Petrus Surdus. consil. 341.

§. III. Hanc quoque differentiam inter suos & extraneos heredes suppeditant Dd. quod aditioni heredis præscribatur 30. annis, l. 7. C. de petit. hered. Sichard. ad. l. 8. C. de jur. delib. Perez. in C. eod. n. 35. Myns. cent. 2. obs. 71. sed juri immiscendi, quod suis, postquam abstinendi beneficium a prætore acceperunt, tribuitur, nunquam præscribi possit. Perez. cit. l. n. 35. Donell. ad l. 8. C. de jur. del. Hahn. ad Wesenb. b. t. n. 7. Mynsing. cent. 2. obs. 71. n. 3. seqq. Cum enim sui sint ipso jure heredes, non videtur præscriptio locum sibi vindicare posse. Alii quidem præscriptionem hic admittunt, sed ita demum, ut triplicato spatio, 90. scilicet annorum, liberi excludantur, & quidem ideo, quod liberi ex jure prætorio possint triplici jure acquirere hereditatem, (1) ex edicto unde liberi, quo si tempore exclusus est, superest ei (2) successio ex edicto unde cognati, & denique (3) ex edicto unde cognati. Id quoque traxerunt interpretes ad successionem civilem, adeo, ut *tanquam filius* intra 30. annos petere possit hereditatem, quo spatio elapso, superesse ei dicunt *tanquam agnato* jus succedendi intra alios 30. annos, & denique, hoc quoque elapso, eum *tanquam cognatum* intra novos 30. annos admittendum esse. Et hanc sententiam supremarum curiarum decretis innumeris fuisse comprobata, & in foris Saxoniz quoque receptam asserit Carpz. P. 3. C. 14. def. 30. Verum quemadmodum prior sententia nullo fundamento nititur, cum, li-

An hodie sui
intra 90. annos
adhuc se immiscere possint?

cet liberi ipso jure heredes sint, nihil tamen obest, quo minus hoc jus quoque præscriptione amittere possint, præsertim cum *immixtio* hodie quoque in his supersit, quæ aditioni quodammodo æquiparatur; ita posterior sententia æque falsa videtur. Habent quidem liberi hoc beneficium ex jure prætorio, ut eo, quo dictum est, modo succedere possint; ast, quemadmodum hoc beneficium iis duntaxat ex jure prætorio competit, ita juris ratio quoque postulat, ut tempora successio- nis prætorietali casu quoque observentur, quæ admodum brevia. Neque vero de jure civili liberi eo modo succedere hodie possunt, postquam per *Nov. 118.* distinctio inter agnatos & cognatos est sublata, ut illis nulla prærogativa præ his competat, quæ olim obtinuit jure prætorio, unde Fab. *in C. lib. 6. tit. 11. def. 3. n. 1.* merito contrariam sententiam *inveteratum errorem* nominat, qui jus facere nequit, quin potius hic merito applicandum illud JCi in *l. 39. ff. d. LL. quod non ratione introductum, sed errore primum deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.* Neque etiam hujus sententiæ praxis universalis ostendi potest, cum ex subjectis præjudiciis apparet, eam in decidendo hodie attendi non solere. Sic in Dicasterio Hannoverano *d. 18. Jan. 1704.* ita judicatum fuisse, ex actis ad Facultatem nostram transmissis observavi. Tenor sententiæ hic est: In Concurs- und priorität-Sachen weyland Hauptmanns G. H. B. Creditoren, in specie des Unter directoris des Fürstenthums Anhalt J. A. B. C. und Consorten Klägern an einem, wider ermeldten Hauptmann B. nachgelassene Kinder und Vormünder Beklagte am andern Theil, erkennen wir Churfürstl. Braunsch. Lüneb. verordnete Vice-Canzler und Råthe für Recht, daß Beklagte, bevorab, da denen Klägern die Verjährung im Wege stehet, auch

auch die von Klägern angeführte Meinung einiger Rechts-Lehrer so wenig in den gemeinen Rechten gegründet, als bey hiesigen Gerichten observiret, so denn der An. 1665. den 6. Jul. zu Hauslingen errichtete Vergleich von denen Gebrüdern M. und J. A. B. C. ohne protestation und reservation ihres an dem Fürstl. Guthe gehabtens unterschrieben, und signiret worden, von der wider sie angestellten Klage zu absolviren seyn, als wir sie denn hiermit absolviren und entbinden. **B. R. W.** Quia vero in concursu prædicto plures interessentes ex eodem fundamento portionem hereditatis petebant, inde in eodem judicio eodem die & tempore hæc fuit publicata sententia: In Concurs und priorität-Sachen wepl. Hauptmanns G. H. B. sämtl. Creditoren, in specie C. und A. Gebrüdere von D. Klägere an einem, wider ermeldten Hauptmann B. nachgelassener Kinder Vormünder Beklagte am andern Theil, erkennen wir Churfürstl. Braunsch. Lüneb. verordnete Vice-Canzler und Rätthe für Recht, daß ob schon Kläger mittels Producirung des Original-Testaments der Marien, Tochter der Annen B. und Johann Adolph von D. sich zu legitimiren vermöchten, dennoch Beklagte B. Vormundschaft gestalten Sachen nach, insonderheit da das an Seiten der Kläger geschohene Vorgeben, als wäre in dem anno 1665. d. 6. Jun. zwischen G. H. B. dessen Brüdere und Bestände errichteten Vergleich, der Klägere Erblasserin Mutter und derer Geschwister, die da an dem Guthe Forste prætendirende Jura vorbehalten, ungegründet und irrig, auch die von Klägern um die ihnen entgegen stehende, vorlängst verhanden gewesene Verjährung abzuwenden angeführte Meinung, daß nemlich Kinder 90. bis 120. Jahre lang Zeit und Befugniß hätten elterliche Verlassenschaft in Anspruch zu nehmen, so wenig in gemeinen Rechten fundiret, als bey hiesigen Gerichten hergebracht, von dieser wider sie angestellten Klage zu absolviren und zu entbinden seyn, als wir denn hiermit Befl. B. Vormundschaft absolviren und entbinden. **B. R. W.**

Cum vero prior sententia per supplicationem interpositam a viribus rei judicatae esset suspensa, a Facultate Altorfina illa confirmata hoc modo fuit.

000 003

Auf

Auf eingewandte Supplication, derselben Justification und anders Rechtliches Verfahren in Sachen des Unter-Directoris des Fürstenthums Anhalt, von J. A. von E. und Conf. Kläger und Supplicanten, an einem, entgegen weyl. Hauptmann G. H. B. nachgelassene Erben und derer Vormünder Beklagte, am andern Theil, erkennen wir Churfürstl. Braunsch. Lüneb. verordnete Rätthe, nach vorgehabtem Rathe der Rechts-Gelehrten, für Recht: Daß es der Supplications Gravaminum ungeachtet bey dem am 18. Jan. Anno 1704. publicirten und num. act. 27. befindlichen Urtheil zu lassen, und dem zu Folge, Beklagte von der wider sie angestellten Klage zu entbinden seyn; es möchte denn Kläger, daß entweder innerhalb 30. Jahren bey den Beklagten wegen ihrer prætensionen Anforderung geschehen, oder aber, daß die von Klägern angeführte Meynung einiger Rechts-Lehrer die præscription von 90. Jahren betreffend, in loco observiret werde, Rechtlicher Art nach erweisen, und darthun; auf solchen Fall wären Kläger, jedoch gegentheilliger Nothdurft vorbehältlich, ferner zu hören, als wir denn die vorige Sentenz mit solcher declaration confirmiren, auch die bisher aufgewandten Unkosten, auffer denen transmissions-Kosten, so Kläger, vermöge des Decreti sub num. act. 42. allein zu tragen hat, gegeneinander compensiren. B. N. B.

Similiter cum posterior sententia æque per supplicationem interpositam a viribus rei judicatæ esset suspenfa, actis ad Facultatem nostram Mens. Oct. 1709. transmissis, non dubitavimus sententiam adductam confirmare, & ita pronuciare.

Auf eingewandte Supplication und ferneres Einbringen in Concurs- und Priorität-Sachen weyl. Hauptmann G. H. B. sämtliche Creditores, in specie E. und A. Gebrüdere von D. Kläger an einem und iztermeldten Hauptmann B. nachgelassener Kinder Vormünder, Befl. am andern Theil, erkennen Churfürstl.

fürstl. Braunsch. Lünebl. verordnete Ráthe allhier, auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht, daß es eingewandter Supplication ungeachtet bey dem am 18. Januar. 1704. publicirten und n. act. 18. befindlichen Urtheil zu lassen sey. B. R. B.

Rationes Decidendi.

Es haben die D. Gebrüdere bey dem ú. er sel. Hauptmann B. Verlassenschaft erhobenen Concurs sich gemeldet, und an dem Guthe Forste ihre Erb-portion ex jure cesso gefordert, welche ihnen aber pp. diu impletam præscriptionem aberkant worden, vornemlich sich darauf gegründet, daß die hereditatis petitio quoad liberos, nach etlicher Rechts-Lehrer Meynung, intra 30. annos nicht præscribiret, vielmehr triplicata præscriptio erfordert würde, ist ad interpositam supplicationem in der n. act. 30. befindlichen Urtheil erkant worden, daß die Befl. erweisen solten, daß diese Meynung bey der Hannövrischen Churf. Cansley nicht recipiret sey, vermuthlich aus diesem fundament, quod pro observantia juris præsumtio sit, dagegen die Befl. supplicationem eingewandt, welcher auch die Kläger adhæriret. Nun ist zwar nicht ohne, daß unterschiedene Dd. dafür halten wollen, quod juri immiscendi nunquam præscribatur, Mynf. Cent. 2. obs. 71. Carpvov. p. 3. C. 14. def. 30. Hahn. ad Wesenb. tit. de acquir. vel omitt. hered. num. 7. Brunn. ad l. 8. C. de iure delib. angesehen die Kinder ipso jure heredes sind, mithin die præscriptio 30. annorum, quæ aditioni præscripta est, nicht wohl ad immixtionem liberorum mag gezogen werden, welchem hinzu kommt, quod de jure prætorio liberi admittantur, ut liberi, ut agnati & ut cognati, l. 1. §. 11. ff. de succ. edict.

Diemeil aber dennoch Klägern hauptsächlich die exceptio præclusionis & rei judicatæ opponiret worden, solche auch de rigore juris allerdings gegründet ist, und ob gleich expresse in dem sub. n. act. 18. befindlichem Urtheil darauf nicht reflectiret worden, dennoch nicht gesaget werden mag, daß solche aberkant sey, da man so fort über die merita causæ gesprochen, welche so beschaffen

schaffen gewesen, daß es unvonnöthen geschienen, vornemlich mit darauf zu reflectiren, non autem censentur exceptiones reje-
ctæ, super quibus a iudice non est principaliter cognitum, Carp-
zov. lib. 2. resp. 5. num. 1. & p. 3. decis. 251. num. 8. Berlich. p. 1.
concl. 84. num. 95. in übrigen die Haupt-Sache auf die bekante
Frage ankommt, ob die præscriptio ordinaria triginta anno-
rum auch in successione liberorum zu attendiren, welches billig
zu alleriren, zumal man so lange bey der Regul verbleibet, donec
exceptio probata fuerit, die fundamenta contrariæ sententiæ
auch so beschaffen, daß in decidendo wenig darauf zu reflectiren
seyn mag, anertwogen man dadurch behaupten will, quod liberi
triplicatum jus succedendi habeant, ita ut primum ex capite
unde liberi, secundum unde legitimi, tertium unde cognati,
sint, welches man zwar de jure prætorio, & bonorum possessio-
ne zugeben kan, Igleichwohl daraus keine triplicata præscriptio
civilis erfolget, vielmehr die Kinder; so ferne sie ex jure præto-
rio succediren wollen, nach den terminis præscriptionum, so in
bonorum possessionibus angenommen, sich richten müssen, wel-
che eine geraume Zeit ausmachen, wie denn deswegen solche Mey-
nung von andern berühmten Rechts-Lehrern als erronea ver-
worfen wird. Fab. in C. lib. 6. tit. 11. def. 3. Perez. in tit. de jure
delib. num. 35. Donell. ad l. 8. C. de jur. delib. Bachov. ad Treutl.
vol. 2. disp. 12. tb. 5. lit. e. Esbach, in Carpzov. p. 3. C. 14. def. 30.
Und ob gleich die Kinder ipso Jure heredes sind, gleichwohl nun-
mehro, nachdem sie das beneficium abstinendi haben, auf die
immixtion vornemlich zu sehen, quæ aditioni æquiparatur,
und also auch binnen 30. Jahren præscribiret werden mag, im
übrigen, daß contraria sententia in praxi recipiret sey, zwar von
etlichen alleriret wird, gleichwol nicht völlig mag dargethan wer-
den; cum potius pro jure constituto præsumatur, auch testi-
monia quorundam Dd. universalem praxin nicht wohl be-
haupten können, besonders in judiciis Hannoveranis, allwo
das jus Civile speciali edicto gänzlich angenommen, mithin
so lange darnach erkant werden muß, donec contraria obser-
vantia doceatur, welche sich doch nicht finden wird, da
viel

vielmehr aus denen bey den acten befindlichen judicaris das contra-
rium erhellet.

So hat nicht anders, als geschehen, erkannt werden mögen.

§. IV. Porro hanc quoque differentiam inter suos An Creditores
heredes & extraneos in praxi solent observare, quod immixtionem
creditores, extraneos convenientes, probare debeant, docere debe-
eos adiiisse hereditatem, cum aditio in facto consistat, ant?
nec præsumi potest, *arg. l. 16. l. 23. C. de probat.* sed quan-
do suos conveniunt, onus probandi liberis injungi de-
bent, quod abstinerint hereditate paterna. Rationem
diversitatis hanc esse volunt, (1) quod liberi sint ipso
jure heredes, adeoque, cum hoc juris sit, illud pro-
bari non debeat, neque vero (2) præsumi possit, quod
hoc jus abjecerint per abstinerendi beneficium, & quam-
vis (3) immixtio facti esse videatur, illam tamen vel
inde præsumendam esse, quod nemo jus suum, semel
quæsitum, abjecisse præsumi debeat, quin potius dere-
lictio ejus probari debeat, quid quod (4) beneficium,
quod suis datum est, non tam in immiscendo, sed absti-
nendo consistere videatur, ut proinde non illud in-
quiri debeat, an se immiscuerint liberi, sed potius an
abstinerint, & consequenter (5) cum liberi beneficium
abstinerendi hoc casu allegare debeant, merito illud tan-
quam jus singulare probare debent. Denique (6) huc
etiam collineare videtur *l. 57. pr. ff. b. r* ubi dicitur, quod
sui heredes jure civili teneantur creditoribus, vid.
Dn. Coccejus *diff. de succes. nepor. sect. 3. §. 5.* Negari fa-
ne nequit, hæc adducta argumenta magni ponderis,
imo in jure fundata esse, nihilominus tamen præ-
laudatus Autor non diffitetur, contrariam sententiam
in praxi receptam, adeoque differentiam hanc inter
suos & emancipatos in hoc articulo usu fori sublatam es-

Contin. III

Ppp pp

se,

fe, de qua praxi testantur Gail. 1. *obs.* 128. Struv. *ex.* 34. *ib.* 22. *in f.* Carpz. *lib.* 6. *resp.* 64. *n.* 4. Modest. Pistor. *P.* 1. *qu.* 34. Menoch. *lib.* 4. *pres.* 76. Tiraquell. *rr.* *le mort fais. le vis.* p. 7. *decl.* 2. *n.* 8. ibique allegati. Bernhard Grævel. 2. 2. *concl.* 128. Merito tamen hoc limitandum est, nisi præsumptio fortior filio obstet, quod se hereditati immiscuerit: veluti si diu bonis paternis inhæserit reditusque ex iis perceperit, quo casu merito contrarium probare tenetur. Struv. *cit.* l.

An hodie hereditas etiam per alium adiri possit?

§. V. Erat præterea olim hæc quoque differentia inter *suos & extraneos* heredes, quod quia suus ipso jure heres erat, immiscere se hereditati etiam per alium non prohiberetur, si vel maxime esset furiosus vel infans; sed non idem concessum erat extraneis heredibus, prout Marcellus *in l.* 63. *b. r.* hanc differentiam observat: *Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest*, (quia per curatorem adire deberet, quod tamen non permissum erat) *nisi si necessarius patri aut domino heres existat*. Hoc unicum tamen admittebatur, quod per servum, vel eum, quem in potestate habebat, ei hereditas acquiri posset propter vinculum identitatis, quod has personas ex jure potestatis conjungit & unit. Inde pupillus solus adire hereditatem non poterat, nec solus tutor *l.* 5. *C. de jur. delib.* nec per curatorem hereditas acquiri poterat *l.* 90. *b. r.* Scilicet aditio olim fiebat solennibus verbis, inde *cretio* dicta, quales actus per alium expedire haut poterant *l.* 77. *ff. de R. J.* Temperatus postea quodammodo hic rigor est *in l.* 18. *pr. C. de jur. delib.* quoad *infantes*, ita ut si adhuc in patria potestate positi sint, pater; si vero sui juris facti, tutor eorum nomine adire hereditatem possit. Quod si heres infantiam

tiam egressus, illa obtinere debent, quæ veteribus legibus sunt disposita, *l. 18. cit. §. f. h. e.* excepto casu infantia salva mansit regula antiqua juris, per alium hereditatem adiri non posse. Similiter in *l. ult. C. de curat. fur.* contra rigorem juris permissum est curatoribus furiosorum adire hereditatem, hoc tamen adhibito temperamento, ut si ad sanam mentem redierit, & acquisitionem admiserit, perfecte acquisita censeatur; Sin vero ante admissam acquisitionem in furore decesserit, hi venire debent ad successionem, qui statim successuri fuissent, si furiosus heres haud fuisset, quia hereditas pro acquisita & adita hoc casu haberi nequit. Atque hæ omnes conclusiones dependent ex veteri *cretionum jure*, secundum quod hereditas per alium acquiri non poterat, quo sublato, non immerito dubitatur, annon hodie indistincte per alium, scilicet procuratorem, tutorem, curatorem, adiri possit hereditas, sicuti quæcunque aliæ res per hos hodie acquiruntur, ut testatur *Mev. P. 4. decis. 112.*

§. VI. Verum hujus decisio pendere videtur ex quæstione præjudiciali, an hodie adhuc aliqua aditio requiratur in extraneo herede? Hæc enim si non amplius necessaria est, frustra de illa quæstione disceptatur, utrum hodie per alium hereditas possit acquiri? Negat quæstionem præjudiciale *Colerus decis. 68. n. 12. seqq. inquit: De jure Saxonico, quia nullo casu potest esse onerosa heredi, cum vigore illius, etiam non confecto inventario, heres tamen non teneatur ultra vires hereditatis. Landrecht lib. I. art. 6. ideo non requiritur aliqua aditio, ideoque, ut maxime etiam extraneus institutus sit, isque ante aditum hereditatem moriatur, tamen transmittit hereditatem, quantumvis*

An hodie adhuc aditio requiratur in extraneo herede?

PPP PP 2.

non

non aditam, ad proximiores heredes; maxime si casus aliquis necessarius, puta morbus fonticus instituti, vel aliud impedimentum retraxerit eum ab aditione vel declaratione animi sui. Similiter de praxi Saxonica idem attestatur Richter. *decis. 67. n. 26.* & præjudiciis confirmat, eamque ulterius tuetur Carpz. *P. 3. C. 14. def. 15. n. 3.* Nihilominus de hac sententia, imo praxi continuata Saxonica non immerito dubitavit Dn. Hornius *diff. de tricesimo §. 28.* cum nullibi jure Saxonico cautum sit, hereditatem non acceptatam transmitti posse, cum ordinarie nihil nobis sine voluntate nostra acquiratur. Neque enim ex eo, quod jure Saxon. heres ultra vires hereditatis non teneatur, concludere licet, hereditatem extraneis *ipso jure*, sine voluntatis declaratione, acquiri, cum hujus sequelæ nulla necessaria sit connexio. Hoc interim certum est, solennem hodie non requiri aditionem, licet declaratio quomodocunque expressa præcedere debeat.

Decisio quæ-
sionis §. V.
probatæ.

§. VII. Cum itaque tam de jure Saxonico, quam praxi aliorum locorum adhuc requiratur aditio, interim tamen qualiscunque animi declaratio sufficiat, admitti potest, adiri hereditatem per procuratorem posse, modo speciale mandatum habeat. Coler. *decis. 202. n. 6.* Fab. *in C. lib. 2. tit. 6. def. 1. n. 5.* Carpz. *lib. 3. resp. 11. n. 10.* & *P. 1. decis. 29. n. 4.* Finckelthaus. *obs. 110. n. 8. 9.* De jure Romano tantum dominus per servum, pater per filium adire poterat, quia habebantur hæ personæ pro iisdem, modo specialis iussus adesset. *l. 6. l. 26. l. 36. b. 1.* Id tamen minime ad extraneum trahi potest, cum actus legitimi per extraneum celebrari nequeant. Hoc supposito, quod hereditas per alium quidem hodie acquiri possit, sed tamen is speciale mandatum

datum habere debeat, quia *nemo in vitum potest hereditati obligare l. 6. pr. b. t.* apparet, quod decisiones supra adductæ de curatore furiosi, & tutoribus pupillorum & minorum adhuc applicari possint, sublato tunc cretionum jure, quia hoc negotium sine voluntate ejus, quem concernit, expediri nequit.

§. VIII. Ex eodem cretionum jure stuebat, quod olim hereditas pure adiri deberet, non sub conditione, cum actus legitimi non recipiant nec diem nec conditionem. Ideoque non valebat aditio: *si solvendo hereditas est, adeo hereditatem l. 51. in f. b. t.* Idem quoque jure Würtembergico dispositum esse notat Lauterbach. *b. t. §. 13.*

An possit hereditas adiri sub conditione?

Sane hodie, quomocunque declaretur voluntas, sufficit, nec aditio amplius actibus legitimis annumerari potest, & consequenter quoque conditio, aditioni adjecta, non videtur voluntatis declaratio, nem amplius annullare, nisi statuto ius civile discrete approbatum sit. Ad minimum conditio in *cit. l. 51.* hodie non amplius aditioni oberit, si cum beneficio inventarii facta sit, quia in effectu sub hac conditione aditur: *si solvendo hereditas est.* Quid ergo prohiberet, illud expressis declarare verbis, quod iam subintelligitur?

§. IX. Ubi filius famil. heres instituitur, de iure digestorum invito & dissentiente patre hereditatem adire nequit, quia eo iure hereditatem patri acquirere pleno iure, & consequenter vel ideo patris *consensus specialis* erat necessarius, quia per hanc aditionem pater æri alieno obligabatur, *l. 6. pr. ff. b. t.* adeo autem *jussus patris præcedens* requirebatur, ut ne quidem rati habitatione patris subsequente antecedens filii aditio confirmaretur, licet in bonorum possessione hoc re-

Quomodo filius famil. heres adeat hereditatem?

ceptum esset *l. 6. §. 1. seqq. b. t. l. 25. §. 4. b. t.* unde plura *in b. t.* de iussu patris, & quomodo ille comparatus esse debeat, adducuntur *l. 25. §. 5. seqq. l. 26. b. t.* Quia tamen filius erat heres scriptus, filius adire debebat, licet patri commodum hereditatis accresceret *l. 30. pr. b. t. l. 79. eod.* vel etiam avo, si in eius potestate erat, quo casu non patris sed avi iussu adire hereditatem debebat *l. 92. ff. b. t.* Verum hodie hæc aliter sese habent, postquam iure Codicis patri non amplius hereditas, filio delata, pleno iure acquiritur, sed eius tantum ususfructus *l. f. C. de bon. quæ lib.* Inde (1) non præcise præcedens iussus requiritur, sed sufficit, patrem quomodocunque consentire, imo si pater consentire nolit, invito patre adire & sibi hereditatem acquirere potest, usufructu patri plane denegato, sicuti pater quoque adire hereditatem potest, recusante filio, omneque damnum & lucrum solus subire *l. f. cit. pr.*

Quo tempore
hodie adiri
possit heredi-
tas?

§. X. Quod tempus adeundi hereditatem concernit, solebat aliquando Prætor iure Digestorum tempus præfinire, intra quod heres se declarare debebat. *l. 69. ff. b. t.* Postea iure Nov. constitutum est, ne heredes intra novem dies possint conveniri, cum in illis videantur lugere, *Nov. 117. c. 5. §. 1.* ex quo communiter colligi solet, ante nonum a morte diem hereditatem adiri non posse, cum hoc tempus sepulturæ defuncti destinatum esse debeat, quod tamen tempus hodie non præcise attenditur. *Rittershus. ad Nov. p. 9. c. 11. n. 13.* Jure Saxonico & quibusdam aliis locis longius tempus introductum est, menstruum scilicet, quod apud Germanos olim tempus legale fuit, luctui & quieti destinatum, non tantum Saxonibus usitatum, sed aliis Germaniæ gentibus, uti docet *Dn. Hornius diff. de rri- cesimo*

cesimo §. 6. Unde etiam jure Lubecensi illud receptum esse testatur *Mey. ad Jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 27.* Jure Saxon. *provinc. lib. 1. art. 22.* hæc dispositio hac de re occurrit: **Der Erbe mag wohl einfahren zu der Witwe in das Haus oder Guth ehe den Dreyßigsten, auf daß er bewahre, daß nichts verlohren werde, das ihm angehöret. Mit seinem Rath soll auch die Frau das Begräbniß und Dreyßigsten begehen: anders soll er keine Gewalt haben in dem Guth, bis an den Dreyßigsten. Von dem Erb soll man erstlich dem Gesinde geben ihren Lohn, so viel ihnen gebühret, bis an den Tag, da ihr Herr starb, und man sie halten bis an den Dreyßigsten, auf daß sie sich mögen beschicken oder anderweit vermiethen.** *Quamvis itaque intra tricesimum heres non possit hereditatem sibi re ipsa arrogare, quæ tamen ad securitatem rerum pertinent, interim peragere non prohibetur, quorsum pertinet obsignatio, de qua supra tit. de jure delib. actum est. Unde dubitant, an non hoc jure intra tricesimum hereditas adiri possit, saltem nuda voluntatis declaratione emissa? Quin apprehensio possessionis vel occupatio bonorum hereditariorum hoc jure prohibita sit, colligi potest ex verbis adductis; sed aditio, quæ nudis fit verbis, his ipsis haud censetur interdicta, quæ ad hoc utilis esse potest, ut habeat effectum transmissionis, si forsan intra tricesimum heres obierit.* *Horn. cit. lib. §. 27.*

§. XI. Repudiationem hereditatis quod concernit, illa quoque hodie licita est, non tantum iis, qui ex jure Romano succedunt, sed etiam qui beneficio statuti ad successionem vocantur, veluti conjuges, qui non nisi volentes succedunt in portionem statutariam, adeo ut illis integrum sit, sua bona repetere repudiata portione, vel jure statuario succedere. *Kohl. ad constit. March. qu. 5.*

n. 2.

Repudiatio hodie quoque integra est.

n. 2. Carpzov. P. 3. C. 20. def. 12. Id. lib. 6. resp. 52. n. 1. seqq.
 Quod si tamen statutum vel consuetudo in contrarium
 adfit, ut vidua talem optionem non habeat, huic standum
 esse monet. *Id. cit. resp. 52. n. 13.* quamvis tale jus exor-
 bitans merito stricte sit intelligendum, nec ad casum
 moti concursus de bonis defuncti mariti extendendum,
 Berlich. *P. 3. concl. 27. n. 74.* quia alias illud, quod in fa-
 vorem viduæ esset introductum, in ejus odium verge-
 ret, ipsaque adigeretur, ut collatis bonis suis, pro ma-
 rito solveret. Proinde hoc casu non sufficit, consuetu-
 dinem hanc in genere probatam esse, sed specificè do-
 cenda est, etiam in casu moti concursus electionem vi-
 duæ ademptam esse, Stephan. Gratian. *discept. for. 70.*
n. 10. Cravetta conf. 96. n. 4. Alex. lib. 8. conf. 6. & qui-
dem talis probatio plena esse debet, cum hic agatur de
consuetudine contra jus commune introducta. Mey.
P. 4. Decis. 3. Mascard. de probat. Conclus. 242.

An adita here-
 ditas hodie re-
 pudari possit?

§. XII. Sicuti vero dicitur heredi integrum est,
 hereditatem repudiare, ita semel aditam repudiare am-
 plius nequit §. f. *J. de hered. qual. & diff. l. C. de repud.*
vel abst. hered. per aditionem enim vinculum quod-
 dam constitutum est, quod privato suo ausu heres
 dissolvere nequit, quin potius creditoribus statim post
 aditionem jus quæsitum est, heredem conveniendi.
 An vero hodie idem rigor observetur, ut heres non
 possit hereditatem aditam repudiare, inter practicos
 in dubium vocari solet. Equidem, quod praxin Sa-
 xonicam attinet, hætenus satis demonstravi. Carpz.
lib. 6. resp. 73. aditionem hereditatis non obligare here-
 dem, quo minus in foro Saxonico mediante inventa-
 rio aut specificatione jurata bona hereditaria rursus ab-
 dicare & repudiare possit, ne a legatariis vel creditori-
 bus

bus conveniatur. Constat enim, quod in foro Saxoni-
 co heres nunquam teneatur ultra vires hereditarias, si
 jurare velit, quid & quantum in hereditate repererit,
 quo posito parum interest creditorum, num ab herede
 vela curatore bonorum, cui hereditatem cessit, iis sa-
 tisfiat, cum non nisi ex bonis hereditariis eis satisfiat.
 Conf. Struv. *ex. 34. sb. 33.* ubi hanc sententiam præjudicio
 confirmat. Est tamen hæc sententia *decis. elett. noviss. 57.*
 quodammodo restricta & quidem ex hac ratione, weil
 die tägliche Erfahrung bezeuget, daß solche renunciatio-
 nes denen Glaubigern und sonst viel Schaden und Un-
 gelegenheit verursachen, sich auch mancher in eine Erb-
 schaft einmischet, und mit den Glaubigern gleichsam con-
 trahiret, hernach aber das beste an sich ziehet, wenn die
 Schulden bezahlet werden sollen, die Erbschaft zu seinem
 Vortheil wieder abtritt, auch in einem und dem andern
 neuen Streit und Weitläufigkeit erreget, prout sonant
 verba dictæ decisionis. Inde constitutum est, ut intra tem-
 pus annale deliberandi adhuc possint repudiare heredi-
 tatem, hac tamen sub conditione, daß sie in Mangel des
 Inventarii vor Ausgange des Jahres eine specification in
 Gerichten niederlegen, und zugleich zu der Endlichen Be-
 stärkung auf Begehren derer Gläubiger anbiethen, auch
 solches bey Abtretung der Erbschaft ohne rechtliches Er-
 känntniß wirklich leisten sollen. Post hoc fatale elapsum
 heredibus integrum amplius non est, hereditarem re-
 pudicare, sed creditoribus solvere tenentur, non tamen
 ultra vires hereditarias. Similiter in Ducatu Magde-
 burgico *per ord. polit. c. 44. §. 12.* repudiatio talis heredibus
 negata est, hisce verbis: Wer sich einer Erbschaft einmal
 angemasset, dem soll nicht frey stehen, sich derselben her-
 nach zu entsagen, sondern gehalten seyn, dieselbe (jedoch
 cum beneficio inventarii, oder in Mangelung dessen, ju-

ratae specificationis) zu vertreten, und des defuncti Schulden, so weit sich vires hereditatis erstrecken, zu bezahlen. Quod praxin extra Saxoniam concernit, existimat quidem Carpzovius *P. 1. decis. 25.* etiam de jure communi ex beneficio inventarii heredi competere jus hereditatem repudiandi, cum hoc ipso confusio bonorum præcaveatur, & heres ultra vires hereditatis creditoribus non teneatur, nec aliquod damnum sentire debeat, cum tamen molestiam videatur sentire, dum creditoribus respondere tenetur. Unde plerique inventario hunc quoque effectum tribuunt, quod hereditas jam adita repudiari possit, *Mev. P. 2. decis. 358. n. 7. Carpz. cit. l. 1. n. 9.* ibique allegati, imo non videntur lædi creditores, si secundum inventarium bona omnia restituuntur. Verum hæc sententia dubiis haud caret, cum hæc repudiatio beneficio inventarii nullibi tributa sit, imo qui semel adiit hereditatem, utut vel maxime cum beneficio inventarii eam adierit, heres tamen manet, nec propterea desinit heres esse, quod ultra vires non teneatur. Nec concedi potest, quod creditores hac repudiatione non lædantur, quia revera heredes hoc modo in præjudicium creditorum ab onere administrandi bona hereditaria & creditoribus respondendi sese liberant, quod eis invitis creditoribus haud permittendum est. *Brunn. l. 3. C. de repud. vel. abst. n. 7.*

TIT. III.

TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR, INSPICIANTUR ET DESCRIBANTUR.

§. I.

De usas hujus
tituli.

Hic titulus hodie in viridi est observantia & quotidiana praxi confirmatus. Nam & hodie adhuc di-

distinguitur inter simplicem *aperturam* & *publicationem*. Illa est, quando tantum testamenta aperiuntur eum in finem, ut de voluntate defuncti inde constet, haud citatis ad recognitionem testibus, vel etiam his, quorum interest. Hæc sufficit, si testamenta publica auctoritate constant, cum *publicatio* tali casu foret supervacua. Quare cum hodie testamenta judiciali ut plurimum nitantur auctoritate, vel saltim super iisdem instrumenta publica a Notariis conficiantur, publicationem de consuetudine raro hodie locum habere asserit Carpzov. *P. 3. C. 5. def. 24. n. 7.* Lauterbach. *b. t. §. 8. in f. Brunnem. ad l. 2. C. b. t. n. 5. seqq.* ita ut ea omissa, testamentum haud vicietur. *Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 1. art. 11. n. 19. Conf. Pruckmann. vol. 1. Conf. 48. n. 8. & 10. Meyer in colleg. Arg. b. t. §. 5. in f. Jure Lubecensi iuxta cit. art. 11.* sufficit, si testamenta in scriptis confecta & porrecta certis a senatu ad id deputatis, defuncto testatore, in judicio ad relegendum producantur, eoque ipso pro publicatis habeantur.

Simplex apertura quando locum habeat?

§. II. Ceterum si testamentum in scriptis privata auctoritate conditum est, eo casu publicationem leges requirunt, quæ sit citatis illis, quorum interest, vocatisque testibus ad recognitionem subscriptionis & sigillorum *l. 4. seqq. b. t. Carpz. cit. def. 24. in f. & def. 25.* Talia enim testamenta privata tantum nituntur fide, & ita demum publicatione accedente publicam auctoritatem accipiunt, ut ejus fides amplius in dubium vocari non possit, quod præjudicii cameralibus illustrat *Mev. cit. l. n. 17.* Solennia juris communis explicat *Meier. in Coll. jur. Arg. b. t. §. 8.* quæ tamen non præcisè ubique observantur, cum modus aperiendi tabulas variet, & ita in apertura testamenti cujusque loci & fori, in quo pe-

Quando publicatio necesse sit?

titur publicatio testamenti, servanda est consuetudo. Id. cit. l. Inprimis vero in hac publicatione olim necessarium erat, ut coram Magistro census fieret, l. 23. C. de testam. l. 41. C. de Episc. & Cler. quamvis & magistratus majores competentes erant l. 4. l. 7. ff. b. 1. Hodie iudex quilibet publicationi interesse potest, cum etiam hic actus voluntariæ jurisdictionis esse videatur. Schilter. ex. 38. tb. 172.

Quando apertura fiat?

§. III. De tempore aperturæ & publicationis faciendæ Paulus lib. IV. sent. tit. 6. hæc prodit: *Testamentum lex statim post mortem testatoris aperiri voluit; & ideo quamvis rescriptis variatum, tamen a presentibus intra tri-duum vel quinque dies aperiendæ sunt tabulæ, ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint.* Additur hæc ratio, quod legatariis heredibus aut libertatibus non debeat mora fieri. Jure novo tamen intra novem dies, luctui destinatos, aperturam fieri non posse, quidam contendunt, quamvis Nov. 115. c. 5. §. 1. de hoc casu proprie non loquatur, sed creditoribus frenum injiciat, ne nimis præcipitanter heredem convenire, & intra luctum constitutum inquietare possint. De jure Saxo-nico demum post trigessimam tabulæ aperiri possunt, quia hoc elapso demum inventarium perfici & occupari hereditas potest; Wefenb. b. 1. n. 4. Dñ. Horn. de trices. §. 37. Carpzov. cit. l. def. 25. n. 2. sed jure Lubecensi intra trigessimam binnen Monats-Zeit apertura facienda per art. cit. 11. quod etiam moribus Brandenburgicis obtinere testatur Pruckman. vol. 1. conf. 48. n. 16.

Publicatione deficiente testamentum non tollitur.

§. IV. Quamvis vero hæc publicatio fidem testamento privato conciliet, inde tamen minime colligendum est, testamentum validitate sua destitui, si debito modo publicari nequeat, quod forsitan testes omnes mor-

mortui sint, & ita recognitio sigillorum & subscriptionis fieri nequeat. Tamdiu pro integritate testamenti præsumendum, donec evidenter contrarium probetur, & nusquam in jure nostro cautum legimus, ob defectum *publicationis* testamentum irritum reddi, id quod quoque hodie in praxi sequimur, vid. Struv. *ex. 34. tb. 42. f.* Atque ita Mens. April. 1705. respondimus:

Wann gleich eingewandt werden möchte, daß die meisten Zeugen, so solch Testament unterschrieben, bis auf 2. vor dem Herrn Testatore verstorben, mithin also ihre Unterschrift nicht recognosciren können, da doch solches ad *publicationem* testamenti allerdings nöthig ist, weswegen auch einige Dd. dafür halten, daß solches Testament eo ipso zu Grunde gehen müsse, Grass. §. *testamentum qu. 80.* Barry *de success. lib. 11. tit. 1.* Dauth. *ad l. 2. C. de testam. n. 1.* Besonders da allhier die meisten Zeugen verstorben, und nur noch 2. übrig sind, tñm autem demum recte resignari & recitari potest testamentum, si major pars signatorum inventa fuerit *l. 6. ff. testam. quem. aperiunt.*

Die weil aber dennoch aus dieser angeführten Ursache kein Haupt-Mangel dem Testament zuwachsen kan, zumal zwar nicht ohne, daß bey Publicirung eines Testaments die Zeugen ad recognitionem citiret werden müssen, solches dennoch billig dahin zu verstehen, wenn die Zeugen noch am Leben seyn, und also mit Bestande Rechtens daraus nicht mag geschlossen werden, daß in Ermangelung der Zeugen, recognition das Testament ungültig werde, wie diese Meynung contra veteres Jctos, von bewertheften und in praxi geübten Rechts- Lehrern durchgehends angenommen ist, Schilter. *in pr. jur. Rom. ex. 38. §. 174.* Struv. *ex. 34. tb. inf.* Brunnem. *ad l. 4. ff. testam. quemadm. aper. Zoel. tit. eod. n. 3.* Duaren. *ad cit. t. c. 4.* auch in ge-

genwärtigem Fall noch überdem 2. Zeugen vorhanden, durch welche die recognition gebührend geschehen mag, cum etiam duo testes sufficiant ad probandam semel legitime confecti testamenti validitatem, cum alia sit ratio condendi, alia probandi testamenti: Ibi plures, hic vero vel duo sufficiunt, *Mev. P. 4. decis. 13. n. 1.* Carosius in *l. admonendi 31. ff. de jurejur. n. 34.* folglich solche recognition auch durch 2. Zeugen, als welche dem actui testandi gegenwärtig gewesen, wol geschehen kan: *Carpz. P. 1. c. 17. def. 12. Gramm. decis. 48.* So halten wir davor, daß das Testament aus der angeführten Ursache für ungültig und unkräftig nicht zu halten sey. **B. R. W.**

TIT. IV.

SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI
AB INTESTATO VEL ALIO MODO POS-
SIDEAT HEREDITATEM.

§. I.

An per Nov. 1.
hic titulus pla-
ne sublatus?

PROponitur hoc titulo actio utilis ex testamento, contra eum, qui hereditatem repudiavit ex testamento, eam vero ab intestato adiit, hac intentione, ut sublato testamento etiam legata & fideicommissa corruant, unde dolus ante omnia hic requiritur *l. 1. pr. §. 11. b. 1.* Hac itaque actione legata & fideicommissa conservantur, quæ stricto jure peti haud possunt, cum, sublato testamento, omnia ejus capitula corruant. Verum non leve dubium subnascitur, utrum post *Nov. 1.* adhuc hodie hæc actio utilis, utilitatem legatariis & fideicommissariis præbeat? Non desunt enim, qui hanc *Novellæ 1.* sententiam affingunt, quod, ubi heres institutus repudiavit hereditatem, legatariis vel fideicommissariis integrum sit adire hereditatem, quo voluntas defuncti servetur:

vetur: quo posito, heredi, ex testamento hereditatem repudianti, non amplius integrum esse videtur, eam ab intestato adire; quamdiu enim ex testamento adiri potest, successioni ab intestato locus esse nequit. Verum jam supra tit. *de inj. rupt. & irr. fact. testam.* demonstratum est, Novellam primam haud loqui de casu destituti testamenti per repudiationem heredis, prout quidem Struvius existimavit, sed potius de contumace herede, qui hereditatem adiit, & tamen intra annum voluntatem defuncti implere detrectat, tunc enim commodum omne ex hereditate acquisita amittit, si quispiam ex fideicommissariis vel legatariis voluntati defuncti satisfacere paratus fuerit. Unde etiam post hanc Novell. casus contingere potest, quo heres repudiat hereditatem ex testamento, eamque ab intestato possidet. Conf. Meier. *in coll. J. Arg. b. t. n. 8.*

§. II. Alii vel inde hunc titulum hodie usum nullum habere existimarunt, quod per *Nov. 115. c. 2. legata & fideicommissa* haud corruant, sed, testamento etiam collapsio, adhuc debeantur & subsistant. Verum nec per hanc Novell. hunc titulum sublatum esse, recte censet Hahnus *ad Wesenb. b. t. inf.* quia in *cit. Nov.* haud agitur de destituto testamento, sed tantum de duplici casu, si testamentum vel nullum sit ex capite præteritionis, vel rescissum ex capite inofficiosi testamenti, quibus duobus casibus legata & fideicommissa integra & salva manent. In reliquis itaque modis, & sic in casu destituti testamenti, legata *stricto jure* corruunt, nec aliter conservari hodie possunt, quam mediante hac actione utili. Præterea hic speciatim agitur de casu, quo per fraudem heredis testamentum desertum factum est, ut circumveniat eos, quibus quid relictum est, extra quem casum hæc actio utilis minime competit. Ast de hac frau-

An per Nov.
115. c. 2. hic
titulus subla-
tus sit?

fraudulenta machinatione altum silentium in *cit. Nov.* est, & cum correctio juris antiqui, nisi sit evidentissima, admitti haud possit, merito quoque adhuc hodie usus hujus actionis admittendus est.

TIT. V.

DE SCTO SILANIANO ETCLAUDIANO,
QUORUM TESTAMENTA NE
APERIANTUR.

§. I.

Sententia Scti
Silaniani.

SCto Silaniano cautum erat, ut de servis ejus, qui domi vi necatus est, & sub eodem tecto fuerant, non tamen domino opem tulerant, quaestio habeatur, nec heres, antequam quaestio habita suppliciumque de noxiis sumtum fuerit, testamentum defuncti aperiat, alioquin ei ut indigno hereditas aufertur. Neque enim potarunt, aliter ullam domum tutam esse posse, nisi periculo capitis sui custodiam dominis, tam a domesticis, quam ab extraneis praestare servi cogantur *l. 1. pr. ff. b. t.* & ei quovis modo auxilium praebent, etiam voce vel clamore *l. 1. §. 29. b. t.* Neque ignoscitur servo, qui timuit mori, cum hic pro salute & vita domini servanda mortem subire debeat *cit. l. §. 29.* Imo qui ante sumtam vindictam testamentum aperiebat, non tantum ut indignus hereditatem amittebat, sed etiam in eum actio, a quolibet ex populo instituenda, dabatur ad centum aureos ex bonis damnati solvendos; pro parte actori praemii loco adjudicandos, pro parte vero in publicum redigendos *l. 25. in f. b. t.* Quodsi plures sunt heredes, illi demum hereditatem amittunt, quorum ex consilio te-
sta-

stamentum apertum est; qui culpa carent, portiones suas non amittunt *l. f. b. t.* Speciales hujus Scti observationes exposuit Dn. Hertius *diff. de herede occisi vindice Sect. II.* Cum vero hodie servos non habemus, facile apparet, hoc Sctum hodie amplius non obtinere, nec actioni populari ad centum aureos locum esse posse. Dn. Hert. *cit. diff. sect. 3. §. 1. Struv. ex. 34. tb. 49. inf.*

§. II. Quodsi defunctus non per vim, sed veneno necatus erat, quæstio quidem de servis haberi non poterat, adeoque testamentum aperire, & hereditatem adire, heredi integrum erat, *l. 1. §. 24. b. t.* sed heredi vindicta incumbebat *l. 5. inf. b. t.* adeo ut, si in ulciscenda morte cessaverit, omnis hereditas quocunque jure obveniens auferatur *l. 25. b. t.* De usu hujus doctrinæ moderno inter se Dd. non conveniunt, præsertim postquam duo illi ICtorum Coryphæi, Heigius & Carpzovius, de eo in diversas abierunt sententias. Nam usum ejus negat Capzovius *P. 4. C. 11. def. 10. & prax. crim. qu. 34. n. 72.* Argumenta ejus sunt; (1) quod nemo hodie invitatus cogatur ad accusandum *per art. 214. constit. crim.* (2) quod non verendum sit, ut maneant homicidia impunita, quia judex ex officio inquirere debet, & loco accusationum inquisitiones invaluerunt. Sed Heigius *lib. 2. qu. 34.* usum ejus admittit, quod ostendi nequeat, Sctum abrogatum esse, quocum etiam faciunt Merckelbach apud Klock. *vol. 1. conf. 46. n. 21.* Theodor. *in coll. crim. c. 3. apb. 5. n. 5.* Mev. *P. 5. decis. 153.* Verum hic non tam inquirendum est, an hoc Sctum hodie abrogatum sit, sed prout Hertius *cit. l. diff. III. §. 6.* etiam observat, utrum hoc Sctum unquam in Germania receptum sit per usum & observantiam, quod quatenus hætenus asseri nequit, cum fori nostri criminalis diversa admo-

An hodie heres teneatur vindicare mortem defuncti?

Contin. III.

R r r r r

dum

dum ratio sit, uti quidem apud Romanos, apud quos accusationes frequentes erant, quemadmodum hodie ut plurimum crimina per viam inquisitionis vindicantur. Conf. Struv. *ex. 34. §. 50.* Lauterbach. *b. r. §. 9.* Matthæi *de crim. ad tit. de biar. c. 7. §. 10.* Tenetur tamen heres cædem defuncti, si forte occulta sit, denunciare Magistratui, quo ex officio inquireat, id quod si negligit, adhuc pœnam hujus SCti locum habere posse existimat Schilter. *ex. 38. §. 179. & 180.* si modo constaret pœnam hujus SCti unquam usu receptam esse, de quo merito dubitandum est.

TIT. VI.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT VEL COEGERIT.

§. I.

Si quis prohibet testari.

Qui, dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum vel mutare, D. Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones hereditarias, denegatisque ei actionibus fisco locum fore, ait Ulpianus in *l. 1. pr. b. r.* Huc etiam pertinet, si quis dolo malo fecit, ut testes non venirent, & per hoc deficiat facultas testamenti faciendi *l. 2. pr. b. r.* Idem etiam hodie juris esse communiter Dd. existimant, cum ratio eadem hodie obtineat, quæ jure Romano heredes tales indignos declaravit. Neque enim generaliter asseri potest, pœnas confiscationis usu hodierno haud esse receptas, cum potius *2. feud. 56.* inter regalia specificè adhuc hic casus confiscationis referatur, quemadmodum etiam Faber in

in *C. lib. VI tit. 15. def. 4.* attestatur, in Sabaudia etiam hunc titulum adhuc in usu esse. Conf. Schilter. *ex. 38. §. 182.* Et ita *Mens. Jun. 1704.* respondimus hoc modo:

Ist Titius allezeit des Vorhabens gewesen, seine Facti Species.
Stief-Mutter, wegen der von ihr genossenen Erziehung, im Fall er ohne Erben oder unverheyrahet sterben solte, zu seiner Erbin einzusetzen, er auch, da er nachher krank worden, solche seine Meynung dem Hn. D. H. wie auch M. P. erdffnet, und gebethen, es zu befördern, daß sein letzter Wille dergestalt abgefasset werden möchte, und da solches D. H. wegen allerhand Einwürfe nicht gestatten wollen, daß Titius daher den Hn. M. P. zu sich bitten müssen, welches D. H. abermals verhindert, und es damit entschuldiget, daß M. P. wegen Unpäßlichkeit nicht kommen könnte, und diese Behinderung so lange gewähret, bis Titius gestorben, daher gefraget wird:

Ob Caja nicht befugt sey, deshalb die Erbschaft anzusprechen, und wie die action am füglichsten anzustellen sey? Quæst.

Ob nun wohl die Stief-Mutter Caja des Titi Vorhaben endlich erhalten kan, und so wohl D. H. als M. P. wenn sie endlich abgehöret würden, solches zugestehen müssen, daß Titius bis an sein Ende dabey beständig geblieben. Rat. Dub.

Weil aber dennoch dadurch ein mehrers nicht heraus kommen würde, als daß Titius seine Stief-Mutter zur Erbin einsetzen wollen, und ein grosser Unterscheid ist inter illum, qui voluit heredem scribere, & qui heredem scripsit, zu welchem allerdings die solennia juris erfordert werden, und dahero, wenn gleich Titius zu D. H. und M. P. positive gesagt hätte, daß sie seine Erbin seyn solte, dennoch, da dieses nur vor 2. Zeugen angesetzt, ungültig seyn würde, cum nec filius inter parentes suos naturales & legitimos sine solennitate ordinaria disponere possit; Rat. Dec.

Decisio.

Reufner. *de testament. Vol. 2. D. 4. c. 8. Gail. obs. 112. n. 26.*
 Ludwell. *de ult. volunt. Part. 2. c. 3. p. 334.* So erscheinet dar-
 aus so viel, daß die Caja die Erbschafft selbst in Anspruch zu
 nehmen nicht befugt sey. Sinegen weil gleichwohl D. H.
 die Aufrihtung eines solennen Testaments auf alle Weise
 verhindert, und dadurch intendiret hat, daß seiner Frauen
 Antheil an solcher Erbschafft ab intestato nicht benommen
 werden möchte, in welchem Fall die Rechte deutlich dispo-
 niren, quod si ille, qui captat hereditatem ab intestato,
 & ne hanc perdat, alterum testari prohibeat, hic indi-
 gnus fiat hereditate, & illa fisco cedat *L. 1. ff. Si quis ali-*
quem test. prohib. So erscheinet, daß der Fiscus solches
 Theil der Erbschafft hinweg zu nehmen berechtiget sey, je-
 dennoch aber, weil D. H. nicht eigentlich, sondern seine
 Frau Erbin ist, und dieselbe bey solcher prohibitione te-
 standi nicht concurriret, so kan zwar das factum mariti
 derselben nicht schaden *per L. 2. §. 1. ff. d. 1.* Es ist aber quoad
 maritum Rechts, daß derjenige, welcher, impediendo
 testamenti factionem, dem andern, welchem der defun-
 ctus etwas vermachen wollen, den Vortheil entziehet,
 demselben deshalb ad interesse refundendum verbunden
 sey. *Carpz. P. 3. const. 5. def. 10. Struv. ad Tit. ff. Si quis ali-*
quem test. prohib. tb. 54. Brunn. ad L. 1. d. 1. n. 5. Dahero wir
 der Meynung sind, daß die Caja den D. H. wegen obge-
 dachter Verhinderung zu Ersegung des dadurch verur-
 sachten Schadens zu belangen wohl befugt sey, **B. R. W.**

De testamento
coacto.

§. II. Quando vero quis coëgit & vi compulit te-
 statorem ad testamentum condendum, eo casu du-
 plex quæstio nascitur, (1) de validitate testamenti, (2)
 utrum fisco locus sit. Quoad priorem quæstionem
 constat, quod tale testamentum non valeat, de eo ta-
 men haud conveniunt Dd. utrum ipso jure non valeat,

an

an vero stricto jure valeat, sed postea rescindatur. Intereffe controversiæ in eo latitat, quod si ipso jure valeat, fiscus excludatur, & heredes ab intestato ad hereditatem vocentur; quando vero valet stricto jure, tunc rescinditur ex postfacto, & heredi instituto tanquam indigno hereditas auferitur, id quod defendunt Peregrinus *de jure fisci l. 2. tit. 6. n. 2.* aliique plures a Carpz. *P. 3. C. 5. def. 16.* allegati. Sed hanc sententiam falsam esse, satis constat, cum ad testamenti factionem requiratur voluntas omni modo libera, alioquin ipso jure nullum est *l. 1. qui testam. fac. poss.* neque edictum prætoris *de metu* hic applicari potest, utpote quod ad negotia inter vivos proprie spectat, uti pluribus argumentis evincit Lauterb. *b. 1. §. 8.* Atque hæc sententia quoque in praxi est recepta, & consequenter fisco hereditas in praxi non adjudicatur, sed proximis heredibus legitimis, testibus Carpz. *cit. l. n. 6. seqq.* Brunnemanno *cent. 1. decis. 85. & ad l. 1. & 2. C. & 1. f. ff. b. 1. Perez. in C. b. 1. n. 3. Manz. de testam. val. & inval. tit. 3. qu. 1. Barry de success. lib. 1. tit. 9. n. 10. Sichard. in C. b. 1. in f.* Neque enim heredi instituto hereditas auferri potest, quæ ei ne quidem delata est. Quod si tamen heres, qui alias ab intestato successurus est, defunctum coëgisset, ut testamentum in favorem ejus conderet, & ita is hereditatem solus obtineret; eo casu fiscus adhuc hodie portionem ejus, quam alias ab intestato obtineret, vindicare posset. Pantſchman. *l. 2. qu. 22. n. 45.* Hoc interim indubium, heredem institutum, antequam de coactione constat, ex *l. f. C. de edict. D. Hadr. roll.* immittendum esse in hereditatem, si de cetero nullum visibile vitium occurrit, quoniam hæc exceptio est altioris indaginis, Carpzov. *cit. l. def. 18.* nisi exceptio hæc in continenti doceri queat. Id. *cit. l. in f.*

Rrr rr 3

TIT.

TIT. VII.
DE JURE CODICILLORUM.

§. I.

Codicillorum
usus.

Hujus materiæ utilitas in praxi est notissima, nec credendum est, hodie codicillorum aliam indolem esse, ac quidem jure Romano, nisi quod, quæ jure Codicis in codicillis immutata sunt, hodie observentur, & ita cum jure Romano noviori a jure digestorum recedamus. Neque ostendi potest, olim in codicillis testes adhibitos fuisse, sed valebant sine testibus, imo tunc potissimum usum habebant, quando quis ob defectum testium non poterat solenne condere testamentum. *l. 8. §. 1. b. t.* Proinde si de epistolæ fide constabat, valebat talis dispositio, ut dicitur in *l. 89. pr. de leg. 2. Conf. l. 77. §. 23. l. 88. §. 17. de leg. 2.* nec distinguebatur, utrum essent conditi ab intestato, an ex testamento valerent *l. 16. b. t.* Jure Codicis vero quædam immutata sunt. Veluti (1) quod sine scriptura condi possint, *l. 8. §. 3. C. b. t. l. 13. C. de SS. eccl. l. 3. pr. C. de bon. libert.* (2) quod ad minimum quinque testes adhiberi debeant, *l. f. ff. vet. C. b. t.* qui etiam hodie in praxi desiderantur, adeo ut sine his Codicilli subsistere non possint. *Carpz. P. 3. C. 4. def. 35, Richter. P. 1. decis. 22. n. 16. Quod enim dicitur, ait Carpz, cit. l. n. 4. valere relictum nuda epistola in l. ult. ff. de leg. 2. illud hodie correctum fuit per l. 22. C. de fideic.* Accesit nova hujus praxeos confirmatio per *Ordin. Notar. Maxim. de anno 1512. von Testamenten §. und sollen die Notarien, ubi disertis verbis dicitur: Aber in Codicillen, nemlich darin einem, ausserhalb Ansehung oder Machung ander Erben, etwas nach eines Todt, von*
des

desselben Erben zu reichen und zu empfangen gesetzt, vermachet, verlassen, und zu treuen Händen befohlen wird, oder ihme übergeben, von Todes wegen geschehen *ic.* aufs wenigste 5. Zeugen *ic.* Conf. Dn. Harprecht *de remed. l. ult. C. de fideic. c. 2. §. 17. n. 4. & vol. 1. conf. 5. n. 2. seqq.*

§. II. Porro jure Digestorum & maxime eo tempore, quo usus codicillorum invalescebat, condebantur codicilli in forma *epistolæ*, unde est, quod sæpe *epistola* in jure dicantur, & in forma *epistolæ* exhibeantur. *l. 35. §. 3. de leg. 3. l. 37. §. 2. eod. l. 30. §. 1. de adim. vel transfer. leg. l. 89. pr. ff. de leg. 2. l. 41. §. 2. de leg. 3.* Non desunt tamen, qui differentiam inter *Codicillos* & *epistolam* faciunt, ob *l. 7. C. qui testam. fac. poss. de cujus usu videndum est.* Ajunt, *epistolam* non esse nisi scriptam, *codicillos* autem de essentia scripturam non requirere. Verum hæc differentia haud fundata est, cum satis constet, omnes *codicillos* olim tantum per scripturam adornatos esse, *l. 3. ff. de testam. milit.* & ita talis differentia specifica inter *epistolam* & *codicillos* esse non potuit. Postquam vero jure *Codicis* etiam sine scriptura perfici potuerunt, certum quidem est, quod nuncupativa ejusmodi dispositio *codicillorum* nomen retinuerit, sed utrum etiam *epistola fideicommissaria* commode dici possit quæstio magis est curiosa & critica, quam practica. Nec obstat, quod in *epistola* plus desideretur, quam in *codicillis* nuncupativis, qui testium subscriptionem non desiderant, uti quidem illa, nam ita *Codicilli* scripti & *epistola fideicommissaria* inter se haud differunt, & quod testes subscribere hoc casu debeant, hoc inde est, quod *codicilli* in scriptis condantur. Fluit exinde decisio quæstionis, utrum is, cui per Statutum interdictum est, *codicillos* con-

An differentia sit inter *codicillos* & *epistolam fideicommissariam*?

condere, adhuc fideicommissariam epistolam facere possit? quod hi, qui adhuc in praxi quandam differentiam hic statuunt, affirmant, & quidem vel ideo, quod statuta sint stricte & ita interpretanda, ne nimium recedant a jure communi. Verum cum epistola talis revera Codicillos constituat; & essentialis differentia inter utramque speciem excogitari non possit, quam etiam nec jus commune suppeditat; omnino dicendum est, prohibitum codicillos facere, etiam prohiberi epistolam, seu codicillos in scriptis, facere. Ex quo concludo quod in praxi talis subtilis differentia usum nullum habere possit.

§. III. Diriguntur autem Codicilli vel ad heredem in testamento institutum, vel ad heredem ab intestato. Priori casu ex testamento dependent, ejus quasi pars & sequela sunt, ita, ut quod in codicillis scriptum est, perinde habeatur, ac si in testamento scripta essent *l. 2. §. 2. ff. b. r.* & ita cum testamento & corruunt & subsistunt, cum codicilli pro parte testamenti habeantur *l. 14. ff. b. r.* Vt tamen Codicilli tales in testamento in specie confirmantur, necesse non est, quamvis utilitatem quandam confirmatio præbere possit. Solent enim nonnunquam testatores hanc clausulam testamento adjicere: **Wollen auch, daß dasjenige, was wir durch ein oder mehr Codicill, auch eingelegte Zetteln, Väterlicher Annotation oder sonst weiter verordnen werden, also stark und gültig seyn solle, als wenn es hierin mit ausgedruckten Worten gegründet wäre,** cujus clausulæ hæc est utilitas, ut valeant tales codicilli etiam sine omnibus testibus, & ex testamento suam subsistentiam recipiant, vi relationis ad testamentum factæ. Harprecht *vol. 1. conf. Tubing. 5. per. tot.* Confirmabo hanc senten-

tentiam elegante quodam casu, de quo consultus anno 1705. ita respondi:

Es hat weyland Antonius Bailli Anno 1673. ein Testament aufgerichtet, und unter andern auch seine Tochter erster Ehe Johannam folgender Gestalt zum Erben eingesetzt, daß sie, wenn sie unverheyrahet sterben würde, ihr Väterlich Erb-Guth nicht an jemand fremdes, sondern allein an ihre Brüder und Schwestern wieder vermachen solle, darauf auch obgedachte Johanna Bailli zwar ohnverheyrahet gestorben, doch Anno 1679. gleichfalls ein Testament aufgerichtet, darinn sie ihres Vaters Testament in allem Folge geleistet, nur daß sie der verstorbenen Schwester und Brüder Kinder mit zu denen obgedachten väterlichen Erb-Güthern beruffen, im übrigen ihrem Testament folgende clausul beygerücket, daß wenn sie, die Testirerin, nach diesem noch etwas mit ihrer eigenen Hand- und Namens- Unterschrift dem Testament beyfügen würde, solches eben so gültig und kräftig solte geachtet werden; als wenn es dem Testament selbstn wörtlich und wirklich einverleibet wäre, und dann dieselbe den 29. Oct. 1701. einen Anhang dem Testament mit ihrer eigenen und zweyer Zeugen Unterschrift hindey gefüget, Krafft welchen sie aus bewegenden Ursachen ihrem Halb-Bruder Dionysio Bailli die administration seines Antheils seinen Kindern zum Besten entzogen, und verordnet, daß dieselbe durch einen andern administriret und ihme die Abnußung davon gereicht werden solle, laut mehrern Inhalt des bey den Acten befindlichen Testaments, zu welchem allen doch obgedachter Dionysius Bailli sich nicht verbunden erkennet, und dann hierbey gefraget wird: Ob das dem Testamento Anno 1701. beygefügte adjunctum wegen der im Testament befindlichen clausul bestehen könne, oder unkräftig sey?

Nun möchte zwar eingewandt werden, daß das bey dem testamento befindliche adjunctum de anno 1701. ob defectum testimonii nicht bestehen könne, indem nur 2. Zeugen solches unterschrieben; da doch zum wenigsten 5. Zeugen adhibiret werden müssen *L. ult. §. 3. C. de codicill. Carpz. P. 3. C. 64. def. 35. Richter.*

Contin. III.

Sss ss

P. 1.

P. 1. decis. 26. num. 17. quod adeo verum est, ut, licet legatum aliquod in epistola vel schedula relictum fuerit, hoc tamen non aliter subsistat, quam quinario testium numero adhibito, Brunn. *ad l. fin. pr. de leg. 2.* Petr. Gregor. Tholos. *in Syntagm. Jur. univ. lib. 41. c. 18. in f.* zumahlen sonst dasjenige, was die leges mit so großer Sorgfalt constituiret hätten, per indirectum umfallen und zu vielen Betriegerereyen Anlaß geben würde, welches vornemlich in gegenwärtigem casu urgiret und anführet Hieron. Schurffius *cent. 2. conf. 48. num. 8.* Und obgleich die Testatrix Johanna Bailli die clausulam reservatoriam dem Testamento annectiret, und darin geordnet, daß alle dasjenige, was sie etwan nachgehends zu ihrem Testamente schreiben oder demselben anhängen würde, solches eben die Kraft haben sollte, als ob solches wörtlich dem testamento mit einverleibet wäre, so möchte doch dawider angeführet werden können, quod nemo possit cavere, ne leges in suo testamento valere debeant *L. 55. ff. de legat. 1. maxime in tali negotio, ubi leges aliquid pro forma requirunt.* Schurff. *cit. l.* Bey welchen Umständen denn auch viele Dd. ein solches adjunctum für unkräftig erklären, wenn nicht 5. Zeugen adhibitet worden. Hillig. *ad Donell. lib. 7. cap. 19. lit. G. Modestin. Pistor. vol. conf. 44.*

Rat. Decid.

Weil aber dennoch nicht allein denen gemeinen Rechten, sondern auch der praxi nach, einem jeden testatori frey stehet, sich in seinem Testament auf eine gewisse schedulam vel aliam scripturam zu beruffen, worinn er nomen heredis vel legatarii geschrieben hätte oder noch schreiben würde, und dabey nicht erfordert wird, daß solche schedula von 5. oder 7. Zeugen unterschrieben werde, sondern genug ist, wenn man nur sonst gewiß seyn kan, daß es eben diejenige scriptura sey, worauf sich der testator referiret, sive jam scripta fuerit schedula tempore conditi testamenti, sive adhuc scribenda *l. 77. ff. de hered. instit. Bardili de testam. nuncupat. tb. 28. Besold. conf. 203. n. 16.* Und dann solches um desto ehender in dem Fall zu admittiren, wenn in dem adjuncto oder schedula, worauf sich der testator referiret, keine heredis institutio vorhanden, sondern nur etwas darinn geordnet, ubi minor solemnitas requiritur, mithin die clausula reservatoria in præsententi

senti testamento dieses operiren und wirken muß, daß all dasjenige, was nachgehends die Testatrix unter ihrer eigenhändigen Unterschrift dem Testament beygefüget, ex virtute factæ in testamento relationis eben so fest muß gehalten werden, als wenn es dem testamento wörtlich und wirklich einverleibet wäre, si enim testator in testamento se referat ad epistolam, valebit legatum in epistola relictum, quia in testamento videtur relictum per relationem ad epistolam, Brun. *ad l. 1. 38. de condit. & demonstrat. n. 1.* Imo expressa per relationem, expressa dicuntur in specie, ac si in referente fuissent inserta, *arg. l. 2. §. 2. ff. de jure codicill.* Garl. Mastrill. *decis. 190. n. 5.* & paria censentur, aliquid exprimere in testamento specificè vel per relationem ad aliud, Cardin. Mantica *de conject. ult. vol. l. 4. t. 3. n. 11.* Brun. *ad l. 25. de reb. dub. n. 2.* adeo ut relatum sit pars referentis. Cardin. Tusch. *pract. concl. tom. 6. lit. R. concl. 129. n. 2.* Barbof. *Thes. loc. comm. lib. 16. c. 23. ax. 16.* in welcher Absicht es allerdings überflüssig wäre, bey dergleichen adjunctis oder scripturis noch 5. Zeugen zu gebrauchen, als worin auch denen Rechten nach keine Zeugen erfordert werden. *arg. l. Theopompus 14. ff. de dot. præleg. l. f. pr. de leg. 2. l. 6. C. de Codicill. l. 18. ff. de Jure Codicill.* Welche Meynung auch so wohl durch die tägliche praxin, als bewährteste Rechts-Lehrer confirmiret und bestätigt wird. Bardili *disp. seq. de scheda testam. c. 5. §. 3.* Brun. *ad l. fin. pr. ff. de leg. 2. n. 4.* Ernestus Cochmannus *Vol. 5. cons. 33.* Besold, *in delib. Pandect. lib. 28. & 29. n. 8. in. f.* Harprecht. *Vol. 1. consil. Tub. integro 5.* Welchen denn nicht entgegen stehet, daß in Codicillis 5. Zeugen erfordert werden, als welches de codicillis absolutis & per se subsistentibus, non vero de illis, qui propter relationem pars testamenti esse videntur, zu verstehen ist, atque adeo implicite te-

stes iidem, qui testamento adfuerunt, hic quoque adfuisse videntur. *Alexand. l. 7. conf. 4. n. 6. inf.* Wie denn auch nicht mag gesagt werden, quod ita fraudibus locus concedatur, weil allezeit alhier zum voraus gesetzt wird, daß bey dem relato keine suspicio falsi vorhanden, wie solches alhier deutlich zu finden. *Harprecht. cit. l. n. 80.* Und obgleich einige *Id.* alhier das Gegentheil souteniren möchten, so ist doch deren Meynung weder dem juri noch moribus nostris conform, und kan also um destoweniger darauf regardiret werden. So erscheinet hieraus so viel, daß das dem testamento beygefügte adjunctum de anno 1701. zu Rechte beständig und kräftig sey.

Quot testes hodie requirantur in Codicillis cæcorum?

§. IV. Alias quinque testes sunt necessarii etiam hodie in Codicillis per *ordin. Not. Maxim. l. de anno 1512. von Testamenten §. und sollen Carpz. P. 3. C. 4. def. 35. n. 6. seqq.* Excipere tamen solent codicillos cæcorum, in quibus eundem testium numerum præscriptum esse existimant, qui in eorum testamentis necessarius, id quod suadere videntur verba *ordin. cit.* ubi ita: Es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen solche Form zu halten. Quin etiam in eandem decisionem inclinant verba *L. hac consultissima 8. C. qui testam. fac. poss.* quæ rursus eundem modum in Codicillis observandum esse jubent, quem testamenta desiderant, unde mirandum hæud est, tot Jctos magni nominis octo testes etiam in codicillis cæcorum requirere, quos retuli in *rr. de caut. testam. c. IV. §. 14.* Verum jam dudum in *rr. de jur. sens. diss. 2. c. 3. n. 28. seqq.* ostendi, secundum genuina interpretandi principia hanc sententiam ex adductis textibus erui hæud posse. Voluit legislator, eundem modum esse observandum in cæcorum

CO-

codicillis, quod non absolute, sed secundum quid intelligit, pro natura substratæ materiæ, ut, sicuti in testamento unus testis ceteris adjungi debeat, ita quoque idem attendendum sit in codicillis cæcorum, ubi quinque sextus addendus. Porro sicuti testamentum cæci in præsentia testium prælegendum est testatori, ita quoque codicilli &c. Opponit quidem Meier *in comm. ad J. b. t.* illa verba: *in eundem modum*, improprie capienda esse, ut denotent similem modum, cum tamen a proprietate verborum haud facile recedendum sit. Verum regero, dissentientes magis cortici verborum inhærere, quam mentem legis evolvere, cum tamen de hac inprimis laborandum, & ad hanc salvandam etiam a proprietate verborum recedendum sit. Nulla ratio evidentissima adduci potest, quæ imperatorem moverit, ut in codicillis cæcorum eadem solennia requireret, quæ in testamentis sunt necessaria, quia ita testamentum cæcorum parum a Codicillis eorum distaret. Et hæc sententia quoque jure Wurtembergico specialiter confirmata est. Interim Brunnemannus *ad cit. l. 8.* testatur, contrariam sententiam in praxi magis esse receptam, ut ab hac sententia non recedere tutius plerique existiment. vid. Esbach. in *Curpov. P. 3. C. 6. def. 5. n. 10.*

§. V. Circa testes ipsos nulla adeo solennitas observanda, cum nequidem, ut specialiter rogentur, requiratur, sed etiam qui fortuito venerint, testes esse possint *l. ult. §. f. C. b. t.* Equidem Carolus Molinæus *conf. 31. n. 3. seqq.* arbitratur, hodie specialem rogationem necessariam esse; Ast unde praxin contrariam probet, non habet, adeoque merito in jure communi subsistendum est, cum potius hodie de solennibus rescandis,

Ut testes rogentur, non est necesse.

quam augendis laborandum sit. Hoc facile largior, si codicilli in scriptis fiunt, aliquam admonitionem testium esse necessariam, ut intelligere testes possint, in scriptura tali codicillos contineri, quia absque tali certioratione ignorarent, an negotio adhiberentur; sed hæc certioratio non involvit solennem rogationem testium, quæ in testamentis necessaria est.

An mulieres
hodie admit-
tantur?

§. VI. Nihil autem interesse volunt, utrum testes codicillis adhibiti sint masculi an feminæ, quod in codicillis testes non tam solennitatis, quam probationis plenioris gratia interveniant. Sichard. *ad rubr. C. b. r.* Reufner. de *Codicill. c. 10. n. 12.* Carpz. *P. 3. C. 4. def. 36. n. 7.* adeo ut etiam solas mulieres in codicillis admittendas esse velint. Carpz. *P. 2. decis. 152. n. 22.* Equidem in puncto juris hæc decisio dubiis non caret, cum nullus possit adduci textus, quo, mulieres ad codicillos admitti posse, dispositum sit; accedit, quod non solius probationis gratia testes hic intervenire videantur, quia alioquin duo sufficerent, nec quinque essent necessarii, vid. Zoef. *b. r. n. 4.* Interim contraria sententia in praxi est recepta & usu fori servatur, prout dixi *in caut. testam. c. 23. §. 7.*

An legatarius
in praxi inter
testes admitta-
tus?

§. VII. Præterea legatarios quoque in numero horum testium esse posse, Carpzov. *P. 2. decis. 152.* censet, & Philippi in *us. pract. instit. lib. II. eclog. 46. n. 4.* confirmat; & quidem ex hac ratione, quod legatarii non sint juris universalis successores, nec defunctum repræsentent; quin quod in *l. 22. C. de testam.* diserte permissum testatori, legatum non tantum in testamento, sed quavis alia dispositione relinquere. Verum recte animadvertit Brunnemannus *ad l. ult. C. de codicill. inf. duo in b. l. 22. cit. disponi,* (1) quod testator dictanti testa-

testamentum possit aliquid legare, (2) quod testibus etiam legare possit, verum non determinat, an idem quoque dicendum sit de testibus, codicillis adhibitis. E contrario, quando leges permittunt, legatarios quoque testes esse posse, ordinarie loquuntur de *testamento*, nunquam de *codicillis*, in quibus testes admissi essent testes in propria causa, præsertim cum testes hic non tam solennitatis, quam primario probationis plenioris gratia adhibeantur. Quod autem legatarii in testamento admissi fuerint, inde factum esse videtur, quod testes hic non probationis, sed solennitatis gratia requirantur, adeoque prædicta regula illis obstare haud potuerit, quæ rationes plerosque moverunt, ut legatarios non esse admittendos censerent. Richter. *ad l. 22. C. de testam.* Reusner. *de Codicill. c. 16. in f.* Harprecht. *de remed. l. ult. C. de fideic. P. 38.* Zepper. *de Codicill. c. 8. n. 29.* Mascard. *de probat. concl. 307. n. 8.* Et hanc sententiam receptiorem esse, adeoque in praxi priori præferendam censet Brunnem. *ad l. 20. ff. qui testam. fac. poss. n. 9.*

§. VIII. Officium testium codicillis adhibitorum est, subnotationem suam eis accommodare, ut dicitur in *l. f. §. f. C. b. r.* ex quibus evidentissime colligitur, codicillos sine testium subscriptione subsistere haud posse, quod illustravi præjudicio in *caus. testam. c. 23. §. 13.* Quamvis enim eorum subsignatio non exigatur, immo ne quidem ipsius codicillantis, *l. 6. §. 2. ff. b. r.* subscriptio tamen testium jure codicis introducta est, nisi forsan tenor codicillorum omnibus testibus manifestus foret, quia eo casu valere posset dispositio jure codicillorum nuncupativorum, si modo testes adhuc

An testium
scriptio ne-
cessaria?

vi.

vlvant. His mortuis, non jus, sed probatio deficeret.

Testes uno
contextu ad-
esse debent.

Hoc quoque præterea etiam hodie sedulo observandum, ut testes conjunctim & uno contextu toti actui intersint, id quod in *cit. l. f.* inculcatur, & hodie quoque in praxi attenditur, prout Mens. Jun. 1707. pronuntiavimus: In Sachen deren Curatoren Fr. Marien Dorotheen von Edwin Klägerin an einem, Frauen Catharinen Sophien von Edwin Bekl. andern Theils, erkennen ic. vor Recht, würde Bekl. durch endliche Aussage zweyer unter dem producirten Testament befindlichen Zeugen erweisen, daß alle 5. daselbst benannte Zeugen zugleich nebst dem testatore uno contextu unterschrieben, so ist solches Testament als ein Codicill oder fideicommiss beständig, und daher, wann Klägers principalin ihre quartam Trebellianicam von des verstorbenen Bruders ganzen Verlassenschaft bekommt, worunter auch die vermachten 1000. Thlr. mit zu rechnen, so ist sie das übrige alles der Beklagten zu lassen schuldig ic. Rationes decidendi erant sequentes: Ob wohl Bekl. das ganze Testament zu salviren vermeynet, weil ihr verstorbenen Bruder der testator ein Officier gewesen, und also libere ex privilegio militum testiren können, er auch zum Ueberfluß die clausulam codicillarem solcher disposition annectiret, wodurch befanter massen der defectus solennium suppliret wird. Weil aber gleichwol dieses Testament nicht in expeditione militari, sondern zu Hause aufgesetzt, in welchem Fall 7. Zeugen nothwendig adhibiret werden sollen per *Ordin. Notar. Maximil. de anno 1512. §. ferner* sollen auch. *Carpzov. P. 3. C. 4. def. 28.* hiernächst auch, wenn die clausula codicillaris in testamento einige Wirkung haben soll, die requisita Codicilli vorhanden seyn müssen, welche nicht in der blossen subscriptione quinque testium bestehen, sondern es wird erfordert, ut quinque testes uno eodemque tempore adhibeantur, sive scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur, per *l. fin. §. ult. C. de Codicill.* *Lauterbach. in Colleg. Theor. Pract. ad ff. tit. de Scit. Trebell. §. 9.* daß aber die Zeugen hieselbst uno eodemque tempore unterschrieben, deshalb zweifelhaftig ist, weil

weil fast ein jeder Zeuge sich einer absonderlichen Tinte bedienet, und ohne dem, daß eine dispositio uno contextu aufgesetzt sey, eine solennitas externa ist, qualis non præsumitur, nisi probeatur per duos testes *Mev. P. 4. decis. 13. n. 3. Mantica de con-ject. ult. vol. lib. n. tit. n. n. 7.* Wann nun solches geschehen, so bekommt das Testament die vires eines Codicill^{is} propter clausulam codicillarem adjectam, cujus hic effectus est, ut heres ab intestato per testamentum gravatus dem heredi scripto die ganze Erbschaft, detracta Trebellianica, heraus geben muß, und weil in die quartam Trebellianicam alles mit zu rechnen ist, was der gravatus ex hereditate bekommen, per *l. 3. ff. 4. §. l. 18. ff. fin. ff. ad SC. Trebell.* so ist daher von uns beschener massen erkannt worden.

§. IX. Magnus quoque est usus clausulæ codi- De clausula
codicillari.
cillar^{is} in praxi, ut fere nullum condatur testamentum, cui ea haud annexa sit, cujus effectus est, ut dispositio, quæ ob defectum quendam non potest valere jure testamenti, valeat jure codicillorum, ad heredem ab intestato directorum, vi cujus ille rogatus censetur, ut adeat hereditatem, eamque ex fideicommissio nominato in tali dispositione restituat. Vid. *rr. Fab. Turneti de effect. claus. Codicill.* Cum vero tantæ potentæ & An in praxi
subintelligatur?
efficaciæ sit, imo plerumque testamentis adjici solet, non immerito dubitatur, annon in praxi in omnibus testamentis subintelligi debeat? De jure Romano expeditum est, eam expresse adjiciendam esse, nec alias subintelligi. *l. 1. ff. b. s. l. 8. §. 1. C. eod. l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pup. substit. l. 11. ff. de testam. manum. l. 3. ff. de testam. milit.* Verum in praxi aliud obtinere quidam contendunt. Disertis id verbis asserit Huberus *in prælect. ad J. tit. de eodicill. inf. ajens: Quin imo etsi clausula codicillaris plane sit omissa, in praxi tamen eorum sententia obtinuit, qui facile*
Contiv. III. Ttt tt. cam

eam intelligendam putant, eo quod cunctis testatoribus ea stet mens, ut voluntates suas, quacunque ratione poterunt, effectum habere cupiant, baud aliter animati, quam est Luctus Titius in l. pen. §. ult. de leg. 1. ubi ita: Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam: & si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Sic quoque Cardinalis Mantica de conject. ult. vol. lib. 1. tit. 9. n. 1. refert, plerosque, hodie hanc clausulam subintelligendam esse, judicare, quia communiter apponi consuevit, & ita ex consuetudine universali præsumitur apposita. Conf. Klock. consil. 42. n. 261. sq. Hilliger ad Donell. lib. 7. c. 18. tit. 6. Chiffletium de jure fideicom. lib. 3. c. 2. Verum vix est, ut huic sententiæ subscribere possim. Satis enim constat ex jure nostro, quod hæc clausula expresse adjicienda sit, id quod si non factum est, tam diu dispositioni juris communis insistendum, donec contraria consuetudo probeatur. Conf. Carpz. P. 3. C. 4. def. 38. Richter. decis. 63. n. 11. Brunnemann. ad l. f. C. b. t. §. 1. & 2. Mantica cit. l. n. 3. Inde facile assentior Brunnemanno cit. l. n. 13. qui utile fore existimat, si per statutum in omni voluntate ultima clausulam codicillarem contineri constitueretur. Nam, pergit, omnis testator præsumitur, si interrogatus & informatus fuisset de hac clausula, responsurus omnino, eam addendam esse. Alii quidem hic distinguunt, utrum a Notario, an ab ipso testatore testamentum sic scriptum, ita ut hoc casu non subintelligatur, bene tamen illo. Hujus diversitatis rationem hanc esse volunt, quod Notarius censeatur rogatus apponere clausulas consuetas; aut si ipse testator scripsit testamentum, potuisset facile

can.

eam apponere, si voluisset. Mantica *cit.*, l. n. 2. 3. Verum hæc sententia non satis cohæret, cum eadem præsumtio, quæ in eo casu, quo Notarius Testamentum scripsit, adfertur, possit quoque locum habere, si ipse testator scripsit, quoniam dici posset, testatorem voluisse, ut sub consuetis clausulis intelligeretur. Quemadmodum vero tales conjecturæ incertæ & dubiæ sunt, ita in decidendo non attendendæ. *Conf. caus. testam. c. 23. §. 35.*

§. X. Interim tamen nec hoc negari potest, hodie Quod si a Notario adjecta sit? communiter Notarios hanc clausulam ex consuetudine adjicere solere, unde non leve subnascitur dubium, utrum aliquid operari possit, quia hoc modo non videtur ex voluntate testatoris esse adjecta. Verum cum omnia, quæ Notarius scripsit, testator subscriptione speciali fecerit sua, non amplius ambigendum est de voluntate testatoris, quam sua subscriptione satis expressit, præsertim cum omnino præsumendum sit, Notarium testatori virtutem hujus clausulæ explicuisse. *Struy, ex. 34. eb. 62. Carpz. lib. 6. resp. 7. Simon de Præcis de interpret. ult. vol. lib. 2. fol. 10, n. 56.* Unde secundum hanc clausulam postea omnis testamenti interpretatio instituenda est, si *jure directo* valere non potest.

§. XI. Effectus hujus clausulæ generatim huc Effectus hujus clausulæ. reedit, ut si testamentum ob aliquem defectum subsistere non possit, dispositio ad instar codicillorum, ad heredem ab intestato directorum, valeat: quod tamen non aliter fieri potest, quam si requisita codicillorum ad minimum in tali dispositione adsint. Unde nimis insulse sæpe ejusmodi dispositionibus annectitur, quæ codicilli nec sunt nec esse possunt, postquam inepte creditum fuit, per hanc clausulam, tanquam herbam

Ttt tt 2

quan-

quandam betonicam, omnes defectus cujuscunque dispositionis sanari posse, cum tamen, proprie loquendo, nullus defectus sanetur, sed dispositio jure codicillorum subsistat. Sic Mens. Maj. 1704. pactum unionis prolium nobis offerebatur, requisitis fere omnibus destitutum, hac clausula tamen munitum: daß es als ein Contract, Verordnung unter Kinder, Schenkung unter den Lebendigen oder Todes halber, Testament, fideicommiss, Codicill oder anderer letzter Wille, oder als eine unio prolium, zu teutsch, eine Einkindschaft genant, stet, fest und unmiwederrußlich gehalten werden soll. Hæc clausula, quamvis per se contradictionibus variis scateat, nihilominus tamen pro salvando pacto unionis prolium allegata & acriter defensa fuit, sed incassum. Neque enim pactum jure codicillorum subsistere potest, & quod nullo modo revocari debet, naturam ultimæ voluntatis habere debet. Inde inter alia ita respondimus: Was aber in specie die actionem fideicommissariam betrifft, so ist bekant, daß solche nur alsdann, ubi fideicommissum, vel per testamentum vel per Codicillos, legitime constitutum est, statt finde; nun ist aber hier weder Testament noch Codicill vorhanden, sondern ein blosses pactum oder contract, welches mit der dispositione ultimæ voluntatis gang keine Gemeinschaft hat; *l. verba contraxerunt 20. ff. de V. S.* daher auch die unio prolium selbst per testamentum oder codicillos nicht einmal geschehen kan, Bachov. ad Treurl. vol. 1. disp. 2. tb. 11. lit. d. Zepper. var. tract. tit. 2. n. 22. Musculus de success. convent. m. 3. lit. K. n. 134. und hindert nicht, daß gleichwohl in dem pacto unionis præmittiret, daß es als ein Testament, fideicommiss oder codicill gelten soll, immassen hieselbst weder eine heredis institutio directa noch fideicommissaria vorhanden, plus autem valet, quod agitur, quam quod simutate concipitur per t. C. plus val. quod ag. So erscheinet daraus so viel, daß die actio fideicommissaria keines weges statt finden könne.

An clausula effectum ha-

§. XII. Non tantum vero effectus habet suos hæc clausula, si in solennibus defectus quidam adsit, ad-

ad quem casum non nulli efficaciam ejus restringere vo-
lunt; sed etiam si alius defectus adfit: sufficit enim,
quod dispositio per modum codicillorum subsistere pos-
sit, id quod testator unice intendit. Proinde etiam in
casu præteritionis liberorum effectus suos habet, quod
contra Carpzovium *P. 3. C. 9. def. 12.* contrarium asseren-
tem, probavi *in caut. testam. c. 23. §. 39.* Et in hanc sen-
tentiam quoque, tanquam receptiorem, itum est a Fa-
cultate nostra, quæ Mens. Jun. 1698. ita respondit.

beat, si liberi
sint præteriti?

Ob nicht das gesamte Testament vi clausulæ Codicillaris Quæstio.
per modum fideicommissi gelten könne?

Ob nun wohl dafür gehalten werden möchte, quod testamen-
tum per se nullum ob præteritionem liberorum non possit con-
validari per clausulam codicillarem, wie solche Meynung be-
hauptet Carpz. *P. 3. C. 9. d. 12.* ex ratione, quod istiusmodi fidei-
commissum censeatur quasi a demente factum, & sic nullum
sit *L. 13. ff. de inoff. testam. L. 36. ff. de legat. 3.*

Rat. dub.

Weil aber dennoch der Testator per clausulam codicillarem
anzeigen wollen, daß sein ernstlicher Wille sey, daß dasjenige, was
im Testament verordnet, gelten möge auf solche Art, wie es am be-
sten jemals bestehen könne, nisi per modum fideicommissi ab inte-
stato relictæ, und dahero auch solches sein ernstlicher Wille gewesen
zu seyn scheint. *l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss. conf. L. 24. §. 11. de fi-
deicommiss. bered.* solche Meynung auch in praxi überall recipiret,
Struv. *Ex. 34. tb. 65.* Barry. *de success. L. 10. tit. 16.* Boerius *Dec. 267.*
n. 3. Jason *in Autb. Ex causa. C. de lib. præter. n. 23.* und was oben
aus dem Carpz. im Gegentheile angeführet, aus denen allegirten
textibus nicht deduciret werden kan, indem die prætenſa demen-
tia testatoris allda nur pro colore impugnandi testamentum pa-
rris ut inofficiosum fingiret wird, davon aber ad veram demen-
tiam nicht zu schliessen, vielmehr aber das Gegentheile erhellet, daß
er nicht demens, sondern compos mentis müsse gewesen seyn,
quia isto tantum colore utitur filius. *vid. Pr. 7. de inoff. testam.*

Rat. Dec.

endlich auch in dubio vielmehr pro validitate ultimæ voluntatis zu sprechen, ex sententia ipsius Carpz. *L. 6. R. 7. N. 7.*

Decisio.

So erscheint hieraus allenthalben so viel, daß, wenn gleich das Testament propter præteritionem für null zu achten, dennoch solches propter clausulam Codicillarem per modum fideicommissi zu sustiniren, und daher Cajo die Erbschaft, jedoch post detractionem utriusque quartæ, legitimæ & Trebellianicæ, per cap. Raynutius & Raynald. *X. de testam.* zu restituiren.

Vel non legitime instituti.

§. XIII Idem sine dubio quoque dicendum, filii non quidem in totum præteriti, sed non adeo legitime instituti, cum utroque casu eadem sit ratio, quod rursus responso a Facultate nostra Mens. Januar. Ao. 1698. illustrabo.

Rat. Dub.

Ob wohl unterschiedene Rechts-Lehrer der Meynung sind, daß, wenn denen Kindern die legitima titulo institutionis nicht verlassen, solches Testament ex clausula Codicillari keine Gültigkeit erreichen könne, Berlich. *P. 3. concl. 15. n. 95.* Manz. *de testam. valid. tit. 12. qu. 13. n. 22.*

Rat. Dec.

Weil aber dennoch Kraft solcher Clausul diejenige, so sonst ab intestato succediren, dafür gehalten werden, als hätte sie der testator ersuchet, das ihnen gebührende Antheil zu nehmen und das übrige dem heredi scripto zu restituiren, so gehet der gemeine Schluß der Rechts-Lehrer dahin, quod etiam filio plane præterito hæc clausula convertat testamentum in fideicommissum, Barry *de success. lib. 10. t. 6.* Carpz. *Lib. 1. Resp. 7. n. 7.* Fab. Turret. *de Claus. Codicill. l. 2. qu. 54.* welcher gestalt die drey gravirte Kinder zuvorderst legitimam, und nachmals auch Trebellianicam abzuziehen hätten, welche duplicem quartam zwar einige Dd. ad casum fideicommissi conditionalis vel in diem restringiren, Carpz. *P. 3. c. 1. d. 21. n. 2.* Manz. *de testam. valid. tit. 12. qu. 58. n. 3. seqq.* dergleichen hieselbst nicht vorhanden, jedennoch aber solche sentenz sine lege & ratione angenommen worden, Anton Fachin. *lib. 1. controu. c. 2.* Hillig. *in Donell. L. 7. c.*

3. lit. 7. Guido Pap. in *decif. qu. 52. n. 1.* indem ja vielmehr einen filio puro fideicommissio gravato zu succurriren, als demjenigen, welcher in diem damit graviret ist, weil dieser unterdessen annoch die fructus hereditatis zu erheben hat, so doch einem, der sofort die Erbschaft heraus geben muß, nicht zu statten kommen, Faber in *Cod. lib. 6. tit. 17. def. 7.*

So erscheinet hieraus so viel, daß die drey der Gebühr nach nicht instituirte Kinder wegen angehängter clausula Codicillari sich mit der legitima und Trebellianica vergnügen müssen, es wäre denn, daß die importuna sollicitatio ad testamentum condendum durch Eides delation oder sonsten heraus gebracht werden könnte, auf welchem Fall das ganze Testament dahin fallen würde. *B. X. B.*

§. XIV. Equidem opponit Schilter. *ex. 14. §. 51.* quod clausulæ hujus nullus effectus sit, ubi non defectus solennitatis, sed voluntatis occurrit. Voluisse quidem testator videtur, ut extraneus sit heres, sed non legitime voluit, imo voluit in fraudem legis & cum filii injuria. Verum respondeo, ratione voluntatis defectum nullum adesse, velle quidem testatorem, ut extraneus sit heres, sed non absolute, verum secundum quid; & sub ea conditione, si filius consentire velit: alioquin filium heredem ab intestato esse voluit, quem ultra legitimam & Trebellianicam quovis modo gravare licite potuit. Hoc ipso nihil fit in fraudem legis, nihil in injuriam filii. Imo pergit; pugnat aperte hæc cautela cum *l. 23. ff. de inoff. testam.* ex qua inferre solent, tali casu clausulam codicillarem nihil operari, quod fideicommissa talia data sint *quasi à demente.* Verum ad hoc dubium jam respondi *dissert. de claus. Codicill. §. 20.* & cum, prout Brunnemannus *ad cit. l. observat*, plerique Dd. in sententiam contrariam in praxi abierunt, adeo ut optaverit, ut principes hunc articulum controversum

Decisio.

Removetur
Schilteri ob-
jectio.

de-

deciderent, ita in praxi ab hac sententia, quam §. XII. & XIII. adstruit, non temere recedendum est. Reliqua, quæ ad praxin hujus clausulæ pertinent, explicata sunt in *tr. de caut. testam. c. 23.* ad quem brevitatis causa me refero.

LIBER XXX. XXXI. XXXII. DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

§. I.

Ufus horam
trium titulo-
rum.

Materia legatorum, his tribus libris contenta, in praxi utilis & necessaria est, nec adeo quicquam occurrit, quod usu fori immutatum dici possit. Sunt tamen in his libris plures casus speciales, de quorum praxi forsitan dubitari posset, præsertim cum Grönweggen *ad b. r.* plura adducat, quæ abrogata esse censet. Inde potissimum id agendum esse existimavi, ut, relictis eis, de quorum praxi & observantia nullum superest dubium, specialiores casus ex his libris tribus colligam, & in eorum applicationem & praxin inquiram, quo ipso apparebit, plura in usu esse, quæ vulgo negligi solent.

An hodie ad-
huc supersit
differentia in-
ter legatum &
fideicommissum?

§. II. Agitur in his libris tribus de *legatis & fideicommissis*, particularibus scilicet, & quidem sine dubio ex hac ratione, quod, ut in *l. 1. ff. de leg. 1.* notanter dicitur, *per omnia exæquata sunt legata fideicommissis*, inter quæ olim maxima & quidem hæc insignis differentia erat, quod legata verbis *directis* seu *solemnibus*, fideicommissa vero quibuscunque *communibus & obliquis* relinquî possent. Plures aliæ differentia recententur a Cajo *lib. 11. frag. tit. 7. §. 2.* Non tamen

men negandum est, adhuc hodie quasdam superesse differentias inter legatum & fideicommissum, & sic multum referre, utrum verbis directis, an obliquis quid alicui relictum sit. Naturalis scilicet significatio nunquam abolita est, nec aboleri potuit, adeoque illæ diversitates, quæ inde fluunt, adhuc hodie obtinerè debent, etiam in testamentis Germanico idiomate scriptis. Sic enim (1) adhuc diversitas hodie est in electione; nam in legato generis illa est penes legatarium, veluti si testator dixerit: *Ticio vermache ich eines von meinen Pferden*; aut si testator verbis fideicommissariis utitur, veluti, *ich will, daß mein Erbe Titio eines von meinen Pferden geben soll*, ex nativa verborum indole electio debet esse penes heredem, *l. 109. §. 1. ff. de leg. 1.* quoties enim verba ad heredem diriguntur, id quod in fideicommissis, toties electio heredi competit *l. 84. §. 9. de leg. 1. Brunnem. ad l. 1. ff. b. r. n. 3. Hartm. Pistor. P. 3. qu. 4. n. 3.* (2) quod fideicommissum relinqui possit sine omnibus testibus, modo præsentis & audienti heredi injungatur, *l. f. C. de fideic. §. f. f. de fideic. hered.* id quod de legato dici nequit, cum ad heredem verba sint dirigenda, ut voluntas defuncti valeat, *Huber. ad tit. 7. de sing. reb. per fideic. relict. Sande lib. 4. tit. 5. def. 18.* accedit, quod in *cit. l. f.* agatur etiam de fideicommissis universalibus, quæ haud exæquata sunt legatis, & consequenter dispositio *cit. l. f.* non videtur trahi posse ad legata strictè dicta. Verum hæc differentia hodie non attenditur, postquam dispositio *cit. l. f.* æque ad legatarium ac fideicommissarium applicari potest, prout constat ex *Richteris decis. 62. n. 21. seqq.* præsertim cum haud necessarium sit, ut defunctus sermonem suum ad heredem dirigat, sed sufficiat, quod heres audi-

Contin. III.

Uuu uu

verit

verit voluntatem defuncti. Dn. Harprecht. *de remd. l. f. & de fideic. c. 4. §. 16. & c. 5. §. 6.* Finckelthaus. *obs. 51. n. 4.* Unde etiam hoc remedium locum in praxi habet, in m. c. donatione, quando in præsentia heredis alicui quid m. c. donatum est. Lauterb. *de m. c. donat. tb. 13.* Dn. Harprecht. *cit. l. n. 8.* (3) Quidam etiam adhuc hanc differentiam subesse censent, quod dominium rei legatæ statim transcat in legatarium a tempore mortis testatoris, in fideicommissarium non item. Verum postquam fideicommissa legatis exæquata sunt, hanc quoque differentiam sublatam esse arbitror, id quoque manifestum est ex *l. t. ff. quando dies legat. vel fideicommiss. cedit.* quo legatorum jus a fideicommissis haud separatur. Denique (4) olim quidem remansit quædam differentia circa libertatem directam & fideicommissariam, quæ differentia tamen hodie usum nullum habet.

An hodie adhuc superfit differentia circa genera legatorum?

§. III. Erat quoque olim insignis differentia circa quatuor genera legati §. 2. *J. b. s.* Ulpian. in *frag. tit. 24. §. 6. seqq.* quæ tamen sublata est per *l. 21. C. b. s. & l. 1. C. commun. de legat.* Sed hic rursus monendum est, eam differentiam, quæ ex nativa vocum significatione fluit, minime sublatam esse; adeoque, quia in legato damnationis verba ad heredem diriguntur, illi quoque electio concedenda est in legato generis *l. 29. §. 1. de leg. 3.* Brunn. *ad l. 1. C. commun. de legat. n. 6.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 13. tb. 5. lit. a.* vid. *infra §. XXXIX.* ubi exemplam huiusmodi legati occurrit. Alii quoque etiam hanc superesse differentiam arbitrantur, quod in legato *præceptionis & vindicationis* legatarius possit propria auctoritate rem legatam occupare, ita ut cesset interdictum quod legatorum, quod eo modo testator legatario indulgisse vide-

deatur, propria auctoritate legatum occupandi. Verum de hac sententia omnino dubito, postquam legatarius, qui *præcipere vel vindicare* legatum iustus est, dispositionem defuncti non alio sensu accipere debeat, quam quatenus de jure præcipere vel vindicare ei permissum est, h. e. mediantibus legitimis remediis juris. Non enim aliter legatario permittitur legatum propria occupare auctoritate, quam si ipsi hoc expresse & disertis verbis indultum est, Jo. Franciscus Andreoli *contr. for.* 32. n. 29. *seqq.* id quod ex legato præceptionis vel vindicationis haud necessario colligendum est.

§. IV. Ut ut vero ut plurimum res singulares legantur, nihilominus tamen certa pars hereditatis legari poterat, l. 8. in f. de leg. 2. qualis legatarius dicebatur *Partiarius* §. 5. & 6. *J. de fideic. heredit.* l. 22. §. f. ad *SCt. Trebell.* Multum præterea intererat, utrum certa pars hereditatis esset legata, an pars bonorum: hoc casu enim dos & manumissorum pretia, & æs alienum deducebatur, l. 9. ff. de leg. 2. non vero illo, l. 8. in f. eod. cum bona non intelligantur, nisi deducto ære alieno; parti autem hereditatis insint onera hereditaria. Interim tamen legatarius partiarius heres non erat, nec jus accrescendi in ejus persona obtinebat, si forsitan quidam ex heredibus deficeret; interim tamen onera æris alieni æque transeunt in legatarium partiarium, ut quidem in heredem. Non immerito tamen dubitatur, utrum adhuc hodie legatarii partiarii dentur, id quod in dubium vocat Cardin. de Luc. in theatr. verit. & just. tr. 3. de legat. disc. 52. n. 6. asserendo, hodie non amplius insistendum esse formalitati verborum, sed ubicunque dispositio universitatem continet, hereditariam quoque qualita-

An hodie legatarius partiarius ab herede distinguatur?

tem adesse, nec attendendum esse, an per verba institutionem denotantia, an per alia, quæ legati titulum involvere videntur, dispositio fuerit concepta. Videtur idem colligendum esse ex iis, quæ supra *tit. de hered. instit.* dicta sunt, ut ibidem asserui, hodie non tam accurate verborum naturam a testatoribus observari, Carpzov. *P. 3. C. 9. def. 6.* adeoque si universitas relicta est, institutio heredis facta fuisse videtur, cujus consequens est, omnem legatarium partiarium hodie esse heredem. Verum res salva est. Licet enim verba legatis propria, si universitati jungantur, hodie possint aliquando heredis institutionem involvere, si ex circumstantiis appareat, tali denominatione testatorem voluisse heredes scribere, veluti si in illa dispositione heredes alii haud instituti sunt; nihilominus tamen adhuc hodie legatarium partiarium denotare possunt, id quod ex ipsis testamenti verbis colligendum. Quid enim, si testator antea solennibus verbis instituisset heredem, (quod etiam hodie quandoque fieri solet) postmodum vero inter legatarios partiarium legatarium constitueret, haud pro herede, sed legatario habendus foret.

Heredes quando in solidum obligentur ad legata præstanda?

§. V. Pergamus ad varios & speciales legatorum casus. Constat, plures heredes, legatis gravatos, obligari pro rata. Sed quid si testator ita scripserit: *Lucius Titius heres meus, aut Mevius heres meus, decem Sejo dato?* Respondet JCtus in *leg. 8. §. 1. de leg. 1.* legatarium, cum quo velit, agere posse, quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent *l. 16. de leg. 2.* Ex quo patet, etiam obligationem corream in testamentis locum habere, & testatori hanc formulam commendandam esse, si legatariis prospicere velit. Nam & hodie

COR-

correalem obligationem obtinere, extra omne dubium est, cum itaque correis debendi hodie communiter exceptio divisionis indulgeatur, *Nov. 99. c. 1. Carpz. P. 2. C. 17. def. 13. Gail. 2. obs. 14. n. 5. Mev. P. 3. decis. 297.* etiam correis heredibus illa haud teneganda, nisi etiam testator illam disertis verbis prohibuerit. Quod si legatarius ab altero partem petiit, liberum ei esse dicitur, in *cit. l.* ab alterutro reliquum petere, quod quoque dicendum est, etsi alter partem solvisset. Cum effectu tamen hoc hodie non semper procedit, si is, qui partem solvit, etiam propter reliquam partem conveniatur, propter beneficium divisionis, quod habet, modo alter adhuc solvendo sit.

§. VI. Quando filiusfamilias vel servus heres institutus est, fidei patris vel domini committi posse asseritur in *l. 11. pr. de leg. 1. h. e.* a patre fideicommissum relinqui posse, & quidem vel ideo, quod per servum vel filium dominus vel pater heres fiat, & proinde eo casu demum deberur fideicommissum, si dominus per servum heres effectus sit, *l. 26. de leg. 2.* unde generaliter dicitur in *l. 1. §. 6. de leg. 3.* *Sciendum est, eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.* Præsupponit hæc lex jus antiquum, quo filiusfamilias indistincte patri hereditatem adhuc acquirebat, sicuti olim servus domino, adeoque pater gravari poterat, cum per indirectum ei hereditas a testatore data intelligatur. Vid. *Donell. lib. 8. c. 10.* Sed hodie *regulariter* non amplius filius heres scriptus acquirit patri hereditatem, sed sibi, adeoque cum pater hodie non sit honoratus, nec onerari etiam fideicommissio potest. *Alciatus in comm. ad b. l.* Unde quo-

Utrum hodie filio instituto fidei patris committi possit?

Uuu uu 3

que

que facile judicari potest, an hodie amplius applicari possint verba sequentia. Denique Julianus, non in subtili ratione motus patrem, ejus filius institutus est, ex tunc quidem habita ratione legis Falcidia restituere hereditatem respondit, quoniam ex persona filii teneretur: ipse vero filio, non admissa Falcidia, quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset; ac pater non ut heres, sed ut pater rogari censeatur. Scilicet si pater extraneo præstat fideicommissum, retinet Trebellianicam, quia filius heres statim patri acquirebat hereditatem, & sic per filium pater heres fiebat l. 79. de acquir. hered. l. 8. §. ult. de vulg. & pupill. At hodie filius heres institutus non amplius patrem facit heredem, adeoque nec de restitutione, nec de detrahenda Trebellianica amplius in praxi disputari potest, ut filius heres institutus, & pater rogatus sit, ut filio restituat hereditatem, quia, si filius semel heres institutus est, eamque sibi acquirit, non patri, non potest ejus restitutionem a patre amplius expectare, quam antea jam plene sibi acquisivit. Equidem Jo. Bolognetus ad cit. l. n. 244. censet, hujus legis dispositionem hodie cum suis distinctionibus procedere in hereditate profectitia, quando scilicet filius intuitu patris est heres institutus, eam enim hodie acquiri patri ajunt. Admitti potest hæc sententia, si modo de voluntate testatoris certo constare posset, cum in dubio potius filius institutus censeatur non contemplatione patris, sed sui ipsius causa. Non tantum vero rarissime de hoc constat, sed etiam difficulter hodie contingit, ut liberi instituantur intuitu patris, quia potius tali casu testator instituere solet ipsum patrem. Ordinarie pater tantum usumfructum habet in hereditate, quam filius heres acquirit, quo casu sententia legis

gis nostræ locum habere nequit, cum ita hereditas maneat penes filium, nec transeat ad patrem, ipso fatente Bologneto *cit. l. n. 45.* Urgeri quidem solet, quod pater adhuc hereditatem sibi acquirere possit, filio recusante adire hereditatem *l. f. C. de bon. quæ. lib.* Sed obstat regula Cætoniana, quæ non permittit, ut fideicommissum ex postfacto valeat, quod ab initio valere non potuit. Denique quod ultimum membrum hujus legis attinet, non immerito dubitatur, an illa hodie obtineat, si instituto contemplatione patris filio, gravatus est pater illi restituere hereditatem? quod negat Alciatus *ad cit. l. n. 20.* ex injuncto enim patri fideicommissum arguitur, mentem testatoris fuisse, ut contemplatione filii fideicommissum faceret, & ideo licet vel maxime ipsa hereditas profectitia sit, fideicommissum tamen filio relictum jure adventitiorum censebitur, ut patris mors non sit expectanda, sed confestim restitutio facienda. Ceterum si filius interim emancipatus esset, & ita jure antiquo patri haud acquireretur fideicommissum, ipse filius utilibus actionibus pro fideicommissum præstando conveniri poterat. *l. 4. ff. de leg. 3.* Verum hodie aliud dicendum videtur, cum regulariter a patre non possit fideicommissum relinqui, herede instituto filio, quin potius fideicommissum erit inutile, nisi supponamus casum, rarissimum quamvis, hereditatem esse profectitiam, seu intuitu patris relictam, ut ei hodie quoque acquiri potuisset, nisi emancipatio intervenisset. *Nec enim, ait Jctus in l. 6. in f. de leg. 3. recipiendum est, ut, cui nihil dederis, eum rogando obliges.*

§. VII. Qui filiabus legavit, si mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecit, videtur in filiabus

An filius hoc casu conveniri hodie possit ad fideicommissum præstandum?

Quid si filiabus legavit, an de posthumæ

rum

quoque scri-
pſiſſe intel-
ligendus ſit ?

rum legato & de poſthuma ſenſiſſe, ſic JCtus in l. 17. pr. de leg. 1. ex quo concludo, quod poſthumis regulariter non cenſetur legatum, ſi filiabus legatum ſit, quoniam de iis teſtator ſenſiſſe videtur, quæ jam natæ ſunt. Et ſecundum ſententiam huius legis reſpondimus *Menf. Sept. 1709.* cujus reſponſi tenorem hic inferere duxi :

Quæſtio 1.

(1) Ob die drey Söhne, welche aus der andern Ehe, von einer andern Frauen, als des Teſtoris von S. Frauen Schweſter, gezeuget, und welche tempore conditorum Codicillorum noch nicht auf der Welt geweſen, an ſolche 10000. Thlr. mit prætendiren, und dazu das in der diſpoſition enthaltene Wort ſämliche Söhne zum Behelf nehmen können ?

Quæſt. 2.

(2) Ob der andere von der erſten Ehe annoch lebende Sohn V. J. welcher ſchon tempore conditorum Codicillorum und des ſeligen von S. wie auch ſeiner Mutter Schweſter Todt. abgelebet, ſeinen vollbürtigen annoch lebenden vierdten und jüngſten Bruder T. G. aus der Urſache, daß derſelbe tempore conditorum Codicillorum noch nicht auf der Welt geweſen, die participation an denen 10000. Thlr. diſputiren könne ?

Ad quæſt. 1.
Rat. Dub.

So viel nun die Entſcheidung der erſten Frage anlanget, ſo will es zwar anfangs das Anſehen haben, daß alle des von P. Söhne zu dieſem Legat beruffen ſeyn, allermassen ſich der Teſtator der general-Worte gebrauchet, daß obgedachtes Legatum auf des von P. ſämliche Söhne verfallen ſolte, generalis vero locutio neminem excludit, zumalen des von P. Söhne aus der andern Ehe ſo wohl ſeine Söhne ſind, als die aus der erſten Ehe.

Rat. Dec.

Weil aber dennoch der Teſtator eine beſondere Affection gegen ſeine Ehe-Frau getragen, indem er ſie zur Universal-Erbin eingeſetzt, und nachhero ihrer Schweſter Mann, nebst deſſen Söhnen in ſolchem Legato ſubſtituiret, und ſolcher Geſtalt er, allem Vermuthen nach, auf des von P. Söhne, ſo von der Frauen Schweſter geböhren, ſein Abſehen genommen, und wohl an den casum, wenn ſeiner Frauen Schweſter ſterben, und
der

Der von P. sich anderweit verheyrathen, und auch aus solcher Ehe Kinder zeugen würde, nimmer gedacht haben wird, und in casu dubio allezeit dahin zu sehen, quos testator magis dilexerit, vel quid probabiliter cogitaverit, damals auch bereits 3. Söhne vorhanden gewesen, daß er also sich der general-Worte der sämtl. Söhne wohl gebrauchen können, und aus denen Rechten bekant, daß wenn einer seinen Söhnen oder Töchtern ein legatum verlasen, solches nur denen damals lebenden, nicht aber denen nachhero gebornen zugehöre, wenn er nicht irgend in der disposition dorer nachgebornen gedacht hat per L. Qui filius 17. pr. ff. de Legat. 1. Et ibi Brunnem. in Comment. n. 2.

So erscheinet hieraus so viel, daß des von P. Söhne letzter Ehe zu solchem legato nicht gelangen können.

Decisio.

Die 2. Frage betreffend, so hat solche ihre Endledigung aus dem eben angeführten textu L. Qui filius 17. pr. ff. de Legat. 1. daß, weil in dem Codicill von denen nachgebornen Söhnen keine Erwähnung geschehen, sondern nur derer sämtlichen Söhne simpliciter gedacht worden, worauf der testator auf die damals lebende drey Söhne, allem Vermuthen nach, reflectiret, der T. G. nach Anleitung der Rechte, und da ohnedem die legata stricte zu interpretiren sind, zu solchem legato nicht gelangen könne, sondern V. J. denselben davon excludire, jedennsch aber, weil der Vater D. F. von P. seinen Antheil von solchem Legato mit bekömmt, so sind in so weit nicht allein T. G. sondern auch die Söhne letzter Ehe, weil es mit den andern Väterlichen Güthern vernunget ist, pro rara hereditatis paternæ zu diesem legato mit zuzulassen. B. R. W.

Ad Quæst. 1.
Rat. Dec.

Decisio.

§. VIII. Pergit JCusin cit. l. 17. §. 1. Si quis legaverit: Si qua filia mihi gignitur, ei heres meus centum dato. Pluribus natis viderur singulis tantundem legasse, quod ita accipiendum est, nisi evidens sit contraria sententia testatoris. Hæc decisio non abhorret a moribus nostris, cum in præsumpta voluntate testatoris fundata sit, adeoque secundum hanc decisionem Mens. Aug. 1697. ita respondimus.

Consin. III.

XXX XX

Hat

Facti Specics.

Hat. J. von Z. in seinem Testament folgende Clausulam, dem weiblichen Geschlecht zu gefallen, eingerücket: „Daserne auch „meiner obgesetzten Erbnehmern und Bettern ihr einer vor Erledigung dieser Erbschaft ohne Leibes. Lehns. Erben verstürbe und „Töchter verliesse, so sollen desselben Töchtern, ihrer wären eine „oder mehr, allen zugleich aus aller meiner Verlassenschaft 1000. fl. „Ungrisch gegeben, und in Jahr und Tag nach meinem tödlichen „Abfall, von denen andern meinen eingesezten Erben ausgezahlet „werden.“ Darüber jeso gezwiselt wird, ob diese Worte von einem stirpe allein, und nicht von 2. Brüder Töchtern zu verstehen seyn, nemlich daß, wo 2. Brüder wären, und keine Lehn-Erben, sondern nur Töchter nach sich liessen, diese 2. stirpes constituiren, auch daher die 1000. fl. einem jedwedem stirpi absonderlich, und also in effectu doppelt bezahlet werden müsten?

Quæstio.

Rat. dub.

Ob nun wohl die verba testamenti auf eines Bettern Töchter expresse gerichtet, und dadurch dem Ansehen nach auf den ersten, welcher ohne Lehn-Erben versterben, und nur Töchter verlassen würde, das Absehen gestellet, und sonst die legata dergestalt zu interpretiren, ne nimium gravetur heres.

Rat. Dec.

Weil aber dennoch hieselbst keine gewisse quantitas legiret, und solches legatum quantitatis wohl multipliciret werden kan, per L. 34. §. 3. in fin. ff. de legat. 1. und ex verbis testamenti nicht zu ersehen, daß der Testator nur einem seiner Bettern oder dessen Töchtern providiren wollen, cum, qui æquali gradu constituti, etiam æqualiter videantur dilecti, unde multa a Lege præsumuntur, ut æqualitas servetur inter fratres, Menoch, L. 3. præsumt. 60. num. 7. imo in Legatis, ut æqualitas servetur, sæpe illud venit, quod alias non veniret inæqualitatis vitandæ causa, Berlich. P. 3. Concl. 11. num. 44. vers. tum quia, auch in Rechtsen deutlich verordnet, quod si filia nascendæ aliquid legeretur, & plures nascantur, singulis tantundem legatum videatur, L. qui filiabus. 17. pr. ff. de Legat. 1. nec refert, an unius fecerit mentionem, an pluraliter nuncupaverit, omnes tamen legati participes

ripes fiunt, *L. cum inter 14. C. de fideicomm. libert.* Willebach. *ad ff. P. 2. disp. 1. tb. 9.* Cardin. Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 8. tit. 7. n. 10.*

So halten wir davor, daß, wo von 2. Bettern Töchter ver- lassen worden, einem jeden Stamme 1000. fl. und also zusammen 2000. zu bezahlen seyn. B. R. B.

Decisio.

§. IX. Si duobus res conjunctim legata, quamvis alter in rerum natura non fuerit, forsitan quod in scio testatore jam decesserit, alteri solum partem deberi, ait Jctus in *l. 16. pr. b. r.* adeoque jus accrescendi hoc casu locum non habebat. Ratio veteris juris hæc erat, quod tale legatum pro non scripto olim haberetur jure *Caduci*, adeoque accrescere alteri non posset. Sustulit postea imperator jus *Caducorum* in *1. r. C. de Caduc. toll.* & sic juri accrescendi locum fecit, quo posito decisio ita hodie formanda, ut alteri totum acquiratur. Equidem Imper. in *l. un. §. 3. C. de caduc. toll.* hanc subnectit clausulam: *nisi vacuatis vel substitutus in legato suppositus vel conjunctus fuerat aggregatus, tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant,* quibus verbis jus antiquum explicat, quod jus accrescendi etiam olim in eis legatis, quæ pro non scriptis habita fuere, obtinuerit, quod tamen a veritate alienum est. Facile hic concedere possumus Schiltero *Ex. 39. §. 15.* Tribonianum in relatione juris antiqui errasse, & cum præterea hæc verba nuda relativa sint, nullum usui forensi inde præjudicium aut damnum adferri potest. Hoc enim satis superque ex tota legis unicæ dispositione constat, voluisse Imperatorem jus accrescendi in hoc casu admittere, utut forsitan in eo erraverit, quod existimaverit, jure antiquo quoque jus accrescendi obtinuisse. Proinde Schiltero *cit. l. §. 16.* adsentiri haud possum, existimanti, hodie quoque jus accrescendi cessa-

Si duobus legata est res eadem, & ex his unus jam defunctus tempore conditi testamenti?

re debere, tum quod per *l. un. hęc dispositio non sit sublata*, tum etiam quod favor legatarii minor sit quam heredis. Quod enim prius attinet, ejus contrarium jam antea adstruxi, vid. Brunnem. *ad cit. 16. n. 4.* adeoque posterius quoque locum habere nequit, quod nuda conjectura fundatum est, cui conjectura æque gravis opponi potest. Dum enim testator plures in una re conjungit, præsumitur, jus accrescendi inter eos locum habere voluisse.

A filio instituto patri legari potest.

§. X. A filio, herede instituto, etiam patri pure legari posse, etiam si die cedente legati in potestate patris sit, censet JCtus in *l. 25. ff. de leg. 1. Conf. l. 91. ff. eod.* Equidem hoc hodie nullam habet dubitandi rationem, postquam liberi, heredes instituti, hereditatem non amplius patri, sed sibi acquirunt. Sed jure Romano magna erat dubitandi ratio, quod, quia patri hereditas acquirebatur, & is per filium heres fiebat, haberi deberet, ac si heredi a semetipso datum fuisset, quod tamen fieri non poterat *l. 116. ff. de leg. 1.* Sic ergo eadem decisio quidem hodie obtinet, sed non eadem decidendi ratio.

Quando valeat legatum debiti?

§. XI. Potest debitor creditori suo legare, id quod ei debet, modo commodum inde habeat, sive ratione modi, sive temporis, sive conditionis, sive loci, *l. 29. ff. de leg. 1.* veluti si potuissim debito opponere exceptionem, quia per legatum remissa est *exceptio l. 28. pr. b. r.* Marcellus quoque putat, rem, quam ex stipulatu mihi debes, si legaveris, utile esse legatum *cit. l. 28. §. 1.* in quo autem commodum hujus legati consistat, non addit. Scilicet postquam legata erant ex æquata fideicommissis, pinguiorem accipiebant naturam, ut cum bonæ fidei negotiis quodammodo compa-

parari possent; e contrario stipulatio stricti juris erat, & ita in praxi fori Romani semper utilius & commodius erat agere actione legati, quam ex stipulatu, cum illa pleniores præstationes haberet. Ex quo colligi potest, legatum debiti ex stricti juris negotio semper utile esse. Utrum vero etiam tale legatum hodie utilitatem præbeat, judicandum ex infra dicendis, ubi de usu hujus distinctionis disquirendum est.

§. XII. In *l. 30. pr. ff. de leg. 1.* disputat JCtus de sensu hujus legati: *quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas beves meus anua bima trime die dato, & concludit, tale legatum non pertinere ad corpora, sed ad ea, quæ pondere, numero aut mensura consistunt, adeoque ne quidem ad pecuniam in specie legatam. Ratio dubitandi desumpta est a latissimo pecunia significatu, quæ non tantum res fungibiles, sed quascunque alias res æstimabiles significat l. 5. l. 88. l. 178. l. 197. l. 222. ff. d. V. S. in hac specie autem merito restringi significatus debuit ad quantitates ex præsumta testatoris voluntate. Verum tale dubium hodie existere non potest, cum in Germanico idiomate vocabulum *Geld* tam latissimum significatum non habeat, adeo ut ne quidem omnes res fungibiles, sed tantum pecuniam numeratam strictè dictam denotet.*

Explicatio l.
30. de leg. 1.

§. XIII. Si quis alicui legaverit, *licere lapidem cadere*, quæritur, an etiam ad heredem hoc legatum transeat. Marcellus negat ad heredem transmitti, nisi nomen heredis adjectum legato sit *l. 39. §. 4. ff. de leg. 1.* Ex quo colligunt, si legatum conferatur ad facultatem aliquid faciendi, regulariter hoc esse personalissimum. Brunnem. *ad cit. l. n. 5.* Verum annon potius servitus ita erit constituta? Realis servitus vel ideò

De legato facultatis.

constituta dici non poterat, quoniam hæc facultas non intuitu certi prædii legatario erat indulta; ergo magis pro personali haberi debuit, cum intuitu legatarii hoc jus tantum legatum censi debeat *l. 6. de servit. legat. l. 22. de us. & usufr. leg.* Neque enim talia jura apud Romanos erant cognita, quæ perpetua essent, prædiisque in perpetuum cohærent, utut prædium dominans nullum adesset. Hodie vero facilius tale jus alicui testamento constitui potest, quod perpetuum sit, & ad exemplum annui redditus realis bonis certis perpetuo cohæreat, adeoque ad quoscunque successores non tantum universales, sed etiam singulares, transeat, si modo ex verbis testamenti appareat, testatorem tale jus perpetuum alicui constituere voluisse.

De legato rei
alienæ.

§. XIV. Constat, etiam res alienas legari posse utique si parari possint, etiamsi difficilis eorum paratio sit, ut loquitur Justinus in *l. 39. §. 7. de leg. 1.* quo casu heres cogitur vel rem redimere & præstare, vel æstimationem ejus solvere, §. 4. *J. b. r.* modo testator scivit, eam esse alienam *l. 67. §. 8. de leg. 2.* quam scientiam legatarius probare debet *l. 14. §. 2. de leg. 3. l. 10. C. eod.* Utrum vero hoc moribus adhuc observetur, dubium est, propter *c. 5. X. de testam.* ubi Pontifex ita: *Leges seculi hoc habent, ut heres ad solvendum cogatur, si autor ejus rem legaverit alienam. Sed quia lege Dei, non hujus seculi vivimus. valde mihi videtur injustum, ut res legata, quæ cujusdam ecclesiæ esse perhibentur, a te teneantur, quia aliena restituere debuisti.* Manifestum errorem prodidit pontifex his verbis, ne dicam juris ignorantiam, existimando, quod secundum jus Romanum res legata aliena invito domino auferri possit, quod aperte contra mentem hujus juris est.

Per-

Permittit jus Romanum, ut testator etiam de re aliena possit disponere, ut heres inde obligetur, vel ad rem redimendam, vel ad æstimationem præstandam, non vero ut inde dominus invitus obstringatur, ad rem suam derelinquendam vel vendendam. *l. 71. §. 3. de leg. 1. l. 30. in f. de leg. 3.* Quamvis itaque jus Canonicum in praxi juri civili, etiam in materia testamentaria, in plerisque præferatur, merito tamen illud in hoc articulo repudiatum est, utpote quod sine ulla justa causa a dispositione juris civilis recessit, & ita moribus jus civile in hac quæstione fervari, docent Lauterbach *b. r. §. 30. in f. Hahn. ad Wesenb. de leg. 1. n. 6.* Dn. Coccejus *de legata rei propr. & alien. c. 2. ff. 10.*

§. XV. Dicitur vero in *textu cit. rem alienam legari posse, licet difficilis earum paratio sit.* Distinguendum est enim, utrum res aliena plane sit extra commercium, an vero adhuc in commercio, licet difficulter comparatur. Hoc casu ad minimum debetur æstimatio, ex quo fundamento *incaut. test. c. VI. m. 1. §. 7. seqq.* probavi, valere hodie legatum feudi, saltim ad hunc effectum, ut heredes allodiales, non vero feudales, cogantur æstimationem feudi præstare, quia hos testator gravare non potuit, bene tamen illos. Conf. Schrader. *de feud. P. 7. c. 2. n. 9.* Dn. Coccejus *cit. l. §. 9.* Illo casu vero, si absolute res extra commercium privatorum est, nec æstimatio debetur, quin furiosi esse dicitur, talia legata testamento adscribere, *l. 39. §. 8. de leg. 1.* quorsum referuntur ædes sacræ, res fisci aut principum, religiosæ &c. Quamvis vero hodie *jus patronatus* patrimonio nostro accenseatur, ut etiam de eo per testamentum disponi possit, absque Episcopi consensu, Finckelthaus. *de jure patron. c. 5. n. 77. seq.* ipsæ tamen ædes sacræ, a patrono testatore

An feudi legati æstimatio hodie debeatur?

De legato rei extra commercium positæ,

Veluti ædis sacræ.

statore exstructæ, nullo modo legari queunt, quia nec hodie in proprietate & commercio patroni sunt; interium, si patronus ædes sacras legaverit, hoc ex benigna interpretatione de jure, quod testator in ecclesiam habuit, intelligi debet, *arg. l. 71. §. 5. de leg. 1.* quo posito legatum ædium sacrarum hodie absolute non est inutile, uti quidem de jure Romano. Quod si res tantum sit extra commercium *secundum quid*, subsistit legatum, si modo legatarius vel fideicommissarius illam acquirere possit, licet de præsentis *jus possidendi* non habeat, forsitan quod aliena sit, nam tunc ad minimum æstimatio debetur. *l. 40. de leg. 1. l. 104. §. 5. ff. eod.* Si vero legatarius legatam rem acquirere nullo modo possit, nec æstimatio debetur. Unde in ducatu Magdeburgico non valeret legatum rei immobilis Judæo relictum, cum immobilia acquirere haud possit. Hæc sicuti in jure nostro satis fundata sunt, & in ratione naturali fundantur, ita quoque secundum hæc in praxi procedendum est, cum nulla ratio allegari possit, quæ usum contrarium suadere queat.

De legato eorum, quæ ædibus juncta sunt.

§. XVI. Porro ea, quæ ædibus juncta sunt, legari non possunt, *l. 41. §. 1. de leg. 1.* nisi ad opus reipubl. faciendum legetur *cit. l. §. 5.* Unde nec bibliothecæ parietibus inhærentes, vel statux legari queunt, quatenus testator illas semel ædibus junxit *cit. l. §. 9. & 12. Conf. Struv. de ædific. priv. tb. 60. seqq.* Equidem Grönewegen *ad cit. l. 41.* refert, hujusmodi legatum in Gallia valere, ipse tamen addit, de moribus Belgicis se id affirmare non posse, ergo multo magis hoc dicendum erit de moribus Germaniæ, cum intersit reipubl. ne ruinis deformetur respubl. vel quæ semel ædibus juncta fuerunt, temere inde alienentur. Inde cautum est

in

in *Ord. Polit. Magd. c. 13. §. 5.* Vielweniger soll hinführo gestattet werden, daß jemand ein Stück oder Raum von seinem Hause ohne gegründete Ursache und Consens der Obrigkeit verkauffe.

§. XVII. Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, censet De legato chirographi. *Jctus in l. 44. §. de leg. 2.* Nam cum chirographa veneant, nomen venisse videtur. Hoc casu itaque legatarius sine ulla cessione heredis agere & debitum exigere potest, cum tamen cessio necessaria sit, si nomen legatur *§. 21. ff. de legat.* Huic simile est legatum actorum, de quo *Menf. April. 1697.* consulti ita respondimus.

Ob nicht denen S. Kindern, indem ihnen der testator die Acten voraus vermacht, und zugleich alles, was aus und wegen der Acten der defunctus annoch zu fordern gehabt, gebühre? Quest.

Ob wohl in der aufgerichteten disposition ein mehrers nicht, als die blossen Acten vermacht, der darauf haftenden Forderung aber keine Erwähnung geschehen, auch hierunter keine necessaria connexio ist. Rat. Dub.

Weil aber dennoch die Verba testamenti so zu interpretiren, ne plane sint otiosa, welches sich bey diesem legato actorum befinden würde, weil die heredes ab intestato daraus sonst keinen Nutzen haben können, zumahl da sie solche denen Clienten restituiren müssen, und aus denen Rechten bekant, quod legato chirographo etiam ipsum debitum legatum censeatur, *L. 3. ff. de liberat. legat. L. 2. §. 1. ff. de pact.* welches auch ad alia instrumenta extendiret wird, quod sub his legatis semper ipsum debitum contineatur, *Mantica de conj. ult. vol. 1.9. tit. 8. n. 4. Menoch. L. 3. prasf. 140. n. 5.* überdem bekant, quod si testator rem alienam leget, in qua aliquid juris habet, tunc illud sal-

Contin. III.

Yyy yy

tem

tem jus legasse videatur, quod in illa re habuit *L. 24. ff. de instruct. & instr. legat. L. 67. §. 8. ff. de legat. 2. L. 30. §. 4. ff. de leg. 3. Vinnius Select. quæst. Lib. 2. qu. 26.*

Decisio.

So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß der testator vermittelst solcher Acten dasjenige, was er von seinen Clienten annoch zu fodern gehabt, denen hereditibus ab intestato vermachtet habe.

De legato in
certum tem-
pus collato.

§. XVIII. Cum sic esset legatum: *cum ad decimum quartum annum pervenisset*, legatum conditionale esse dicitur in *l. 49. §. 2. de leg. 1.* & ideo, siquidem ante decimum quartum annum decesserit, ad heredem nihil transit. *cit. l. §. 3.* Optima vero est observatio, quam circa hoc legatum adfert Simon van Leuwen *cons. for. lib. 3. tit. 3. c. 8. n. 36.* ubi ita: *Si res bene inspiciatur, totum illud negotium a voluntate testatoris dependet, an & quando dies certus aut incertus conditionem faciat, nec absurdum sit, tempus certum aliquando haberi pro incerto, diverso respectu, quandoque ea mente, ut omnino velit legatum ab hereditibus suis præstari, sed a legatario ante certum tempus non recipi, id quod imprimis exinde judicandum, si testator in favorem legatarii tempus adjecit & eo ipso præcavere voluit, ne ante certam ætatem legatum recipiat, & illa ætate, quæ ad dilapidationem maxime proclivis est, copiam rei legatæ habeat; hoc enim casu dies legati statim cedit. Aliquando, pergit, iterum eo animo, ut legatum ab herede præstari nolit, nisi legatarius ad certam ætatem pervenerit, aut certum tempus supervixerit, id quod exinde liquet, si in favorem heredis tempus adjectum est, veluti si testator præcavere voluit, ne forsan legatum ad heredes legatarii impuberis perveniret, si intra ætatem pupillarem decederet, sed potius ut eo casu apud heredem maneret. Conf. *l. 43. §. 2. de leg. 2.**

§. XIX.

§. XIX. Legatum contra leges non valet *l. 112. §. 3.* De legato con.
tra leges.
 & *4. de leg. 1. l. 113. §. 5. eod. nemo enim potest in testamento suo cavere, ne leges in eo locum habeant. l. 55. de leg. 1. quæ lex valde practicabilis Bologneto ad cit. l. n. 1. dicitur, & in sana ratione fundata est, cum nulla dispositio privati contra leges præceptivas vel prohibitivas valere possit, & sic nec hodie in praxi valere debeat. Inde supra tit. de confirmando tut. §. XV. probavi, patrem non posse tutori remittere necessitatem, confirmationem a Magistratu impetrandi, & in tit. comm. div. §. IV. ostendi non valere præceptum testatoris de perpetuo servanda communiõne, & ex eadem ratione non potest testator remittere heredi inventarii editionem in præjudicium liberorum, prout dixi ad tit. de lib. & posthum. hered. §. 6. vel prohibere, ne heres a legatario, cui ususfructus legatus est, cautionem exigat, secundum ea, quæ dixi ad usufruct. quemadm. cav. §. ult. quemadmodum etiam Mens. April. 1697. secundum hanc sententiam pronunciamus: Pluribus exemplis exornant hanc legem Bolognetus & Alciatus, aliique commentatores. Dependet quoque ex hac lege decisio quæstionis in praxi decantatæ, an clausula privatoria aliquem effectum habeat? Solent enim testatores ut plurimum hanc testamentis suis subjungere clausulam: *Würde jemand von meinen Erben oder Legatariis dieses mein Testament anzufechten sich unterstehen, so soll er hiermit alles dessen, was ich ihm hierinn verlassen, verlustig seyn.* Quid enim si testator solennia neglexit, & legatarius, cui ab intestato succedere potius expedit, illud impugnaverit, an legatum perdit? Negat hoc ex lege præallegata Carpzovius *P. 3. C. 7. def. 24.* Finckelthaus. *obs. 109.* Brunnem. *ad l. pen. ff. de his quæ ut indig. n. 2.* Richter. *decis. 42. n. 7.* Multo minus*

ergo propter hanc clausulam liberis adimi legitima potest, quamvis id Coeppen. *Observ. 122.* defendat, cum liberi non aliis ex causis possint legitima sua privari, quam si exheredatione dignum quid commiserint.

De exemplis in
l. 55. de leg. 1.
adductis.

§. XX. Quamvis vero regula, in *cit. l. 55.* occurrens, in praxi satis magnum usum habeat, exempla tamen subiecta ab usu fori aliena videntur. Ex adducta enim regula Jctus concludit, *quod nec tempore, aut loco aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine possit.* Voluerunt enim leges, obligationem non finiri loco, conditione aut tempore, veluti si annua essent legata in decennium, obligatio erat perpetua, cum tempus haud erat modus tollendi obligationem: vel si millia essent legata, quæ heres tantum Romæ deberet, nec locus tollere poterat obligationem, idque ex stricto & subtili jure. Ceterum contra voluntatem defuncti ultra tempus præfinitum petens exceptione doli repellitur, prout ostendit Alciatus *in comm. ad cit. l. n. 3.* Imo cum hodie etiam tempore & loco possit finiri obligatio, non peccat contra leges, si legatum ad locum & tempus restringit, & ita ipso jure ultra tempus & locum heres non obligatur.

De legato solutionis a certo herede faciendat.

§. XXI. Si testator quendam ex heredibus iussit, æs alienum solvere, non creditores adversus eos habebant actionem, in solidum scilicet, sed coheredes, quorum interest hoc fieri *l. 69. §. 2. de leg. 1.* In horum quippe favorem hoc legatum, solutionis ab uno faciendæ, est constitutum, non creditorum. Christinæus *vol. 6. decis. 53.* Nihilominus tamen Grænewegen *de LL. abrog. ad cit. l.* arbitratur, hodie remotis ambagibus & inutili circuitu directo creditores agere posse adversus he-

heredes gravatos, ad universum debitum solvendum, quod tamen concedendum non est. Creditores contra singulos heredes tantum agere possunt pro sua parte, & quod in favorem heredum testamento dispositum est; revera jus tertii concernit, quod in suum commodum creditores trahere nequeunt, cum ei coheredes renunciare possint. Quin imo si is, qui gravatus est, ad æs alienum solvendo esse desineret, creditores ceteros coheredes pro rata sua nihilominus convenire possent, non obstante dispositione testatoris.

§. XXVII. Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adjecta, quæ domus, duplex nascitur quæstio: (1) an valeat legatum? (2) cui electio competat? Jctus in *l. 75. pr. de leg. 1.* distinguit, utrum testator ædes habuerit, an non? Priori casu de suis intellexisse videtur, habetque legatarius electionem, prout Jctus innuit hisce verbis: *cogentur heredes, quam vellet* (legatarius) *domum ex his, quas testator habebat, legatario dare.* Carpz. *p. 3. decis. 300.* Quod si testator nullas ædes reliquerit, electio est heredis, & quia quævis vilissima materia domus vocatur, & heres dare possit quod vellet, in effectu hoc legatum derisorium magis quam utile esse, censet Jctus. De jure canonico contrarium dicendum esse, docet Grænewegen ad *cit. l. 71.* ut domus debeatur secundum vires patrimonii, & legatarii dignitatem & caritatem & necessitudinem, idque moribus observari addit. Equidem interpretes canonum multa contra juris civilis doctrinam excogitarunt, quæ in jure canonico nullo modo fundata sunt, modo cerebrinam aliquam æquitatem adesse crediderint; quid ergo mirum, quod etiam in hac doctrina idem excogitaverint, de quo tamen non sine ratione dubitavit Za-

De legato generis, veluti domus.

sius ad *l. triticum* 94. de verb. obl. n. 11. ubi doctrinam Canonistarum *mirabilem* vocat, simulque hac particula dubitandi: *si vera est*, utitur, Cum itaque de veritate ejus non constet, nec praxis contraria appareat, in juris communis regula subsistendum, quam etiam Carpzov. cit. *decis.* 300. propugnat.

De fideicom-
missio conven-
tionali,

§. XXIII. Si pecunia fuit deposita apud aliquem ejusque fidei commissum, ut eam pecuniam præstet Titio, fideicommissum debetur, *l. 77. de leg. 1.* ex quo generaliter concludit JCtus, *ab omni debitore fideicommissum relinqui posse*. Equidem non determinat JCtus, utrum hoc statim in ipso contractu constituerit, an vero testamento, & quamvis posterius probabiliter asseri possit, cum regulariter fideicommissa testamento relinqui possint, nihilominus tamen hodie etiam fideicommissum in ipso contractu constitui potest, ut debitor rogetur, post mortem creditoris illud tertio restituere, quod non tantum juri civili conforme est, uti ostendi in *tr. de success. ab int. diss.* 7. c. 1. §. 6. *seqq.* & a JCto in *l. 37. §. 3. de leg. 3.* probatur, sed imprimis moribus nostris congruit, quod fusius ostendit Dn. Harprecht. *de fideic. convent. tb.* 7. *sqq.*

De legato plu-
ribus disjun-
ctim relicto.

§. XXIV. Qui Cajum & Lucium ejusdem pecuniæ reos habebat, si ita legavarit: *Quod mihi Cajus debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare: quod mihi Lucius debet, id heres meus Mevio damnas esto dare*, cum conditionem heredis sui constituit, ut is necesse habeat, alteri actiones suas, alteri litis æstimationem præstare *l. 82. §. 5. de leg. 1.* In hac specie collegatarii duo, Sempronius & Mevius, in uno debito concurrunt, sed *disjunctim* seu in diversis periodis nominati & vocati, inde dicendum videbatur, eos pro rata debitum

in-

inter se dividere debere, sed Jctus contrarium decedit, & quidem ex ratione juris antiqui, secundum quam pluribus collegatariis ad eam rem *disjunctim* & quidem *per legatum damnationis* vocatis integra res singulis præstari debebat. Ita enim Cajus *Lib. II fragm. tit. 5. §. 6.* scribit: *Inter legatum vindicationis & damnationis ista distantia est, ut si disjunctim, i. e. singulis quæcunque res per legatum damnationis relicta fuerit, singulis integra debeat, i. e. ut unus rem ipsam accipiat, alii æstimationem rei ipsius in pretio ab herede percipiant.* Provocata hæc juris antiqui differentiam ipse imperator in *l. un. §. II. C. de caduc. toll.* inquit: *Sin autem disjunctim fuerit relictum: siquidem omnes hoc accipere & potuerint & maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat: & non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei æstimationem accipere desiderent: cum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tandem modo genere legati (scil. damnationis) eam accipiens, in aliis respiciendam esse existimans.* Postquam vero jure novo distinctio inter diversa genera legatorum penitus sublata est, inde quoque in adducta specie plane alia decisio formanda est, ut non amplius uni ipsa res, alteri solida ejus æstimatio præstanda sit, sed quisque partem pro virili portione accipiat. Nam ipse Imperator *in cit. l. un.* hoc difertis constituit verbis, aiens: *Nos autem omnimode repellimus, unam omnibus naturam legatis & fideicommissis repellimus, & antiquam dissonantiam in unam trabentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime & expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur.* Cum vero in adducta specie talis expressa declaratio deficiat, merito singulis pro virili portione partes adjudicandæ sunt.

§. XXV.

De legato ab herede impuberis.

§. XXV. Posse ab eo, ad quem impuberis filii hereditas legitima perventura est, fideicommissa re-cte dari, asserit Jctus in *l. 92. §. 2. de leg. 1.* Verum hoc non amplius usu servari, tradit Grænewegen *de LL. abrog. ad cit. l. 92.* forsan ex hoc principio, quod pupillaris substitutio hodie in desuetudinem abiit, uti ipse *ad rubr. §. de vulg. & pupill. substitutione* adserit. Verum hoc falsissimum esse, supra jam dictum est, & ita decisio huius legis omnino hodie quoque obtinebit.

De legato ei relicto, qui in hostium potestate est.

§. XXVI. Si ei, qui in hostium potestate est, legatum fuerit, & is apud hostes decesserit, nullius momenti legatum erit, quamvis postliminio confirmari potuit, *l. 101. §. 1. de leg. 1.* unde etiam pro non scripto habetur *l. 4. §. 1. ff. de his quæ pro non scriptis.* Ast nullus dubito, quin hodie hoc legatum valere possit, modo legatarius in captivitate demum post testatorem moriatur, quia sic ei, etiam ignorantem, statim acquisitum fuit ad effectum transmittendi ad heredes. Neque enim hæc acquisitio hodie amplius impeditur propter captivitatem, uti olim, prout aliquoties jam dictum est.

De legato in eruditionem puerorum & alimenta pauperum.

§. XXVII. Valet etiam legatum in *eruditionem puerorum vel alimenta infirmæ ætatis relictum*, quod olim civitatibus plerumque relinqui solebat, *l. 117. l. 122. pr. ff. de leg. 1.* Quemadmodum huc pertinent legata ecclesiis aliisque piis corporibus in certos usus relicta. Hujusmodi legata in eo hodie privilegiata sunt, quod quinarius numerus testium in eis remissus sit, qui alias in legatis numerus legitimus esse dignoscitur §. *ult. §. de fideic. hered.* Atque secundum hanc sententiam ju-

judicavimus Mens. Febr. 1699. cujus sententiæ rationes hæ fuerunt.

Hat N. W. ein Bürger zu Mühlhausen bey wärender Pest 400. Thlr. denen Kirchen vermachtet, und solches mit eigener Hand nicht allein umständlich verzeichnet, sondern auch annoch bey seinem Leben solches Geld in einer Kirchen niedergesetzet, und ist diese Vermächung deshalb gestritten worden, weil in einem legato ad pias causas 2. Zeugen, so wohl de jure Canonico als secundum Statuta Civitatis erfordert werden; hingegen weil doch ein holographum patris inter liberos sine teste gültig ist, auch sonst eine scriptura privata vim duorum testium hat, hiernächst auch dieses tempore pestis geschehen, und defunctus solches Legatum in der einen Kirche deponiret, und woselbst es auch nach dessen Tode gefunden worden, so ist solche Vermächtniß von der Juristen-Facultät zu Marburg deshalb confirmiret, weil unterschiedene Doctores der Meynung, quod sola schedula sufficiat in legato ad pias causas, *Mev. P. 8. dec. 5. cum Richtero, Strauch. Diff. 9. tb. 31. Struv. Ex. 32. tb. 23. cum citatis. Brunn. ad L. 1. d. SS. Eccles.* welches Urthel nachmals a Facultate Helmstädiensi verworffen, nach gesuchter Revision aber von Uns confirmiret worden.

§. XXVIII. Pertinent potissimum huc hodie legata ad studia relicta, ad stipendia, quæ quomodo conferri debeant, ante omnia judicandum est ex dispositione defuncti. Hinc v. g. non semper præfertur is, qui gradu proximior, sed videndum præcipue est ad aptitudinem competentium, & præferendus egens diviti, id quod Responsio Facultatis nostræ Mens. Martii An. 1708. concepto illustrabo:

De legato ad studia relicta.

Hat C. S. ein Testament aufgerichtet, und darinnen die Zinsen von 2000. Thlr. zu einem Stipendio perpetuo vermachtet, dergestalt, daß einem unter seinen Freunden, so zum Studiren Belieben trägt, solche Zinsen jederzeit gefolget werden sollen, ist darauf solches Stipendium An. 1706. den 30. Martii auch von denen testamentariis ordentlich conferiret und die im vorigem Jahr bereits fällig gewesene Zinsen der 100. Thlr. auch wirklich ausgezahlet

Facti Species.

Contin. III.

Lzz zz

vorz.

worden, hat sich darauf D. C. S. im Nahmen seines Sohns gemeldet, und verlanget, daß diesem als gradu proximiori das Stipendium gegeben, und auch hinwieder genommen werden möchte, worauf ein Bescheid unterm 10. Sept. 1707. erfolget, daß wann ihr binnen Ordnungs-Frist euer Vor- und Näher-Recht nicht erweisen würdet, sodann solches Legatum dem jungen S. conferiret werden solte, darwidr ihr Reuterung eingewendet, und jeso belehret seyn wollet: Ob auch solches Stipendium de jure wieder entzogen worden könne?

Quæst.

Rat. Dub.

Wann nun gleich vorgewandt werden will, daß, weil der Testator nicht exprimiret, welchem unter seinen Freunden solch Stipendium conferiret werden solle, Er, allem Vermuthen nach, den nächsten unter ihnen verstanden habe, cum in fideicommissis familiaræ relictis in dubio allezeit der Proximus zu verstehen;

Rat. Decid.

Weil aber dennoch hieselbst kein legatum simplex familiaræ relictum vorhanden, vielweniger in dem Testament von einiger gradus prærogativa etwas gedacht, sondern allhier ein legatum ad studia beståtigt worden, daß solches einem unter seinen Freunden, so zum Studiren Belieben trägt, abgefolget werden soll, und also bekanter massen, quantum ad studia, auf das Näher-Recht in familia nicht gesehen werden mag, weil sie nicht in der Ordnung studiren, sondern bald dieser bald jener von denen Freunden sich ad studia zu appliciren pflegt, und da auch gleich mehr in der Freundschaft vorhanden, welche studiren wollen, doch deren profectus nicht allezeit gleich sind, sondern einer vor dem andern geschickter die studia Academica zu ergreifen, und dann derjenige, so die meiste capacitat hat, billig vorzuziehen ist, wie dann auch, da man sonst in casu dubio dahin zu reflectiren pfleget, quem testator magis dilexerit, billig dieser in dem Fall, da favore studiorum etwas vermachtet ist, pro magis dilecto zu achten, wer die beste application und capacitat von sich blicken läset, zu geschweigen daß der D. C. S. selbst die Mittel hat, seinem Sohn die sumtus studiorum zu reichen, daran es euch ermangelt, und also vermuthlich der Testator vielmehr seinen armen Freunden, so Lust zum studiren haben, als denen, so selbst bemittelt sind, durch dieses stipendium prospiciren wollen: Endlich Ihr auch bereits

in

in possessione dieses stipendii sey, da es euch nicht allein conferiret, sondern auch würcklich einmal ausgezahlt worden, und euch daher allertins in dem ertheilten Bescheid zu nahe geschehen, daß euch die probatio proximioris gradus auferleget worden, da dieses, wie gesagt, ad decisionem causæ nicht einmahl gehöret, und es daher billig heisset, quæ probata non relevant, ad probandum non sunt admittenda, quando utriusque partis jura in obscuro sunt, pro possessione pronunciamdum sit, zumalen da des D. C. S. Söhne hierdurch von diesem Stipendio nicht gänglich excludiret werden, sondern sie künfftig, wenn eure Jahre vorbey sind, solches ungehindert geniessen können.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß der am 10. Sept. 1707. ertheilte Bescheid zu reformiren, und ihr bey der Hebung dieses Stipendii bis nach Ablauff der euch bestimmten Jahre zu schützen sey. B. R. B.

Decisio.

Sic quoque non leve hic exurgit dubium, an tale legatum a familia, in cujus favorem primario constitutum est, possit mutari vel penitus tolli, de qua quæstione consulti M. April. An. 1708. ita respondimus:

Ob zwar darwieder eingewandt werden möchte, daß, gleichwie solche dispositio defuncti vornemlich der quæstionirten familie zum besten aufgerichtet worden, also die ganze familie wohl befügt gewesen, durch einen Reces davon etwas abzugehen, als welche auch in fideicommissis familiæ, so sonst eben dergleichen Gestifte zu nennen, statt findet. L. 120. §. 1. ff. de leg. 1. L. Quoties 11. C. de fideic. welches denn auch ad casum transactionis gezogen wird, si omnes, qui ad fideicommissum aspirare possunt, consentiant, Fularius de substit. qu. 560. adeo, ut nequidem prohibitio testatoris hic aliquid operetur, Harpr. Tract. Acad. §. §. 26. bevorab da man allhier nicht wissen kan, wer solchen Reces impugniren will, und so es ein extraneus seyn solte, ihm die Exceptio tua non interest, entgegen stehen würde, hingegen so einer von der familie, wie vermuthlich, solcher impugnation sich unterstünde, ihm die Rechts-Regul im Wege stehen möchte, quod he-

Rationes
Dubitandi.

res non possit impugnare factum defuncti, *L. cum a matre 14. C. de Rei Vind. L. 149. de R. J.* da nothwendig derjenige desjenigen Erbe seyn muß, so in solchen Recess consentiret, zu geschweigen, daß allhier lapsus tor annorum vorhanden, wodurch alle Ansprüche, so einige vorhanden seyn solten, scheinen aufgehoben zu seyn.

Rat. decid.

Dierweil aber dennoch der testator das legatum der 26000. Fl. expresse zu Fortpflanzung derer Studien destiniret, und zwar dergestalt, daß, wenn aus dem Stamm des testatoris keiner studiren würde, der davon kommende Zins von neuen wieder angeleget, und solche daraus wachsende Abnußung nur allein zu solcher Stiftung, mit nichten aber auf einige andere Wege noch Gestalt gebrauchet oder verwendet werden solle, welche prohibitio testatoris denn billig ad instar legis anzunehmen, so daß, gleichwie kein pactum privatorum contra legem prohibitivam gelten mag, *L. 39. ff. de pactis*, also auch keine dispositio heredum vel agnatorum prohibitionem testatoris zu enerviren, vermögend seyn kan, cum actus contra prohibitionem gestus sit ipso jure nullus; *L. Lucius. 88. §. 15. de leg. 2. Cephal. Consil. 318. n. 156. § 74.* welches um destoweniger auch allhier geschehen können, da der testator ad seriam voluntatem declarandam diese clausul gesetzet: „Es sollen meine Erben und Nachkommen sich nicht unternehmen, oben geschriebene Stiftung im allergeringsten zu verschmälern, oder auch sonsten aus irgend einem Gesuch oder Grund, wie auch derselbe immer beschaffen sey, oder Rahmen haben möchte, wider diesen meinen letzten Willen etwas zu accipiren, oder vorzunehmen, sich gelüsten lassen, sondern woserne ihrer einer oder mehr sich dessen auch im allergeringsten Punct unterstünde, der oder dieselben sollen nicht allein für sich und ihre ganze Posterität der Theilhaftigkeit bey angeregter zu denen Studien beschehener Verordnung, sondern auch ferner alles dessen, dassen sie, Krafft dieses meines Testaments und letzten Willens, erblich hätten zu genießten und zu gewarten gehabt, gänzlich und zumal priviret seyn. Welche clausula denen Stamms-Agnaten gar deutlich alle Macht und Gewalt benommen, einen andern dem Willen des testatoris nicht gemäßen Ver-

gleich

gleich unter sich aufzurichten, beborab da hier eine solche Stiftung vorhanden, so denen Studien gewidmet, erfolgreich von solchen transactionibus über dergleichen Stiftung nicht anders mag geurtheilet werden, als was die Rechte de transactionibus super alimentis ultima voluntate relictis disponiret haben, und weit nun aus denen Rechten klar, quod talis transactio non valeat absque causæ cognitione & decreto magistratus: *L. 8. pr. ff. de transact.* So muß billig auch dieses von solchen Stiftungen, welche eundem favorem, quem alimenta, haben, mit verstanden werden. Wozu auch noch ferner kömmt, daß dergleichen Stiftungen ad pias causas mit referiret werden, cum relictum studiorum causa pium habeatur, Bartol. *in L. 1. ff. sol. matrim.* Müller. *in not. ad Struv. Ex. 32. tb. 23. lit. a. num. 21.* Besold. *P. 6. conf. 263. num. 22.* bey welchen Umständen solche Stiftung nicht hat mögen geändert oder geschmälert werden, cum non male inferatur ab alienatione rerum Ecclesiæ ad alienationem piæ causæ, & ita in alienatione piæ causæ quoque debitæ solennitates intervenire debent, alioquin est ipso jure nulla, Tiraquell. *de Privileg. piæ causæ privil. 137. § 140.* unde relictæ ad certum usum non debent ad alium usum transferri, *Id. cit. loc. Priv. 135.* und wenn gleich noch einiges dubium übrig seyn möchte, so ist doch bekant, quod in dubio semper in favorem piæ causæ judicandum sit. Tiraquell. *cit. l. privil. 146. § 147.* Respond. ad
Rat. dub. Welchem denn nicht entgegen stehet, was von fideicommissis ad hunc casum ist gezogen worden, zumalen dergleichen Stiftungen weit bündiger sind, als fideicommissa, und also von diesen auf jene kein argument gezogen werden mag, wie denn auch die exceptio, tua non interest, nicht applicabile ist, cum pro legatis ad pias causas quilibet ex populo agere possit, & iudex ex officio procedere hic valeat, nemine licet agente, Tiraquell. *cit. loc. priv. 151. seq.* wir auch leicht erachten können, daß ohne Zweifel einer aus der familie vor die conservacion solcher Stiftung arbeiten werde, welchem denn die exceptio, quod sit heres factus, um desto weniger im Wege stehen kan, quia non agit de interesse privato & proprio, sed quasi publico, imo totius familiæ. Und endlich so mag auch der lapsus tot Annorum von An. 1612. nichts hindern,

hindern, indem noch keine 40. Jahre verfloßen, qualis præscriptio tantum contra legata ad pias causas valet. Tiraquell. *cit. loc. privil. 139.*

Decisio.

So ist der quæstionirte Recesß billig für null und nichtig zu achten, und ein jeder von denen Gan-Erben schuldig, das aufgenommene Capital cum interesse zu restituiren. B. R. W.

De legato pupillæ relicto, quam tutor uxorem duxit.

§. XXIX. Si tutor pupillam suam contra SCtum uxorem duxit, illa quidem ex testamento ejus capere potest, ipse autem non potest. Rationem diversitatis hanc suggerit Jctus in *l. f. de leg. 1. quod delinquant, qui prohibitas nuptias contrahunt & merito puniendi sint, quod imputari non potest mulieri, quæ a tutore decepta est.* An eadem pœna adhuc hodie obtineat, merito dubitandum est, cum ad *tit. de R. N. §. 10.* jam ostenderit, pœnas civiles in tutorem hoc casu constitutas plane receptas non esse. Equidem jure Württemberg. adhuc tale matrimonium interdictum est, de eo tamen non satis constat, an eadem pœna, quæ hic definita est, locum habeat, cum arbitraria tantum statuta sit: bey unserer Ungnade und Strafe, ut eo jure dicitur, vid. *cit. l. §. 14.*

Quidsi dubitetur, cui inter duos potius legatum sit?

§. XXX. Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potius dari oportet, utpote si Titio relicto est, & duo ejusdem nominis amici testatoris veniant & legatum petant, dubitatum fuit, an heres uni gratificari possit, si ambo defendere heredem parati sunt, quod affirmat Jctus in *l. 8. §. 3. de leg. 2.* Hunc textum abrogatum esse per *l. 4. C. de V. S.* censet Grönweggen *ad cit. l. 8.* quæ tamen non de hoc, sed plane alio casu loquitur, scilicet, quando ob particulam disjunctivam, illi aut illi delego, quædam incertitudo ratione personarum oritur, ubi Imperator disponit, particulam disjunctivam eo casu pro copulativa esse accipiendam, ut ambo

ambo ad legatum admitti debeant; Ast in proposita specie evidentissima voluntas est defuncti, quod tantum unum, non plures ad legatum vocare voluerit, unde contra voluntatem testatoris fieret, si ambo Titii ad legatum essent admittendi. Ex his itaque apparet, decisionem *l. 4. cit.* plane ad speciem supra propositam applicari non posse

§. XXXI. In legato alternativo, si quidem vindicationis est, legatarius habet electionem; si vero damnationis est, heres eligere potest. Ceterum si legatarius vel heres per errorem petiit, vel dedit alterutrum, existimans per ignorantiam, illud tantum deberi, non potest datum repetere aut sententiam mutare *l. 19. de leg. 2.* Hoc tamen per decisionem *l. pen. C. de condict. indeb.* correctam esse voluit Groenewegen *ad cit. l. 18. Brunnem. ad cit. l. 19. in f.* ibique allegati, quæ sententia amplectenda videtur. Quamvis enim in *cit. l. pen.* non de hoc, sed de illo casu disponatur, si ex errore heres utramque rem dedit; ut tunc alterutram repetere possit; eadem tamen subest ratio, cum etiam commodum aliquod in electione lateat, quod ei, qui iusta in ignorantia fuit, non est auferendum,

De legato alternativo.

§. XXXII. Si heredi pars ejus, a quo nominatim legatum est, accrescit, non præstabit legatum *l. 29. §. 2. de leg. 2.* Hoc olim juris fuisse ante rescriptum Severi, constat ex *l. 61. in f. eod. l. 74. de leg. 1.* quò onus legati portioni deficienti cohærens cum ipsa parte hereditaria coheredi accrescit. Clarius hoc decisum in *l. un. §. 10. C. de cad. toll.* ubi in genere constitutum est, ut pars deficiens accrescat cum suo onere, sive sint instituti conjunctim, sive disiunctim coheredes. Equidem Hilliger. *ad Donell. lib.*

Utrum legati præstatio coheredi hodie accrescat?

8. c.

8. c. 29. lit. f. arbitratur, in cit. l. 29. supponendum esse casum, ubi præstatio legati restricta est ad eum, qui deficit, id quod colligendum esse judicat ex verbis: *a quo nominatim legatum est.* Verum hæc verba eum non præse ferunt sensum, cum ordinarie legata ab omnibus heredibus præstari debeant, id quod si testator nolit, omnino necesse est, ut unum ex heredibus nominatim gravet, quo ipso tamen non præcise legati præstationem ad ejus personam restrinxisse videtur. Nominatim enim legatum accipiendum est, quod a quo legatum sit, intelligitur, ut ait JCtus in l. 90. de leg. 3.

De fideicommissi Familiae devolutione.

§. XXXIII. In fideicommissio, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admittuntur, qui nominati sunt, suo scilicet ordine, quatenus proximiores sunt; quibus extinctis, admittuntur, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt. l. 32. §. 6. de leg. 2. l. 69. §. 3. eod. In dubio ergo censetur testator ordinem successionis ab intestato sequi voluisse, ut filius hic quoque ingrediatur locum defuncti, Carpz. P. 3. C. 8. def. 25. de quo plenius egi in tract. de success. ab int. diff. 7. c. 3. §. 4. ubi decisionem l. 32. illustravi. Secundum hæc fundamenta respondimus Menf. Sept. 1705. sequentem in modum.

Species Facti.

Hat Paulus ein Testament gemacht, und darin seinen einzigen Bruder Divum also und dergestalt eingesetzt, daß, wo er des testatoris Tod nicht erlebete, alsdann seine Söhne, und so die nicht, sondern nur Töchter vorhanden wären, auf den Fall dieselben nebst des testatoris beyder Schwestern Aureliæ und Julianæ Kinder erben und succediren solten, davon jedoch nur der Schwester Aureliæ Kinder Antheil denen Eltern in die Hände geliefert, der andern Schwester Julianæ Kinder Antheil aber von den nächsten Freunden den Kindern zum besten feste belegen wer-

werden sollte, bis sie zu ihren mündigen Jahren kommen, und sich selbst fürstehen könnten, und endlich noch diese clausul hinzu gesetzt, daß so fern des *Testatoris* Bruder ohne Hinterlassung einiger Leibes-Erben diese Welt gesegnen würde, alsdenn auf seiner beyden Schwester Kinder auf vorgedachte Art seine Güter verfallen sollten, und hat sich darauf zugetragen, daß bey Ableben Pauli so wohl der Bruder Divus, als dessen beyde Schwestern Aurelia und Juliana, und von der Aurelia 4. Kinder noch am Leben gewesen, der Divus die Erbschaft angetreten, und nach vielen Jahren ohne Kinder verstorben, mit Hinterlassung seiner beyden Schwestern Julianen und Aurelien, jedoch daß von der letzten Schwester Aurelien nur noch 2. verehligte Kinder, als Javolenus und Antonia im Leben, die übrigen beyden als Julius und Emilia bereits verstorben sind und Kinder hinter sich gelassen, deswegen denn gefragt wird:

Ob die noch lebende Kinder Javolenus und Antonia ^{Quæstio.} alleine, oder der verstorbenen Julii und Æmilie Kinder in stirpes mit zu solcher Erbschaft gehören?

Ob nun zwar eingewandt werden möchte, daß in ^{Rat. dab.} legalibus successioneibus allein, nicht aber in dispositionibus hominum die repræsentatio statt finden könnte, Faber *de error. pragmat. dec. 55. n. 4.* Anton. Thesaur. *qu. forens. 35.* Alleg. *aupd H. Pistor. Obs. 164. n. 6.* und ob gleich zu der Zeit, da Paulus gestorben, Julius und Æmia noch gelebet, dennoch diese beyde bey Absterben des Divi, der mit dem fideicommissio graviret gewesen, bereits verstorben gewesen, *trahitium autem in jure nostro est, fideicommissum conditionale a fideicommissario ante purificatam conditionem defuncto non transmitti ad heredem Gall. 2. Obs. 132. Befold. conf. 27. n. 8.* Daß sie also he-

Contin. III.

Aa aa aa

redi-

reditatem nondum acquisitam auf ihre Kinder nicht transmittiren können.

Rat. decid.

Die weil aber dennoch eine quaestio meræ voluntatis ist, was der testator unter den Worten: *Meiner Schwester Aurelia Kinder* habe verstehen wollen, zumahl selbige so wol von denen Kindern primi als secundi gradus commode genommen werden können, gleichwohl so wohl aus den Rechten als genuina verborum horum significatione bekant, quod sub nomine liberorum etiam nepotes veniant *l. 220. ff. de V. Signif.* und solches gleichfals von dem teutschen Worte *Kinder* zu verstehen, Besold. *thesaur. pract. voc. Kinder*, & cum hæc sit propria significatio hujus vocabuli *liberorum*, & testator nihil aliud adjecerit, quo illam significationem restringeret, videtur casus hic juris communis dispositioni relictus esse, secundum quam omnes liberi appellatione liberorum continentur Besold. *Consil. 5. n. 20.* auch aus eben diesen fundamentis gegenwärtigen Casum der ietzgemelte Besoldus in terminis also decidiret *Consil. 108. n. 11. 12.* & quando quis fratrem & fratris liberos instituit heredes, nomine liberorum descendentes contineri tradunt Cravetta *Cons. 22. n. 1.* Castrenf. *Const. 374.* Modest. Pistor. *P. 3. qu. 118.* Carpz. *P. 3. C. 10. def. 5.* Menoch. *lib. 4. praes. 94.* Knipschild. *de fideic. famil. c. 7. n. 115. sqq.* Und die von etlichen Doctoribus angeführte differenz, quod jus repræsentandi inter dispositionem hominis & legis durchgehends nicht admittiret, sondern von den bewehrtesten das Gegentheil behauptet wird, zumahl dieses ein immotum fundamentum juris bleibet, quod ubi aliud a testatore non est expressum, conformasse se testator ordini juris præsumatur, Sande *de prohib. alien. c. 6. n. 22.* H. Pistor. *obs. 164. n. 7. 8. seqq. ibique alleg.* Angel. Matth. *lib. 2. de fideic. c. 6.* Ceterum ho-

hodie etiam emancipati ad fideicommissum familiæ admittendi sunt, postquam emancipatio hodie non tollit jura familiæ, uti de jure Romano, quo tantum illi emancipati ad hoc fideicommissum vocabantur, qui postea emancipati erant. *l. 96. §. 4. de leg. 2.*

So erscheinet daraus so viel, daß der verstorbenen Julii und Æmiliæ Kinder stirpes ad successionem mit zu admittiren seyn. Decisio.

§. XXXIV. Debitorem creditor suo legare posse expeditum est, quod legatum si non diserte in debiti vicem relictum fuerit, præter debitum peti potest, quia qui legat, magis animum donandi quam compensandi habuisse videtur *l. 85. de leg. 2.* Communiter tamen hic distinguere solent inter debitum *voluntarium & necessarium*; in illo, quod scilicet ex beneplacito partium dependet, animum compensandi non præsumi volunt: in hoc vero, quod ex necessitate legis debeat, ut in dote, dotalitio &c. diversum obtinere propter *l. 34. §. 5. de leg. 2. l. 22. §. 13. ff. solut. matrim. l. 34. §. 6. de solut. Carpz. P. 3. C. 13. def. 29. n. 5. sqq. Berlich. P. 3. concl. 27. n. 49. Brunn. cent. IV. dec. 17. n. 3. sq. & ad l. 22. ff. solut. matr. Menoch. lib. 4. præf. 109.* Verum hæc quæstio magis in facto, quam in jure consistere & ita vix alia præsumtio in debito necessario quam voluntario capi posse videtur, cum in genere qui legat, magis animum donandi, quam solvendi habuisse censetur, cum legatum sit donatio testamento relicta, ut dicitur in *l. 36. ff. de legat. 2.* Neque textus adducti hanc distinctionem confirmant, qui potius commode secundum *l. 34. §. 5. de leg. 2.* intelligi possunt, ubi expresse casus supponitur, quod testato *nomine dotis* legaverit, quemadmodum in *l. 84. §. 6. de leg. 1.* quoque idem casus occurrit, hac tamen sub speciali circumstantia, quod eadem centum, *dotis nomine* promissa legata fuerint. Plenius

Aa aa aa 2 hanc

hanc controversiam eruit Schilter. *in pr. jur. Rom. ex. 39. t. b. 20. sqq.* Conf. Heig. *qu. 27. n. 19. sqq.* Berlich. *P. 2. decis. 223.* Ceterum quod secundum *autb. præterea. C. unde vir. & uxor.* legatum in portionem a lege uxori inopi debitam compensandum sit, hanc specialem habet rationem, quod uxori hæc portio non aliter debeat, quam si inops sit, eatenus autem inops esse non videtur, quatenus ex legato mariti aliquid percipit.

Si filius, qui de inofficioso egit pro parte vicit & pro parte vicus est.

§. XXXV. Si filius querela inofficiosi testamenti egit, atque variæ judicium sententiæ extiterint, quædam pro filio, quædam contra filium, ita ut testamentum pro parte rescissum, pro parte conservatum sit, dubitatum olim fuit, quatenus legata essent præstanda? Respondet JCtus in *l. 76. pr. de leg. 2.* pro qua parte resolutum est testamentum, pro ea neque legata, neque fideicommissa neque prælegata deberi, exceptis libertatibus in testamento datis. Sed hæc decisio hodie prorsus otiosa est, postquam in *Nov. 115.* noviter constitutum est, rescisso licet testamento per querelam inofficiosi, legata tamen integra & salva subsistere, ut proinde quod olim in libertatibus singulare fuit, hoc hodie omnibus legatis commune sit. Secus dicendum est, si alio casu testamentum sit irritum, quo casu adhuc hodie obtinebit decisio *legis 81. de leg. 2.*

Quod assignatur executori pro legato haud habendum.

§. XXXVI. Nonnunquam quoque in testamentis quædam executoribus assignari solent, sumtuum faciendorum nomine in certum negotium, veluti in sepulturam, quæ assignatio proprie legatum haud constituit, adeoque si minus erogarunt, hoc heredum commodo proficit *l. 88. §. 1. de leg. 2.* Sunt enim executores nudi ministri, qui nullum commodum sentire debent, sed potius his, quorum interest, ad rationes reddendas obstringuntur, Lauterbach. *de execut. ult. vol. c. 9. n. 199.* les

les hoc casu sunt heredes, quippe quorum præcipue interest, Lauterb. *cit. l. n. 162.* Atque ad hanc rationum redditionem compelluntur per actionem ex testamento utilem, quia agnoscendo voluntatem defuncti sese obligasse videntur ad reddendas rationes. Forum competens hoc casu judicandum vel ex domicilio vel ex loco quasi contractus, qui hic esse censetur, in quo executor defunctum sepelivit, Lauterb. *cit. l. n. 174.* Hæc de *executoribus ultimarum voluntatum* materia hodie est in praxi longe frequentior, ac quidem olim fuisse videtur, cum rarior admodum ejus mentio injiciatur in LL. Romanis, hodie tamen multæ controversiæ circa illam exsurgere soleant. Fatetur id ipsum Oldendorp. *de execut. vol. ult. in præf.* ajens: *executorum usus olim baud dubie rarior fuit, sub ea forma, qua nunc utimur. Inde videmus factum, quod de dotali executione titulus nullus extet in Pandectis, aut etiam in jure Pontificio. Sed apud Kros primum, deinde apud Romanos Pontifices uno aut altero loco est facta mentio.* Unde ple-ræque controversiæ, quæ de executoribus hic occurrere solent, vel ex ipsius testamenti dispositione, vel hac deficiente, ex principiis communibus deciduntur, maxime iis, quæ in materiis affinibus occurrunt, veluti in curatela, & administratione alienorum negotiorum.

§. XXXVII. Possè etiam debitorem, illud quod debet, creditori legare, certum est, quatenus creditor inde utilitatem sperare possit. Quod si nihil debeatur, nihilominus legatario actio competit, non quidem quasi ex debito, sed ex fideicommissò *l. 88. §. 10. de leg. 2.* Existimat vero Grœnewegius, hanc legem abrogandam esse, cum ex erronea confessione testatoris fideicommissum non debeatur. Sed nimis facilis fuit Grœnewegius cum Autumnno in legibus rejiciendis, nec nervum decisionis

De legato debiti falso demonstrati.

tetigisse videtur. Hoc certum est, si de errore satis constat, tale fideicommissum haud deberi, quorsum spectat *l. 34. §. 3. de leg. 2.* Ast vero in adducta specie *cit. l. 88. §. 10.* testatorem in errore fuisse nusquam supposuit JCtus, sed potius juste existimavit, testatorem falsam demonstrationem scienter adjecisse legato. Sunt enim plerumque homines ita comparati, ut veras causas regant, & prætextus scienter referant, ut aliorum sinistra judicia declinent, quibus inprimis judicia defunctorum exposita sunt. Cum ergo de voluntate ita satis constet, merito quoque fideicommissum debetur.

Legata ne quidem ex imperfecto testamento principi hodie debentur,

§. XXXVIII. In jure civili conclamatum est, ne quidem Principi ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa deberi *l. 23. ff. de leg. 3. l. 3. c. de testam.* ibique Dauth. Forfan hodie hoc in aulis Principum receptum non esse quis assereret, cum magis proclives esse soleant Principum adultores ad asserendam abrogationem juri, si Principis in favorem ea sententia redundat, quam ad bonum & æquum observandum. Increpat hoc genus hominum Dionysius Gothofredus *in not. ad cit. l. lit. f.* *Audiant, ait, hoc principum adultores, non tantum in verecundum est subditis & principi id sentire, sed etiam non licet l. 4. C. de LL.* Cum vero hæc sententia in ipsa æquitate satis fundata sit, & longe diversa sint, utrum ipse Princeps disponat inter subditos, an vero subditus, legibus omnino adstrictus, disponat in favorem Principis: merito quoque in praxi secundum hanc decisionem a JCtis, æqui bonique culturam profitentibus, erit respondendum, id quod præjudicio *in caut. testam. C. V. m. 3. ff. 19.* illustravi.

Quanta pars debeatur, si legatum sit, quantum aquas

§. XXXIX. Disceptatum olim fuit inter JCtos, cum ita legatum esset, *ut Tiria uxor mea tantandem partem habeat, quantulam unus beres, & non essent æquales partes here-*

heredum, quæ pars legata conferetur: an maxima, an minima? Quintus Mutius & Gallus putabant, maximam partem legatam esse, quia in majore quoque minor inesset; Servius Ofilius & Labeo minimam, *quia cum heres dare, damnatus esset, in potestate ejus esset, quam partem daret*, ut ait J. C. in *l. 29. §. 1. de leg. 5.* Supposuerunt ergo J. C. per modum damnationis legatum relictum esse, quo casu utique penes heredem esse electionem supra §. III. dictum est; nec aliter hodie dicendum existimo, si verba ad heredem hoc modo essent directa: **Es sollen meine Erben schuldig seyn, meiner Wittwen eben so viel zu geben, als einer von meinen Erben zu seinem Urtheil bekommen wird.** Ceterum si verba damnationis deficerent & generaliter dictum foret; **Ich vermache meiner Frauen eben so viel, als einer von meinen Erben zu seinem Antheil bekommen möchte**, magis dubitari posset, quæ portio deberetur? Equidem posset dici, etiam minimam deberi, quod testator in dubio heredem suum nimis gravare noluisse censeatur. Ast cum hoc legatum magis ad legata generis accedat, in quibus prædicto in casu electio legatarii est, dicendum erit, legatario electionem competere, ita tamen, ut si plures portiones sint quam duæ, non maximam portionem eligat.

§. XL. Ubi res in genere legata, & certa species ab herede tradita eaque postea evicta est, legatarius, eo nomine ab evincente conventus, litem mature heredi denunciare debet, ut veniat & assistat, & quidem ut dicitur in *l. 29. §. 3.* priusquam judicium accipiatur, h. e. ante litem contestatam, denunciatio facienda, *qui si aliter fecerit, agenti ex testamento opponetur doli mali exceptio.* Extra hunc casum, tum secundum jus commune, tum secundum praxin hodiernam litem denunciationem quolibet

heredum accipit.

Si res in genere legata & ab herede præstita evicta sit, quando hodie litem denunciatio facienda?

tem-

tempore fieri posse, quatenus adhuc defensio superest, probatur *tit. de evict. §. XIX.* in quo etiam practici unanimiter conspirant, Carpz. *P. 1. def. 2. C. 29. Mev. P. 7. decis: 400. Ziegl. in not. ad proc. Saxon. tit. 14. voce vor oder nach der litis contestation.* Volunt tamen Dd. exceptionem in legato faciendam esse, variamque diversitatis rationem allegare solent, de quibus vid. Franzk. *ad tit. de evict. n. 703.* Imo & hanc ipsam exceptionem in praxi quoque attendendam esse, innuit Zieglerus *cit. l.* ubi ait: *Id tamen observetur, legatarium propter rem legatam denunciare debere ante litis contestationem.* At vero si rationes diversitatis, quæ a Dd. traduntur, essent penitus discutiendæ, statim appareret, eas magis subtili ingenio excogitatas quam fundatas esse; non magis enim legatarius suo nomine hic actionem suscipit, quam emtor, quamvis Franzkius *cit. l.* in hoc quandam diversitatis rationem quæsierit. Unde si dicendum quod res est, J Ctus in *cit. l. 29.* magis cautelam, quam præcisam necessitatem his verbis exprimere voluisse videtur, quod in primis colligi potest ex verbis supra allatis: *quia si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio, h. e. facile contingere potest, ut post L. C. pereat auctori defensio, quæ integra ei fuisset, si statim ante L. C. denunciatio facta fuisset, quo casu tibi agenti ad evictionem exceptio doli mali obstabit, quod denunciatio eo tempore facta sit, quo res non amplius integra erat.* Hoc ipsum quoque admonere solent J Cti hodierni, quamvis asserant, etiam post litem contestatam denunciationem fieri posse. Sic enim Schilterus *Ex. XXXIV. §. 26.* ad mentem J Cti nostri loquitur: *Et si litis denunciatio quoque processus articulo fieri possit, tutissimum tamen, ut statim ab initio fiat, ne habeat fors auctor, quod impuset emtori, quasi quid neglexerit, causamque bonam per-*

perperam tractaverit. Hac stante explicatione, praxis hodie in hac specie eadem erit, quæ in causa emtionis venditionis, nec exceptio aliqua in causa legati evincendi formanda est.

§. XLI. Fideicommissa & legata ex testamento inofficioso, postquam rescissum erat, olim plane non debebantur, quod adeo extendebatur, ut ne quidem eorum ratio habenda esset, si vel maxime ab intestato essent repetita *l. 36. de leg. 3.* Addit JCtus hanc rationem, quod credi debeat, testatorem quasi furiosum testamentum facere non potuisse; *ideoque*, pergit, *nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet.* Verum supra *tit. de inoff. testam.* jam ostendi, multa Justinianum in *Nov. 115.* circa testamenta inofficiosa innovasse, quorsum illud quoque referendum est, quod is, qui de inofficioso testamento agere nititur, non necessario in furore vel quasi testatoris se fundare debeat, cum ex nova Justiniani constitutione querela movenda sit, *Franzk. ad tit. de inoff. testam. n. 12.* adeoque hæc decisio JCI quoque corrui. Imo ipse Imperator in *Nov. 118.* legata & fideicommissa præstanda esse voluit, si vel maxime ne quidem ab intestato repetita fuerint; quod multo magis ergo hodie dicendum, si eventualiter ab intestato repetita fuerunt. *Brunnem. ad cit. 36. Grœnewegen ad cit. 1.*

De fideicommissis in testamento inofficioso relictis.

§. XLII. Si fundus legatur cum his, qui ibi erunt, pecuniæ, quæ scenerandi causa ibi fuerunt, non sunt legata, quia tantum ad tempus ibi sunt *l. 44. de leg. 3.* Sic aliquando dubitatum fuit, an pecunia parata censeatur, si *moventia* sint legata, de qua quæstione consulti *Mens. Sept. 1709.* ita respondimus.

De fundo legato cum his, qui ibi erant.

Das der verstorbene Drosche von Spiegel seiner Ehe-Liebsten seine ersparte Gelder, zu ohngesehr. 20000. Rthl. dergestalt legirt,
Contin. III. Bb bb bb ret,

ret, daß sie über die Halbscheid zu disponiren befugt seyn, die übrige Helfte aber seinen Schwestern verbleiben sollte, anbey auch noch ferner verordnet, daß was nach seiner Ehe-Liebsten Tode an Silber-Geschirr, Haus-Geräth und moventien noch würde übrig seyn, davon die eine Helfte seine vorbenannten Schwestern, die andere aber seiner Ehe-Liebsten Bruders Kinder haben sollten. Haben nun nach erfolgtem Tode des Drossen von Spiegel dessen Schwestern mit der Frau Wittwen sich verglichen, und vor ihren Amheil überhaupt 10000. Rthlr. empfangen, und ihren präventionen aus dem Testament renunciiret, folglich der Spiegelschen disposition nach das noch vorhandene Silber-Geschirr, Hausgeräth und moventien nach der Wittwen erfolgten Tode der Hr. und übrige Erben zu erwarten; gleichwol dabey gezweifelt werden will:

Quælio.

Was der testator unter dem Wort moventien eigentl. verstehen wollen, und ob er nicht auch noch vorhandene baare Gelder, so sich über 50000. belaußen, gemeynet.

Rat. dub.

Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß moventia und mobilia in Rechten einerley Bedeutung hätten *l. 93. ff. de V. S.* folglich auch das baare Geld darunter verstanden werden müste, cum nemo dubitet, pecuniam rem mobilem esse *Besold. thes. pract. voc. fahrende Saab*, unde simpliciter bonis mobilibus legatis etiam pecuniam paratam contineri volunt. *l. 79. f. 1. ff. leg. 3. ibique Gothofred. in not.*

Rat. decid.

Dieweil aber dennoch solches aus dem angeführten textu nicht generaliter mag gezogen werden, indem nur pecunia præsidii causa reposita, oder der so genannte Spaarpfennig, so man auf den Nothfall bedarff, dahin referiret wird, hergegen andere Gelder darunter nicht mögen begriffen werden, *l. 44. de leg. 3. l. 78. §. 1. eod.* und daher die Dd. darinnen einig sind, quod mobilium appellatione non indistincte pecunia parata veniat. *Thessaur. decis. 100. Brunnem. ad c. l. 79.* Vornemlich auch nach unserm idiomate solches nicht wohl mag gesaat werden, da man mehrentheils unter denen moventien und mobilien das Hausgeräthe zu verstehen pflegt. Und in gegenwärtigem Fall sich noch ein besonders Fundament aus dem Testament selbst hervor thut, allwo der testator das Geld von

von den moventien deutlich distinguiert, und das baare Geld allein seinen Schwestern zugeheuet, die Hardenbergischen Erben aber darinn übergangen, und in den folgenden erst des Silber-Geschirrs, Hausgeräths und moventien als eines separati & a priori distincti legati Meldung gethan, und zu dessen Helfte erst die Hardenbergischen Erben mit vociret, und also deutlich dadurch zu verstehen gegeben, daß die moventien von dem Gelde solten distinguiert seyn, und nur die vorhergedachte species unter sich begreifen, als Silber-Geschirr, Hausgeräthe an Betten, Zinnen, Kupffer, Eisen oder Holzern Geschirr, und in summa alles und jedes Hausgeräthe.

Es halten wir davor, daß unter dem Wort moventia das Decisio. baare Geld nicht möge verstanden werden. B. R. W.

§. XLIII. De legato quoque *mobiliu* sæpe solet ^{Delegato mobiliu.} disputari, quænam huc pertineant, veluti an pecunia parata quoque comprehendatur? Equidem si mobilia, quæ in certo loco sunt relicta, non continentur, nisi præsidii causa reposita sit. l. 29. §. 1. de leg. 3. alias si in genere mobilia legata, aliud dicendum videtur; quamvis de hoc quidam dubitaverint, uti ostendit Brunnem. ad l. 92. in f. de leg. 3. Illustrabo hanc materiam casu quodam notabili, quo plures controversiæ erant motæ, quid legato *mobiliu* containeretur, de quo consulti ita Menf. April. Ao. 1705. respondimus:

Ist ein gewisser Stand und Grave des Reichs Mevius ge-Facti Species. nannt, welcher unterschiedliche Kaysersliche, Königlische, Chur- und Fürstliche Lehne besessen, am 7. April 1704. verstorben, und nach dessen Tod ein Testament aefunden worden, darinnen selbiger disponiret, wie seine beyde hinterlassene Herren Söhne, Titius und Sempronius, des Herrn Vaters Verlassenschaft an Land und Leuten, Haab und Gürhern allein bekommen, die mobilia aber, als Geld, Silber-Geschirr, item Vieh, Pferde, Schaaf, und dergleichen

Bb bb bb 2

chen Früchte auf dem Boden und in der Scheure, Hausgeräthe, ic. so wol seinen beyden genannten Herren Söhnen als auch zugleich verlassenen Comtessen Töchtern, derer Ihr zwey, Comtesse Sophie und Comtesse Louise, vorhanden; zu gleichen Theilen zufallen, auch noch überdem von jetztgedachten Comtessen eine jede ins besondere 1000. zum voraus haben solte, und dabey angemercket worden, wie gemeldte Comtessen den Verstand des Testaments, quoad mobilia, gar sehr zu extendiren gemeynet seyn möchten, dahero gefragt wird:

Quaestiones.

(1) Ob alle und jede activ-Schulden und reste, so aus der Diener Rechnung und intraden der Graffschaft noch zu heben stünden, und den 7. April. ante tempus mortis illustrissimi testatoris betaget gewesen, item 1500. Thlr. depositen-Gelder, so in Hannover gerichtlich deponiret, darunter mitzuziehen.

(2) Ob die beyden Comtessen von allem auf denen Herrschaftlichen Vorwercken vorhandenen Viehe, Schiff- und Geschirrtz, auch deren Fischen und Teichen, imgleichen von denen Früchten auf denen Böden, und der Scheune participiren können?

(3) Ob sie wegen desjenigen Feldes, so tempore mortis die Egge bestrichen, und besaamet gewesen, zu zweyen Theilen gehen müssen?

(4) Ob sie auch Theil haben müßten an dem Holz, so ante mortem theils vom Winde niedergeleget, theils bis zur Zeit der publication des Testaments umgefallen, und von denen Gräfl. Forst-Bedienten angewiesen worden?

(5) Ob ihnen denen Comtessen zu zwey Theilen auch diejenigen Berg-Theile oder Ruxe mit gehörtren, welche ihrem Herrn Vater eigenthümlich zugestanden, und wovon noch etwan Erß auf der Grube oder Hütten-Zinß oder Zehend der beyden Gewercke rückständig verblieben?

(6) Ob unter die mobilia die vor denen Hütten befindliche Schlacken mit zu referiren?

(7) Ob die vor benannte Comtessen noch weiter prætendiren können, daß die binnen 6. Wochen a tempore mortis scil. usque ad publicationem testamenti in der Pot-Aischen-Hütte verfertigte
Pot

Pot-Afche, und in denen Hütten gestochenes und gemachtes Kupfer ihnen zu 2. Theilen berechnet werden müsse?

(8) Ob dergleichen auch von den Straff- und Lehn-Geldern könne gesagt werden?

Ob nun zwar bey der ersten Frage möchte eingewandt werden, daß *Illustr. testatoris voluntas* hierinnen den Ausschluß geben müste, zumahl in dem *sub lit. A.* beygehenden extract des Testaments die Contessen nicht allein generaliter ad successionem in mobilibus sind beruffen worden, *sub quibus ordinarie comprehendi solet pecunia, quia ipsa pecunia est res mobilis.* *Carpzov. P. 3. C. 21. def. 2.* *Berlich. P. 3. concl. 30. n. 2. seqq. ibique allegati.* *Cardin. de Luca in theatr. verit. & just. tr. de legat. disc. 3. num. 5.* & iis rebus accenseri solet, quæ servando servari non possunt *Gail. 2. Obs. 11. num. 3.* sondern auch in dem Testament selbst zu mehrerer Gewisheit ein und andere species mobilium recensiret, und darunter des Geldes gleich anfangs Meldung geschehen, solche Benennung auch in den Rechten, wenn *indefinita locutio*, wie hier, vorhanden, so weitläufig genommen wird, daß es auch die Activ-Schulden und andere *reditus pecuniarios* in sich begreiffet. *l. 178. l. 222. d. V. Signif. l. 5. §. 9. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur.* auch sonst ein Unterscheid zu machen ist, ob nur das baare Geld oder aber *indefinite*, wie alhier, Geld vermachtet worden, *ita ut priori casu nomina debitorum excludantur, posteriori vero includantur, cum qui actionem habet ad pecuniam recuperandam, illam ipsam habere videatur is, qui actionem* *l. 15. ff. de R. jur.* *Carpz. P. 3. C. 31. def. 34. n. 1. sq.*

Diemeil aber dennoch die Erfahrung und praxis lehret, daß man a *significatu verborum* in *sensu juris Romani* nicht allemahl ad *significationem vocum Germanicarum* einen bündigen Schluß machen, und also diejenige weitläufftige Bedeutung, so das Wort *pecunia* in Römischen Rechten hat, nicht füglich auf das teutsche Wort *Geld* quoad *effectus juris appliciren* kan, obgleich der *allegirte Carpzovius* selches vermennet, und da gleich dieses

Bb bb bb 3

ein-

einiger massen angehen könnte, doch in gegenwärtigem casu solches nicht wohl appliciret werden mag, zumahl des testatoris intentione primario nur auf die mobilia gerichtet gewesen, mithin das Geld als species derselben nicht weiter hat begreifen wollen, als so weit es füglich unter die mobilia kan gebracht werden, und dann aus den Rechten bekant, quod nomina neque intrè bona mobilia, neque immobilia referantur, sed tertiam speciem bonorum constituent, l. 15. §. 2. ff. de re judic. Berlich. P. 3. concl. 33. n. 4. Jacob Schult. in addit. ad Modest. Pistor. qu. 124. Finckelthaus. obs. 20. n. 3. Carpz. P. 2. C. 12. def. 27. n. 5. Esbach. und obgleich bisweilen die nomina unter denen mobilibus begriffen werden, solches doch nur alsdenn zu geschehen pfleget, si necessitas id urgeat, Finckelthaus. obs. 20. n. 3. Berlich. cit. l. n. 5. welche hier gar nicht vorhanden, dannenhero auch die Dd. darin einig sind, quod legaris omnibus mobilibus nomina debitorum non contineantur Struv. ex. 35. §. 13. Menoch. de praes. lib. 4. praes. 138. n. 13. und da überdem noch unter denen Doctoribus nicht völlig ausgemachet, an & quae pecunia sub legato mobilium veniat Menoch. cit. l. Cardin. de Luca cit. l. disc. 5. so ist in gegenwärtigem Fall, da der testator unter denen mobilibus das Geld hat mit begreifen wollen, solches billig auf das baare Geld allein zu restringiren, cum testator in dubio minus censetur onerasse heredem, cum non constat, an omnem pecuniam, etiam non exactam, voluerit comprehendere Struv. ex. 35. th. 13. l. 75. de leg. 3. zu geschweigen, daß in solchen indefinitis locutionibus interpretandis man allezeit tum ad testatoris mentem probabilem, tum ad antecedentia & consequentia reflectiren muß, l. si servus 50. §. 3. ff. de legat. 1. die Umstände aber an den Tag geben, daß er nur von seinen mobilibus disponiren wollen, quo casu id, quod in credito est, non venit, l. Quintus Mutius 27. §. 2. de aur. & arg. legat. und überdem es mit unterschiedlichen nominibus eine absonderliche Bewandnis hat, als mit denen 2000. fl. restirenden Mangeldern bey dem Chur-Hause Männg, welche dem seniori domus wegen eines Erb-Cämmerer Ampts, so des Hochsel. Graffen Vorfahren von langen Jahren her daselbst geführt, gebühren, und wein selbige nicht abgetragen, solcher Rest der 2000.

Gul-

Gulden entstanden, folglich, da solche propter officium feudale an- noch einzufodern, nicht wahrscheinlich ist, daß illustrissimus testa- tor dieselbe unter dem Worte Gelde, wenn auch sonst keine andere ratio decidendi vorhanden, würde mit verstanden haben, in meh- terer Erwegung die Comtessen schon ein ansehnliches aus andern Baarschafften, welche, daß sie sich so hoch erstrecken würden, illustr. testator einsten nicht gewußt, überkommen, und also præsumirtlich, daß wenn Ihm solches alles wäre kund gewesen, Er so viel zum Vor- aus Ihnen, denen Comtessen, nicht würde vermacht haben, und endlich da überdem pactum familiæ de Ao. 1548. so von Röm. Käy- ferl. Majestät confirmiret worden, vorhanden, nach welchen de- nen Comtessen vor alles und jedes, es habe Nahmen wie es wolle, nichts ausgeschlossen, mehr nicht, denn 5000. Thlr. Ausstattungs- Gelder zu reichen, so ist nach solchen billig keine Extensiva, sondern vielmehr eine restrictiva interpretatio einzurichten, als worauf der Testator in disponendo mit werde reflectiret haben, præsumir- lich ist, auch keine bündige ratio diversivatis zu erfinden, warum dieses ebenfalls mit Bestande Rechtens auf die 1500. Depositen-Gel- der zu appliciren, theils weil solche ex intentione testatoris nicht wohl zum baaren Gelde können gebracht, sondern ebenfalls unter die Credita müssen gezogen werden, theils auch weil zu præsumiren, daß der Testator de præsentî pecunia habe disponiren wollen, L. 41. §. 4. de leg. 3.

So sind wir der Rechtlichen Meinung, daß unter dem Worte *Decilio* Gelde in gegenwärtigem Fall weder die besagten Schulden, noch auch die 1500. Thlr. Depositen-Gelder, mit Bestand Rechtens kön- nen gebracht werden.

Die (2) Frage betreffend, so möchte zwar eingewandt wer- den, daß des testatoris voluntas allhier gar deutlich vorhanden, nach welchem die Comtessen zu dem Vieh, Pferden, Schaaßen und dergleichen, irem Früchten auf den Böden und Scheunen quoad duas porciones mit gehöreten, und ob zwar solche Strö- cke sonst ordentlich zum Gütern und Borwercken gerechnet werden, dem testatori unverbotten sey, dieselbe davon abzufon- dern, Ad quæst. 2. Rationes dubi- tandi.

den, cum etiam fundus sine instrumento legari possit *L. Cum fundus 21. ff. de instruct. vel instr. leg.* und obgleich in specie von denen Fischen in denen Feichen nicht Meldung geschehen, so möchten doch dieselben in der generalen clausul und dergleichen, mit begriffen seyn, zumahlen auch sonst in denen Rechten ausgemachet, daß das Vieh gemeinlich unter mobilia vel se moventia mit gerechnet wird. *L. Moventium 93. ff. de Verb. sign.*

Rat. decid.

Diemeil aber dennoch auch hierbey wohl zu ponderiren, daß obbemeldte Stücke, als Vieh, Pferde, Schafe, Früchte auf denen Böden und dergleichen nicht absolute, so weit dieselbe ad mobilia können referiret werden, denen Comtessen quoad duas partes mit vermachet worden, wie solches die dispositio testatoris gar deutlich an den Tag giebet: Die mobilia anlangend, als Geld &c. enumeratio autem specierum tunc restringenda ad præcedens genus, si post genus ponatur particula scilicet vel videlicet, quæ restrictiva, determinativa & modificativa est. Brunnem. *ad L. 12. num. 7. 8. ff. de instruct. vel instr. leg.* folglich bey solchen Umständen ex præsumta testatoris voluntate nicht mit begriffen werden mag, was notorie denen Rechten nach ad immobilia gehöret oder wenigstens intellectu juris dahin gezogen, und als instrumenta & consequenter als accessoria fundorum consideriret werden muß, als (1) das Korn und andere Früchte zur Aussaat und Brötung *L. que situm 12. pr. ff. de instruct. vel instrum. leg.* nicht aber was nur custodiae gratia zum feilen Verkauf an denen Vormercken zu befinden *L. 12. §. 29. ff. eod. Carpz. P. 3. C. 13. def. 22.* (2) die Fische, qui non custodiae sed propagationis causa in stagnum sunt immixti, qui itidem immobilibus accensendi sunt Hartm. Pistor. *Lib. 1. qu. 24. n. 64. Knipschild. de fideicom. famil. cap. 5. n. 41. Berlich. P. 3. concl. 45. n. 18. sq. Esbach. in Carpz. P. 3. C. 24. d. 7. n. 7.* (3) Das Stammvieh an Pferden und Schaafen, Schweinen und dergleichen, ohne welche dergl. Herrschafft. Vormercke nicht bestehen können Müller. *ad Struv. Ex. 35. §. 55. lit. b. Carpzov. P. 3. C. 12. d. 15.* (4) Schiff und

und Geschirr auf denen Herrschaftl. Vorwerken, quæ itidem pars fundi, ejusque necessarium esse censentur, adeoque immobilibus annumeranda *L. instrumento 8. ff. de instruct. vel instr. leg. L. fundi 17. §. 7. ff. de act. emt. vend. L. 78. §. f. de leg. 3. Mantic. de tac. & ambig. conv. L. 4. tit. 15. n. 10. Berlich. P. 3. concl. 30. n. 23. Carpz. P. 3. C. 12. def. 15. n. sq.* woju denn noch überdem diejenigen Gründe, welche ad præcedentem quæstionem mit angeführet worden, vieles beitragen, auch nicht præsumirlich, daß Illustr. testator die Herrschaftl. Vorwerke von dergleichen nðhigen Stücken habe entblößen, sondern seine disposition vielmehr dahin verstehen wollen, daß, wenn ultra necessaria requisita etwas von obgemeldten Stücken übrig, so ad mobilia könne referiret werden, solches alsdenn die Comtessen mit zu genießen haben solten.

So halten wir davor, daß obgemeldte Stücke, so weit sie als Decisio. necessariæ fundorum partes consideriret werden können; unter dem legato mobilium mit bestande Rechtens nicht mit begriffen werden mögen.

Bei der (3) Frage möchte zwar dieser Zweifel entstehen, daß Ad quæst. 1.
Rat. dub. die Früchte von denen Feldern, welche tempore mortis Illustr. testatoris mit der Egge bestrichen und besaamet gewesen, ad mobilia zu referiren wären, adeoque de jure Sax. mobilibus legatis videntur quoque legati fructus solo adhuc cohærentes. *Carpzov. P. 2. C. 13. d. 5. Berlich. P. 3. concl. 43. num. 49. Finckelthaus. Obs. 54.*

Diemeil aber dennoch dieses allein nach denen Chur-Sächsi- Rat. decid. schen constitutionibus statt hat, nach denen gemeinen Rechten aber fructus pendentes ad res immobilis billig referiret werden müssen, *L. 44. ff. de Rei vind. Hartm. Pistor. L. 1. qu. 24. num. 21. Finckelthaus. cit. l. num. 6. Mantica de conject. ult. vol. lib. 9. tit. 3. 6. 7. sic enim pars fundi esse censentur L. 44. de Rei vind. parris autem regulariter eadem ratio est, quæ totius L. 76. ff. de Rei vindic. c. 80. de R. 7. in VI.* und denn die Graffschaft K. in Chur-Sächsischen Lehn am wenigsten bestehet, und wenn gleich dieselbe durchgehends darinn bestehen solte, dennoch nicht wahrscheinlich, daß

Contin. III. C c c c Illustr.

Illustr. testator unter die mobilia die fructus pendentes würde mit verstanden haben, zumahl er nur notanter die Früchte auf den Böden und in den Scheunen, und keiner andern Meldung gethan, und also die generalis assertio mobilium ad species subjectas billig muß restringiret werden, Carpz. P. 2. decis. 268. num. 36. seq. in mehrer Erwegung die Comtessen ohne dem per pactum familiae de Anno 1548. von allem Eigenthum und Nutzbarkeiten, wie die Rahmen haben können oder mögen, nichts ausgeschlossen, völlig excludiret und von denen damahligen paciscentibus vor sich und ihre Nachkommen beliebt und fest gesetzt worden, daß von obbemeldten Stücken dieselben denen Comtessen nichts mitgeben oder zueignen solten, noch wolten, mithin die dispositio Illustr. Parentis nach solchem pacto, cujus immemor fuisse non viderur, billig restringiret werden muß.

Decisio.

So erscheinet daraus so viel, daß unter dem legato mobilium die fructus pendentes, bewandten Sachen und Umständen nach, nicht mit zu referiren seyn.

Ad quæst. 4.
Rat. Dub.

Eben dergleichen Bewandniß hat es mit denen in quæst. 4. benahmten Stücken: Denn ob wohl sonst den gemeinen Rechten nach unter die mobilia die niedergelegte Windfälle und anderes umgehauene Holz gerechnet wird L. 17. §. 6. de act. Empt. Muller. ad Struv. Ex. 3. tb. 82. lit. Z.

Rat. Decid.

Diweil aber dennoch in gegenwärtigem Fall nicht so wohl darauf zu sehen, was in thesi & abstrahendo ab aliis circumstantiis ad res mobiles zu referiren, sondern was Illustrissimus testator dahin habe referiren können und wollen, und dann eines theils unter denen sub appellatione mobilium im Testament assignirten speciebus mit keinem Worte der Windschläge und andern gefällten Holzes gedacht worden, andern theils auch solche zu denen Nutzbarkeiten der Herrschafft nothwendig gehören, wovon die Comtessen per pactum familiae excludiret, und also um desto ehender die generalis assertio mobilium nach Möglichkeit muß restringiret werden, und obgleich solches dahin könnte gezogen werden, welches wir doch nicht absehen können, dennoch dieses weiter nicht als von dem gefäll-

ten

ten Holz zu verstehen seyn würde, welches tempore mortis illustrissimi testatoris bereits niedergefället, nicht aber was post mortem intra 6. septimanas ante publicationem testamenti niedergeschlagen oder gehauen worden, zumahl die Herren Grafen Titius und Sempronius nicht so wohl das Erbrecht ex testamento & ejus publicatione, sondern ex pacto & providentia majorum herzuführen, mithin ipso jure post mortem patris alles ererbet, auch ipso facto solches bestärcket, indem obgemelte Herren Grafen und Lehnsfolger nach dem Tode, noch vor der Begräbnis des Hochseel. Vaters, einen neuen Wahlhammer mit ihrem Nahmen verfertigen, damit sonderlich das Oberholz anzeichnen, und also dadurch ihr nunmehr alleiniges Recht bestärcken wollen, auch nicht præsumirlich, daß auf dasjenige, was nach dem Testament per casum vel alio modo sich ereignet, Illustrissimus testator in seiner disposition werde reflectiret haben, cum tamen, quoties ambiguitas in verbis testamenti reperitur, secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum sit. *l. 24. ff. de reb. dub. l. 21. ff. eod.*

Als halten wir davor, daß gestaltten Sachen nach die Com- Decisio-
ressen von dem Holz nichts prætendiren können.

Bey der fünften und sechsten Frage möchte zwar eingewandt werden, daß nach etlicher Doctorum Meynung die Bergtheile oder Ruxe unter die res mobiles zu rechnen wären, wie dann, daß die Scabini Lipsiensis solcher Meynung gewesen, nicht mag geleugnet werden. Zobell. *P. 3. diff. 10. 11. 13.* Berlich. *P. 3. Concl. 35. n. 2. seqq.* doch zum wenigsten die reditus partium metallicarum jam separati & percepti, wie auch die Schlacken, ohnstreitig dahin gezogen werden, Carpz. *P. 3. C. 25. def. 2.* Ad qu. 5. & 6.
Rationes dubi-
tandi.

Diemeil aber dennoch was das erste betrifft, solche Meynung die bewertheften Rechts-Lehrer repræbiren, und durchgehends die partes metallicas ad res immobiles referiren. Carpz. *P. 3. C. 25. def. 1. n. 4.* Berlich. *P. 3. concl. 35. n. 3. seqq.* Knipschild. *de fideic. c. 5. n. 66. seq.* Colleg. Jur. Arg. *lib. 1. tit. 8. tb. 51.* solches auch daraus zu erkennen, quod auri & argenti fodinæ in feudum dari possint, *2. feud. 56.* cum tamen in feudum non nisi res immobiles dentur.

Strav. *Synt. jur. feud. c. 6. apb. 1.* die ex adverso allegirte Gründe auch auf gar schwachen Füßen stehen. Berlich. *cit. l. n. 5.* Was aber das auf den Gruben befindliche Erz und Schlacken betrifft, ist zwar nicht ohne, daß solches in theil ad res mobiles zu referiren, Carpz. *cit. def. 2.* Thoming. *decif. 12.* Knipschild. *cit. l. n. 68.* dennoch hier aus vorerwehnten Gründen immer die Frage entstehet, ob der testator solches unter die mobilia mit referiren können und wollen; überdem der testator in dem Testament von denen sämtlichen Hütten und Bergwercken eine eigene disposition gemacht, darinn aber daß die Comtesse zu zwey Theile mit darvon participiren sollen, mit keinem Worte gedacht, wegen des Hütten-Zins und Zehenden bey den Gewercken aber es eben die Verwandtisch hat, wie mit denen retribus pecuniariis & aliis nominibus, davon die Entscheidung in quaestione prima geschehen.

Decisio.

Als sind wir der Rechtlichen Meynung, daß auch von diesem Stück die Comtesse nichts prætendiren können.

Ad quaest. 7.
Rat. dub.

Bei der (7) Frage möchte sich gleichfalls dieser Zweifel erzeigen, daß die Pot-Asche mit unter die mobilia zu rechnen, wie denn solches ebenfalls von dem gestochenen und gemachten Kupfer zu verstehen, nach denen bey voriger quaestione angeführten rationibus dubitandi.

Lat. Dec.

Weil aber dennoch die Hoch-Gräfl. Herren Gebrüdere darinn gernwilligen, daß die tempore mortis etwa vorhanden gewesene Pot-Asche ihren Comtesse Schwestern zu 2. Theilen mit zufallen, und nach dem eingekauften Werth ihnen bezahlet werde, und nur hauptsächl. davon hier die Frage ist, ob die a tempore mortis usque ad publicationem testamenti und also binnen 6. Wochen daraus verfertigte Pot-Asche, sammt übrigem in solcher Zeit gestochenen Kupfer denen Comtesse zu 2. Theilen mit zugehörig seyn, solches aber nicht alleriret werden mag, weil eines Theils aus denen Rechten bekant, quod legati dies ordinarie cedat a tempore mortis testatoris tot. tit. quand. dies legat. ibique *Dd. l. 2. f. ad L. Falcid.* und also die Sache in dem Stande, wie sie tempore mortis gewesen, billig præstiret werden muß, andern theils

theils aber nach oben angeführten fundamentis die Hoch-Gräff. Herren Gebrüdere nicht erst Erben geworden a tempore publicati testamenti, sed statim a tempore mortis testatoris, mithin ihnen alle reditus & fructus, worunter obgedachte species nothwendig mit gehören, als eigenthümlich acquiriret worden.

So halten wir davor, daß auch an diesen Stücken die Com- Decisio. tessen keine prætension machen können.

Wegen der 8. und letzten Frage bedarf es keiner absonderlichen Ad quaest. 8. Decision, als welche ohne dem ex decisione quaestionis primæ ihre Abfindung bekömmt, und mit Bestand Rechtens nicht zu erweisen, daß die Straß- und Lehn-Gefälle unter das Geld, quatenus ad res mobiles refertur, könne gebracht werden. B. R. B.

§. XLIV. Sicuti vero §§. antec. vidimus, legatis De legato fun- do cum omni- bus speciebus & rebus, mobilibus, vel legato fundo cum his quæ ibi erunt, pecuniam non deberi, quæ in fundo reperiebatur, ita multo minus debita huc referri debent; si vel maxime omnes quæcunque res & species cum ipso fundo legata fuerint. Nec quæcunque locutio generalis debita hæc in se includit, veluti si testator dixerit: *lego illum fundum, cum omnibus mancipiis, pecoribus, jumentis ceterisque univer- sis speciebus, quæ in eodem fundo cum moriar, erunt, uti opti- mus maximus est, ut que in die mortis meæ possedi, & ut plenius dicam, ita ut cluditur.* Ponamus fuisse in fundo tabulari- um, in quo fundorum & contractuum instrumenta, præ- terea & nomina debitorumprehendantur, an legato continentur? Negat hoc recte Paulus in *l. 92. pr. de leg. 3.* Conf. *l. 86. pr. de leg. 2. l. 41. §. 6. de leg. 3.* Quamvis enim instrumenta & chirographa in eo locoprehendantur, non tamen tam ad hæc, quam ad illud, cujus gratia com- parata sunt, respiciendum est, id quod debitum, nomen, vel actionem, & ita rem incorporalem constituit, ut adeo rebus corporalibus accenseri non possint, de quibus

testator locutus videtur. Quod si tamen de alia mente testatoris constet, hæc potius præferenda est, utpote si alicui legetur *conclave cum omnibus & universis speciebus, quæ ibi deprehenduntur*, & in illo nihil aliud præter documenta, chirographa & acta reperiantur, tunc facile apparet, testatorem de ipsis chirographis & instrumentis sensisse. vid. Struv. ex. 35. §. 13.

Generale monitum de verborum significatione.

§. XLV. Hactenus varias species legatorum ex his tribus libris recensui, eorumque usum ostendi; superessent plura examinanda, maxime, quæ ex significatione peculiari dependent, quæ tamen facile dijudicari possunt, secundum cujusvis regionis & loci idioma linguæ, secundum quod testator quilibet locutus fuisse videtur. Quævis linguæ suas proprias significationes verborum habent, unde non semper ab una argumentum ad aliam trahi potest, quod in primis circa illas notandum leges, in quibus J. C. in explicandis verborum significationibus solliciti fuerunt, id quod ex sequentibus quoque titulis apparet.

An executive pro legato consequendo hodie agi queat?

§. XLVI. Pro legatis consequendis varia remedia competunt, ex quibus legatarius sibi unum eligere debet *l. 76. §. 8. de leg. 2.* De eo in praxi solet disceptari, an etiam pro legato consequendo executive agi possit *ex l. f. C. de edict. D. Hadr. toll.* in casu, si testamentum nullum visibile vitium habeat, ut statim legatarius in possessionem mittatur? Quod licet plures asserant, *infra tamen sit. quor. bonor.* ostendendum erit, hoc interdictum tantum heredi competere, non legatariis cum fideicommissariis particularibus. Praxin tamen contrariam objicere solent, quam pluribus defendit Finckelthaus. *Obs. 121.* & plures *n. 18.* consentientes adducit, qui omnes de praxi constanti attestantur, quibus motus Dn. Harprecht.

precht. *de remed. l. f. C. de fideic. c. VIII. in f. eandem sententiam recepit.* Verum praxin non ita constantem esse, apparet ex sequente responso, quod M. Febr. conceptum est a Facultate nostra.

Ist zwischen beyden Theilen respectu testamenti materni ein Proceß entstanden, da dann beklagte auf die erhobene Klage sich nicht eher einlassen wollen, bevor sie ex beneficio L. fin. C. de Edict. Div. Hadriani theils Ex capite prælegati, theils weil sie selbst ex parte zur Erbin eingesetzt, die immision in die Erbschaft erhalten, welche ihr aber per sententiam Jenensem abgeschlagen worden, daher gefraget wird: Facti Species.

Ob die immisio in quotam hereditatis & prælegata statt habe? Quæstio.

Ob nun wohl, so viel diese Frage belanget, unterschiedene Dd. der Meynung seynd, quod etiam legatario remedium utile competat ex L. fin. C. de Edict. Div. Hadr. ut immisionem petere possit. Finckelthaus. *Obs. 121. n. 13. & 14.* Rat. dub.

Weil aber dennoch die actiones ordinariæ pro consequendo legato nicht eher angestellet werden mögen, bevor die hereditas ab herede scripto würcklich angetreten worden, quamvis enim dies legatorum cedat a tempore mortis testatoris *L. ut. f. f. C. de Caduc. tollend.* so können sie doch nicht gefordert werden, bevor die Erbschaft angetreten, quia ab illo tempore dies demum venire dicitur, *L. 7. pr. ff. quand. dies legat. ced.* dann wenn eine Erbschaft nicht angetreten wird, so gehet das ganze Testament tanquam destitutum über einen Hauffen. dergestalt ut ne legata quidem debeantur. *f. 2. in fin. f. ad L. Fulcid. & ibi Dd.* Nun ist aber hieselbst die hereditas schlechterdings noch nicht angetreten, sondern es wird eben darüber unter denen Parteyen gestritten, ob das Testament beständig, und was dieser oder jener voraus haben solle, dabey denn, welches absonderlich zu mercken, die jeko propter prælegatum die immision suchende Hermannin selbst mit begriffen, und also penpente lite auch die immisionem ratione prælegati nicht suchen mag, weil sie ja nicht in una eademque causa super hereditate litigiren, Rat. decid.

giren, und zugleich ex hereditate adhuc litigiosa das prælegatum fordern kan. Und hindert nicht, daß gleichwol einige Dd. den legatariis solches beneficium tribuiren, weil solche opinion von denen meisten Dd. verworffen ist, indem ein legatarius andere genugsame remedia ordinaria hat, als die rei vindicationem, und stehet ihm überdem die actio ex testamento & hypothecaria zu, daher nicht nöthig ist, contra verba & mentem Legis demselben noch neue remedia extraordinaria beyzulegen, wie solches deutlich ausgeführet Cæsar Argelus in *Tr. de Acquir. poss. ex remed. L. fin. C. de Edict. D. Hadr. qu; 8. art. ii. n. 7. Mev. P. 1. Decif. 97.* welches um so vielmehr in prælegatis coheredi relictis statt finden muß, dann wann sie auch gleich ad jus hereditarium provociren und ex hoc capite desto eher sich des obigen remedii zu gebrauchen vermeynete, so kan sie ja unmöglich sich dessen contra heredes in eodem testamento institutos bedienen, denn wo jemahls ein legitimus contradictor vorhanden, cujus existentia notorie impedit immisionem ex d. L. ult. Parlador. *ver. quotid. Lib. 2. c. 5. n. 2. § 3.* so fehlet es daran hieselbst nicht, indem die andern coheredes ein æquale jus haben, quales qui sunt, omnino legitimi contradictoris partes sustinent Cæf. Argelus *Tr. de legat. Contradiet. qu. 1. in addit. ad n. 7.* wu mahlen sie bereits mit einander in Processu verwickelt seynd.

Decisio.

So halten wir davor, daß gestaltten Sachen nach die immisio ex *L. f. C. de Edict. D. Hadr.* hieselbst nicht statt finden kan.

Licet de validitate testamenti disputetur, legatarius tamen legatum petere non potest.

§. XLVII. Atque hæc remedia a legatario intentari queunt, licet vel maxime de jure & validitate testamenti adhuc disputetur, modo legatarius ad cautionem præstandam paratus sit per *l. f. pr. C. de hered. petit. cum ita heredi nullum periculum metuendum sit*, hinc hac in causa *Mens. Jan. 1706.* ita respondimus;

Facti Species.

Hat Amandus mit dem von Franckenberg ein pactum aufgerichtet, Kraft dessen der letztere nach des erst gedachten Amandi Tode aus dessen Verlassenschaft 2000. Rthlr. zur Errichtung eines stipendii familiaris vor seine Posterität über-

Form

kommen, doch dabey gehalten seyn solte, in casum extinctæ familiae zu Wiederausantwortung obged. Summa an Magnanimum, welchem alsdenn die collation des stipendii zugeeignet worden, in seinen Gütern caution zu bestellen, solches alles auch der von Franckenberg nicht allein mit allem Dank angenommen, und den verlangten revers von sich gestellet, sondern auch der Amandus nachmahls diese Stiftung in seinem nachhin gemachten Testament wiederholet, und seiner Ehe-Frauen als eingesezter universal-Erbin anbefohlen, daß sie nach Verfließung dreyer Monathe von seinem Tode an, an den von Franckenberg obbemeldte 2000. Rthl. gegen die bedungene assecuration auszahlen solte, und ob zwar die Erbin nach des testatoris Tode bereit gewesen, des testatoris Willen zu erfüllen, dennoch dieselbe nunmehr einiger massen angestanden, nachdem des testatoris Freunde, die Irenistici, das testamentum des Amandi zu impugniren angefangen, und also noch die validität des Testaments in Zweifel gezogen werden müste, gleichwol der von Franckenberg pendente lire auf solche Auszahlung der 2000. Rthl. enfrig dringet, und also die Frage entsethet:

Ob bey so bewandten Umständen die Concordia die 2000. *Quæstio.* Rthl. aus des Amandi Verlassenschaft pendente lire an den von Franckenberg zu bezahlen schuldig, oder nicht vielmehr der von Franckenberg bis zu Austrag der Sache in Ruhe zu stehen gehalten sey? und wie auf den ersten Fall die Erbin am sichersten solche auszahlen könnte?

Ob nun zwar hiebey eingewandt werden möchte, daß die præ- *Rat. dub.* stationes testamentariæ nicht ehender ihren effect erreichen und darauf gedrungen werden könne, als wenn auffer Zweifel gesezet worden, daß das Testament gelte, bevorab, da ex validitate testamenti alles übrige dependiret, und wenn also, wie hier, das testamentum propter defectum solennitatum angefochten wird, es das Ansehen gewinnen möchte, als ob die legatarii oder fideicommissarii mit ihrer Forderung so lange in Ruhe stehen müsten, donec lis principalis finiatur, cum præjudiciales quæstiones faciant conquiescere causas inde pendentes, *c. si iudex 12. in f. de sentent.*
Contin. III. Dd dd dd *ex-*

excom. in 6. alias enim ordo juris inverteretur c. pen. X. de ordin. cognit. l. 4. ff. de judic. und ob man gleich nicht sagen könnte, daß die Wittve als Erbin interim quasi ex negotiorum gestione solche 2000. Rthl. ausgezahlt, so stehet doch dieses dabey zu consideriren, daß die Irenistici vermuthlich solcher Auszahlung contradiciren, und verbieten möchten, quo casu certum est, actionem viduæ haud dari posse, cum prohibentis haud gerantur negotia, & præsumta voluntas cesset ob prohibitionem *l. f. C. de negot. gestis.*

Rat. Dec.

Die weil aber dennoch alhier die Frage nicht ist de legato vel fideicommissio ex testamento præstando, als welches seine Kraft aus dem Testament herleiten müssen, sondern vielmehr die oben angeführten Umstände an den Tag legen, daß diese Stiftung der 2000. Rthl. schon vor dem Testament per fideicommissum conventionale zwischen dem Amando und dem von Franckenberg aufgerichtet und zu mehrer Versicherung in dem Testament wiederholet und der Erbin recommendiret worden, und gleichwie causa dotis aliorumque debitorum dadurch eben nicht alteriret wird, wenn gleich in testamento der Wittven ihr eingebracht und dem creditori die Schuld vermachet worden, und also nicht lediglich von der validität des testatoris dependiret, sondern wenn gleich das Testament zu Grunde gehen solte, dennoch ex propria causa solche auch von den Erben ab intestato gefordert werden könnten, also auch billig dieses fideicommissum conventionale pro debito consideriret werden müsse, welches, wenn gleich das ganze testamentum über einen Hauffen gehen solte, dennoch seine Kraft ex antedanea conventione inter Amandum & Dn. de Franckenberg haben, und auch die Erben ab intestato obligiren müste, cum per pactum semel legitime constitutum fuerit *l. quoties §. 3. C. de donat. quæ sub mod. & præterea moribus validitatem impetraverit, sicuti alia pacta familiæ successoria. Eyben. in elect. feudal. c. 6. §. vet. Seraphin. de Seraphin. de privil. juram. privil. 20. num. 12. Hartm. Pistor. lib. 4. qu. 1. seqq. Hahn. de jur. rerum concl. 71. Harprecht. tr. de fideic. convention.* Ueberdem in Rechten deutlich ausgemachet, daß der possessor præsens hereditatis, licet super validitate testamenti dispu-

disputetur, allerdings schuldig sey, dergleichen debita ex contractibus vel pactis defuncti dependentia interim zu bezahlen. Si vero ex contractibus vel pactis defuncti agatur contra possessionem hereditatis vel ejus rei, de qua agitur, siquidem res sint vel depositæ, vel commodatæ, vel pignori datæ, vel aliæ, quæ exrant, non differri sub prætextu hereditatis petitionis memoratum judicium: quemadmodum si pro scenerata pecunia vel alia actione personali agatur contra possessorem vel petirorem, non debet judicium differri, sed exitum suum accipere. Postquam enim hereditatis petitionis judicium finem accipit: tunc inter petirorem hereditatis & possessorem rationibus contractis, non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quæ rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat *l. vet. f. 1. C. de hereditat. petit.* ibique Sichard. & Brunnem. cum enim creditores non habent causam ex testamento, etiam a legitimo herede recte petere debitum possunt. Sichard. *cit. l. num. 7.* adeoque si possessor solvar, ei non potest hoc esse damnosum. Non si, qui solvit, judicio hoc deinde obtinuit, quin debuisset & jure solvissent apparet; non si idem victus, quia si solvit, non aliter restituit hereditatem, nisi ei hoc nomine satisfaciat Donell. *lib. 19. c. 15.* ja wenn gleich dieses fideicommissum kein conventionale, sondern mere testamentarium seyn sollte, so würde die Erbin sich nicht entbrechen können, præstita cautione a fideicommissario, pendente lite solches abzutragen *l. fin. cit. pr.* wie viel mehr denn in gegenwärtigem casu, da solches fideicommissum auch die Erben ab intestato stringiren kan, mithin dieselbe auf keinerley Art und Weise besugt sind, die Abtragung desselben zu verbieten, gleich wie dieselbe nicht einsten exsolutionem legatorum vel fideicommissorum verhindern können. *cit. l. fin. pr.*

So erscheinet allenthalben hieraus so viel, daß die Wittwe **Decisio.** pendente lite die vorgemeldte 2000. Rthlr. an den von Franckenberg auszu zahlen schuldig sey, und ob zwar in debitis in solchem Fall eben keine cautio nöthig ist, so ist doch, wenn einiger Zweifel wegen dieses fideicommissi noch vorhanden seyn sollte, der Erbin unbenommen, zu ihrer Sicherheit von dem von Franckenberg cau-

tion sich bestellen zu lassen; daß er sie wegen solcher Auszahlung der 2000. Rthlr. gegen jederman vertreten und indemnificiren wolle. B. R. B.

An legatarius
privata autori-
tate legatum
occupare pos-
sit?

§. XLVIII. Cum itaque sufficientissima remedia legatariis indulta sint, ad legata sua consequenda, expediti juris est, eos hæc propria auctoritate occupare non posse, alioquin tenentur interdicto *quod legatorum*. Quodsi testator talem occupationem privatam legatario indulgisset, non neganda est legatario privata occupatio, sive de expressa & explicita permissione constet, sive de implicita, de quo egi *in caut. testam. c. 20. §. VII*. Atque secundum hæc in praxi adhuc hodie judicari, apparet ex responso sequente, quod Menf. Nov. 1690. a Facultate nostra conceptum est.

Species Facti.

Hat eure Schwester Mevia, da sie mit Titio zur andern Ehe geschritten, in pactis dotalibus beliebet, daß wenn sie vor ihm versterben solte, demselben 1000. Rthlr. von ihren Gütern und Vermögen binnen Jahr und Tag abgefolget und entrichtet werden solten. Da nun dieser Fall sich ereignet, und Titius ihre ganze Verlassenschaft occupiret, mit der protestation, daß er zu keiner administration's Rechnung verbunden, sondern dieselbe so lange an sich behalten wolte, bis er seiner 1000. Rthlr. halber befriediget, so wird gefragt:

Quæstio.

Ob nicht Titius solche Güther zur Ungebühr occupiret, und daher solche denen Erben ab intestato abzutreten und Rechnung abzulegen verbunden, die 1000. Rthlr. aber eher nicht, als nach Verlauff eines Jahres zu fordern befugt sey?

Rat. dub.

Ob nun wohl Titius in compositione solcher Güther bey der Frauen Leben bereits gewesen, und er daher pro invalore nicht zu achten, und ein jeder, wer aus denen in Besitz habenden Güthern etwas zu fordern, des juris retentionis sich wohl bedienen kan, als welches einem jedwedem creditori zugelassen ist *Mev. P. 2. decis. 233. num. 4.* est enim jus retentionis favorabile & la-

& latius omnino patet, quam jus pignoris, *Mev. P. 2. dec. 214. num. 2.*

Weil aber dennoch Titius die præterdirten 1000. Rthl. ex *Rat. decid.* pactis dotalibus nullo alio titulo als fideicommissi singularis oder donationis mortis causa fordern kan, welcherley fideicommissa secundum mores Germaniæ per pacta constituirer werden können Knipschild. *de fideicomm. c. 6. n. 31.* Musculus *de success. convent. membr. class. 1. concl. 3. num. 83.* und solche fideicommissa & donationes mortis causa denen legatis æquipariret sind per *L. 1. ff. de leg. 1. §. 1. f. de donat. & L. 2. Cod. Commun. de legat.* auch daher denen heredibus ab intestato die detractio quartæ Falcidiæ zu statten kommen muß. *Carpz. P. 3. C. 1. def. 12. n. 8.* und in solchem Fall bekannt, quod si legatarius vel fideicommissarius propria autoritate possessionem apprehenderit, ille ex interdicto quod legatorum heredi res occupatas restituere, & ex manu ejus rem sibi relictam petere debeat *L. 1. ff. quod Legatorum.* quod remedium non tantum heredi testamentario, sed etiam ab intestato concessum est *Menoch. remed. adipisc. possess. num. 20. & 21.* etiam contra donatarium mortis causa, qui ipse possessionem occupavit. *Struv. Syntagm. I. C. tit. quod legatorum tb. 27. Carpzov. P. 3. const. 1. def. 37.* welches in diesem Fall um so viel mehr statt finden muß, da in denen angezogenen pactis dotalibus mit klaren Worten enthalten, daß die 1000. Rthl. dem martio aus ihren Güthern abgefolget und entrichtet werden solten, wodurch ihm die potestas propria autoritate occupandi gänzlich benommen, hingegen denen heredibus ab intestato die Entrichtung auferleget worden *arg. ff. 1. I. de Legat. ibi: ab herede præstanda L. 1. §. 2. ff. quod legatorum.* und ob gleich eingewandt werden möchte, quod in Electoratu Sax. in pactis dotalibus cesset detractio Falcidiæ *Carpz. d. P. 3. 1. d. 1.* so ist doch solches nur zu verstehen de donatione omnium bonorum mortis causa in pactis dotalibus facta *Berlich. P. 3. concl. 1. num. 46.* hieselbst aber ist ein fideicommissum certæ quantitatis von 1000. Rthl. quo casu aliud obtiner Wesenb. *in addit. ad Schneidew. tit. de hered. ab intest. class. 4. de success. inter vir. &*

Dd dd dd 3

uxor.

uxor. Dan. Muller. *ad Const. Sax. P. 3. Const. 1. §. 2. n. 10.* und ob wohl diese des Wesenbecii Meynung von dem Carpz. *P. 3. C. 1. d. 11. num. 6.* verworffen werden will, unter dem prætext, quod jure communi in donatione mortis causa tum demum detrahatur Falcidia, si sit donatio omnium bonorum juxta *L. si mortis §. L. penult. C. ad L. Falcid.* so redet doch die Constitutio Sax. expressis verbis de donatione omnium bonorum, nicht aber de donatione certæ quantitatis, es ist auch solche Meynung contra citatos textus, ubi non requiritur donatio omnium bonorum, sed tantum immodica h. e. quæ quartam heredi debitam lædat, welches gar deutlich aus dem angezogenen *L. penult.* zu sehen, ubi non omnia bona donata, sed certa tantum quantitas, Falcidiam tamen lædens, & tamen locus est detractioni Falcidiæ Hahn. *ad Wesenb. ad L. Falcid. num. 6.* und haben die heredes ab intestato pro Falcidia sibi debita in diesem Fall um so vielmehr zu sorgen, da der Titius alle Güter der defunctæ occupiret, und die heredes ab intestato de facto und auf eine unzulässige Weise ihres Rechts zu defraudiren vermeynet, da die fundamenta & rationes interdicti quod legatorum desto mehr wider ihn statt finden müssen, dawider kein jus retentionis angezogen werden mag, wie denn auch compositio, so er Zeit Lebens seiner Frauen gehabt, nur ex jure familiaritatis dependiret, deshalb er ad jura possessionis nicht provociren kan, Ludov. Posthius *Tr. de manutent. Obs. 54. num. 17.* Cothmann. *Vol. Conf. 6. n. 34.* setner, was die Rechnung der geführten administration betrifft, der Titius ohnmöglich ein besser Recht prætendiren kan, als ein creditor, qui bona debitoris possidet, welcher denen Rechten nach de fructibus perceptis & percipiendis Rechnung abzulegen verbunden *per L. 3. de pignorat. act.* imo quilibet alius administrator rerum alienarum ex ipsa administratione obnoxius est reddendis rationibus *Mev. P. 2. dec. 219. num. 2.* hinc etiam ille, qui jure retentionis gaudet, fructus non aliter percipit, nisi sub onere reddendarum rationum *Mev. P. 4. dec. 60. num. 1.* Mol'gnat. *de jur. retent. qu. 397.* add. Carpzov. *P. 2. C. 25. def. 13.*

So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß wenn Ihr wie- Decisio.
 der Titium ex interdicto legatorum eine Klage anstellet, derselbe
 euch die occupirte Erbschaft heraus zu geben, und de fructibus
 perceptis & percipiendis Rechnung abzulegen verbunden, und
 Ihr demselben die Ihm in pactis doralibus geschenckte 1000. Rthl.
 vor Ablauf des Jahres, und bis ihr nach Abzug der Schulden eure
 quartam Falcidiam völlig erhalten, zu bezahlen nicht gehalten.
 R. R. W.

LIB. XXXIII.

TIT. I.

DE ANNUIS ET MENSTRUIS LEGATIS
ET FIDEICOMMISSIS.

§. I.

Hujus legati annui vel menstrui hæc peculiaris est Legati annui
natura.
 natura (I) quod primi anni præstatio sit pura,
 sequentium conditionalis; quia cum ad vitam
 legatarii tantum debeat, præstationes reli-
 quorum annorum semper sunt conditionatæ, cum sua
 natura in se contineant conditionem *si vixerit l. 4. l. 11.
 l. 12. b. 1.* Ex quo (II) fluit, legati diem statim ce-
 dere ab initio anni, quo legatarius adhuc vivit *l. 12. §. 1.
 quando dies legat.* quod anni initium sine dubio compu-
 tandum est a tempore mortis, quia statim primi anni le-
 gatum a tempore mortis cedit, ergo reliquorum lega-
 torum initium quoque inde computandum est. Unde
 quoque (III) singulis annis, quo cedit legati dies, habi-
 litas legatarii consideranda est *l. 11. ff. b. 1.* adeoque si in
 legatario eo temporeabilitas a testatore vel lege re-
 quisita deest, etiam ei dies legati haud cedit, quæ omnia
 in

in praxi quoque observanda esse, illustrabo responso
Menf. Mart. 1700. concepto.

Facti Species.

Hat Herr C. von S. am 27. Apr. 1620. ein Testament aufgerichtet, und darinnen seinen nächsten Bettern und Betterinnen unterschiedliche fideicommissa vermachtet, wie er denn unter andern verordnet, daß 1000. Thlr. an einem gewissen Orte ausgeliehen, und die davon gefällige Zinsen an 60. Thlr. der nächsten Frauen unter dem Geschlecht derer von S. auf 10. Jahr lang jährlich auf Johannis gereicht werden, nach Ablauf solcher 10. Jahr aber diejenige Betterin, so alsdann die älteste seyn würde, besagte Gelder auf gleiche Zeit zu genießen haben sollte: Hat Frau B. von S. verhehlte von R. vermöge dieses fideicommissi die 60. Thlr. zehen Jahr nach einander, und zwar in termino Johannis 1697. zuletzt erhoben, dannhero selbiges hernach von denen Testaments-Executoribus Frauen B. von S. verhehlten von B. als der damahls nächsten und ältesten Frauen assignirt worden, es hat auch diese zwar den Zins des ersten Jahres A. 1698. auf Johannis erhoben und darüber quittirt, es hat aber nachhero Frau B. von S. verhehlte von S. sich dero selben widersezt, und prætendirt, daß Sie vor ihr den Vorzug haben müsse, und daher die Frau von B. nicht allein ins künftige sich der Hebung zu enthalten, sondern auch den von dem ersten Jahr bereits genossenen Zins wieder heraus zu geben schuldig sey.

Rat. Dub.

Ob nun zwar die Frau von S. vor sich anführet, daß sie einen grad näher, als die Frau von B. in der Anverwandtschaft stehe, und sie also, nachdem sie sich nunmehr verheyrathet, die nächste Geschlechts-Frau geworden, auf welche das fideicommiss nach des testatoris Verordnung nach Abgang der Frau von R. fallen müste, zumahlen da die Frau von B. eine Wittwe wäre, von diesen aber die Testaments-Worte nicht, sondern nur von Ehe-Frauen, die noch würcklich im Ehestande leben, zu verstehen wären.

Rat. decid.

Diemeil aber dennoch das fideicommissum, so der testator seinen Betterinnen vermachtet, ein fideicommissum annuum

num ist, die Rechte aber verordnen, quod legatorum & fideicommissorum annuorum dies statim ab initio anni cedat *L. 12. ibique* Brunnem. ff. *quand. dies leg. vel fid. ced.* und die Frau von S. selbst nicht in Abrede seyn kan, daß zu der Zeit da Ao. 1697. termino Johannis die Frau von R. das fideicommissum zuletzt genossen, und also selbiges vacant worden, Sie auch nicht verhehliget gewesen, wannhero so fort die Frau von B. ein jus quaesitum erlanget, daß Sie zur Erhebung des auf 10. nach einander folgende Jahre eingerichteten fideicommissi zugelassen werden müssen, und ob gleich diese Frau von S. hernach auch sich verhehliget, dennoch dadurch der Frau von B. das einmahl erlangete Recht nicht genommen werden mögen, sinternahl nicht genug ist, daß ersagte Frau von S. hernach eine Geschlecht-Frau, die dem testatori einen grad näher als die Frau von B. verwandt ist, geworden, sondern dieselbe, wenn sie dinstalls ein Vor-Recht haben wolte, zur Zeit der vacantz anno 97. in solchem Stande sich befinden müssen, welches doch ermanget. Endlich auch der testator unter Wittwen und solchen Frauen, deren Männer annoch leben, keinen Unterscheid machet, und aus der teutschen Sprache selbst bekant, daß wenn die Frauen denen Jungfrauen entgegen gesetzt werden, wie in dem Testament geschehen, sowol Ehe-Frauen als Wittwen unter solchen Nahmen verstanden werden.

So erscheinet daraus so viel, daß die Frau von B. beym Ge-
nuß des fideicommissi Inhalts des Testaments wider die Frau
von S. allerdings zu schützen. *B. R. B.* *Decisio.*

§. II. Præterea (IV) annua legata personalia sunt, & morte legatarii expirant *l. 8. b. t.* cum ordinariè in alimenta relinqui soleant. Corpori, universitati vel reipublicæ relictum, sua natura perpetuum est, quia ipsum collegium haud moritur *l. 6. b. t.* quorsum etiam pertinet legatum annuum sacerdotibus certi templi relictum, quia ipsi Ecclesie vel officio seu Ministerio legatum censetur *l. 20. §. 1. b. t.* ibique Brunnem *n. 2.* Atque huc hodie inprimis referri debent tot beneficia ecclesia-

Legatum annuum morte extingitur.

Consin. III.

E e e e

stica

stica, quæ adhuc hodie supersunt ex legis antiquitas in perpetuum relictis, quæ ex ipsa intentione testatorum perpetua esse debent. Proinde ne quis has præstationes intervertere, vel Ecclesiæ plane denegare in posterum auderet, execrationes dirissimas legis hisce annectere solebant, ut plurimis exemplis docet Zieglerus de eccles. c. X. §. 28. seqq. ex quibus vel unum exemplum Wilhelmi Arvernorum Comitis & Ducis Aquitanorum adducere lubet. Ita autem ille: *Si quis forte, quod absit, & quod per DEI misericordiam & patrocínio Apostolorum evenire non æstimo, vel ex propinquis, vel extraneis vel ex qualibet conditione, sive potestate, qualicunque calliditate contra hoc testamentum, quod pro amore DEI omnipotentis ac veneratione principum Apostolorum Petri & Pauli fieri sancivi, aliquam concussionem fieri tentaverit, primum quidem iram omnipotentis DEI incurrat, auferatque DEUS partem illius de terra viventium & deleat nomen ejus de libro vite, fiatque pars illius cum bis, qui dixerunt Domino DEO, recede a nobis, & cum Datban & Abiran, quos terra aperto ore deglutivit, & vivos infernus absorbuit, perennem incurrat damnationem. Socius quoque Judæ Domini proditoris effectus æternis cruciatibus detrusus teneatur, & ne ei in præsentem sæculo humanis oculis impune transire videatur, in corpore quidem proprio futuræ damnationis tormenta experiat, sortitus duplicem direptionem cum Heliodoro & Auriocho, quorum alter atris verberibus coercitus vix semivivus evasit; alter vero nutu superno percussus putrescentibus membris & scatentibus vermibus miserrime interiit &c.* Tales & similes execrationum formulæ eum in finem excogitatæ antiquitus erant, ut præstationes Ecclesiis & piis locis debitæ essent perpetuæ, & nullo modo interverterentur.

§. III.

§. III. Inde (V) nova conclusio nascitur, quod ^{Legata annua} annum legatum non unum sit, sed multiplex ^{plura sunt.} *l. 4. l. 11. b. t. l. un. quand. dies usus fr. ced.* quia enim singulis annis de novo dies cedit legati, tot vero legata esse videntur, quot anni, quibus legatarius vivit, idque propter conditionem, quæ hisce legatis subest. Cum vero hæc conditio non infit legato perpetuo, quod Ecclesiæ vel Reipubl. relinquitur, hoc magis pro uno & simplici legato reputandum videtur. Unde (VI) nova enascitur conclusio, quod singulis annis nova præscriptio cur- ^{Plures hic Præ-} rere debeat, adeoque una præscriptione totum hoc ^{sunt necessa-} debitum haud tollatur, sed hæc tantum in præteritum ^{riz.} noceat, non in futurum Berlich. *P. 2. concl. 4. Huber. b. t. §. 3. Lauterb. b. t. §. 8.* Nec hoc tantum in annuis legatis, sed etiam contractu promissis obtinere volunt, propter *l. 7. §. f. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* quam sententiam plurimi defendunt & in praxi receptam esse volunt. vid. Boetius *decis. 336. Gail. lib. 2. obs. 73. Thesaur. decis. 114. Grænewegen ad cit. l. 7. C. cit. tit. Carpzov. P. 2. C. 2. def. 1. Sande decis. Fris. lib. 4. tit. 6. def. 2. Stephan. Gratian. tom. 2. discept. for. 399. n. 29. vid. tract. nostr. de action. sect. III. m. 1. ax. 4.* Negari tamen nequit, plures in diversam hic abiisse sententiam, inprimis in promissionibus annuis unam præscriptionem sufficere statuentes, cum in promissionibus unum, non multiplex, sit debitum, & ita una tolli videatur præscriptione *l. 35. in f. de m. c. donat. l. 10. ff. 1. de V. Obl.* Neque enim annua, quæ promittuntur, conditionem in se continent, quia ad heredes regulariter transeunt, in quo ratio diversitatis a legatis annuis quærenda est. Friederic. Martin. *de jur. cens. c. VIII. n. 157. Brunnem. ad cit. l. 7. n. 8. Bachovius ad*

Treutl. vol. 2. disp. 22. tb. 3. lit. 1. Petrus Frider. de mandat. l. 2. c. 74. §. 4. seqq. Dn. Harprecht. de praescript. immun. a collect. c. 2. n. 7. Hahn. ad Wesf. h. t. in f. Atque haec sententia quoque approbata est in Saxonia per *Constit. 2. P. 2.* ubi ita: Wiewohl eine schwere disputation in Rechten ist, num annuae praestationi in totum possit praescribi? Dennoch so haben unsere Verordnete dahin geschlossen, daß die jährliche Zinse und praestationes, die aus einer Zusage oder Contract ihren Ursprung haben, so sie über Rechtsverwehrte Zeit nichts erleget, können verjähret werden, nicht allein daß die veressenen Zinsen nicht zu zahlen, sondern auch die zukünftigen nicht dürfen erleget werden. Immo quod magis est, hoc ipsum in *cit. Const. 2.* etiam extenditur ad omnia legata; nam ita pergit ferentissimus Legislator, welches auch in Testamenten und letzten Willen ohne Unterscheid, als Kraft unserer Konstitution, dieweil in Rechten derowegen Zweifel gewesen, statt haben und die Zinsen praescribiret werden sollen, darauf denn unsere Gerichte zu erkennen haben. Eadem sententia quoque confirmata est *P. 1. Constit. March.* his verbis: Bey Rechte wird sehr zweifelhaftig disputiret, ob Zinse oder Pächte ganz oder zum Theil können praescribiret werden, als wenn ein Zinsmann in 30. Jahren keine Zins erleget, oder wenn man in 30. Jahren 5. Fl. Zins oder 18. Sch. Korn gegeben, da doch 6. Fl. oder ein Wispel Korn jährlich zu geben verschrieben worden, und wiewol die Rechte disfalls einen Unterscheid machen, unter den Contracten und Testamenten, im Rähf. Cammer-Gerichte aber ohne Unterscheid gesprochen wird, daß in obgekehrten Fällen keine praescriptio statt habe, dieweil aber für richtiger angesehen, auch in denen benachbahrten Orten geordnet und gesprochen wird, daß die jährliche Pächte oder Zinse so wohl, als die Haupt-Summe und Hauptschuld ganz oder zum theil innerhalb 30. Jahren verjähret werden können, so lassen wir es auch dabey beruhen, und soll in unserm Lande darauf hinführo gesehen und gesprochen werden. Admisit quoque in annuis praestationibus Elector Colonienfis, sed eam latius quodammodo extendit. Ita enim in der Rechts-Ordnung *tit. 16.* disposuit: Als unter denen

Rechts-

Rechts-Gelehrten unterschiedliche Meinungen sind, ob in jährlichen Renten und Gefällen die Verjährung Platz haben könne, so haben wir allen Anlaß zu Irrungen und Streitigkeiten vorzukommen, nöthig erachtet, Dieserwegen ein gewisses zu verordnen; weil dann die gemeine beschriebene, auch fast aller Völkler Rechte ihr Absehen fürnehmlich dahin richten; daß in menschlichen Handlungen endlich einmahl eine Sicherheit seyn, und niemand zu immertwährender Sorg und Furcht des Seinigen stehen möge, derjenige auch, welcher eine gar lange und geraume Zeit mit seiner Forderung still schweiget, eine Versäumniß niemand anders als ihm selbst zuzumessen hat, so wollen wir, daß alle dergleichen jährliche Renten, Zinsen und Gefälle, in vierzigjähriger Zeit, wenn nemlich darunter kein Anspruch geschehen seyn wird, allerdings erleschen und getödtet seyn und der Schuldner alsdenn ferners darum nicht angefochten werden soll. Cum Constitutione electorali in totum conspirat jus provinc. Boruss. lib. 3. tit. 4. art. 4. secundum quod etiam annua legata una præscriptione tolli possunt.

§. IV. Legantur autem annua tantum personæ, non rebus, id quod apparet ex l. 12. ff. b. t. Ubi JCrus hunc format casum: *Cajus Sejus prædia diversis pagis Mevia & Seja legavit, & ita cavit: Præstari autem volo ex prædiis Potitianis prædiis annua, Lutatianis barundinis millia trecena, & salicis mundæ annua librarum singula millia. Quæro an id legatum defuncta legataria extinctum sit? Affirmandum hoc videbatur, quia hæc annua non personæ legata erat, sed prædio, & ita per mortem legatarii, stante adhuc prædio, extinctum haud videtur. Sed Paulus respondit: Servitutem jure constitutam non videri, neque in personam neque in rem, sed fideicommissi petitione competiisse ei, cui prædia Lutatiana legata sunt, & ideo cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri. Vel ideo enim servitus realis constituta haud*

De annuibus legato ad l. 12. h. t.

E e e e 3

vide-

videbatur, quod de jure Romano nulla admiffa fuerit
servitus in faciendo confiftens *l. 15. ff. de fervit. ad quam*
servitutum tamen hoc legatum inclinare videbatur.
Verum cum fupra *tit. de fervit. §. IV. & V.* oftenderim,
a moribus Germaniæ haud abhorrere, fervitutes reales
in faciendo conftituere, nihil prohibet, quo minus hodie
tale legatum etiam ad fervitutum realem legatum referri
queat, nifi ex circumftantiis appareat, teftatorem magis
perfonæ quam rei annua legare voluiffe.

TIT. II.

DE USU ET USUFRUCTU ET REDITU
ET HABITATIONE ET OPERIS PER
LEGATUM ET FIDEICOMMISSUM
DATIS.

§. I.

Aliquando
usufructu le-
gato proprie-
tas legata vi-
detur.

Licet regulariter, legato usufructu, tantum *servitus*
personalis, non *plena proprietas*, legata cenfeatur,
aliud tamen quandoque colligi potest ex conjecturata
mente teftatoris, quod voce usufructus magis pro-
prietatem quam fervitutum intelligere voluerit. Huc
pertinet *l. Proculus 19. pr. de Usufr.* ubi teftator alicui lega-
verat ufumfructum infulæ, cui fimul *servitutum*, quæ
alteri infulæ hereditariæ deberetur, impofuit, magis
proprietatem quam ufumfructum reliquiffe videtur,
quia alioquin dicendum foret, rem propriam heredi
fervire, quod a juris ratione alienum eft, vid. *Mantica*
de conject. ult. vol. lib. IX. tit. 5. §. 8. & 10. Brunnem. ad cit. l. 19.
Conf. Borguin. Cavalcan. de usufruct. uxor. rel. feft. II. n. 1.
feqq.

seqq. ubi fufius docet, quando voce *usufructus* proprietatis cenfeatur legata. Idem quoque colligendum effe volunt, ex prohibita alienatione, usufructui adjecta, quod tamen valde dubium eft. Sæpe testatores majoris præcautionis gratia illa exprimere folent, quæ tamen infunt, quales claufulæ licet ita nihil operentur, non tamen ultra mentem testatoris operari debent, quin quod in dubio pro herede hoc cafu pronuncian- dum fit, utpote quem minus gravare voluiffe videtur. Mantica *cit. l. n. 9.*

§. II. Proprietas plena tum legata cenfetur, fi ^{Densl. 19.} alicui res simpliciter legetur, fi alteri fundus, alteri ^{h. 4.} ejusdem fundi usufructus, legetur, ambo concurrant in usufructu *l. 19. b. t.* Quando enim fola & nuda proprietas tantum in legatarium tranfire debebat, addenda erat claufula *deducto usufructu §. 1. J. de usufr.* quo non factò, plena proprietas tranfibat. Conf. *l. 6. de usufr. ear. rerum quæ uf. confum.* De praxi hujus legis *19.* non una omnium eft fententia, fi quidem Carpzov. *P. 3. C. 13. def. 7.* fecundum eam pronunciatum fuiffe, præjudicio adducto docet, adeo ut fi alicui usufructus omnium bonorum relictus fit, alii autem certa fpecies ex bonis legata fit, legatarius tamen plenam proprietatem haud habeat, fed adhuc in usufructu hujus fpeciei legatæ cum legatario concurrat. Carpzov. *cit. l. n. 7.* Similiter hoc adeo extendunt, ut fi alius heres institutus, alii autem usufructus omnium bonorum relictus fit, heres in usufructu concurrere debeat Faber *in C. lib. VI. tit. 18. def. 3.* Aft, fi vel maxime *alleg. l. 19.* in praxi recepta dici debeat, minime tamen extenfio hæc admittenda foret, cum legatum *fundi* de jure non nudam proprietatem

tatem sed etiam utilitatem in se contineat. Ast quando testator aliquem heredem scribit, alii autem *omnium* bonorum usumfructum legat, manifesta est voluntas testatoris, quod noluerit heredem concurrere in usufructu, cum alioquin non esset *omnium* sed *partis dimidiæ* bonorum usumfructus relictus, adeoque argumentum *l. 19. cit.* huc applicari nequit, Mantica *de conject. ult. vol. lib. IX. tit. 6. n. 17.* Simon van Leuwen *Cens. for. lib. III. c. 8. n. 9.* Verum quicquid hujus rei sit, negari sane nequit, decisionem *l. cit. 19.* esse admodum subtilem, imo, si verum fateri licet, cum regulis justæ interpretationis pugnantem.

Cum enim in ultimis voluntatibus non præcise ad verba, sed ad præsumtam voluntatem respiciendum sit, hoc casu contra voluntatem præsumtam ex nudo cortice verborum fit interpretatio, ut, quemadmodum Brunnem. ad *cit. l. 19.* addit, plus valeat, quod scriptum, quam quod actum est, id quod tamen interpretationi repugnat. Accedit hæc ratio, quam urget Dn. Hertius *de servit. fact. constit. sect. III. §.* quod Jcti Romani decisionem ex significatione vocis *fundi* juridica seu civili petierint, quæ tamen apud Teutones haud obtinet. *Ecquis enim, pergit prælaudatus Hertius, sub formula illa: Dem Titio vermache ich meinen Acker, und dem Sempronio dessen Leibsucht; vel dem Titio verschaffe ich meine Wiese, und dem Sempronio die Leibsucht oder Fruchtneissung aller meiner Güther, vel ulla conjectura assequi possit, in fundo illo vel prædio Titium in parte usumfructus concurrere debere? Non sane hoc innuit usus linguæ vernaculæ, non testatoris mens. Et licet leges Romanæ circa testamenta sint receptæ; tamen id fallit, ubi principium vel juris vel moris Teutonici repugnat. Denique*

&c

& hanc addo rationem, quam JCtus in verbis *cit. l. 19.* indigitare voluisse videtur. Legata olim verbis solennibus, & formulis receptis relinquebantur, & inde stricti juris esse videbantur; adeo ut stricte verbis esset inhærendum, quod ipse indigitat Imperator in §. 3. *de leg. ibi: cum enim antiquitatem invenimus, legata quidem stricte concludentem &c.* Et inde erat, quod magis faverent verbis, quam voluntatibus, ut rursus idem innuit in §. 2. *eod.* quod revera in adducta specie a JCtus factum esse ostendunt verba finalia: *interdum plus valet scriptura, quam peractum sit*, quo ipso ostendit JCtus, in hujusmodi legatis, verbis directis seu solennibus relictis, stricte verbis inhærendum esse, licet voluntas præsumpta repugnare videatur. Cum vero hodie legata sint exæquata fideicommissis, *quæ magis ex voluntate descendebant defunctorum*, ut eleganter ait Imper. in §. 3. *de leg. merito quoque hodie, post illam exæquationem, magis ad voluntatem quam verba respiciendum, cum in genere in §. 2. eod. constituerit Imperator, ut in posterum non verbis, ut olim, sed voluntatibus judex favere debeat.* Proinde ex his rationibus recte concludunt Dd. decisionis hujus hodie nullum esse usum debere. Simon van Leuwen *cit. l. Hertius cit. l. Struv. in jurispr. lib. 2. tit. 24. §. 7. Groenewegen. ad cit. l. 19. Conf. caut. testam. c. XX. §. 23.*

§. III. Quemadmodum vero apud Romanos mariti solebant uxoribus suis relinquere usumfructum omnium bonorum *l. 37. ff. b. r.* ita sæpissime hodie quoque id fieri solet, ubi potissimum inquirendum, quænam in usumfructum hunc veniant, & quænam inde excludantur. Regulariter veniunt omnia quæcunque

Quæ in usumfructum omnium bonorum legatum non veniant?

Contin. III. Ff ff ff bona

res alienum.

bona tam fungibilia quam non fungibilia, quia propter hoc legatum potissimum Senatus quasi usufructum introduxit *l. 24. b. r. l. 29. de usufr.* Ceterum quædam tamen ab hoc usufructu separantur, & quidem (1) *res alienum*, quod non solvit usufructuarius talis, cum titulum singularem habeat, sed heres, hoc modo, ut ante omnia id ex bonis deducatur *l. f. b. r.* neque enim bona intelliguntur, nisi deducto ærealieno, & sic legatarius, omnium bonorum usufructuarius, tutus est exceptione non competentis actionis, si a creditoribus hereditariis convenitur *l. 2. C. de hered. vel act. vend. Fachin. lib. IV. controu. c. 19. Gail. 2. Obs. 146. Carpzov. lib. 1. resp. 104. n. 14. seqq. & P. 2. C. 42. def. 15. n. 1. seqq.* Ex eodem fundamento nec legata solvit, quia hæc ab herede solvenda sunt *pr. §. de legat. nisi* quod legata annua ex fructibus quotannis solvenda, ad onus usufructuarii spectare videantur. *Gail. cit. l. inf. Carpzov. cit. resp. 104. n. 2. & P. 3. C. 13. def. 7. n. 2. Brunnem. ad l. f. b. r. n. 4. Conf. Hahn. ad Wesenb. b. r. n. 2. Esbach. in Carpz. cit. l.* Ex eadem ratione nec mulier usufructuaria tenetur dotare filiam, cum debitum dotis instar æris alieni sit, *Carpz. P. 2. C. 42. def. 15.* adeoque & hoc debitum quoque a bonis usufructuariis deducendum. *Conf. Faber. in C. lib. VI. tit. 18. def. 14. Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 8. n. 26. sqq.* Proinde hujus usufructus antea nulla ratio haberi potest, antequam æs alienum solutum sit, adeo ut si bona omnia vix æri alieno sufficiant, legatum hoc expiret, imo si mox de bonis post mortem debitoris concursus moveatur, legatarius omnium bonorum ante finitum concursum haud audiendus est, quia antea haud constat, an aliquid superfluum sit. *Conf. Carpz. P. 3. C. 13. def. 8.*

§. IV.

§. IV. Porro quoque (II) quidam excludunt jura & actiones, quando scilicet bonorum omnium, *mobilium & immobilium*, usufructus legatus est, quia eo casu jura constituunt tertiam speciem. Cavalcan. *D. usufr. uxor. relict. sect. 2. n. 8.* Verum ut plurimum testatores, quando de *bonis omnibus* disponunt, mentionem facere solent *mobilium & immobilium*; non ea intentione, quod ad hæc dispositionem restringere velint; sed majoris declarationis gratia, adeoque potius talis dispositio pro *usufructu omnium bonorum* simpliciter habenda esse videtur, quorsum ipse Cavalcan. *cit. l.* quodammodo inclinare videtur. Similiter (III) idem Cavalcanus *cit. l. n. 90.* excludit bona post testamentum conditum acquisita, nisi esset addita clausula: *gegenwärtige und zukünftige*, quia concessio facta alicui, præsumitur facta secundum statum præsentem, quo disponit, scilicet de rebus præsentibus, non futuris. Unde infert, usufructuarium probare debere, quænam bona tempore testamenti conditi adfuerint. Ego de hac decisione merito dubito, cum legatum hoc universitatem contineat, in quo dijudicando tempus, quo cedit dies legati, inspiciendum est per *l. 28. ff. de instr. vel instrum. leg. l. 28. quand. dies leg. ced. l. 34. §. f. de usufr.* id quod etiam voluntati præsumtæ testatoris conforme esse videtur, unde etiam in LL. quando hujus legati mentio injicitur, tantum legatum *universorum bonorum* dicitur sine hac clausula *presentium & futurorum*, utpote quæ subintelligitur. Uterius (IV) fructus pendentes tempore mortis, & quo dies legati cedit, a quibusdam excipiuntur. Cavalcan. *cit. l. n. 18.* Status controversiæ potissimum huc redit, utrum hereditati sint imputandi, an vero usufructuarium omnium bonorum eos suos faciat, ita ut de iis restitu-

An jura & actiones?

An bona futura?

An fructus pendentes?

tuendis non teneatur? Prius omnino asserendum videtur, cum fructus non antea faciat suos usufructuarius, quam *perceptione*; pendentes autem hactenus non percepit, adeoque pars hereditatis esse videntur, ut postea in restitutionem venire debeant, quem in sensum accipiendus est Carpz. *P. 3. C. 13. def. 5. n. 3.*

An legitima?

§. V. Magis ergo (V) excludenda sunt illa, de quibus testator disponere non potuit, quorsum pertinet liberorum & parentum legitima, adeo, ut pater ne quidem liberis loco legitimæ possit assignare proprietatem bonorum, sed ante omnia hæc ex bonis sit deducenda. *Gail. lib. II. Obs. 144. n. 1.* Quod etiam procedit, si vel maxime ex Statuto uxori relinquere debeat usufructus omnium bonorum, quod merito secundum jus commune ita explicandum, ut procedat deducta legitima liberorum. *Gail. cit. l. Fl. Parisius vol. 5. conf. 43. n. 50.*

An feudalia?

Cavalcan. cit. l. n. 20. Similiter ad hunc usumfructum non pertinent bona feudalia, *Cavalcan. cit. l. n. 22.* nisi forsitan essent mere hereditaria, de quibus testator plene disponere potuit. Quod vero idem bona emphytevtica excipiat, antiqua scilicet, nullam habet rationem, cum hæc in quoscunque devolvantur heredes, & ita usufructus in iis constitui queat. Magis vero hic separanda sunt fideicommissa, quippe de quibus testator dispo-

An Emphytevtica?

nere non potuit, nisi forsitan talia sint, quæ ipsi heredi post mortem sint restituenda; sicuti enim hunc in rebus propriis gravare potuit, ita quoque ei integram fuit, usufructui omnium bonorum illa includere. *Mantica de conject. ult. vol. lib. IX. tit. 6. n. 8. seqq.* *Simon van Leuwen cens. for. lib. 3. c. 8. n. 7.* Quod itaque hoc casu usufructu omnium bonorum possint comprehendi, certum

An fideicommissa?

tum

tum est; verum an etiam testator voluerit, ut etiam sub hoc legato comprehenderentur, ex conjecturata mente defuncti colligendum est. In dubio non videtur, hæc bona sub hoc usufructu comprehendere voluisse, cum hæc bona a bonis testatoris separatam causam habeant, & heredi post mortem aliunde obveniant: Sicuti autem testator non præsumitur de bonis heredis disposuisse, ita nec de fideicommissio, quod heredi aliunde debetur. Mantica. *cit. l. n. 9.*

§. VI. Denique (VI) deducenda quoque videtur quarta legis Falcidiæ, quæ heredi debetur. Nam in *l. 29. de usufr.* Crus notanter dicit, *omnium bonorum usufructum posse legari, nisi excedat dodrantis æstimationem*, quod etiam confirmatum est *l. 1. §. 9. ff. ad l. Falcid.* Sed difficultas major in eo latet, quomodo computatio quartæ sit ineunda, cum heres hoc casu proprietatem adhuc retineat, quæ sine dubio ipsi quartæ imputanda est. Cavalcanus *cit. tr. Sect. IV. n. 16.* hanc computandi rationem esse ineundam docet, ut (1) æstimentur bona relicta heredi, h. e. ipsa proprietas, (2) ipse usufructus deductis impensis, (3) consideretur qualitas legatarii, an sit robustioris an infirmioris ætatis, ut usufructus vel ad longum vel ad breve tempus probabiliter duraturus sit. Quod si ergo usufructus valorem & æstimationem proprietatis excederet, secundum arbitrium boni viri esset detrahenda quarta. Sed hæc omnia ex incerto eventu dependent, quia tempus mortis incertum est, potius mutuis cautionibus sibi prospicere debent tam legatarius quam heres; ille quidem de augendo quartam, & diuturniorem ei vitam Deus concesserit; hic vero de restituendo, si plus quarta sua acceperit, quod consilium suggerit Cavalcan. *cit. l. n. 16. in f.*

An ex usufructu omnium bonorum heredi debeatur Falcidia?

ff ff ff 3

§. VII.

Reditus lega-
tum.

§. VII. Ab usufructu legato differt legatum *reditus*, imo & in praxi diversa sunt, legare usumfructum fundi, die Leibzucht eines Gutes vermachen, & legare reditus fundi, die reventuen eines Gutes an iemand vermachen. Nam priori casu legatarius ipse fructus ex fundo percipit, nec heres loco fructuum ei offerre potest æstimationem, & fundum alteri vendere, sed legatarius habet jus in re seu in ipso fundo, vi constitutz servitutis; posteriori casu legatarius jus in re non habet, nec reditus *servitutem* constituit, sed illum legatarius percipit ex manu heredis, adeoque ei integrum est, legatario offerre annuam quantitatem, quæ vivo testatore ex fundo tali redigi potuit, & ipsum fundum vendere. Imo heres ne quidem obstructus est ad habitationem ei concedendam, si quantitatem annuam ei obtulit *l. 38. ff. b. r.* Dantur etiam *annui reditus* hodie, diversi tamen plane generis, quæ rebus immobilibus inhærent, & ita, ubi legati fuerunt, ad instar servitutis se habent, in prædio, cui cohærent. Scilicet reditus, de quibus *b. r.* agitur, testator legat ex bonis propriis, qui tamen ipsa immobilia haud afficiunt; sed reditus annui, moribus recentioribus inventi, rebus alienis inhærent, atque adeo ubi legati fuerunt, ipsum jus percipiendi reditus ex fundo alieno legatum videtur, & a quovis possessore petuntur.

Si reditus in
usum supersti-
tiosum legati?

§. VIII. Possunt etiam reditus legari ad certum usum, veluti *ut ex iis quotannis in ea civitate, memoria conservanda defuncti gratia, spectaculum celebretur.* Quod si hoc illic celebrare non liceat, hi lucro heredum cedere non debent, sed adhibitis heredibus & primoribus civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio & licito genere cele-

celebretur *l. 16. ff. b. t.* Satis convenienter hoc ipsum Doctores applicare solent ad redditus legatos in usus sacros quidem, sed supersticiosos & post reformationem reprobatos, qui, superstitione deprehensa, in alium similem, sed pium & sacrum usum, per magistratum convertendi, non vero profanis usibus applicandi sunt, *conf. N. 37.* quia sic in totum non perit intentio eorum, qui illos redditus legarunt. Iniquum enim foret, ut, quæ in usus ecclesiæ, etsi superstitiose, sunt relicta, ab iis, quibus maxime jus reformandi incumbit, in alienum, & toto genere ab intentione generali testatorum deviantem, ulum transferrentur. *Zepper. de polit. eccl. lib. II. c. 22. Maurit. de secular. bonis c. III. §. 9. Wesenb. conf. 37. n. 8. Reincking. de Regim. secul. & eccl. lib. III. clas. 1. c. 3. n. 15. Carpzov. lib. II. jurispr. consist. def. 332. & P. 3. C. 13. def. 27. Finckelth. obs. 97. Provifum id quoque in R. 7. de an. 1555. §.* Als auch, ubi ita: Als auch den Ständen der alten Religion verwandt all ihre zuständige Renth, Zins, Gült und Zehenden, wie oblaut, folgen sollen, so soll doch einem jeden Stand, unter dem die Renth, Zins und Gült, Zehenden oder Güther gelegen, an denselbigen Güthern seine Weltliche Obrigkeit, Renth und Gerechtigkeit, so er vor Anfang dieses Streits in der Religion daran gehabt, und in Brauch gewesen, vorbehalten, und dadurch demselben nichts benommen seyn, und sollen dennoch von solchen obbenannten Güthern die nothdürftigen ministeria der Kirchen, Pfarherren und Schulen, auch die Almosen und Hospitalia, die sie vormahls bestellet, und zu bestellen schuldig, von solchen obgemeldten Güthern, wie solche ministeria der Kirchen und Schulen vormahls bestellet, auch nachmahls bestellet und versehen werden, ungeacht was Religion die seyn. Inde tamen *secularisatio horum bonorum* in totum reprobari nequit, si eam utilitas & **neces-**

necessitas reipublicæ suadeat, maxime si bona ecclesiastica abundant in republ. ut cum summo reipubl. detrimento usibus profanis subtracta sint, & in manus quod ajunt, mortuas pervenerint. Imo quod in necessitates reipubl. impenditur, circumstantiis id suadentibus, ad usum æquopium applicatum dici potest, cum etiam boni publici causa suo modo pia dici queat. Tales circumstantiæ ubi desunt, merito sacris usibus licitis applicanda, prout antea dixi. Sic in Reformat. Ducat. Würtemb. anno 1537. decretum fuit. *Es solle auch der Kirchen-Kast wieder mit allen seinen pertinentien ange-richt, mit nichten geändert, vielweniger auch die geistliche Güther, unserer und unsers Fürstenthums prælaturen, Klöster, Pröbsten, Stifften, canonicaten, Pfründen, und also berührtes Kirchen-Kastens ganzes Einkommen durchaus in eignen oder sonst in einigen andern Nutzen, sondern mit stattlichen guten Rath einig und allein zu Unterhaltung der Kirchen und Schulen, und also zu Beförderung der Ehre Gottes und der Armen, nützlich gebrauchet werden,* vid. Mauriti. *cit. l. 2. VI. §. 4.*

Quando habitatio legata dicitur?

§. IX. De operis legatis jam satis actum *Parr. Ltit. de oper. serv.* Circa habitationem legatam notandum est, quod accurate sint ponderanda verba ipsius legati. Quod si enim *domus ad inhabitandum* legatur, non nuda servitus, sed ipsa ædium proprietates legata censetur, *sin autem habitatio* testamento relinquitur, servitus hæc legatio est, Coler. *de alim. lib. 1. c. 15. n. 46.* sic ut is omnia emolumenta, quæ ex inhabitatione dependent, percipiat. Imo si nuda *mansio* in domo defuncti viduæ relinquitur, non plena habitatio legata est, vid. Jo. Theodor. Spreng. *de jure adificii p. 10.* veluti si testator dixerit, *damnas esto heres, Titium finire in illa domo habitare quoad vivet. l. 15. pr. b. t.* Porro si annum quid legatur in habi-

habitationem 40. Thlr. jährlich zur Wohnung, quibus diebus pensio debetur habitationis, iisdem censetur legatum relictum, ut sic hoc casu legatum non cedat ab initio anni *l. 12. §. 5. quand. dies legat.* Potest etiam tacite vel implicite habitatio legari, uti constat ex *l. 33. b. r.* quando enim testator Sempronio præstanda esse jubet, quæ vivus testator præstitit, tunc habitatio censetur legata, si in domo testatoris hætenus habitavit. Possunt etiam tantum quædam conclavia legari ad habitationem Rittershuf. *ad Nov. p. 716.* quo casu magis usus ædium concessus videtur, quamvis tamen variare non possit, quod tamen usufructu ædium alias concessum est. Porro aliud est *legatum habitationis domus, & habitationis domus instructæ.* Hoc casu legatarius etiam supellectilem domesticam & omnes pertinentias ad domum instructam destinatas cum habitatione accipit. Menoch. *lib. IV. præf. 29. n. 7. seqq.* non vero priori casu *l. f. de supellect. legat.* nisi quod illa habere debeat, quæ domus & habitationis causa parata sunt, & quæ eidem inseparabiliter connexa apparent *l. 41. §. per deleg. 1.* Menoch. *lib. IV. præf. 160. n. 32.*

TIT. III.
DE SERVITUTE LEGATA.

§. I.

Hodie quoque servitutes reales per legatum in aliquem transferri posse, extra omnem dubitationem positum est, ut adeoque usus hujus tituli manifestus sit. De eo autem, teste D. Hertio *de servit. fact. const. sect. 1. §. 1.* in praxi frequens concertatio deprehenditur, an etiam tacite servitus legari possit, sine expressa de-

De usu hujus tituli.

An tacite servitus legari possit?

Contin. III.

G g g g g clara.

claratione voluntatis. Jctus in *l. 1. b. t.* quaestionem hanc tangit & hunc casum format: *Qui duas tabernas conjunctas habebat, eas singulas duobus legavit, quaesitum est: si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo in superioris tabernae loco contineretur.* Responsum fuit, servitutem tacite impositam videri. Julianus tamen hoc limitavit, ut eo casu hoc procedat, si legatum ita datum est: *Tabernam meam, ut nunc est, do, lego,* quia sic in eo statu, in quo est, expresse legavit. Collineat huc etiam quodammodo Jctus in *l. 36. de S. P. V.* ex quo fluere videtur, quod regulariter tacite seu ipso facto servitus legata haud debeat censi *l. 10. de S. P. V.* nisi talis rerum legatarum conditio, ut sine servitute usus earum vel nullus, vel non integer, futurus sit, de quo judex arbitratur *l. 10. de serv. P. V. l. 30. de usufr.* Menoch. *lib. 1. de A. F. Q. cas. 10. & 11.* Dn. Hertius *cit. l. sect. I. ff. 8.*

Quando dies
legatae servitu-
tis cedat?

§. II. Maximum quoque usum in praxi habet haec quaestio: a quo tempore cedat dies servitutis legatae? Bartolus *ad l. 3. ff. b. t.* diem ejus cedere a tempore mortis ait; sed Bachovius *ad Treutl. vol. II. disp. 13. tb. 7. lit. a.* in alia omnia ivit, existimans, ejus diem demum cedere ad adita hereditate. Effectus controversiae in eo apparet, utrum, legatario ante aditionem mortuo, transmissioni locus sit, quod secundum Bachovii sententiam negandum, sed secundum priorem affirmandum, cui etiam standum arbitror, propter *l. un. §. 6. C. de caduc. toll.* ubi tantum Imperator a regula, quod dies legati cedat a tempore mortis, excipit libertatem & servitutem personalem, reales itaque sub regula relinquit. Accedit quod ratio hujus regulae primaria consistat in jure trans-
mit-

mittendi, quod etiam realibus, sed non personalibus, applicari potest. Brunnem. *ad cit. l. un. n. 32.* Nec contrarium evinci potest ex *l. f. ff. commun. præd.* ubi hæc verba, quæ lapis offensionis fuerunt, occurrunt: *Idemque dicendum erit, etsi alter cedat, alter leget servitutem. Nam si omnes socii legent servitutes, & pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: Si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium ita & defunctorum actus suspendi receptum est.* Distinguit hoc casu JCtus, utrum omnium sociorum hereditas eodem an diverso tempore adeatur: priori casu utile, posteriori inutile legatum esse dicit, sed non addit, ab adita hereditate demum diem cedere. Quamvis enim de posteriori casu asserat, *quod inutiliter dies ejus cedat*, hoc tamen magis de hujus effectu intelligendum hoc modo, quod licet a tempore mortis dies hujus legati cedat, id tamen careat omni effectu, & ita revera dies inutiliter cedat, si non eodem tempore omnium adeatur hereditas. Sic etiam recte assero, diem omnium legatorum inutiliter cedere, si plane non adeatur hereditas, cum sic legata non debeantur: ex quo tamen minime concludendum est, diem omnium legatorum cedere ab adita hereditate.

TIT. IV.

DE DOTE PRÆLEGATA.

§. I.

Prælegatum dotis est, quando maritus uxori dotem Commoda dotis prælegata. acceptam legat, quod etiam hodie suas utilitates habet. Nam (1) ita expirant pacta dotalia, quæ uxori

G g g g g 2

mi-

minus commoda fuerunt, veluti si pacto comprehensum, ut morte viri soluto matrimonio, filio communi interveniente, dos apud mariti heredem remaneret, ob hoc, dote relegata, stari non amplius pacto debet *l. 1. pr. b. t.* (2) Commodum *repræsentationis* quoque est in dote relegata, quia alias demum post annum debetur *l. un. §. 7. C. de R. V. A.* sed ex legato statim solvi debet; atque hoc commodum quidem obtinet, si dos in re *mobili* consistat, quia res immobilis statim quoque solvenda est, si vel maxime legata haud fuerit *cit. l. un.* Ceterum commodum hoc, de quo hic agitur, non adeo magni momenti esse videtur. Quamvis enim dos non relegata demum post annum debeatur, vidua tamen interim ex bonis defuncti alenda est, Thesaur. *decis. 44.* Riccius *decis. 98.* & ita, quod ipsi decedit ex lucro interusurii istius anni, commodo alimentorum ex bonis defuncti percipiendorum compensatur. Uterius progreditur Greenewegen *ad c. l. un.* existimans, hodie *statim* dotem in re mobili consistentem solvendam esse, quod etiam confirmat Perez. *in C. ad tit. de R. V. A.* sed contrarium probat Schilter. *ex. 39. §. 77.* cum nulla derogatio jurium hic ostendi queat. (III) Tolluntur statuta, quæ uxori incommoda sunt, veluti quibus cautum, ut indistincte maritus dotem lucretur. Vid. *tit. solut. matrim. §. IV.* (IV) Quod si maritus impensas in res dotales fecit, *necessaria* quidem ipso jure dotem minuunt *l. 1. §. 4. b. t. utiles* vero magis legata censentur, ut ab heredibus mariti repeti nequeant *l. 5. b. t.* ibique Brunnem. *in f. l. 41. §. 1. de leg. 2.* (V) Si nulla dos illata, interim certa quantitas dotis in legato expressa, hæc nihilominus hodie debetur *f. 15. f. de leg.* quia falsa demonstratio legatum non viciat, nisi in fraudem legis viduæ tale legatum relictum

lietum esset, forsan ad defraudandos in legitima liberos prioris matrimonii *l. 37. §. 6. de leg. 3.* (V) Proinde quoque liberatur uxor a probatione illationis, quæ alioquin necessaria est, quoties actio de dote instituitur contra defuncti heredes. Alias si cum creditoribus mariti uxori res sit, vel etiam cum successoribus feudalibus, relegatum hoc effectum huiusmodi habere non potest.

§. II. Non aliter autem dos relegata censetur, quam si expresse maritus declaraverit, propter dotem hoc legatum se reliquisse. *l. un. §. 3. C. de R. V. A.* Olim quidem, si maritus uxori quid relinquebat, ex edicto prætoris aut dotem aut legatum petere poterat, non utrumque; hodie vero utrumque, quia animus compensandi in dubio non præsumitur *l. 85. de leg. 2.* Mantica *de coniect. ult. vol. lib. X. tit. 2. n. 12.* Proinde qui uxori legat usumfructum vel alimenta, donec non petierit dotem, non præsumitur animo compensandi cum ipsa dote hoc legatum fecisse, sed solum differendi exactionem dotis. Mantica *cit. l. n. 13.* Sedulo tamen considerandum est, qua ratione ususfructus constituatur. Hodie plerumque hoc sine in testamento constitui solet, ut dotem absorbeat, quod ex eo colligitur, si ususfructus duplicatas usuras dotis contineat, quia dotalitium hoc modo constitutum censetur, & ita non utrumque, sed vel legatum vel dotem petere potest, prout dictum est supra *de jure dot. §. XXIII.* Si de animo constituendi dotalitium non constat, dotis petitio per legatum non est extincta, quemadmodum *M. April. 1697.* a Facultate nostra pronunciatum est super quæstione sequenti.

Quando dos prælegata sit?

G g g g g 3

Ob

Ob des Herrn Referendarii Goiahrs Wittwe, was sie etwa dem Marito an Braut-Schaz erweislich zugebracht habe, wann sie gleich die vermachte Helffte der Güther bekommen solte, dennoch besonders fodern könne?

Rat. dub.

Erachten wir vor Recht: Ob wohl sonst, wenn eine Wittwe portionem statutariam aus ihres Mannes Güthern prætendiret, sie dotem & illata zu conferiren verbunden ist, Kohl. *de Success. Conjug. qu. 8. Mev. ad Jus Lubec. tit. 2. num. 78. & seqq.*

Rat. decid.

Weil aber dennoch in gegenwärtigem Fall die Wittwe nicht vi statuti, sed vi dispositionis mariti succediret, und dieser mit durren Worten bezeuget, daß sie die Helffte von seinen Güthern haben solte, welches auf gemeine Güther nicht kan gezogen werden, und dabey aus den Rechten bekant, quod si maritus aliquid legaverit uxori, hoc pro dote relictum non censetur, sed tam dos quam legatum peti possit, *L. un. §. 3. C. de rei uxor. act. Barbof. Com. ad d. L. un. & hinc uxor, cui fructus relictus, non prohibetur dotem petere Stephan. Gratian dissert. Forens. tom. 1. c. 134. Brunnem. ad d. L. un. num. 27. und solchergestalt das debitum dotis intuitu patris elocantis filiam, cum debito dotis intuitu mariti nicht zu confundiren, weil jenes eigentlich ein debitum necessarium ist, und daher cum legato compensiret werden kan. Carpz. P. 3. Const. 13. Def. 29. n. 7. Dieses aber ist ein voluntarium debitum, cum & sine dote maritus poruisset contrahere nuptias.*

Decisio.

So erscheinet daraus so viel, daß die Wittwe dasjenige, was sie dem Marito zugebracht, über die vermachte Helffte absonderlich zu fodern wohl besuget sey. B. R. B.

Ubi communio bonorum viget, dotis prælegatum cessat.

§. III. Non ubique locorum tamen in Germania hic titulus usum præbet, cum plurimis in locis communio bonorum inter conjuges reperiatur, qua stante una omnium bonorum est ratio, & ita de dote relegata non facile controversiæ occurrere solent. Per indirectum tamen usum præbere potest, si conjuges inter se pacta dotalia inierint, id quod neutiquam iis hujus-

jusmodi in locis interdictum est, *Mev. ad jus Lubec P. 2. tit. 2. art. 12. n. 363. seqq.* cum etiam per hujusmodi pacta possit portioni statutariæ derogari *Gail. 2. obs. 78. n. 8. Mevius cit. l. n. 367.* quo pacto, illa portione contenta vidua esse debet, quæ pacto est definita. Quod si itaque maritus per testamentum ejus conditionem meliorem fecerit, legatum hoc ipsi prodest, æque ac jure civili *l. 1. b. t.*

§. IV. Poterat olim etiam pater dotem a nuru acceptam filio, utut exheredato, legare, quo casu heres dotem non ante tenebatur filio solvere, quam ei cautum fuerat de indemnitate, soluto matrimonio *l. 7. pr. b. t.* Imo si dotem legatam solverat filio, cautione non exacta, eam adhuc condicere poterat *l. cit. §. 4.* Heres enim patris uxori tenebatur ad dotem restituendam, ergo eo nomine securus esse debebat, cum ab illo uxor dotem repeteret, cui illam dederat. Quod si heres non solvendo esset, demum actio utilis uxori dabatur contra maritum ad dotem repetendam *cit. l. §. f.* Verum hodie talis casus existere nequit, ut pater dotem accipiat, cum hodie non pater, sed maritus dotem accipiat, postquam nuptiis contractis, liberi œconomiam separatam instituunt, & proinde materiam hujus legis a foro nostro remotam esse, recte judicat *Brunnemannus ad cit. l. 7.*

An hodie possit pater filio dotem a nuru acceptam legare?

§. V. A dote prælegata differt *legatum dotis*, quando puellæ certa quantitas loco dotis relinquitur: quod legatum non purum sed conditionale est, cum dos ordinarie respectum habeat ad nuptias *l. 71. §. 3. de condit. & demonstr.* Nuptiis itaque non secutis, legatum evanescit. *Hahn. ad W. b. t. n. 2. Fontanell. de pact. dotal. claus.*

Quid dotis legatum?

claus. 6. gl. 3. p. 1. n. 5. Simon van Leuwen. *lib. III. c. 8. n. 10.* Mantica *de coniect. ult. vol. lib. XI. tit. 22.* Carpzov. *P. 3. C. 13. def. 25.* Ante omnia tamen hic ratio habenda est voluntatis defuncti, utpote qui etiam legatum dotis, ut purum & ad heredes transmissibile, legare potest, Mantica *cit. l. c. 23. n. 2.* quorsum pertinet, si ipsa legati dispositio pura sit, & mentio dotis seu nuptiarum in ea parte testamenti, quæ ad executionem pertinet, reperiatur. Simon van Leuwen *cit. l. n. 10. in f.* Quamvis enim Mantica *cit. l. n. 7.* nihilominus tale legatum conditionale esse iudicet, hæc tamen pro legataria militat præsumtio, quod non ipsum legatum, sed ejus tantum præstationem differre in tempus incertum voluerit, & quidem in favorem legatarix, præcavendo forsan, ne ante contractas nuptias rem legatam accipiat, & disperdat, quo casu etiam tempus incertum quandoque nullam conditionem involvere, supra *tit. de legat. jam* annotavi. Similiter si pater legat filix dotem, cum ceteris filiabus dotem jam constituerit, & in testamento caveat, ne dotem illæ conferant, non alia ratione hoc videtur fecisse, quam ut filiam innuptam reliquis exæquet, & ita nemo dubitavit, quin tale legatum purum sit *l. 14. ff. b. t.* Similiter si filix dotem simpliciter relinquit, quæ præterea legitimam haud accepit, legatum tale pro puro habendum est, Mantica *cit. l. n. 22.* Simon van Leuwen *cit. l. n. 10.* adeo ut interim quoque usuras petere possit, prout respondimus in Facultate Viadrina. M. Jun. 1681. ubi ad quæstionem,

Ob die Aliment-Gelder für die 3. Töchter nicht billig nach Proportion derer einer jeglichen von denselben im väterlichen Testament loco legitimæ & jure institutionis versprochenen 6000. Thlr. Ehe-Gelder anzuschlagen, und dahero einer jeglichen

den Tochter bis zu ihrer Aussteuer und schier künftigen Berehlung Rat. dub. jährl. 300. Ehlr. Aliment gebühre? ita responsum fuit:

Ob zwar sonst bekannt, daß die Aliment-Gelder Adeltlicher Jungfrauen nicht eben secundum quantitatem usurarum patrimonii angeschlagen werden, sondern vielmehr secundum arbitrium Judicis und nach Standes-Gebühr, wohin auch der Vater in seiner dispositione ultima gesehen, indem er nicht allein den Unterhalt nach der Tochter Adeltlichem Stande determiniret, sondern auch die Söhne nicht eher obligiren wollen ad exsolutionem relictae dotis, als wenn die Tochter zur Ehe schreiten würden, ubi ergo nondum adest sortis petitio, ibi non adest mora, L. Null. 88. ff. de R. J. c. Non est in mora, 69. in 6. de R. J. L. 127. ff. de Verb. Obl. Ubi vero nulla mora, ibi quoque nec usurae peti possunt. L. Mora 32. ff. de Usur.

• Weil aber dennoch in diesem dote, so der Vater den Töchtern per testamentum vermachtet, zugleich die legitima filiabus jure naturae debita begriffen, selbe aber dergestalt privilegiret, ut nulla paterna dispositione, vel conditio, vel dilatio, vel mora, vel modus, vel aliud gravamen ipsi adjici possit, sed omnia hæc pro non scriptis habeantur, L. Quoniam 32. C. de inoff. test. quod procedit, eriamsi a liberis approbatum sit testamentum, non tamen approbatum censetur gravamen in legitima, Cuch. Tr. de legitima p. 333. n. ii. Mev. p. 4. Decis. 15. allhie aber ein großes gravamen ist, wenn die Töchter erstlich ihre legitimam bekommen sollten, wenn sie heyrathen, und daß sie indessen der Zinse, als des Ususfructus, solten beraubet seyn, quem legitimæ usumfructum pater liberis adimere & aliis relinquere non potest. Carpzov. P. 3. C. 12. def. 7.

So halten wir davor, daß auf so hoch, wie sich die legitima pro numero liberorum, & quantitate bonorum, beläufft, die Töchter, non obstante dispositione paterna, die Zinsen wohl fodern können. Decisio.

TIT. V.

DE OPTIONE VEL ELECTIONE
LEGATA.

§. I.

Legatum opti-
onis.

Legatum optionis dicitur, quando expresse *optio* lega-
tario legatur in legato generis, quo casu etiam ho-
die optimum eligere potest *l. 2. pr. h. t.* cum optione non
legata legatarius quidem regulariter optare, sed tantum
mediocre possit *l. 37. pr. de leg. 1.* Carpz. *decif. 30. n. 16.* Olim
hoc ipsum conditionale erat, ut nisi ipse legatarius opta-
ret, ad heredem legatum non transmitteretur, id quod
jure novo correctum est per *l. ult. C. comm. de leg. & §. 2.
§. de legat.* ex quo concludendum videtur, hodie tale le-
gatum omni modo purum esse Struv. *ex. 35. sb. 49.* quod
tamen merito limitandum est, modo dies ejus cesserit,
sic enim demum ad heredem transmissibile est *l. 16. ff. b. t.*
Scilicet ante aditam hereditatem non potest optari *l. 16.
ff. b. t.* & inde demum ejus dies cedit ab adita hereditate,
non a tempore mortis *l. 14. pr. quand. dies leg. ced.* in quo
a legato generis differt, cujus dies statim cedit a tempore
mortis. Proinde si legatarius ante aditam hereditatem
obiit, hoc casu quidem, sed non illo, legatum trans-
mittitur. Per *reformat. Francofurtanam* tamen aliud con-
stitutum est, secundum quam legatum optionis statim
pulum & ad heredes transmissibile est. vid. *P. IV. tit. 6.
§. II.* imo in hoc quoque recessit a jure communi, quod
in optione legata liceat optimum eligere.

Optio olim
erat actus legi-
timus.

§. II. Ipsa optio olim solenniter fiebat, quia inter
actus legitimos refertur *in l. 77. ff. de R. J.* & certis verbo-
rum formulis, seu testatione solenni fiebat *l. 20. ff.*

b. t.

DE OPTIONE VEL ELECTIONE LEGATA. 971

b. r. qua semel prolata, integrum legatario haud erat mentem suam mutare *cit. l. 20.* Hottomannus *quæst. ill. c. 34.* Præterea debebat fieri coram prætore, cujus etiam erat, legatario præfinire certum tempus, intra quod optio fieret *l. 6. l. 8. pr. b. r.* Collineat huc Seneca *lib. III. controuv. 32. ajens: Ego nondum optavi: optio est enim, qua legitime fit, illa non est facta legitime, si prætor defuisset, nunquid optionem vocares, si raptus fuisset? raptor non fuit. Non est illa optio: sermo est.* Unde quoque fieri debebat pure & præsentem herede. Hottomann. *cit. l.* Verum hujusmodi solennitas in optione faciendâ hodie non est recepta, & ita quoque extrajudicialiter, quacunque declaratione mentis interveniente, per literas, imo inter absentes, eam fieri posse crediderim.

TIT VI. DE TRITICO, VINO ET OLEO LEGATO.

§. I.

Triticum legato videndum est, utrum indefinite an definite relictum sit. Posterius fit, si testator triticum in horreo conditum legaverit, quo casu illud tantum debetur, adeo ut si testator illud consumserit, & aliud subrogaverit, illud legato cedere debeat *Mantica de conject. ult. vol. lib. XII. tit. 2. n. 9.* Priori casu vero, si quantitas nulla expressa, omne quantum paterfamilias reliquisset legatum censetur *l. 7. pr. b. r.* quod tamen merito restringendum ad fructus jam perceptos, ita ut pendentes non debeantur, prout *Mens. April. 1699. respondimus:*

Quid veniat
triticum legato?

Hat Mevius einer von Adel 4. Tage vor seinem Tode, Facti Species,
war der 5te Junii st. n. als die Saat schon in der Erde und im
Hh hh hh a Bachs-

Wachsium gewesen, ein Testament aufgerichtet, darinn er seines Bruders Kinder zu Erben eingesetzt, der Cajæ aber alle auf seinen Güthern vorhandene Eulm und Fahrniß legiret, welche anieho bey Auslieferung der damahls vorhandenen Früchte und Fahrniß nicht zufrieden seyn, sondern auch die zukünftigen Früchte von dem ausgesäeten Getreyde zu fodern vermeynet, daher gefragt wird:

Quæstiones.

1) Ob die tempore conditi testamenti eingesäete und allbereits eingegrünete Saat unter den vorhandenen Eulm und Fahrniß zu rechnen, und Sempronius der Cajæ, so viel als damahls ausgesäet gewesen, anieho gut thun solle? 2) Ob, wann Ihr die bemeldte Saat solle gut gethan werden, sie auch das davon erbaute Getrâyde haben müsse?

Rat. dub.

Wenn nun gleich, so viel diese beyden Fragen betrifft, eingewandt werden möchte, daß, wenn ein Vasallus nach dem 1. Mart. verstirbet, die Aussaat nicht pro parte feudi gehalten, und also nicht denen successoribus feudalibus, sondern allodialibus, anheim falle, 2. Feud. 28. §. bis consequenter. Ja nach Sachsen-Recht bloß darauf gesehen werde, ob der Acker mit der Egge bestrichen, Carpz. P. 3. Const. 32. def. 1. womit auch das Preussische Land-Recht übereinstimmet, P. 3. tit. 3. art. 1. §. 11. in fin. Hiernächst auch dergleichen relicta in testamentis plenius zu interpretiren sind, per L. 12. ff. de Reg. Jur.

Rat. Decid.

Wann aber dennoch pro testatore die præsumtio ist, quod magis dilexisset censetur heredem quam legatarium, Fufar. de substit. qu. 468. num. 8. Mant. de conject. ult. volunt. l. 6. tit. 11. n. 24. und deshalb allezeit diese conjectura zu nehmen, testatorem noluisse nimum gravare heredem. L. Titia 34. §. qui invita 5. ff. de legat. 2. L. 67. §. 8. ff. eod. auch daher die legata nicht zu extendiren, sondern vielmehr zu restringiren, L. 29. §. 2. & L. 75. ff. de legat. 9. Cardinal. Mant. de conject. ult. volunt. lib. 7. tit. 1. num. 3. Ferner bekannt, quod in legatis regulariter inspiciendum sit tempus conditi testamenti, quod enim runc testator voluit, semper voluisse censetur. L. si ita 7. ff. de aur. & arg. leg. Welches in diesem Fall um so viel mehr statt finden muß, weil der testator nicht generaliter, sondern restrictive die damahls auf seinen Güthern

Dec.

verhandene Früchte legiret, welches so wenig auf die Ausfaat, als welche, da sie bereits tempore testamenti ausgegrünet, pro adhuc existente nicht mehr geachtet werden kan, 1 Cor. 15. vers. 36. als auf die fructus adhuc acquirendos gezogen werden könne, unde si testator filio studenti legaverit libros, quos tunc habebat, & postea alios legaverit, non videtur hos legasse, Bald. vol. 2. consil. 284. num. 1. Mantic. d. tr. lib. 3. tit. 11. n. 3. überdem solche fructus pendentes notorie pro parte fundi, und also pro immobilibus geachtet werden, L. 44. ff. de R. V. Alciat. lib. 9. consil. 182. woben setzen zu consideriren, daß der Testator ante perceptionem illorum fructuum verstorben, und daher so wenig tempore mortis, als tempore testamenti, solche unter die vorhandene Früchte gerechnet werden mögen, Mantic. d. tit. 11. num. 25. unde in specie collatis dissentientium Dd. opinionibus concludit Mant. lib. 9. tit. 3. num. 6. in med. Si fructus post testamentum quidem, sed vivo adhuc testatore colligantur, tunc pertinere ad legatarium, alias non; Und hinwieder nicht hindert, was oben von der mit der Egge bestrichenen Ausfaat angeführet, inmassen ein anders ist, zu fragen, was einem heredi allodiali ex dispositione juris zustehet, ein anders aber was einem legatario ex provisione testatoris gebühret, da allezeit auf die Worte des testatoris ein Absehen zu nehmen.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die Caja weder Decisio. von der damaligen Ausfaat, noch von dem nachhero erwachsenen Getreyde etwas zu prætendiren befugt sey. B. R. B.

§. II. Similiter frumento legato, das Getrande, Farina non non continetur farina Nicol. Boer. decis. 177. n. 2. & 5. comprehenditur. Quamvis ex alia ratione sub frumento intelligi possit, veluti si statuto venditio frumenti prohibita sit. Marius Anton. Maceraten. lib. 2. ref. 35. n. 12. Multum quoque refert, utrum legatum sit frumentum in genere, an vero das harte oder weiche Getrande. Illud das harte Getrande continet tantum triticum, filiginem, hordeum & ciceres. Hoc vero comprehendit avenam &

Hh hh hh 3

hor-

hordeum vid. Wehner. *in obs. pract. voc. Betraid* P. 166. Denique si quis legavit omne frumentum secale, avenam, hordeum &c. non dubium est, quin etiam triticum legatum sit, cum clausula *Et cetera* ad similia extendi debeat. vid. differt. de claus. *Et cetera* Cap. IV. n. 89. Interim tamen hæc clausula non est extendenda ad illa, quæ diversa sunt, adeoque legumina, ut pisa, faba, linum &c. sub legato frumenti, licet hac clausula munito, non veniunt, prout dixi *in cit. diff. cit. l. n. 93. seqq.*

Quodsi ex certo fundo legatur frumentum?

§. III. Quodsi ex certo fundo legata est certa frumenti vel vini quantitas, multum refert, utrum fundus *taxative* an *demonstrative* adjectus fuerit? Priori casu non amplius debetur, quam natum est *l. 3. b. 1.* posteriori vero simpliciter quantitas debetur *l. 13. b. 1.* Illud communiter fieri censetur, quando in eadem periodo & fundi & quantitatis facta est mentio, posterius, quando in diversis *l. 96. pr. de leg. 1.* Brunnem. *ad cit. l. 5.* Id quod cum ex responso, quod *Mens. Jul. 1679.* a Facultate Viadrina conceptum est, optime illustrari queat, illud ad-jicere libuit.

Facti Species.

Es hat Seel. Martin Zobel der ältere anno 1584. zu seinem Testament einen Zettul geleyet, darinne aus der Nutzung des Salzbrunnens in Schweis, so lang ihn seine Erben haben, zu Unterhaltung des neuerbauten Evangelischen Collegii zu Augspurg jährlich 500. Fl. vermachtet, nach dessen Tode seine Wittwe Helena Occin sich zu obgedachtem Legato durch eine besondere Obligation vom 14. Novembr. 1589. dergestalt erkläret, daß solche 500. Fl. solten abgetragen werden, es wäre dann, daß der Salz-Brunnen abnehmen oder gar zerfallen mögte, auf welchen Fall auch jährlich diese 500. Fl. Zinse nebst dem Capital dahin fallen solten, solche

Con-

Condition auch von E. E. Rath der Stadt Augspurg acceptiret, und darüber am 27. Nov. vorgedachten 1589sten Jahres ein Vergleich und öffentliches instrument sub sigillo der Stadt Augspurg ausgefertigt. Hierauf nun ist von anno 1581. bis anno 1626. das legatum der 500. Fl. jährlich richtig abgetragen, es hat sich aber von diesem letzteren Jahre an allmählig begeben, daß der Salzbrunne merklich abgenommen, ja endlich gar versüßet, und unfruchtbar worden, daher sint der Zeit bis jeko gedachte Zinsen weder bezahlet noch gefordert. Weil nun aber gedachter Salzbrunnen dergestalt gänzlich eingegangen und durch allen angewanten Fleiß nicht conserviret werden mögen, und also die Zoblischen Erben gemüßiget worden, von anno 1626. bis 1631. durch beschwerliches Nachsuchen und grosse Kosten einen neuen Salzgang zu erfinden, wie sich denn auch 1631. ein sauer Wasser gezeigt, aber zu Austragung der Unkosten nicht zureichen wollen, ist endlich 1635. eine neue Salzquelle erfunden, so bis jeko conserviret worden, es hat aber auch dieselbe anderer gestalt den verhofften Nutzen nicht darreichen wollen, als daß man mit einem Hochlöblichen Stand zu Bern auf gewisse masse sich vergleichen müssen, gewisses Meer-Salz durch dieses Salzwasser zu blanchiren oder zu erweissen, durch welches Mittel endlich der jekige Besizer Herr Adolph Zobel zu Pfersen zu Hebung einiger Nutzen aus diesem neuen Salzbrunnen hinwieder gediehen, jeko aber in Streit gezogen wird, Ob nicht wegen des vorgedachter massen restituirten Salzbrunnens, und daraus hebender Nutzung ieztgedachter Besizer schuldig sey, die legirte und verglichene 500. Fl. von Zeit des restituirten Brunnens dem Evangelischen Collegio zu Augspurg zu bezahlen, oder ob er bey obgedachter Bewandnis davon zu absolviren sey?

Quaestio.

Nun scheint zwar anfänglich, daß gedachter Herr Adolph Zobel als Besizer sich von der Abtragung so wohl der verfloffenen als current-Zinsen nicht entbrechen könne, indem i. voluntas primi restatoris ganz klar, und ohne restriction abgefasst, und nur alsdann dieses legatum einzubehalten verordnet, wann die Stiftung

Rat. Dub.

des

des neuen Collegii nicht sollte gehalten werden, von dem Casu aber des in Abgang kommenden Brunnens nichts gedacht, jam vero ultima voluntas restringenda non est, sed potius amplianda per l. in testamentis 12. ff. de R. l. 2. Wie dann auch nach dem in des iewigen Besizers Seel. Groß-Vaters testamento annö 1618. der Salz-Brunnen quæstionis denen Söhnen cum hoc expresso onere prælegiret, daß sie davon jährlich 500. fl. ins Evangelische Collegium zahlen sollen, dabey nicht die geringste restriction angehängt, sondern denen Söhnen simpliciter solches Legatum abzutragen injungiret, jam vero generaliter dictum generaliter debet intelligi. Per l. t. f. general. 1. ff. de legat. præf. contr. tab. nec unquam a voluntate testatoris recedendum, nisi manifesto apparet, illum aliud sensisse quam dixisse l. non aliter 69. ff. de legat. 3. Massen 3. wann auch gleich der testator auf diesen casum des versüßeten Salz-Brunnes eine tacitam limitationem sollte gemacht haben, dennoch da ein anderer Salz-Brunnen, welcher zur Abtragung sothanes Legati zureichend ist, hinwieder erfunden, er sonder Zweifel die solutionem Legati auf diesen Fall würde extendiret haben, denn ein jedweder testator seine intention dahin setzet, daß die von ihm vermachte Legata nicht destruiret, sondern quovis modo conserviret werden. arg. l. quoties 12. ff. de Reb. dub. Didac. Roderic. de Conject. ment. defunct. Lib. 4. C. 2. n. 6. Desßhalben 4. wann ein Casus in testamento a testatore nicht exprimiret ist, dasjenige zu admittiren, quod credible est sensisse vel cogitasse testatorem L. 24. ff. de Reb. dub. nun ist aber glaublich, daß er dahin gedacht, daß sothanes Legatum quocunque casu possibili dem Evangelischen Collegio abgetragen werden sollte, welcher casus possibilis in gegenwärtigem Fall, durch den neu erfundenen Salz-Brunnen vorhanden ist. Zumahlen dann 5. dieses Legatum piæ causæ favorem manifestum mit sich führet, qui favor piæ causæ semper attendendus Carpzov. Jurispr. Eccles. lib. 3. def. 86. n. 15. seq. Jul. Clar. f. Testamentum 7. 7. Et legatum piæ causæ relictum tanquam favorabile, late est interpretandum Menoch. Lib. 4. præf. 106. n. 33. Joh. del Castillo de

de Conject. ult. vol. Cap. 32. n. 32. Thefaur. quæst. forens. Lib. 3. q. 9. num. 10. Indem die conservatio sothanes Collegii, zu welcher das legatum vermachtet ist, annoch eben so nöthig, wie sie tempore legati relictæ gewesen, so muß auch das legatum annoch bestehen, nam durante adhuc causa finali legati, durat adhuc ipsum legatum, etiamsi causa impulsiva non amplius duret. Carpzov. *P. 3. Const. 9. def. 20.* Wozu 6. kommt, daß der jezige Salz-Brunnen pro novo nicht kan geachtet werden, weil er in eben dem districtu gefunden, welcher cum onere solvendi hoc legatum ad pias causas prælegiret worden, weil nun sothaner Brunn ein accessorium loci prælegati ist, und ein surrogatum des ersten verfürsteten Brunn, so muß auch das onus principali rei cohærens davon abgetragen werden, auch muß sothanes surrogatum bekandten Rechten nach die naturam illius, in cujus locum surrogatum, annehmen. Card. Tusch. *Pract. Concl. Lit. S. Conc. 757.* Tiraquell. *de jure primogenit. q. 55. n. 1.* qui effectus surrogationis etiam in actibus ultimæ voluntatis & in actibus piis semet exerit. Gomez. *ad f. fuerat. 29. n. 5. Inst. de Act.* Auch 7. in Rechten versehen, quod si ex certo fundo quotannis certa alimenta relictæ, ita ut ex reditu fundi illa alimenta præstentur, & postea ex illo fundo minores reditus proveniunt, quam est quantitas alimentorum, supplendum esse illum defectum ab heredibus *l. Lucius Titius 12. ff. de aliment. leg.* Weil nun piæ causæ æqualis favor ist, als alimentorum, muß auch das jezige legatum, ohnerachtet der Salz-Brunnen so viel nicht ausgetragen, denen Rechten nach ab heredibus vor voll bezahlet werden.

Diesem allen ohngeachtet, halten wir davor, daß der jezige Rat. decid.
Besitzer des Salz-Brunnen, Herr Adolph Zobel zu Persen, zu Abführung des legati nicht verbunden, sondern davon gänzlich zu absolviren sey, anermogen 1. So wol das Codicill de anno 1584. welches in Original zu produciren ist, als auch das in anno 1618. errichtete Testament dem Collegio Evangelico die jährliche 500. fl. nicht schlechterdinge vermachtet, sondern cum restrictione zu dem damahligen Salz-Brunnen, massen in dem Codicill also steht:

Contin. III.

IIIII

34

Ich vermach alle Jahr aus der Nutzung des Salz = Brunnen in
Schweitz, so lange meine Erben solche haben, jedes Jahr
500. fl.

In dem Testament aber von Anno 1618. sind diese Worte:

So vermach ich meinen beyden Söhnen den Salz = Brunnen 2c.
zum Voraus 2c. davon sollen sie jährlich ins Collegium allhier
500. fl. baar erstatten.

Weil nun Testator primus & secundus des Salz = Brunnens nicht
demonstrative, sondern restrictive erwehnet, so selget draus un-
wiedertreiblich, daß wann aus dem Salz = Brunnen keine Nutzung
mehr zu haben, auch das Legatum nicht mehr zu bezahlen sey, per
textum evidentem in *leg. cum certus numerus §. ff. de tritic. vin.
vel. ol. leg. & ibi Dd. & p. l. 8. §. 2. ff. de legat. 2. Castrenf. Consil.
339. n. 3. & alii allegati a Surdo Tr. de alimentis Tit. 4. q. 26. n. 2.*
Daß aber in diesem Fall restrictive und nicht demonstrative des
Salz = Brunnens gedacht, ist daher gnugsam abzunehmen, weil alle-
mahl vorher des Salz = Brunnens, und nachmals erstlich in ea-
dem oratione des legati gedacht ist. *Surd. de Aliment. d. q. 26. n. 5.*
Brunnem. in *Com. ad ff. l. 5. de Trit. vin. vel. ol. legat. 2.* Dahero
wenn ob diminutos reditus das Legatum diminuiret wird, auch
ex necessaria consequentia folgen muß, quod re penitus peremta
onera rei cohærentia simul tollantur. *arg. pr. Inst. ac usufr. Prin-
cipali enim destructo & cessante, corrui accessorium, l. cum
principalis 178. ff. de R. J. adeo ut omnia inde dependentia tollan-
tur, l. Pomponius 13. §. fin. ff. de acquir. poss. Consil. Marpurg.
Vol. 2. Conf. §. 123. 3.* Auch eben dieses, was dergestalt an sich selbst
Rechtens ist, durch einen publicquen Vergleich zwischen des primi
testatoris Wittib, und E. E. Rath der Stadt Augspurg An. 1589.
folgender massen abgehandelt:

Daß solches Legat von diesem Salz = Brunnen, da er vor
beschehener Verlauffung in solchen Abfall käme, daß er nicht
mehr so viel Nutzen trüge, nicht mehr gültig und kräftig seyn
soll.

Quæ transactio autoritatem rei judicatæ habet, & hinc non re-
scindenda, *l. non minorum 20. C. de transact.* Wozu 4. der
lappus

lapsus temporis von mehr denn 70. Jahren kömmt, binnen welcher Zeit niemals dieser Vergleich angefochten oder impugniret worden, da doch sonst, wann gleich die transactio, wie doch nicht ist, weil sie Juri communi conveniens, einiger nullität beschuldigt werden wolte, intra triginta annos hätte impugniret werden müssen, *arg. l. sicut. 36. de præscript. 30. ann. Carpzov. P. 1. C. 26. d. 21. Gail. Lib. 1. Obs. 127. n. 8.* und wann man gleich in diesem Fall dem Collegio Evangelico als corpori pio 40. Jahr zulegte, *per Autb. quas actiones C. de SS. Eccles.* so würde auch solche Zeit ebener massen längst verlossen seyn, wie denn auch in 40. Jahren solches Legatum nicht einmahl gefodert ist, daher auch ex hoc capite die præscriptio 40. annorum das Jus petendi aufheben würde. 5. Nun aber in facto gewiß, daß der damahlige Salt-Brunnen ganz ver-
füßet und dergestalt vergangen, wie die deshalb angefügte Beylagen und Abrisse gnugsam bezeugen. Und ob gleich 6. nach der Zeit durch grosse Arbeit und viele Unkosten ein ander Brunnen erfunden worden, so kan doch dadurch das einmahl erloschene Legatum nicht redintegriret werden, weil bekannt, quod illud, quod semel extinctum, postea reviviscere non possit. *Surd. de Aliment. tit. 8. privil. 65. n. 7. Card. Tusch. Pract. Concl. Lit. E. Concl. 676.* unde semel sublatis ædibus, ex quibus debebatur ususfructus, urut ipse testator alias novas restituerit, non tamen reviviscit ususfructus *l. Quid tamen 10. §. 1. ff. quibus mod. ususfr. fin.* Wozu 7. kömmt, daß der Testator ad præsentem illum temporis statum des Salt-Brunnens sonder Zweifel reflectiret, cum in unaquavis dispositione præsens rei status, non futurus, sit attendendus, *l. uxori 33. §. 1. ff. de legat. 3. illa enim, quæ postea superveniunt, non comprehenduntur sub legato, l. si scripsisset 46. ff. de legat. 2. ur adeo semper tam ratione personarum, quam rerum, verba ultimæ voluntatis ad tempus præsens facti testamenti vel dispositionis sint referenda, non vero ad futurum Joh. del Cast. de Conject. & interpretationibus ult. vol. c. 43. n. 3. Menoch. de præsumt. lib. 4. præf. 117. Mantica de conject. ult. volunt. Lib. 3. Tit. 11.* Massen auch 8. eine Dispositio diese conditionem tacitam allemahl in sich begreiffet, rebus sic stantibus vel in eodem statu manentibus. *Tiraquel.*

raquell. *in l. si unquam C. de revoc. donat. num. 166. seqq.* Oldrad. *Consil. 241. n. 2.* Mutato enim vel alterato statu rei mutatur quoque ipsa dispositio. Anchor. *Consil. 394. n. 3.* Quod procedit, etiamsi ad talem dispositionem accessisset iuramentum, nam & hoc habet annexam conditionem, si res in præsentis statu manserit. August. Barbof. *Tr. de clausul. usu frequent. Claus. 129. num. 2.* Bald. *in l. clar. C. de fideicomm.* Ferner 9. ein jedwedes Legatum stricte zu interpretiren, Mant. *d. Conject. ult. vol. Lib. 2. Tit. 1. num. 13.* Men. *lib. 4. præf. 106. n. 17. seqq.* non enim testator præsumitur nimium voluisse gravare heredes suos, *l. 67. §. 8. ff. de leg. 2.* Alciat. *de præsumt. reg. 1. præf. 13.* præsertim quando dispositio determinata est ad certa bona, a lata interpretatione est abstinendum, Simon. de Prætis *de interpretatione ultimæ volunt. lib. 2. solut. 1. num. 17. vers. it. largat.*, wie dann auch in diesem Fall das Legatum restrictive aus dem Salz-Brunnen, nemlich welchen der Testator gehabt, nicht aber absolute aus denen künfftig Dei & fortunæ beneficio von denen Erben, auf ihre Mühe und Kosten ersindenden Brunnen gerichtet, de quo casu testator ne quidem cogitasse præsumitur, & hinc ad non cogitata ejus voluntas extendi non potest. Seraphin. de Seraph. *de Privil. juram. Privil. 119. n. 1.*

Responsio ad
Rat. dub.

Diesen iezò angeführten Rationibus hindert dasjenige nicht, was vorhero loco Rationum dubitandi angeführet, massen 1. die larga interpretatio voluntatis ultimæ pro herede zwar statt findet, nicht aber contra heredem, utpote quem testator non præsumitur nimium voluisse gravare. *vid. Rat. Decid. 9.* Et hinc heredis institutio largius interpretanda est, quam ipsum legatum, *arg. l. si te solum 27. ff. de hered. inst. Joh. del Castil. de Conject. ult. vol. cap. 32. n. 48. 2.* Wird alhier das onus des prælegirten Salz-Brunnens gar nicht gestritten, massen, wann der Salz-Brunnen in dem damahligen Stande geblieben, die Abtragung der 500. fl. so dem Collegio Evangelico legiret, nicht hätten würden denegiret werden, aber nachdem derselbe vergangen, und ein ganz neuer Brunnen mit grossen Kosten angerichtet werden müssen, ist die

die Sache nicht in eodem statu geblieben, und kan also per consequentiam die Dispositio Testatoris ad casum novum & insperatum nicht extendiret werden, *per adductas ration. Decid. 7. 8. 9.* Die 3. Ratio dubitandi ist contra præsumptiones alias fortiores, quod testator secundum statum rei præsentis disposuisse censeatur, *per Rat. Decid. 7.* quod non censeatur nimium gravasse heredes, vel etiam ad non cogitata voluntatem suam extendisse, *Rat. Decid. 9.* Et quod unusquisque testator tamdiu conservari velle legatum præsumatur, quamdiu ipsa res, ex qua legatum præstandum, conservatur, *Rat. Decid. 2.* Welches ebenfalls auf die 4. Rat. Dubit. zu antworten ist, denn nimmer glaublich ist, daß der Testator solte gedacht haben, daß der Salz-Brunnen eingehen würde, daher, weil er aus dem damahligen Salz-Brunnen das Legatum vermachtet, Er sonder Zweifel so lange das Legatum hat gültig seyn lassen wollen, als der Brunnen im Stande geblieben, voluit enim restrictivè ex illo fonte salinario legare, *Rat. Decid. 1.* Die 5. Ration betreffend, ist zwar sonst pia causa allezeit favorabilis, aber dennoch ist gewiß, quod nec ad pias causas debeat legatum, si voluntas testatoris deficiat, *Carpzov. lib. 6. Resp. 11. num. 9.* Imo sola pietas, non accedente legis autoritate, non efficit, ut quis valide obligetur, *Carpzov. d. lib. 6. Resp. 33. num. 15.* zumahl da solche extensio zum grossen præjudicij der instituirten Söhne gereichen würde, welche diesen neuen Salz-Brunnen mit grosser Ungelegenheit auffuchen müssen, licet ergo favor piæ causæ & Ecclesiæ sit maximus, attamen ad præjudicium tertii non est extendendus *C. quid. ergo 3. C. 23. q. 4. Felin. in C. Nonnulli 28. n. 16. X. de Rescript. Besold. Vol. 3. Conf. 94. num. 7.* Dabey wohl zu observiren, quod fortior sit præsumtio pietatis paternæ erga liberos quam erga piam causam, ut sic in pari causa magis liberis quam piæ causæ sit favendum. *C. quicumque ult. Caus. 17. q. 4.* Quia ergo si pater quid relinquat filiis, hoc pietas est, & pietas etiam est, quod testator relinquit piæ causæ, ab utraque parte adest privilegium. Jam vero privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio, sed liberis potius favendum, qui per fa-

vorem piæ causæ damnū incurrerent. Menoch. *de Præsum. L. 4. præf. 180. n. 123.* Pfoff. *de Restit. in integr. p. 1. q. 18. n. 33.* und kan auch die noch bis jezo nöthige conservation des Collegii solches legatum nicht sustiniren, weil der testor dessen conservation seinen Erben nicht schlechterdings injungiret, sondern nur ex certa re ein certum legatum vermachet, qua re peremta legatum amplius in præjudicium liberorum subsistere nequit. Die 6. Rat. dubit. fällt ex ipsa facti evidentia von selbst dahin, denn der Ort selbst, wie auch die über 3. Jahr angewandte grosse Mühe und Kosten darthun, daß es ein neuer Brunnen sey, und hindert nichts, daß dieser Brunn eben in dem districte, so von dem Stand Bern jure feudi der Zoblischen Freundschaft conferiret, gefunden, massen das legatum ad pias causas nicht in universitate rerum in feudum acceptarum abzutragen, sondern nur bloß aus denen Abnutzungen des Salz-Brunnens, da nun derselbe vergangen, wie kan denn das daraus abzutragende legatum bestehen? Die ex natura subrogationis hergenommene Ration kan ebenfalls nichts beständiges inferiren, massen das subrogatum nur die naturam primordiale, nicht aber accidentalem (qualis hoc casu est onus præstandi legati) annimmt. Surd. *de Aliment. Tit. 9. q. 21. num. 72.* Card. Tusch. *Præf. concl. lit. S. Concl. 77. n. 55.* wie denn auch die Regula nur angehet in surrogatione legis, non hominis, Tusch. *d. concl. 77. n. 49.* Die letzte Ratio dubitandi hat ex Rat. decid. 1. & 2. ihren Abfall, massen ein anders ist, wann ein Legatum schlechter Dinge vermacht, und nachmals der Ort, wo es hergenommen werden soll, demonstriret wird, ein anders aber, wann ex certo loco ein gewisses quantum vermachet wird. Daraus sattsam erhellet, daß das Evangelische Collegium in puncto Juris, nachdem der erste Salz-Brunnen, daraus die jährliche 500. legiret waren, verfißset, und nicht a testatore, sondern ipso herede suo labore & impensis ein neuer Salz-Brunne erfunden, nicht befugt sey, sothanes Legatum zu fordern, sondern Herr Adolph Zobel zu Pferssen von solcher petition gänzlich zu absolviren. B. X. B.

§. IV.

DE TRITICO, VINO ET OLEO LEGATO. 983

§. IV. Si quis vinum legaverit, omne continetur, quod ex vinea natum vinum permanfit *l. 9. pr. b. t.* Vino legato quid veniat?
Zythum non continetur, quod ex tritico vel ex hordeo vel ex pane conficitur, & sic quoque nec cerevisia, nec Hydromeli, quæ est potio ex melle & aqua *cit. l. 9.* Proinde nec *vinum adustum* continetur, nisi forsân ex vino confectum sit, sicuti *Oenomeli* continetur, quod ex vino & melle confectum est. Quid per legatum vini veteris & novi intelligendum sit, non satis determinatum est *l. 9. in f. cum seqq. b. t.* Equidem JCrus in *l. 11. b. t.* illud vetus appellat, quod non est novum i. e. anni prioris vinum, ut præsentis anni novum sit. Verum hic potius ad consuetudinem loquendi, quæ in singulis provinciis obtinet, respiciendum est, secundum quam differunt *ferne Wein, junge und alte Wein*, & voce *junge Wein* vina intelliguntur, quæ ante paucos annos nata sunt, quos determinare non adeo integrum est.

TIT. VII.

DE INSTRUCTO VEL INSTRUMENTO LEGATO.

§. I.

Cum hodie quoque legari possit fundus instructus De usu hujus tituli.
Das Gut mit aller seiner Zubehörung, oder mit völliger Einrichtung, non dubium est, quin usus hujus tituli hodie adhuc supersit: imo & hodie plenius legatum fundi instructi *der Hof, wie er jetzt eingerichtet und bestellet ist*, quam legatum cum instrumento, *der Hoff mit dem Hoffgewehr.* *Carpzov. P. 3. C. 13. def. 22. sq. Hahn.*
ad

ad *Wes. b. r.* Schilter. *ex. 39. §. 86.* Meier. *in coll. Arg. b. r. tb. 1. n. 1.*

Quid legatum
fundi instructi?

§. II. Legato fundi instructi continentur omnia, quæ ibi paterfamilias habuit, ut esset instructor *l. 12. §. 27. b. r.* Carpz. *cit. l. n. 4.* Proinde & supellex continetur, mensuræ quoque eboræ & si quæ aliæ, item vitrea, & aurum & argumentum, vina quoque, & si quæ ibi fuerunt usus ipsius gratia, & si quid aliud utensilium, continentur *l. 12. §. 28. b. r.* Imagines quoque, quæ in ornatu villæ fuerunt, Bibliotheca ad fundum destinata, & denique omnia, quæ in fundo collocata sunt perpetui usus gratia, eo pertinent. Ergo non comprehenduntur sub hoc legato, quæ nudæ custodiæ gratia eo congesta sunt, veluti *das Korn was zum feilen Kauff aufgeschüttet worden l. 12. §. 29. 30. b. r.* quando vero frumentum causa seminis suppositum, *das Korn zum Einsaat*, sub hoc legato comprehenditur *l. 12. pr. ff. b. r.* Conf. Carpzov. *cit. l. def. 23.* sicuti quoque mancipia & instrumenta fundi, nec non cibaria & pabula ad alenda pecora & ministros necessaria huic legato insunt. Et ut generaliter dixerim, quæ *tempore mortis* ad perpetuum usum fundi semel ei applicata fuerunt, non tantum illa, quæ tempore conditi testamenti ibidem fuerunt, ad legatarium pertinent *l. 28. b. r.*

Quid ad instrumenta fundi vulgo referatur?

§. III. Ceterum si fundus cum instrumento legatur mit dem Hoffgewehr, vel etiam mit dem Feld- und Vieh-inventario, prout hodie dicere amant, potissimum hodie respiciendum esse judico ad ipsum inventarium, in quo omnia sunt descripta, quæ ad instrumenta fundi referri debent, & quæ paterfamilias instrumenta fundi legati esse voluit, cum ex ejus destinatione de-
pen-

pendeant. Huc itaque pertinent boves aratorii *l. 4. b. r.* & in genere, quæ fructus quærendi, cogendi & conservandi gratia parata sunt, veluti homines, qui agrum colunt, quique his præpositi sunt, ut villici, item pecora stercorandi causa parata, aratra, ligones, sarculi, falces putatoriarum, bidentes, torcularia, corbes, falces messoriarum, greges pecorum, pastores, saltuarii, alvei apesque *l. 8. l. 10. b. r.* Porro frumentum ad cibaria paratum *l. 12. pr. b. r.* jumenta, vehicula, & plura alia, quæ in *cit. l. 12.* longa serie recensentur, quæ tamen hodie magis ex consuetudine locorum & usu patrisfamilias, quam ex legibus Romanis æstimanda sunt. Imo cum hodie nulla sint prædia, quæ sua inventaria non habeant, ad hæc ante omnia, prout antea monui, recurrendum est.

TIT. VIII
DE PECULIO LEGATO.

§. I.

Hic titulus, uti textus omnes & singuli ostendunt, Ufus hujus tituli. agit de peculio servorum, & ideo nullum usum in tituli. praxi habere potest, cum manifestum sit, nos tales servos cum ejusmodi peculii hodie non habere. Putant quidem nonnulli, utilitatem quandam ejus ostendi posse in casu, si proprius homo, cum omnibus, quæ possidet, alicui legetur: at valde dubito, an tale legatum fingi possit, cum proprii homines peculia ad morem Romanorum non possideant, nec, quicquid acquirunt, domino, sed potius sibi acquirant, & domino tantum, mortuis iis, *jus mortuarium* **das Haupt-Recht** competat, quod quidem legari posse constat, sed cum legato pecu-

Contin. III.

Kk kk kk

lio

lio haud coincidit, sed sua propria jura habet, quæ per singulas provincias variant, uti docet Dn. Harprecht. *de jure mortuario.*

De peculio filiorum profectitio.

§. II. Facilius quidem usus hujus tituli ostendi posset in peculis liberorum profectitiis, a patre alicui relictis, & liberis ademptis, sed talis casus vix in praxi occurreret, partim quia hujusmodi peculia admodum rara sunt; partim etiam, quia si vel maxime dantur, patres illa liberis suis relinquere solent, ut adeoque hætenus casus vix adferri possit, quo unquam pater peculium tale liberorum aliis legaverit.

TIT. IX. DE PENU LEGATA.

§. I.

Quid penus legata continentur?

Legato penoris comprehenduntur omnia, quæ esui potuique sunt, & quæ patrisfamilie uxoris liberorumve ejus vel familie, quæ circa eos esse solent, item jumentorum, quæ dominici usus causa parata sunt *l. 3. pr. b. r.* Datur vero duplex penus, vel *esculentæ* vel *potulentæ*: illa continet, quæ esse, & per quæ esse solemus; hæc vero, quæ vini loco paterfamilias habuit, imo etiam alia, quæ ad bibendum parata sunt *l. 3. §. 3. 4. b. r.* modo alendi causa bibantur *l. 5. pr. b. r.* Neutiquam vero comprehenduntur, quæ testator promercii causa habuit, sed ea sola, quæ in penum sibi separavit *l. 4. §. 2. b. r.*

§. II. Hoc penoris legatum peculiare esse Romanis, censet Huberus *b. r. §. 3.* *In nostra enim, ait, lingua non habemus æquipollens vocabulum, quo non tantum esculentæ & etiam potulentæ, sed etiam ligna, carbones, chartas*
epi-

epistolares cereosque complectamur. Verum sicuti ipse non diffiretur, proximum esse, si quis leget, alle *Es- und Trind- Wahren*, ita non dubito, quin hoc legatum commode exprimi possit allerley *Vorrath zu Speiß und Trand.* Quid? quod cum hoc legato magnam affinitatem habeant commestibilia apud Saxones *das Mus- theil*, de quibus *ad tit. 1. lib. seq.* agendum est.

TIT. X.

DE SUPELLECTILE LEGATA.

§. I.

Supellex est domesticum patrisfamilias instrumen- ^{Quid supellex?}
tum quotidianum *l. 1. b. 1.* & comprehendit, quæ ad usum communem patrisfamilias parata sunt, ut nomen sui generis separatum non habeant: quare quæ ad artificii genus aliquod pertinent, neque ad communem usum patrisfamilias accommodata sunt, *das Hand- wercks- Zeug*, supellectilis non sunt *l. 6. pr. b. 1.* Sic etiam equi, boves, sues, nomen separati generis sunt, adeoque sub legato supellectilis domus intelligi nequeunt *Klock. tom. III. conf. 121. n. 7. 8. 9.* Communiter ergo sub hoc legato juxta Dietherum *in contin. Thef. Besold. voc. Haußrath*, comprehenditur, *alles was zur täglichen Nothdurfft in Stuben, Küchen, Cammern und andern Gemächern, der Zestirer für sich und sein Hauß- Besinde gebrauchet hat, und wird gemeiniglich darunter begriffen das Zinn, Kupffer und Messing- Geschirr, Getüch, Bett und Holzwerck, oder was von Schreiner- Arbeit in der Haushaltung zu befinden.* Præterea etiam huc referri debent die *Gutschen und Sänfften l. 4. b. 1. Hahn. ad Wes. tit. de Sc. Trebell. circa fin.* Non vero veniunt die *Kleider,*

Silber oder gülden Geschirr, Ringe, Kleinodien, Ges-
schmeide, oder auch baar Geld, noch Früchte, noch Wein.
Similiter haud veniunt das Vieh in Ställen, Bücher und
Bücherschränke, Harnisch und Gewehr Wehner *in pract.*
observ. voc. Hausrath.

An differant
legatum mobi-
lium & supel-
lectilium ?

§. II. Quamvis vero legatum aller beweglichem
Stücke so zum Hauswesen gehöret, ipsam supellectilem
domesticam denotet, ut docet Brunnem. *consil. 153.* si ta-
men *mobilia* per se legantur, non semper supellectilem
tantum denotant, nisi aliunde de voluntate testatoris
constet. • Plura enim ad mobilia referuntur, quæ ad su-
pellectilem referri nequeunt, veluti Gold, Silber, Edels-
gesteine, Kleinodien, aratorii boves, equi, Knipschild. *de*
fideic. famil. c. V. n. 100. sqq. vid. Hahn. *ad Wesemb. tit. ad*
Scr. Trebell. in adduct. Wesemb. consil. 50. Porro ad mobi-
lia non vero ad supellectilem pertinent Manns- und
Frauens- Kleider, das Leinwand, ungepregt Gold Hahn
ad Wesemb. *cit. l.* ubi distincte explicat in *add. responso,*
quid nomine *mobilium & supellectilis* veniat.

Quid si certa
supellectilis
species lege-
tur ?

§. III. Quod si certa supellectilis species legata sit,
veluti supellex ærea, quæritur, an etiam ferrea & lignea
comprehendatur? quod regulariter negandum est, cum
in ejusmodi legatis ad usum communem loquendi re-
spicere debeamus, ne supellex ærea, ferream aut ligneam
sub se comprehendat Carpz. *lib. VI. resp. 34. n. 19. sqq.* Aliud
autem dicendum est, si testator dixerit: *lego omnem supel-*
lectilem stanneam, cupream &c. Quamvis enim alias legata
sint stricte interpretanda *l. 39. §. 6. de leg. 1.* & regulariter
minimum in dubio debeat *l. 75. de leg. 3.* cum testator
minus heredem gravare voluisse censeatur *l. 67. §. 8. de*
leg. 2. ex clausula tamen adjecta & *cetera* constat, legata-
rium non solum expressas, sed & ceteras illuc spectantes
res

res petere posse, cum clausula hæc indicium præbet, deesse quid in oratione, ideoque supplendum, prout plinius deduxi in *dissert. de Ex cetera cap. IV. n. 69. seqq.*

§. IV. Similiter dubitatur, an etiam tapetes splendidiore & imagines hoc legato comprehendantur? quod affirmandum videtur ob *l. 12. §. 20. & 23. de instruct. vel instrum. leg.* Contrariam tamen sententiam secutus est Carpz. *lib. 6. resp. 34. n. 30. seqq.* quod ad ornatum magis ædium, quam ad usum patrisfamilix quotidianum seu rem domesticam pertineant, adeoque existimat in *cir. l. 12.* tapetes & imagines sub generali & impropria supellectilis significatione non comprehendi, imò tandem concludit, quod licet de jure Romano tapetes huc pertinuerint, quod utrique videtur suadere *l. 5. b. r.* aliter tamen se rem habere de usu hodierno, quo supellectilis vocabulo non veniunt. Scilicet distinguendum est inter tapetes splendidiore & vulgares, quæ ad usum quotidianum comparatæ sunt. Illæ magis ad ornatum pertinent, hæ vero ad supellectilem, uti ipse Carpz. *cit. l. n. 38.* non diffitetur. Imò & qualitas personarum consideranda est, cum constet, illustriores etiam tapetibus uti ad usum quotidianum, prout respondimus *Menf. Aug. 1707.*

An tapetes & imagines quoque huc pertineant?

Videlicet quærebatur:

Ob nicht durch die in dem Wittthums-Hause versprochene Mobilien das silberne und zimmerne Service, ingleichen das nöthige Küchen- und Keller-Geschirr, und Betten, so entweder daselbst zu lassen, oder anzuschaffen, müssen verstanden werden? Ad quam quæstionem ita respondimus:

Ob nun wohl dieses in Jure seine gewisse determination nicht hat, auch daselbst die *escalia argentea* sub supellectile nicht verstanden werden. *L. 3. §. fin. ff. de supell. leg.*

Kk kk kk 3

Weil

Weil aber dennoch die expressio mobilium pro qualitate personarum & consuetudine inter Principes recepta verstanden werden muß, und wohl kein Exempel zu finden seyn wird, daß einer Fürstlichen Frau Wittib bey Meubli- rung ihres Witthums dergleichen Silber-Service, Zin- nen und ander Geschirr, auch Auszierung der Gemächer an Tapeten und Betten, wie auch was sonst zu Küch- und Keller gehöret, solte versaget worden seyn, zumahl sie nicht die Proprietät, sondern nur die Nutzung davon über- kömmt, und alles nach Ihrem Tode secundum inventa- rium restituiret werden muß, und sonst liberalitas Prin- cipum largissime zu interpretiren.

So ist daher die Fürstliche Frau Witwe dieses alles zu präzendiren wohl befugt. *B. R. W.*

An escalia ar-
gentea hoc
pertineant?

§. V. Craterem argenteum non esse in supellecti- le, nec ullum vas argenteum, secundum seculi severi- tatem, nondum admittentis supellectilem argenteam, respondit Paul. in *l. 3. inf. b. t.* unde nec argenteum esca- le, nec potorium legato hoc continetur, nisi hoc quo- que testatorem sensisse legatarius doceat. *l. 8. b. t.* Hoc etiam confirmat Modest. Pistor. *vol. 1. conf. 65. n. 8.* In das häußliche Eigenthum, weil dadurch nichts anders denn allein der Haußrath verstanden, wird die Baarschaft, Silberwerck, das man zum essen und trincken braucht, als silberne Schüsseln, Schalen, Becher und Löffel, bil- lig nicht gerechnet. Hoc tamen merito intelligendum est de vasis aureis & argenteis, quæ non fuerunt in usu communi & quotidiano, alioquin merito quoque ad supellectilem referri debent Carpz. *lib. VI. resp. 34. n. 39. seqq.* Simon van Leuwen *conf. for. lib. III. c. 8. n. 16.* Sande *lib. 2. tit. 3. def. 5.* quod ipsum ex antea adducto responso illustratur. Conf. Brunn. *ad l. 1. inf. b. t.*

§. VI.

§. VI. Supellectili quodammodo respondet Gerada Quid Gerada? Saxonica, die Gerade vel potius Geräthe, prout *gloss. ad Weichbild art. 13.* ait, quæ filiabus & fœminis debetur, Carpz. *P. 2. C. 14. def. 1.* Modestin. Pistor. *P. 1. q. 14.* Möller. *lib. 1. semestr. c. 11.* Unde jus illud Geradæ fluxerit, docet Arumæus *lib. 2. decis. 12. n. 24.* Quæ vero ad Geradam pertineant, secundum mores & statuta locorum maxime variat, adeoque ad hæc primario recurrendum. Deinde videndum quoque, an illæ res in possessione uxoris fuerint, licet uxor ad ornatum illis nunquam usa fuerit Carpz. *P. 2. C. 14. def. 28.* ubi *in seqq.* de singulis fere rebus ad Geradam pertinentibus speciatim agit. Quæ ut plurimum huc referri soleant, juxta seriem alphabeticam recenset Struv. *ad Anton. Matthæi de success. p. 401.* Ceterum de hac Gerada plane disponi in testamento nequit, ut sic legatum Geradæ plane cesset, & cum legato supellectilis hoc intuitu plane conferri nequeat. Imo in tantum dispositio ultimæ voluntatis omnis hic exulat, ut nec fidecommisso gravari queat, prout. M. Dec. 1704. respondimus.

Hat die Testatrix in dem von ihr errichteten Testa- Facti Specien. ment wegen der Gerade folgende Verordnung gemacht, daß Sie sich zu ihren Töchtern gänzlich versehen, ihnen auch bey ihrem mütterlichen Fluch und Segen auferleget haben wolte, daß Sie von denen von ihr empfangenen Gerade Stücken ihren Töchtern und derer weiblichen Descendenten zum Nachtheil nicht das geringste veräußern oder andern zuwenden, sondern solches alles ihren Töchtern u. deren Kindern zum besten beybehalten solten.

Ob nun wohl sonsten ein Erbe das factum defuncti, Rat. dub. sonderlich die Kinder factum parentum zu præstiren, und ihren letzten Willen zu erfüllen verbunden.

Die

Rat. decid.

Diemeil aber dennoch die Gerade nicht ex voluntate defunctæ, sondern immediate ex legis dispositione denen weiblichen Descendenten gebühret, in solchem Fall aber denen Eltern einige dispositio testamentaria nicht frey gelassen, und folglich, wenn es gleich de facto geschehen, denen Kindern dennoch dadurch die Hände nicht gebunden werden mögen:

Decisio.

So erscheint daraus so viel, daß die Testatrix die Gerade mit einem fideicommissio zu belegen, und denen Töchtern dadurch das ihnen sonst zustehende Jus disponendi inter vivos zu benehmen nicht bemächtigt gewesen. B. R. W.

LIB. XXXIV.

TIT. I.

DE ALIMENTIS ET CIBARIIS LEGATIS.

§. I.

Singularia jura alimentorum.

An sumtus in stodia debeantur?

Legatum alimentorum, wenn jemand der Unterhalt vermachtet wird, singularia in jure privilegia habet, quæ æque hodie locum habent, adeo ut piæ causæ hoc legatum adscribi soleat, quod tamen non aliter admitti posse videtur, quam si alimenta pauperi relicta fuerint. Jo. Bapt. Pontan. de aliment. c. 7. n. 2. Differt autem legatum alimentorum & cibarium, quod hoc solus cibus, die Kost, legatus sit, non vero vestimenta aut habitatio l. 21. b. r. cum utrumque sub alimentis legatis contineatur l. 6. b. r. Quæ ad disciplinam pertinent, legato non comprehenduntur, nisi aliud sensisse testatorem probetur l. 6. in f. l. 7. b. r. Scilicet distinguendum esse judico, utrum alimenta strictè dicta, der Unterhalt, relicta, an vero integra educatio, die Aufzucht

erziehung, legata fuerit. Priori casu haud debentur sumtus in studia, quia elementa striete dicta tantum circa curam corporis versantur; bene tamen posteriori, quia educatio non tantum ipsa alimenta continet, sed heredem obligat ad mores formandos legatarii, & sic ad animum ejus disciplinis imbuendum, si quidem ad eas habilis. Quamvis vero ex *l. f. ff. b. t.* concludere soleant, legatum *alimentorum* & *educationis* haud differre, hoc tamen cum grano salis merito accipiendum est, quia JCrus tantum asserit, hæc duo legata exæquanda esse, hoc sensu, ut legatum alimentorum legato educationis infit, & cui legata est educatio, idem præstare possit, quod iste, cui legata sunt alimenta; de quo unice quærebatur. Ergo non negatur in *cit. l. 5.* quod non plus exigere possit. Quin etiam nonnunquam sub *alimentorum* legato, **des Unterhalts**, integram educationem testator intellexit, id quod ex circumstantiis judicandum, veluti si pater impuberi filio alimenta legavit, vel testator extraneo, quem ipse antea educavit, quia testator talia alimenta legatario præstanda esse voluit, quæ ipse vel præstitit vel præstare debuit *l. 22. pr. b. t.*

§. II. Cum itaque hoc legatum alimentorum in praxi usum habeat plenissimum, juvabit, quasi per indicem privilegia ejus referre. Scilicet (1) de iis transigi nequit, nisi autore prætoris *l. 8. ff. de transact.* (2) Fundus relictus causa alimentorum censetur demonstrative adjectus, favore alimentorum, ut eo plenius debeantur *l. 12. b. t.* (3) Non extinguitur ob deportationem legatarii *l. 11. b. t.* vel ingressum in monasterium Pontan. *de alim. c. 17. n. 31. inf.* (4) Ademtis omnibus legatis non censetur ademtum legatum alimentorum, quod in specie adimendum est *l. 18. §. 3. b. t.* (5) Simpliciter reli-

Privilegia hujus
jus legati.

Contin. III.

LI II II

Et,

Etia, per. totum vitæ tempus debentur *l. 14. pr. b. r.*

(6) Si ad pubertatem usque relinquuntur, plenius explicanda, ut plena pubertas intelligatur hoc, & in masculis usque ad annum decimum octavum, in puellis ad quartum decimum annum *l. 14. §. 1. b. r.* Moribus ad legitimos majorennitatis annos hoc extendendum esse putat Surdus *de alim. tit. 8. privil. 58. n. 4.* & approbat Simon van Leuwen *forens. cens. lib. III. c. 8. n. 22.* quod admitendum esse judico, cum supra *tit. de tutel. §. IX.* ostenderim, ætates hodie non ita distingui, uti olim, sed vox **mündig** involvere ætatem majorennem; adeoque cui legata relicta sunt usque ad tempus **bis et mündig wird**, illa petere potest usque ad completam majorennitatem

(7) Si ex certo fundo legantur, jure taciti pignoris illum fundum hodie affici volunt Schilter *ex. 30. §. 96.* quam sententiam in praxi hodie obtinere dixi supra *tit. de quibus mod. pign. tac. contrab. §. XI. inf.*

(8) Judex in alimentorum legatorum conservationem plura constituere & pro arbitrio adornare debet *l. 3. b. r.*

(9) Alimentorum causa est summaria, & officio judicis implorato expeditur *l. 17. b. r.*

(10) Hereditate non adita debentur Coler. *lib. II. c. 7. n. 17.* quod tamen admodum dubium est, nisi verba testatoris evincant, eum quomocunque alimenta præstanda esse velle, sic enim etiam heredi ab intestato injuncta censentur.

(11) Valet etiam legatum alimentorum incertum, si quantitas nulla est adjecta, quo casu modus statuendus est, ex more, quo testator in legatis præstandis ipse usus est *l. 22. pr. b. r.*

(12) Quidam etiam Falcidix detractionem hic cessare autumant, quod concedo, quatenus ad piam causam referri potest, alias non, vid. *Caur. restam. c. 22. n. 3. §. 10.*

Sunt præterea alia plura jura alimentorum

rum singularia, quæ late recenset Surdus *de aliment.* quæ hic omitto, cum tantum de alimentis *legatis* hic sim sollicitus.

§. III. Ad *cibaria* quodammodo referri possunt comestibilia illa apud Saxones, quæ veniunt sub nomine **des Mustheils**; quæ sunt dimidia pars esculentorum & potulentorum, quæ post trigessimum a morte nobilis mariti supersunt, & viduæ ejus debentur, & vulgo dicuntur **alle gehoffte Speisen, oder was zur Hoffweise angeschaffet.** Quæ intra trigessimum consumta sunt, cibaria minuunt, ut ratione illorum vidua nihil petere possit Carpz. *P. 3. C. 34. def. 3.* Quæ huc pertineant, juxta seriem alphabeticam recentet Struv. *ad Anton. Matthæi de success. p. 414. seqq.* De eo autem maxime dubitatur, an frumentum, quod debetur **aus denen Korn-Pächten**, non quidem realiter solutum & illatum, sed cujus dies jam tempore mortis mariti cessit, huc referri debeat? de quo vid. responsum satis amplum apud Fritsch in addit. ad Specul. Speidel. voc. **Korn-Pächte**, ubi affirmativa multis rationibus defenditur, quamvis alias tantum frumentum huc referatur, **wenn es bey Lebzeiten des Mannes in die Scheune gebracht** Carpz. *P. 3. C. 34. def. 4.* In Marchia hæc comestibilia plane incognita sunt, posset tamen hæc quæstio moveri, si maritus nobilis Marchicus in pactis dotalibus hæc promississet, **daß wenn sie seinen Tod überleben, und in den Witwenstand gesetzt werden solte, sie alsdann aus seinen Gütern die Gerade, Morgengabe und Mustheil, wie solches denen Adelichen Witwen in Sachsen zustehet, auch allhier in der Mark zu genießsen haben solle**, an ita vidua Marchica hæc jure exigere possit? Quod asserui in *diff. de vidua nobili March. C. 11. n. 88.* cum pacta talia derogent consuetudini Marchicæ,

chicæ, id quod disertis verbis provisum in *Constit. March. de success. conjug.* his verbis: was in der Ehestiftung von beyderseits Freundschaft bedinget, verbriefet und beschlossen, das eines dem andern übergiebet, nach seinem Tode an Gelde, fahrender Haabe oder Vortheil an liegenden Gründen zum voraus zu haben, soll bey Macht kräftig bleiben.

TIT. II.

DE AURO, ARGENTO, MUNDO, ORNAMENTIS, UNGUENTIS, VESTE, VESTIMENTIS ET STATUIS LEGATIS.

§. I.

De argento legato an pecuniam continet?

Si certum pondus argenti legatum, nec certum genus argenti 12. oder 14. lötiges Silber expressum est, heres pecuniam numeratam, quatenus in ea eadem est æstimatio, dare potest, quia magis quantitas legata censetur l. 19. §. 1. b. r. Alias si omne aurum & argentum legatum est, licet quicquid auri argentique relictum sit, legato contineatur, sive factum sive infectum, pecunia tamen signata legatario haud debetur l. 1. §. 1. b. r. quia nomen sui generis separatum habet. Hodie tamen numeratam pecuniam deberi quidam, maxime Galli Jcti voluerunt, id quod quidem idioma Gallicum admittit, sed a vernacula nostra maxime alienum est. vid. *Grœneweg. ad l. 27. §. 1. b. r.* *Simon van Leuwen. cens. for. lib. III. tit. 8. n. 5.*

Pecunia legata, cujus temporis bonitas inspicienda sit?

§. II. Quod si speciatim certa quantitas pecuniæ legata sit, admodum dubitatur, an bonitas, quæ fuit tempore conditi testamenti, an vero quæ est tempore mor-

mortis, inspicienda sit? Posterius vel ideo dicendum videtur, quod tempore mortis dies legati cedat, *l. 28. quand. dies legat. & cum eo tempore demum deberi perfecte incipiat, ejus quoque temporis bonitas inspicienda videtur, quorsum quoque collineare videtur l. 9. ff. b. r.* Verum in alia omnia ivit Finckelthaus. *Obs. 27.* cujus fundamenta merito præferenda, cum satis in jure declaratum sit, tempus testamenti conditi esse præferendum. Nam in *l. 7. b. r.* disertis verbis dicitur: *id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset, quis præsens tempus* (scil. quo aliquis disponit) *semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset.* Huc etiam collineat *l. 40. in pr. b. r. l. 41. §. 4. de leg. 3.* Neque enim testator de futuro tempore cogitasse videtur, sed potius de eo, quo disposuit. *Conf. Gail. 2. Obs. 73. n. 4. Besold. P. 2. conf. 67. n. 15. seqq. Schultzius de oblat. & ob sign. pecun. c. 4. n. 10.* atque secundum hanc sententiam commodam interpretationem accipit *l. 9. b. r.* cum per præsens tempus illud denotetur, quod tempore dispositionis fuit, uti clare apparet ex *l. 7. b. r.* Et hanc sententiam variis præjudiciis exornat Finckelthaus. *obs. cit. n. 29. seqq.* Hoc tamen limitandum arbitror, modo adhuc pecunia ex legato petatur; secus enim est, si desuper transactum fuerit, cum ita ex nova causa debendi peti debeat, prout respondimus *Menf. Mart. 1695.*

Es will zwar das Ansehen gewinnen, daß der Herr Obriste Rat. dub. von Arnheim die verglichene 11000. Thlr. an dergleichen guten Sorten zu zahlen verbunden sey, in welchen tempore conditi testamenti der valor monetæ gewesen, indem bekannt, quod in omni negotio initium actus sit inspiciendum. *L. si procuratorem 8. ff. mandat. L. Si tantum 12. ff. ad Sc. Maced. Besold. part. 5. consil. 238. n. 38. Peck. ad Reg. l. 81.* Nun nehmen aber dieselbe 11000. Thlr. ihr

Ll ll ll 3

Pria

Principium nicht ex transactione, sondern ex testamento, welche obligatio testamentaria per subsequentem transactionem nicht gehoben. *L. fin. c. de Novat.* Und weiln der älteste Sohn acceptando successionem ex testamento mit denen andern Geschwistern tanquam legatariis quasi contrahiret, und sich zu Auszahlung der in testamento vermachten quanti verbunden hat. *f. 5. f. de Obligat. qua ex qu. contr.* In casu mutatæ bonitatis monetæ aber rechtens, quod ad tempus contractus vel quasi contractus sit respiciendum, tam ratione sortis, quam usurarum. *Carpz. lib. 5. R. 93. Matth. Berlich. part. 2. concl. 36. num. 5.* Imo in specie quoad bonitatem pecuniæ legatæ inspiciendum esse tempus conditi testamenti, prolixè probat *Schulz. de obligat. & ob sign. pecun. c. 4. num. 10.* Und dahero auch, wenn die Dispositio pecuniæ obligatæ den effectum solutionis haben solt, allerdings nöthig ist, ut pecunia offeratur proba & in eadem qualitate seu bonitate, quæ fuit tempore contractus. *Menoch. de Arb. Jud. Quæst. libr. 2. cas. 232. num. 24. Freier. de solution. c. 7. membr. 7. n. 205.* welches allhier nicht geschehen, und deshalb, weiln mit der Depositione der Gebühr nach nicht verfahren, die hiedurch verursachte Unkosten nicht von dem Herrn General-Lieutenant, sondern dem Herrn Obristen von Arnheim dem Ansehen nach abgestattet werden müssen.

Rat. Decid.

Weiln aber dennoch die dem Herrn General-Lieutenant und dessen Geschwister im Testament vermachte Gelder ratione quanti annoch in illiquido beruhen, also, daß darüber ein Vergleich getroffen werden müssen, Kraft welches Vergleichs der Herr Obrist dem Herrn General-Lieutenant alles in allen, so wohl seiner, als der ihm vermachten Erb-quotæ halber 11000. Thlr. zu zahlen versprochen, und hierbey, da es Reichs-Ethalter seyn sollen, mit keinem Worte ermahnet, und dahero, daß nur Courent-Münze darunter verstanden seye, zu præsumiren, *pretia enim secundum communem usum æstimanda, L. Pretia 63. ff. ad L. falcid. & in dubio pro minori summa præsumendum, seu illi nummi promissi videntur, qui exiguiores sunt. L. Nummis 75. ff. de leg. 3.* Die erfolgte transaction auch von solcher Wirkung, daß sie Rei judicæ

tæ æquiparirēt wird. *L. 20. Cod. de transact.* Adeo ut nec Imperiali Rescripto, nec novorum Instrumentorum prætextu rescindi possit, *L. 16. & 19. C. dict. tit.* und ob dadurch gleich die vorige Action ex testamento ipso jure nicht gehoben, oder novjret worden, so entsteht doch daraus eine Exceptio Doli, welche dem Herrn General-Lieutenant, wenn er ex testamento annoch klagen wolte, entgegen stehen würde, *L. 17. & 28. C. de transact.* Lauterbach. *Colleg. Theor. Pract. ad ff. tit. de transact. Tb. 29.* Und solcher gestalt der Herr Obriste ein mehrers als die verglichene 11000. Thlr. an dergleichen Münze, wie sie tempore transactionis gewesen, zu zahlen nicht verbunden, wozu er sich auch offeriret, hingegen der Herr General-Lieutenant manifestam in accipiendō moram committiret, in welchem Fall die Depositiō pecuniæ allerdinge statt findet, zumahl die Obligatio vorher, so wohl judiciale als extrajudicialiter, geschehen, Schulz. *de Oblat. & obfignat. Pecun. c. 4. n. 26.* Freier. *de solut. c. 7. membr. 7. n. 290. seqq.* Und solche Depositiō vim plenæ solutionis hat, und den Debitorem ab obligatione gänzlich liberiret, *L. Obfignatione 9. C. de Solut. L. acceptum 19. C. de Usur.* adeo ut omne periculum postea contingens in Creditorem non acceptantem redundet. *Id. in L. acceptum 19. C. de usur.* Freier. *de Solut. dict. membr. 7. n. 220.* Schulz. *de oblat. c. 5. n. 8.* Und also um so vielmehr der Cursus usurarum dergestalt sistiret wird. *Vultejus V. 3. Conf. Marburg. 21. n. 294.* Schulz. *d. c. 5. n. 5.* Welche Zinsen der Herr Obrist auch ohne dem zu zahlen nicht wäre verbunden gewesen, weiln der terminus solutionis, nemlich die conditio nuptiarum niemahls erfolget, und also demselben keine mora bezumessen, *qua cessant usuræ, L. 27. & seqq. ff. de usur.*

So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß der Herr Obrist Declis. von Arnheim durch gerichtliche Deponirung der 11000. Thlr. sich von allem Anspruch, an Capital, Lage und Zinsen gänzlich befreiet, und der daraus entstehende Schaden, so wohl an Depositiōns-Rosten, als sonst, dem Herrn General-Lieutenant allein oblieget, dieser auch nunmehr dem Herrn Obristen völlig zu quittiren, und allem fernern Anspruch zu renunciiren verbunden ist.

§. III

Voce Baarschaft legata censetur pecunia.

§. III. Quodsi quis legavit seine Baarschaft, itidem pecuniam signatam legasse videtur Pruckmann. *vol. 2. cons. 5. n. 205.* non vero universum patrimonium, imo ne quidem omnis pecunia intelligitur, sed tantum *numerata & parata*, unde apparet, vocem Baarschaft, strictiori sensu capiendam esse, ac quidem *pecunia*. Strauch. *in Lexic. part. juris voce Baar.* Proinde sub hoc legato non comprehenduntur die ausstehende Schulden Pruckmann. *cit. l. n. 150. seqq.* Carpz. *P. 3. C. 13. def. 34.* multo minus die Goldstücke und medaillen, uti postmodum responso quodam declarabo. Proinde, ubi quis institutus erat in allen seinen Güthern und Baarschaften, so viel derselben über die legata vorhanden, & fideicommissum tantum in denen Baarschaften constituit, cetera bona fideicommissio hoc non comprehenduntur Berlich. *P. 2. decis. 262. n. 12.* nisi aliunde appareat, testatorem voce hac universum patrimonium indigitare voluisse, uti declarat plenius Berlich. *cit. l. n. 13. seqq.* Conf. Hahn. *ad Wesenb. tit. ad Sc. Trebell. in adducto responso*, ubi multa congescit, quæ ad hanc materiam de legato, der Baarschaft pertinent. Pro hujus materiæ illustratione quædam præjudicia adducam, quæ lucem rei adferre queunt. Sic Mens. Maj. 1680. in Facultate Viadrina ita respondimus ad quæstionem:

Quæstio.

Weil der Testator von seiner Baarschaft der Wittwen 6000. Thlr. das übrige aber so zum wenigsten 1000. seyn würden, seinen Bettern überlassen, so wird gefragt, ob wenn solche 1000. nicht übrig seyn sollten, die auf 1000. und mehr lautende Obligationes zu denen Baarschaften zu rechnen, oder wem sonst die Obligationes zustünden?

Di

Ob nun zwar wohl das Wort pecunia general ist, und auf alle des Testatoris Güter extendiret werden kan, *l. pecunia 178. l. 222. ff. de V. S.*

Weil aber dennoch der Testator nicht von seinem Gelde, sondern in specie von der Baarschaft disponiret, sub nomine der Baarschaft aber die ausstehende Schulden nicht verstanden werden, per tradita Carpz. *P. 3. C. 13. def. 34.* So müssen sothane Obligationes bey dem instituirten Erben bleiben **B. R. W.**

Similiter Menf. Maj. 1697. ita responsum fuit: Wegen der befindlichen Goldstücke, ob selbige in die Theilung gehören, scheineth zwar dahero zweifelhaftig zu seyn, weil die Baarschaft nicht in die Theilung kommt, die Goldstücke aber ebenfals ob signaturam publicam Geld seyn, und also von der Baarschaft nicht separiret werden können, continet enim pecuniæ appellatio tam aurum quam argentum Guid. Papæ *decis. 492. n. 1. Card. Tusch. Pr. concl. lit. P. 20.* Weil aber in statutis Pomeranicis nicht excipiret wird alles Geld, sondern alle Baarschaft, quod pecuniam numeratam denotat, cujus appellatio strictior est, Aug. Barbosa *de appell. verb. signif. voc. pecun. n. 5.* & in specie pecunia quæ exponi solet, & nummi, qui præsidii causa habentur, sibi opponuntur *l. si cborus 79. §. 1. de leg. 3.* über dem die Goldstücke nicht wie ander Geld ex charactere imposito sondern aus dem Gewichte und eines jeden æstimation haben, so erachten wir, daß selbe unter der Baarschaft nicht können verstanden werden.

§. IV. Circa legatum *ornamenti* observandum, utrum in genere legetur, an vero tantum certa ejus species. Priori casu eo referri debent, quibus mulier ornatur, veluti in aures, armillæ, viriolæ, annuli, præter signatarios, der Petschier- und Trau-Ring, quia nec annuli pro-

Legatum ornamentum in genere.

Contin. III.

M m m m m m nubi

Legatum des Schmuckes, an idem cum legato ornamentu?

nubi ad ornandum, sed in alium finem parantur. Huc etiam referuntur aurum, gemmæ, lapilli &c. Interim strictior videtur esse vox Germanica der Schmuck, ut tantum comprehendat Perlen, Juwelen, Edelgesteine, Ohren-Ringe, Hals-Band, und andere güldene und Diamantene Ketten, Bruststücke, güldene Ringe &c. De jure Romano autem plura ad ornamenta muliebria referuntur, quæ apud nos zum Schmuck referri nequeunt, veluti vittæ, mitræ, anademata, quæ ornamenta capitis constituunt l. 26. inf. b. t. semimitræ, calautica, l. 25. §. 10. vel ut alii legunt calantica, h. e. tegmen muliebre, quod capiti innectitur Brisson. de verb. signif. voce calautica. Porro acus cum margarita, reticula, quæ itidem est tegmen capitis muliebre, & denique crocasantia; quæ itidem ejusmodi ornamentum capitis denotant. Verum hæc, quæ in jure ad ornamenta capitis referuntur, haud pertinent zum Schmuck, sed peculiari nomine dici solent der Pus, der Kopf-Pus, adeoque cum inter Germanos nomen sui generis separatum habeant, minime referri debent zum Schmuck, sed separanda sunt, ut aliud sit legatum des Schmuckes, aliud des Pusēs.

Si certa species ornamentu legatur.

§. V. Quodsi certa tantum species ornamentorum legatur, in hac subsistendum est, veluti ubi Kleinodiæ legatæ sunt, quo casu gemmæ legatæ censentur, sed non margaritæ l. 18. §. 19. b. t. Atque ita respondimus Mens. M.ij. 1679. ad quæstionem: Ob die verhandene Perlen unter die Kleinodien gehören? hoc modo: Es scheint zwar, daß solches daher zu affirmiren sey, weil sub appellatione der Kleinodien allerhand pretiosa verstanden werden Gothofr. Anton. disp. feud. 1. 1b. 2 lit. a. Weil aber dennoch die margaritæ oder Perlen bey denen JCtis weder unter dem nomine lapillorum noch gemmarum begriffen werden,

l. 19.

l. 19. §. margaritas 18. de aur. & arg. leg. sondern separatim ad ornamenta mulieris gehören *l. f. §. f. ff. eod.* auch der communis usus loquendi & consuetudo Regionis die Kleinodien nur von zusammengesetzten Edelsteinen versteht, oder doch zum wenigsten die Perlen nur als den dahin referiret werden, wenn selbe unter andere Edelsteine versetzt sind *arg. l. Scia. 6. §. 1. ff. eod.* consuetudo autem regionis & usus receptus in explicatione rei dubiæ attendi debet *l. 50. in f. ff. de leg. 1. l. 21. §. 1. ff. qui testam. fac. possunt.* So halten wir davor, daß die Perlen unter den Kleinodien gestalteten Sachen nach nicht können verstanden werden. Sic etiam dubitatum eo tempore fuit, an sub voce der Kleinodien comprehenderentur die Krohn-Stifte, ubi hoc modo responsum fuit: Die Frage betreffend, wie es mit den Krohnstiften zu halten, erachten wir, weil in Pommern von allen Erb- und allodial-Güthern an todter und lebendiger Haab, beweg und unbeweglichen Güthern die Helfte der Wittwen zustehet, und davon nichts als Baarschaft, Kleinodien, Ketten, Kleider, Bücher, Rüstung excipiret werden, *concl. Pomer. tit. 14. concl. 1. sq.* die Krohnstifte aber zu keiner vorangezogenen specie, salva proprietate vocabuli, referiret werden können, sondern separatim ad ornamenta muliebria gehören, *arg. l. 25. §. 10. de aur. & arg. leg.* und also bekandt, quod exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, daß daher die Krohnstifte nicht excipiret, sondern als andere Erb-Güther zu consideriren.

§. VI. Legatum mundi continet omne illud, quo mulier mundior fit, quorsum Romani retulerunt specula, matulas, unguenta, vasa unguentaria, lavationem, riscum. Sed cum tam ornamenta muliebria, quam mundus muliebris, eorumque nomina quotidie mutantur, facile admitto in his dijudicandis non tam ad jus Romanum, quam ad mores locorum recurrendum esse, quod

De legato mundi.

hic vel illic mundi vel ornamenti loco reputent feminæ. Imo de legato mundi forsan rariora exempla occurrent, cum rarissime mundus muliebris legari soleat.

De vestibus
legatis.

§. VII. Vestes ubi in genere legantur, censentur quoque vestes festivæ & ad ornatum præparatæ legatæ, Carpzov. *P. 3. C. 13. def. 24.* Proinde etiam si vel maxime omnes vestes viduæ legatæ fuerint, etiam viriles legatæ censentur, cum possit legataria illas vendere, vel alias in suos usus applicare, Brunn. *ad l. 23. b. t. n. 3.* Regulariter vero non veniunt ornamenta muliebria, quæ diversam speciem constituunt Richter. *decis. 37. n. 20.* Conf. Klock. *in supplem. conf. 8.* ubi plenius de his disquiritur. Ulterius dubitatur, an vero etiam hoc legato contineatur materia scissa, sed nondum consuta & consummata, sed adhuc apud sartorem existens? affirmat hoc Peckius *de testam. conjug. lib. 5. c. 14.* Bartolus *ad l. 22. ff. b. t.* Borquin. Cavalcan. *de usufr. mul. relicto sect. 1. n. 18.* Gross. *recept. opin. P. 1. qu. 21. n. 1.* Menoch. *lib. 4. præf. 161.* ob pleniorum ultimarum voluntatum interpretationem *l. 12. ff. de R. J.* Probatur hæc sententia ex *l. vestimentum 22. ff. b. t.* ubi dicitur: *vestimentum esse id, quod de extum est, et si defectum non sit.* Conf. disp. nostr. *de jure vestiav. c. 5. n. 2. sqq.* Quamvis vero Schilt. *ex 39. §. 100.* ex adducto textu hanc sententiam haud probari posse asserat, ipsam tamen decisionem in dubium non vocat, pannus enim, ait, secundum mensuram scissus vestis nomine venit *ein zugeschnitten Kleid*, neque alium facile usum præstat. Conf. Berlich. *P. 2. decis. 286. n. 7.*

An differentia
sit inter lega-
tum vestimen-
torum & vesti-
tus?

§. IIX. Vestes an vestimenta legentur, nihil refert, ait Jctus in *l. 23. pr. b. t.* sed omnino aliquid refert, utrum legetur vestitus, an vestimenta, *die Kleidung, oder die Kleider.* Prius contingit, si testator dixerit, *daß er Titio jährlich die Kleidung vermache, wenn er es von nöthen,* hoc casu etiam heres tantum vestes necessarias præstare debet,

bet, pro qualitate legatarii determinandas, veluti si quis uxori annum vestitum legaverit, præstandæ erunt juxta statum vidualem Carpz. P. 3. C. 13. def. 24. n. 5. Berlich. P. 2. decis. 286. n. 5. Pluribus de hoc themate egi in diff. de jur. vestiari. c. 5. n. 8. sqq.

§. 1X. Quod si certa species vestium, ut virilium, legata est, muliebres haud continentur, nec hodie dubium illud moveri potest, quod injicit J Ctus in l. 33. ff. b. r. quod etiam sint vestes viriles, quæ etiam mulieribus convenientes sint, & muliebres, quibus quis quasi virilibus uti possit, quia hodie vestimenta ita sunt distincta, ut lis desuper moveri haud possit, de quo alia occasione Mens. Maj. 1697. ita respondimus ad quæstionem: *Ob des defuncti mariti von seines Batern Schwester ererbete Kleidung mit zu theilen? Ob zwar die Kleider von der Theilung expresse excipiret. Weil aber dennoch solches nur von denen Mannskleidern zu verstehen, welche nicht unbillig bey andern des Mannes Erben bleiben, allhier aber von den Frauens. Kleidern, so der Mann ererbet, gefraget wird, welche zwar wohl quoad proprietatem des Lehnmanns Kleider können genannt werden, sed non quoad usum loquendi, da ererbete Frauens. Kleider niemahls des Lehnmanns Kleider genannt werden, nisi forte ipse muliebribus vestimentis sit usus l. inter vestem 33. ff. de aur. & arg. leg. quod moribus nostris absurdum est. Dahero iestgedachte Frauenkleider pro non exemptis a divisione, sondern andern des Mannes Erbstücken gleich zu achten.*

De vestibus virilibus legatis.

Responsum.

TIT. III.

DE LIBERATIONE LEGATA.

§. I.

Liberationis legatum est, quando debitoribus ea, quæ debent, legantur l. 1. pr. b. tit. vel etiam chirographa

Usus hujus tituli.

Mm mm mm 3

aut

Legata debitori liberatione hodie acceptilatio non est necessaria.

aut cambia, quod legatum quin etiam hodie insignem usum præbere possit, nemo unquam in dubium vocabit. Potest autem liberatio legari vel *in totum vel ad tempus*. Priori casu si quidem reo legata est, fidejussori quæque prodest *l. 2. pr. b. t.* & proinde olim reus per *acceptilationem* liberandus erat, quo ipso jure liberetur debitor & fidejussor, quod hodie non necessarium est, sed sufficit quietantia, quibuscumque verbis concepta, quippe quæ idem operatur, quod olim solennis acceptilatio. È contrario si fidejussor donationis causa intervenerat, vel ad eum pecunia pervenerat, & ipse reum dederat vice sua, olim tantum legatarius pacto liberandus erat, ne hoc fidejussori prodesset, quia pacta liberatoria non æque ipso jure debitum tollebant, uti acceptilationes. Verum hoc discrimen cum hodie haud receptum sit, nequidem hoc casu pacto opus sit, vel si quietantia detur, ita concipienda est, ut *in personam* tantum liberatio, non *in rem* concipiatur. Quod si fidejussori liberatio erat relicta, is tantum pacto liberabatur, nisi forsan revera ipse reus fuerit, quo casu acceptilatione liberandus erat *l. 5. §. 1. b. t.*, quod discrimen rursus hodie ad hunc casum applicari nequit. Similis farina olim erat quæstio, si damnatus erat heres filium liberare, utrum acceptilatione an pacto filius esset liberandus? Nam priori casu pater quoque liberabatur, non posteriori *l. 5. §. 3. b. t.* Quæstio hæc vel ideo hodie erit otiosa, quia peculia profectitia rarissima apud nos deprehenduntur, & si vel maxime occurrunt, ipsa adducta diversitas applicatione destituitur. Quod si tamen filius contraxisset, & in rem patris versio concurreret, facilius quæstio hodie moveri posset, an liberatio filio legata patri prodesset, quod secundum *l. 5. cit.* decidendum. Ex
inde

inde facile judicari potest, quid dicendum sit de casu, si duo sint correi debendi, & uni legatum sit? Si quidem huic soli prodesse voluit, alter non liberatur; alias si focii sunt, alter quoque liberandus est, & ita olim quoque hoc casu acceptilatio, illo vero pactum requirebatur *l. 3. §. 3. b. 1.* Posteriori casu si ad tempus liberatio legata, usuræ remissæ censentur. *l. 8. §. 2. b. 1.*

§. II. Ceterum si certa quantitas tanquam debita alicui legetur, veluti: *Titio centum, quæ ei debeo, lego,* & tamen legatarius nihil debeat, nihilominus, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti, quod comprehensum est, potest, quod quoque hodie obtinere, patet ex doctrina Carpzovii *P. 3. C. 9. def. 22.* Nam, prout supra jam dictum est, non raro testator scienter falsam demonstrationem adjicit, quo tamen casu voluntas ejus indubia adest, quod ei tantam summam legare voluerit, & ideo merito præstanda est.

An hodie, si nihil debeatur, legatum tamen sit utile?

§. III. Quamvis vero debitor, cui liberatio legata, satis tutus esse videatur exceptione, consultius tamen adhuc hodie pro eo est, ut eum liberet per quietantiam, chirographumque ei restituat. Id quod si recusat, concedunt ei hodie remedium ex *l. si contendat 28. ff. de fidejuss.* vi cujus petit, ut heredi perpetuum silentium imponatur. Sed convenientius ageretur hoc casu ex *l. diffamari C. de ingenuis manuiss.* quia in priori remedio provocans supponeret, heredi actionem adhuc competere, quæ tamen ob exceptionem obstantem inanis est, & ita in effectu competere non videtur, unde potius ex altero remedio agendum, quod negat, alteri jus agendi amplius competere. vid. Cæsar Contardus *ad L. diffamari n. 121. seqq.*

Modie datur remedium ex *l. si contendat* legatario, in casu liberationis legatæ.

TIT.

TIT. IV.

DE ADIMENDIS VEL TRANSFERENDIS
LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

§. I.

Quomodo le-
gatum adima-
tur?

Legata & fideicommissa adimi possunt *nuda voluntate*, ut dicitur in *l. 3. §. 10. b. 1.* adeoque nihil interest, inducatur, quod scriptum est, an adimatur *l. 16. b. 1.* Imo nudam voluntatem sufficere vel inde patet, quod secundum *l. 20. b. 1.* ademptio habeat effectum, licet vel maxime in eum translatum sit, cum quo nobis testamenti factio non est, quorsum etiam collineat casus in *l. 24. §. 1. b. 1.* Unde facile jam decidi potest quæstio, an ad ademptionem legati hodie quinque testes necessarii sint, quod affirmat Struv. *ex. 35. §. 81.* Carpzov. *P. 3. C. 4. def. 31. in f.* Esbach. in Carpz. *cit. l.* qui maxime illo ducuntur argumento, quod in legatorum & fideicommissorum constitutione ad minimum requirantur quinque testes *l. f. C. de codicill.* ergo etiam in eorum ademptione *arg. l. 35. de R. J.* Verum ex hætenus adductis textibus liquidum & manifestum est, solam & nudam voluntatem sufficere ad adimenda legata, quæ voluntas haud foret *nuda*, si quinque testes desideraret. Imo cum sola præsumpta voluntas contraria sufficiat ad alimenta legata, quæ tamen fallere potest, multo magis *expressa*, coram duobus testibus declarata & ita satis certa, effectum habere debet. Voluntatem autem præsumptam sufficere, patet ex *l. 3. in f. & l. 31. §. 1. b. 1.* ubi propter inimicitias capitales legata alimenta præsumuntur, cum hostis hostem beneficio adficere non præsumatur. Neque *arg. l. 35. de R. J.* tanti robo-

roboris est, ut in contrariam sententiam transeundum sit, cum facilius actus destruat, quam construatur, neque semper eadem solennia necessaria sint in constructione, quæ in ejus destructione, quin quod lex adducta tantum primario de *obligationibus* intelligi debeat, uti ostendit Jacobus Gothofredus in *Comm. ad R. J. ad cit. l. 35.* Conf. Schneidewin. *ad J. b. t. n. 10.* Wesenbec. *b. t. n. 3.* Confirmata est hæc sententia in jure Prutenico *lib. V. tit. 8. art. f. §. 1.* Zu dem mag auch solche Entziehung und Uenderung der legaten wol ohn ein Testament und codicillen geschehen, wenn nemlich der Testirer solchen seinen letzten Willen für zween oder mehr Bezeugen wiederufft.

§. II. Quæ cum ita sunt, asserendum quoque est, An nuda scheda sufficiat? nudam schedulam testatoris ad hoc sufficere, quod etiam concedit Carpov. *P. 3. C. 13. def. 19. n. 1.* licet, ut §. *antec.* observavi, alibi quinque testes requirat. Interim sine dubio hæc sententia præferenda est, cum ad revocationem legatorum nuda voluntas contraria, quomodocunque declarata, sufficiat, quæ non tantum duobus testibus, sed etiam schedula testatoris sufficienter probatur, modo de hujus manu constet. Imo & juramenti delationi inter heredem & legatarium hic locum esse existimo, vid. Baldus *ad l. f. C. de fideic. n. 23.*

§. III. Jam antea dictum est, etiam sola præsumpta voluntate contraria legata tolli. Unde quæritur, an etiam inimicitis interpositis fideicommissum vel legatum non debeat? & si quidem capitales vel gravissimæ inimicitiz intercesserint, ademtum videtur, quod relictum est; sin autem levis offensa, manet fideicommissum *l. 3. in f. b. t.* quod etiam dicendum est, si iterum in amicitiam redierunt, & pœnituit testato-

Contin. III.

N n n n n

rem

rem prioris offensæ, quia sic relictum redintegratur *l. 4. b. t.* Capitalis autem inimicitia inprimis nascitur ex accusatione legatarii, quod adeo extenditur, ut, si vel maxime testator post institutam accusationem codicillos fecerit, nec ademerit legatario legatum, haud tamen debeat, si postea accusatio calumniosa deprehendatur *l. 31. ff. 2. b. t.* De praxi hujus doctrinæ vel ideo dubitat Grœnewegen *ad l. 22. ff. b. t.* quod quemadmodum donationes ex ingratitude aliisque gravissimis causis ita demum evertuntur, si fuerint in iudicio dilucidis argumentis cognitionaliter adprobatae; e contrario si ipse, qui hoc passus est, tacuerit, heredes eo nomine donationem revocare non possint *l. f. C. de revoc. donat.* ita & testator, qui potuit mutare testamentum, & id non fecit, prioris offensæ pœnituisse injuriamque remisisse videatur. Verum hoc argumentum non praxin probat contrariam, sed ipsam decisionem juris civilis impugnat, quanquam minime concludat. Argumentum enim a donatione semel perfecta revocanda, ad ademptionem legatorum demum per mortem confirmatorum non stringit. Difficilius utique donationes revocantur, quæ semel perfectæ fuerunt; ast cum legata ex *sola voluntate* defuncti dependeant, nec legatario ante mortem testatoris aliquod jus quæsitum sit, facilius etiam contraria voluntate vel *expressa* vel *presumpta* tolli possunt. Addit vero, hoc christianæ mansuetudini, quæ super exacerbatione nostra solem occidere non finit, & christianæ charitati, quæ testatorem æternæ salutis fuisse immemorem non præsumit, magis consentaneum esse. Equidem optandum foret, ut hæc præsumptio semper de mortuis capi posset, quod injuriam remisissent, sic enim admitti posset Grœnewegii sententia;

DE ADIM. VEL TRANSF. LEG. ET FIDEIC. IORT

tia; sed quia, prout loqui amant, non omnes moriuntur Johannes Evangelistæ, in tali dubio merito contra legatarium est pronunciandum, cum heres cogi non possit, ut homini de testatore male merito legatum præstet. Accedit, quod jura indefinite concepta sint, adeoque si ex indiciis prægnantibus appareat, quod testator injuriam remiserit, tunc legatum redintegratum censetur juxta *l. 4. b. 2.*

§. IV. Præterea hæc ademptio præsumitur quod ex alienatione rei legatæ *l. 15. b. 2.* nisi legatarius contrarium probaverit *cit. l. 15. Conf. l. 8. de leg. 1.* Ita si debitor exegit nomen alteri legatum, illud exstinguitur, maxime si absque gravi necessitate pecunia exacta vel res alienata, veluti per donationem *l. 18. b. 2.* Quod si autem ex circumstantiis appareat, exactorem debiti vel alienationem fieri debuisse, legatum haud ademptum censetur, quo jure etiam hodie utimur, Carpzov. *P. 3. C. 13. def. 19.* Finckelthaus. *Obs. 108.* adeoque, uti recte Finckelthaus monet, hæc quæstio magis est voluntatis, quam juris, quæ voluntas ex circumstantiis est colligenda, de quibus vid. Finckelthaus. *Obs. 108. n. 9. seqq.* Carpz. *P. 1. decis. 68. n. 5. seqq.* Menoch. *lib. 4. præf. 168.* Mantica *de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 2. n. 19. seqq.* Mascard. *de probat. concl. 1287. n. 132. seqq.*

Quomodo et factu inducatur contraria voluntas?

§. V. Quod soli illi legatum adimatur, cui datum est, hodie nullam dubitationem recipit. De jure Romano major dubitandi ratio hic occurrebat, cum legatum sæpe alii acquireretur, quam cui relictum erat, veluti si filio vel servo, hoc patri vel domino acquirebatur. Unde quæstio olim nascebatur, an, si filio legatum esset, patri hoc adimi posset? quod tamen negarunt J Cti,

Cui legatum adimatur?

Nn nn nn 2

quia

quia patri directo hoc legatum datum non erat *l. 21. b. r.* de quo hodie nullum dubium moveri poterit, postquam legata, liberis relicta, patri haud acquiruntur. Eatenus tamen admitti potest quæstio, quando *de usufructu* quæritur, annon hic patri adimi possit in re filio legata? quod affirmatur de jure novo *Nov. 117. c. 1. ibi: hoc non solum parentibus, sed etiam omni personæ licere præcipimus.* Potest ergo hodie aliquid patri adimi, si filio legatum sit.

Quomodo
translatio
facienda?

§. VI. Quamvis vero ademptio sola voluntate fiat, translatio tamen absque interventu quinque testium nec hodie fieri potest, quia in omni translatione duo concurrunt (1) ademptio legati prioris, & (2) constitutio novi, quæ absque testibus quinque fieri nequit. Quodsi tamen translatio legati in præsentia ipsius heredis facta fuisset, tunc etiam absque ullis testibus valeret per *l. f. C. de fideicomm.* quæ etiam in *legatis* locum habet, ut ostendit *Dn. Harprecht. de remed. l. f. C. de fideic. c. VI. 1b. 8.*

TIT. V.

DE REBUS DUBIIS.

§. I.

De usu hujus
tituli.

Circa legata dubia plura occurrere possunt, quæ vel incertitudinem voluntatis innuunt, vel aliud obstaculum operantur, adeoque in eis discutiendis etiam hodie recurrendum ad hunc titulum, in quibus media, ad hujusmodi dubia tollenda, suppeditantur. Accedit, quod regulæ interpretandi communes hic quoque occur-

currant, quæ utique usum ingentem in præxi habent, & quotidie in decidendo adhibentur, veluti quod in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oporteat *l. 10. in f. b. r.* quod interpretatio ~~ita~~ fit facienda, ut magis valeat actus, quam pereat *l. 12. b. r.* quod potissimum ad id respiciendum sit, quid actum sit, quem in finem circumstantiæ concurrentes ponderandæ *l. 21. b. r.* quod voluntas defuncti dubia benigne interpretanda, & secundum id, quod credibile est cogitatum, accipienda *l. 24. b. r.* quod contradictoria non possint simul esse vera, quæ regula explicatur in *l. 13. §. 3. b. r.* quod pro substrata materia vox ambigua capi debeat &c. Cum itaque talia dubia frequentissime in præxi circa ultimas voluntates occurrant, plures in iis dissolvendis occupati fuerunt, qui inprimis in hac materia sunt consulendi, ut Cardinal. de Mantica *de conject. ultim. vol.* Simon de Prætis *de ultimatum voluntatum interpretatione* Joh. del Castillo *de conject. ult. volunt.* aliique, qui de significationibus verborum & rerum scripserunt.

§. II. Sic, ut tantum exemplo usum hujus doctrinæ demonstrarem, si duobus Titius separatim legavit, & uni ademit, nec apparet, cui ademtum sit, utrique legatum debetur, quia ademptio non potest habere effectum; quemadmodum & in dando, si non apparet, cui datum sit, dicemus neutri legatum, ait Jctus in *l. 3. §. 1. ff. de adim. vel transf. leg.* Eodem modo si quis de pluribus unum manumitti voluerit, nec apparet, de quo manumittendo testator senserit, nulli eorum fideicommissaria competit libertas *l. 27. b. r.* quia de voluntate testatoris non factis constat; imo illis quidem non jus deficit, sed probatio *l. 30. de testam. tus.* De præxi harum decisionum dubi-

Quid si dubium sit, cui legatum debetur?

Nn nn nn 3

tat

tat Grœnewegen *ad l. 3. cit.* putatque, jure novo ambos legatum accipere, ut nemo commodo testatoris privetur. Sic quoque *ad l. 30. cit.* observat, jure novo, in casu ejusmodi dubio utrumque tutorem admitti, si non constat, de quo Titio testator senserit, per *l. 4. C. de V. S.* verum, prout jam supra monui, in *cit. l. 4.* hæc quæstio plane haud deciditur, sed de sensu illius formulæ: *illi aut illi do, lego*, tantum sollicitus est Imperator, ostendens, quod particula *aut* sæpissime copulative accipi debeat. Unde merito decisionibus adductis hodie insistendum est.

De commorientibus.

§. III. Inprimis vero dubium circa ultimas voluntates & successiones oriri potest ex casu plurium commorientium, de quo in *l. 8. seq. b. r.* agitur, quos casus cum perspicue & plenissime in *rr. de success. ab int. diff. X.* resolverim, paucis tantum de illis hic agendum est. Quando parentes cum liberis simul obierunt, leges constituerant, quid in dubio circa successionem statuendum sit. Scilicet distinguitur in *l. 9. in f. b. r.* utrum liberi puberes an impuberes fuerint: priori casu parentes, posteriori vero impuberes prius mortui censentur. Nec alio jure nos hodie uti, probant præjudicia apud Finckelhauf. *Obs. 52.* Conf. Berlich. *P. 3. concl. 27. n. 38.* Neque hic distinguendum est inter sexum diversum, utrum mater cum liberis, an pater cum filiabus simul perierint, uti ostendi *cit. diff. 10. c. 2. §. 12.* quæ etiam quoad hunc effectum anno duodecimo puberes censentur, uti ex præjudicio apud Carpzovium *P. 3. C. 17. def. 10. in f.* constat. Conf. Richter. *P. 1. decis. 51. n. 3. & de success. ab int. sect. 1. n. 4.* Si cum filio suo libertus simul perierit, intestato patrono legitima defertur hereditas, si non proba-

batur supervixisse patri filius, rationem hujus præsumptionis JCtus deduxit ex fonte reverentiæ in *l. 9. §. 2. b. r.* Sed hodie hoc dubium emergere non potest, cum tale jus patronatus foris nostris incognitum sit.

§. IV. Solet quoque hoc dubium oriri, ubi sub De conditione
si supervixerit? conditione, *si supervixerit*, legatum relictum est, veluti si testator sororis suæ liberis 200. florenos legat, sub conditione, si ipsemet supervixerit sorori suæ. Sororibus simul extinctis, quæstio oritur, an conditio existisse videatur? Quod affirmat Carpz. *P. 1. decis. 19.* propter *l. 7. §. 7. ad Scrum Trebell.* & propter favorem ultimæ voluntatis, pro cujus conservatione in dubio pronuntiandum est. Hæc conditio quoque nonnunquam tacite subintelligitur, uti in donatione conjugum, quæ non aliter confirmatur, quam si donatarius supervixerit donanti. His commorientibus valet donatio *l. 8. b. r.* quia non potest ostendi donantem supervixisse. Idem dicendum de donatione *m. c.* per *l. 26. ff. de donat. m. c.*

§. V. Similiter ex *l. 9. §. 3. b. r.* concludere solent, An uxor præ-
mortua præsumatur? quod conjugibus commorientibus uxor præmortua præsumatur, prout præjudicio probat Carpz. *P. 3. C. 17. def. 12. n. 7.* Verum hanc præsumptionem in jure non esse fundatam, fusius ostendi *cit. diff. X. c. 10. §. 3. seq.* neque enim in *cit. l. 9.* determinatur, quod uxor præmortua haberi debeat, sed quæstio tantum fuit, utrum stipulatio hæc: *si mulier in matrimonio decesserit*, in casu commorientium conjugum effectum habeat? quod JCtus vel ideo affirmat, quod omnino decesserit in matrimonio, quæ cum marito simul decesserit. Et quamvis contraria sententia Carpzovii in Hispania alibique obtineat, neu-

neutiquam tamen praxin Germaniæ universalem inde concludere possumus. vid. *diff. cit. §. 1.*

TIT VI

DE HIS QUÆ POENÆ CAUSA RELINQUUNTUR.

§. I.

Legata pœnalia hodie valent.

Legata quoque olim nullius momenti erant, quæ in pœnam heredis, ejus coërcendi causa, erant adscripta, quo minus vel magis aliquid faceret. Repugnare enim videbatur naturæ legatorum, in pœnam heredis legata relinquere, utpote quæ in gratiam legatarii tanquam donationes, non in odium alterius darentur. Cujacius *in paratitl. ff. b. t.* Et quia conditio quoque in his legatis occurrebat, inde sedulo pœnam a simplici conditione, & quidem ex voluntate & intentione defuncti, distinguebant *l. 2. b. t.* Si enim in favorem, vel legatarii vel alterius quid esset dispositum, conditionem meram continebat, & si vel maxime pœna quædam simul adjecta erat, tamen olim quoque valebat. vid. *l. 1. de penu leg. l. 1. §. 8. ad L. Falcid. l. 19. ff. quand. dies leg.* ubi tale legatum occurrit: *si penum intra kalendas non dederit, centum dato*, quo casu legata centum sub conditione esse dicuntur, quia hæc dispositio tota in favorem legatarii tendit. Si vero unice in odium heredis legata essent data, non ut testator legatario prodesset, *pœna* mera erat. Sed justinianus jus antiquum correxit, & legata pœnalia admisit, modo nihil sub illis heredi injungeretur, quod esset probrosum

DE HIS QUÆ POENÆ CAUSA RELIN. 1017

sum aut legibus interdictum *f. f. §. de legat.* ut itaque hodie legata pœnalia valida sint.

§. II. Equidem Hahn. *ad Wesenb. b. t.* hodie non amplius opus esse judicat, coërcendi heredis vel legatarii gratia pœnam adjudicare, quod per *Nov. l. c. l.* heredes, justis defunctorum voluntatibus non obtemperantes, omni commodo hereditatis priventur, & ita aliunde satis coërcentur, imo cogantur ad voluntatem defuncti implendam. Verum legata pœnalia usum ampliorum habent, quem *Nov. l. c. l.* non exhaurit. Pœna privationis ibidem constituitur in heredes, qui legata & fideicommissa exsolvere intra annum reculant, adeoque in horum favorem hæc lex lata est; sed testator etiam quædam injungere potest heredi sub pœna, quæ in nullius tendunt favorem, & unice ex præcepto defuncti dependent, veluti ne uxorem Titiam ducat, ne domicilium mutet, ne studium Theologicum deserat &c. de his casibus non disponit *cit. Nov. l.* sed tantum de legatis, fideicommissis & libertatibus præstandis, quem in finem pœnæ adjectio non adeo est necessaria, tunc vero major est necessitas, si testator ei quid injungit, quod unice heredis personam ejusque factum concernit.

§. III. Ad dispositiones pœnales merito quoque referri debet *cautela Socini*, uti communiter vocatur, quando scilicet liberis quid injungitur, hac sub conditione, ut si voluntati patris haud steterunt, tantum legitimam habeant, reliquam autem partem hereditatis perdant. Hac ratione enim coërcentur liberi, ut a voluntate patris recedere non possint, quod alias jure suo facere possent, forsân quod essent quodammodo gravati in legitima.

Contin. III.

O o o o o

de

de caut. testam. c. XVII. m. 3. §. 15. seqq. satis superque actum fuerit, rem eandem hic repetere non est necesse.

TIT. VII

DE REGULA CATONIANA.

§. I.

Ufus regulæ
catonianæ.

Hujus regulæ usus amplissimus est in ultimis voluntatibus, & ita a Celso in *l. 1. pr. b. t.* definitur: *quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret: id legatum, quandoque decesserit, non valere, vel ut Paulus ait in l. 29. de R. J. quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, vel uti dicitur in l. 201. eod. Omnia, quæ ex testamento proficiuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.* Inde concludit Licinius Rufinus in *l. 210. ff. eod. quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.* Ex his textibus inter se collatis apparet, non tantum usum habuisse hanc regulam in legatis, sed in omnibus causis, quæ ex testamento proficiuntur, & sic quoque in heredis institutione. Qui id negare ausi sunt, decepti sunt *l. 3. ff. b. t.* quæ tamen, ut ostendit Jac. Gothofr. *ad cit. l. 210. de R. J.* continuo filo legenda & ita intelligenda est, quod Regula hæc tantum usum habet in hereditate pura, cujus dies statim a morte testatoris cedit, non vero de conditionali *l. 4. ff. b. t.*

De sensu hujus
regulæ.

§. II. Sensum hujus regulæ sic circumscribit Gothofredus in comm. ad *l. 29. de R. J.* *In iis negotiis & actibus, in quibus leges pro forma statum personæ vel rei præsentis spectari jubent, vel ex quibus negotium statum seu substantiam capit, denique in quibus semel tantum velle possumus, in*
bis

his omnibus actibus hæc regula nostra locum obtinet, sive de contractibus, sive de testamentis agatur, sive de actionibus, id quod in seqq. per exempla explicat. Sed negari nequit, ita quodammodo obscurum per æque obscurum explicari, nec satis apparere, cur in his tantum, & non in aliis locum habeat. Quantum ergo conjectura assequi possum, puto usum hujus regulæ fuisse in negotiis solennibus, quæ propter suam solennitatem statim omni defectu carere debuerunt, alioquin enim ex postfacto vel ideo subsistere haud potuerunt, quod negotia solennia potissimum ex suis initiis æstimata fuerint apud Romanos. Atque huc potissimum pertinent testamenta, stipulationes l. 38. de V. O. l. 75. §. 10. eod. §. 1. J. de inut. stipul. Autoritas tutorum l. 9. §. 6. de autor. tutor. actiones l. 2. §. ult. quod jussu l. 17. pr. de furt. l. pen. de noxal. act. In aliis negotiis non solennibus usus regulæ cessavit, ut in testamentis militum §. 4. de testam. milit. in contractibus b. f. l. 41. de pign. act. l. 32. de pign. l. 22. de usuc. l. ult. com. præd. l. 4. de ritu nupt. l. 65. §. 1. eod. Porro in iis quoque negotiis, ubi usum hæc regula habet, tunc cessat, in quibus non ex præsentis negotium perficitur, sed in futurum aut a lege aut a testatore, aut a contrahentibus negotium confertur l. 2. & 3. ff. b. p. Proinde quatenus hodie negotia solennia recepta sunt, eatenus quoque usum habet; quatenus vero solennitas haud attenditur, cessat, unde est, quod in tit. de autor. tutor. supra jam observaverim, hodie sufficere, si ex postfacto tutoris auctoritas interveniat, quia hodie nulla amplius solennitas in auctoritatis interpositione desideratur, & sic quoque hæc regula ibi applicatione destituitur.

TIT. VIII.

DE HIS QUÆ PRO NON SCRIPTIS
HABENTUR.

§. I.

Legatum,
quod quis sibi
adscribit, non
valet.

Quædam legata, quæ non valent, speciatim pro non scriptis haberi dicuntur, quorsum (1) illa pertinent, quæ quis sibi in testamento adscribit *l. 1. & f. b. r. l. 6. pr. ff. ad L. Cornel. de fals. r. r. C. de his qui sibi adscrib. quod procedit, etiamsi quis sciente & volente testatore sibi legatum adscripserit l. 14. in f. l. 15. pr. ff. ad L. Cornel. de fals. Carpz. P. 3. c. 3. def. 9. n. 7. Finckelthaus Obs. 101. n. 12. adeo ut ne quidem subsistat, si vel maxime testator generali subscriptione testamentum confirmaverit l. 1. §. 8. ad L. Cornel. de fals. vel si testamentum inter conjuges fuerit reciprocum, vid. Pruckman. vol. 2. conf. 1. n. 194. Quodsi tamen specialiter illud legatum testator confirmaverit, omnino valet l. 15. §. 1. eod. Atque hoc jure quoque nos hodie uti videntur Finckelthaus & Carpz. cit. II.*

His testamen-
tum judiciali-
ter confectum.

§. II. De eo dubitatum esse memini, an hæc doctrina quoque locum habeat in testamentis judicialibus, nuncupatione confectis & a judice in protocollum redactis, si hic sibi vel filio suo legatum adscripserit? quod merito negandum esse existimo, quia tale testamentum fide publica nititur, & talis præsumtio fraudis omnino cessat, & ita Mens. April. 1710. respondimus:

Rat. Dub.

Was die des Amtschöffers Sohn vermachte 200. Rthlr. betrifft, so stehen zwar die ordinaria jura demselben entgegen, tale legatum, quod quis sibi vel filio suo adscri-

DE HIS QUÆ PRO NON SCRIPTIS HAB. 1021

scripserit, pro non scripto haberi, per *tit. C. de his qui sibi adscribunt. & ibi Dd.*

Weil aber dennoch dieser Textus und andere dergleichen jura Rat. Dec. eigentlich von denen testamentis privatis reden, nicht aber von denen publicis, præsertim nuncupativis, da alles ab ipso testatore in præsentia derer Gerichts-Personen fide publica ausgesprochen und annotiret wird, vor welcherley testamento eine grössere præsumtio veritatis ist, als pro testamento privatim conscripto, des Ampts-Schössers Sohn auch ein Tauf-Pathe, und also ein filius spiritualis des Testatoris ist, vor welchen die præsumtio miliret, quod contra testatoris voluntatem ipsi nihil adscriptum sit, zumahl da der Testator sein zu erst nuncupirtes, und nachmahls schriftlich aufgesetztes Testament selbst unterschrieben, ferner auch der Testator dieses Legatum seinem Tauf-Pathen ad studia, und also ad futurum peculium quasi Castrense vermachet, daß also dem Ampts-Schösser dieses Legatum nicht acquiriret worden, aus welcher Ursach dieses Verboth, ne quis filio suo legatum adscribat, limitiret wird, nisi forte sit filius emancipatus, cum ira patri ex legato nihil acquiratur, *L. 22. ff. ad L. Cornel. de fals.*

So sind wir daher der Meynung, daß gestalten Sachen nach Decisio. dieses Legatum nicht impugniret werden könne. **B. R. W.**

§. III. Porro pro non scripto habetur legatum, De eo, qui testamentum celavit. si legatarius celavit testamentum, & postea hoc in lucem emerferit, ut dicitur in *l. 25. C. de legat.* ut non accipiat fructum suæ calliditatis, qui voluit heredem hereditate sua privare, & qui alii nocendum esse existimavit, ipse sentiat suam jacturam. Duo ergo hic requiruntur: (1) ut legatarius testamentum celaverit *dolo & calliditate* (2) ut aliunde postea illud emerferit; quibus cessantibus, legatum subsistit, id quod ex sequente responso, *Mens. Jun. 1698.* a Facultate nostra concepto, illustratur.

O o o o o 3

Hat

Facti Species.

Hat einer von Adel Julius mit seiner Ehe-Frau Sylvia 2. Kinder, einen Sohn Cajum und eine Tochter Semproniam gezeuget, und deshalb besagte Eheleute ein gesamt Testament gemacht, und den Sohn Cajum zum Erbsolger eingesetzt, der vorgebentlich ungerathenen Tochter, Sempronix, aber ein gewisses zum Pflicht-Theil oder Kindes-quota zugeleget, und dem Testament clausulam Codicillarem angehangen. Ist darauf der Vater Julius zuerst und hernach die Tochter Sempronia mit Nachlassung eines Sohnlains Namens Mevii verstorben, welchen die Groß-Mutter Sylvia zu sich genommen, der Sohn Cajus aber an eine Adelige Dame ausserhalb Landes sich verheyrathet. Machet hierauf Sylvia ein ander Testament, und setzet ihren Sohn Cajum und ihren Enckel Mevium zu Erben ein, doch also, daß Cajus die Erb-Güter, Mevius aber ein Stück Geld haben und behalten solle, darauf die Groß-Mutter, als Mevius angewachsen, und Cajus in abgelegenen Landen gewesen, verstorben, und Mevius auf dem Hause sitzen blieben, auch die Schlüssel zu allen Schräncken, Kisten und Kästen behalten, soll auch bey selbigen gewesen seyn, bis des andern Morgens ein benachbarter Geistlicher alles versiegelt, Mevius aber inzwischen nach wie vor auf dem Hause und Gütern verblieben, bis endlich nach etlichen Monaten Cajus sich auch dahin verfüget, darauf diese beyde in Streit gerathen, und Mevius von dem Cajo den Halbscheid der Erbschaft ab intestato begehret, und deshalb Klage angestellt, und darbey erhalten, daß ihm jährlich 180. Thlr. Aliment-Gelder von Cajo zugeleget werden, da sich Cajus indessen auf das älterliche Testament beziehet. Als er aber zeit währenden Processes auch das letztere mütterliche Testament zu handten bekommen, und solches, weil er selbst der Rechte unerfahren, seinem Advocato zeigt, so wiederrathet dieser, daß man solches übergeben soll, bevor das erstere Urtheil publiciret, welches Urtheil da hinaus gefallen, daß das väterliche gesamt Testament, wegen nicht geschehener institution der Tochter zu Recht unbeständig, das mütterliche gesamt Testament aber propter agnationem nepotis rumpiret, und also Mevius zur Halbscheid beeder Verlassenschaft zu admittiren. Darauf Cajus von solchem Urtheil præstiro juramento de

non

non frivole adpellando, ad Cameram Imperial. appelliret, und inter gravamina das mütterliche zweyte Testament mit anführet, vermittelst aber dem Mevio vorgedachte 180. Rthlr. auf 250. Rthl. gerichtlich erhöhet, und wird darnach wegen der väterlichen Verlassenschaft das Urtheil voriger instanz confirmiret, wegen der mütterlichen aber das producirte Testament zur weitem Ausführung ad judicem primæ instantiæ remittiret, darauf endlich Mevius eine Privations- Klage wider Cajum angestellet, und zu behaupten gesucht, daß Cajus, weil er das letzte Testament nicht in prima instantia produciret, sondern solches suppressiret, nicht nur secundum L. 25. C. de leg. solcher mütterlichen Erbschaft verlustig, sondern auch juxta L. 2. & 16. ff. ad L. Cornel. de fals. des criminis falsi schuldig worden, und entstehet daher diese Frage:

Ob Mevii Borgeben, so wohl ratione privationis der mütterlichen Verlassenschaft, als auch ratione prætensi criminis falsi in Rechten gegründet? Quæstio.

Wann es nun gleich Anfangs das Ansehen gewinnen möchte, Rat. Dub. daß Cajus sich solcher mütterlichen Verlassenschaft allerdings verlustig gemacht, und ein falsum per suppressionem testamenti begangen, dieweil in denen citatis text. ausdrücklich enthalten, quod si legatarius celaverit testamentum & postea hoc in lucem emerferit, hoc legatum pro non adscripto habendum sit, d. L. 25. C. de leg. und daß derjenige, qui testamentum celaverit, pœna legis Cornel. de fals. solle bestrafet werden, d. L. 2. & 16. ff. ad L. Corn. de fals. Weil aber dennoch die leßtern zweene textus de eo handeln, Rat. decid. qui omnino celare intendit testamentum, keines weges aber von dem, der es hernachmahls selbst produciret, und auch der textus in L. 25. eben den sensum hat, indem die Worte & postea hoc in lucem emerferit, augenscheinlich darthun, daß allda nicht davon gehandelt werde, si ipse, qui celavit, postea producat testamentum; sondern si id emerferit, scilicet aliunde, und auch ein großer Unterscheid ist, ob das Testament von jemand suppressiret, und her-

hernachmals wider seinen Willen von jemand anders entdecket worden, oder ob derselbe, der es eine Zeitlang zurücke gehalten, solches hernachmahls aus freyen Stücken entdecket, und zwar, wie allhier Cajus gethan, in instantia adpellationis, da ja einem jeden adpellanti das beneficium verstattet wird, ut non deducta deducere & non probata probare possit, *L. per hanc 4. C. de temp. adpel.* Folglich Cajo nicht verwehret werden können, solches Testament bis dahin zu verspahren, in mehrer Erwägung, solche oben angezogene textus de eo casu reden, si quis celaverit testamentum ex calliditate, & ut alii nocere possit, *d. L. 25. ibi: suæ calliditatis it. qui alii nocendum esse existimavit.* Cajus aber solches letztere mütterliche Testament erst durante processu zu Handen bekommen, und daß er es vor publication des Urtheils nicht produciret, auf Gutachten seines Advocaten geschehen, und daher kein fraus noch calliditas zu præsumiren, zumahl da Cajo selbst dadurch ein præjudicium würde zugewachsen seyn, wenn er solches Testament hinterhalten, indem Mevius alsdann ab intestato succediret und mehr bekommen haben, als ihm im letzten Testament vermachtet, und also eine Calliditas um so viel weniger zu præsumiren da auch überdem Cajo das abgestattete juramentum de non frivole appellando zu statuten kommt, alles nach mehrern Inhalt des uns zugesandten Berichts.

So halten wir davor, daß Mevii Vorgeben, so wohl ratione privationis, als auch ratione prætensi criminis falsi in Rechten nicht gegründet. *B. R. W.*

TIT. IX.

DE HIS QUÆ UT INDIGNIS AU-
FERUNTUR.

§. I.

De usu hujus
tituli.

Varii hic recensentur casus, in quibus Fiscus hereditatem vel legatum indignis aufert, quos ordine recen-

recenset Sixtin. *de Regal. c. 13.* Multi tamen dubitant, utrum hæc doctrina in praxi obtineat, qui hodie jura fisci tanta non esse volunt, ac quidem olim, vid. Christinæus *vol. 1. decis. 200. n. 17. & vol. 5. decis. 4.* Unde apud plerasque gentes titulum hunc abrogatum esse censet Anton. Faber *de error. pragm. dec. 38. error 10.* Conf. Klock. *4. conf. 54.* Jul. Clarus *§. fin. qu. 79. n. 8. in f.* Sed de universali abrogatione hoc asseri minime potest, sed tantum de certa specie, prout supra *tit. de SCto. Syllan.* ostendi, adeoque merito assentiendum Mevio *P. 1. decis. 153.* probanti, titulum hunc nec abrogatum, nec in desuetudinem abiisse, quorsum etiam consulentes apud Klock. *vol. 4. conf. 53. seqq.* collinearunt. Conf. Brunnem. *ad rubr. hujus tituli*, ubi itidem usum ejus asserit. Vanum vero est quorundam dissentientium argumentum per *aub. bona damnatorum C. de bonis proscrip.* jus vetus immutatum esse, quæ tamen plane non pertinet ad ea, quæ fiscus *indignis* aufert, sed tantum disponit de successione ad mortem condemnatorum. Neque ex eo, quod interdum jura fiscalia negligantur, eorum abrogatio statim inferenda est, præsertim cum hodie in totum haud neglecta sint, ut præjudicia a JCtis adducta docent, & postmodum quoque ex novis manifestum fiet. Conf. Klock. *vol. 1. conf. 46. n. 21.* Heig. *P. 2. qu. 43. n. 44.* Mollerus *IV. semestr. c. 10. n. 6.* Anton. Faber *lib. 6. tit. 15. def. 4.* Sandius *lib. IV. tit. 4. decis. 5.* Sixtin. *de Regal. lib. 2. c. 10. n. 11. 59.* Quemadmodum itaque de contraria consuetudine universali non liquido constat, ita usus hujus tituli quibusdam in locis disertis verbis assertus est. Sic enim in *ordin. Magd. polit. c. 44. §. 17.* **Ob gleich einige Rechts-Lehrer in denen Gedanken stehen, es sey der *tit. C. de his, quibus ut indign. aufertur hereditas* gar nicht mehr in**
Contin. III. Pp pp pp der

der Übung, soll doch in unserm Herzogthum Magdeburg, weil selbiger titul durch seine Reichs-Constitution, noch durch eine sonderliche Sagung der hohen Landes-Obrig-keit aufgehoben, nach dessen Inhalt iedesmahl gespro-chen werden.

Indignus est,
(1) qui ingra-
tus est erga de-
functum.

§. II. Indignus itaque redditur, & consequenter legato vel fideicommissio carere debet, qui ingrati-
tatem committit erga testatorem post ejus mortem, veluti qui defunctum post mortem quasi illicitæ mercis ne-
gotiatorem detulit *l. 1. ff. b. r.* Si erga viventem adhuc
esset commissa, saltim operaretur ademtionem, & sic
legatum in hereditate maneret, ob præsumtam volun-
tatem contrariam, qua legatum ademisse videtur *l. 3. in
f. de adim. vel. transf. leg.* Sed ubi demum post mortem
hoc ingrati animi crimen sese exserit, ademtio locum
amplius habere nequit, sed legatum quidem acquirit,
ei tamen fiscus ut ingrato & indigno legatum aufert.
Exemplis pluribus hoc illustrat Peregrin. *de jur. fisc. lib. 11.
c. 8. n. 3. seqq.* Sicuti vero non quælibet levis offensa,
viventi illata, ademtionem legati operatur, ita quo-
que nec indignum reddit, sed insignis ingratitude re-
quiritur, de qua judex arbitrabitur. Sic qui viventi te-
statori aperte maledixit, & infaustas voces adversus
eum jactavit, legatum, quasi ademtum, perdit. *l. 9. §. 1.
b. r.* Ex eodem fundamento ergo tanquam indignus
legato carere debet, si infaustas voces adversus defun-
ctum jactaverit.

(2) Qui teme-
re impugnat
voluntatem
ultimam.

§. III. Aufertur quoque ei hereditas, qui temere
ultimam dispositionem defuncti impugnat, & quidem
(I) *per bonorum possessionem contra tabulas l. 2. pr. b. r.* quippe
quo remedio prætorio *iniquitatis* arguebatur testamen-
tum defuncti, qui casus indignitatis hodie vix existere
pote-

poterit. (II) *Per querelam inofficiosi* l. 8. §. 14. ff. de inoff. testam. quo non tantum testatori furor quidam, sed etiam impietas imputatur. Neceſſe autem est, ut (*) perſtiterit in hac impugnatione: ante ſententiam deſiſtens a querela non punitur *cit. l. 8. l. 13. §. f. de jur. fiſc.* (E) ut improbe & temere impugnaverit teſtamentum, veluti ſi appareat, eum juſta de cauſa exheredatum fuiſſe; qui probabili ex cauſa agit, excuſatur. Berlich. *P. 1. deciſ. 28.* Finckelth. *Obſ. 109. n. 6.* Richter. *dec. 42. n. 7. & 13.* (γ) ut nomine proprio impugnaverit. Qui vel ex neceſſitate officii aut non ſuo nomine egit, legatum non perdit l. 22. b. r. (δ) ut pro teſtamento ſit pronunciatum ob deſiciens juſ impugnantis: Si ob contumaciam ejus reus abſolutus eſt, magis ob hanc cenſetur victus, quam ob cauſæ merita l. 8. §. 14. *cit.* (III) *Per impugnacionem teſtamenti ex capite falſi* l. 5. §. 1. l. 15. l. 22. b. r. adeo ut ſi pater accuſaverit teſtamentum, denegetur ei actio ejus, quod filio legatum eſt, ſi ad ipſum emolumentum l. 5. §. 3. b. r. e contrario ſi filius famil. teſtamentum falſum dixerit, invito patre, hoc ei haud præjudicat l. 5. §. 4. b. r. Hæc concluſio adhuc deſcendit ex jure antiquo, quo pater legatum, filio famil. relictum, acquirebat, quod cum hodie ſecus ſe habeat, & pater tantum uſumfructum acquirat, unice ad hunc diſpoſitio hæc reſtringenda videtur. Excuſantur vero ruruſus, qui ex officii neceſſitate teſtamentum impugnarunt, l. 22. b. r. & ita advocatus, qui teſtamentum nomine alterius ut falſum impugnavit, legatum ſuum non perdit *Mev. P. 1. dec. 41. n. 9.* (IV) *Per impugnacionem teſtamenti ex alio facto nefario & probroſo*, quorum pertinet exemplum in l. 16. pr. b. r. Qui vero tantum teſtamentum ex capite nullitatis, quod jure factum non fuerit, impugnat, non fit indignus l. 24. b. r.

cum ipsam voluntatem directo haud impugnet. Ita pronunciatum est Mens. April. 1697.

Facti Species.

Hat N. G. Anno 1693. einen letzten Willen aufgerichtet, darinnen er unter andern verordnet, daß so lange seine Witbe in viduatu lebete, alle beweg- und unbewegliche Güter bey einander bleiben, und Sie solche, insonderheit die von aussenstehenden Capitalien fällige Zinsen und andere Einkünfte, zu einem ehelichen und anständigen Unterhalt ohne Falcidie, Ausgebung eines Inventarii und Bestellung einer Caution, beyhalten und gebrauchen, nach deren Tode aber Sie, als des Defuncti Schwester - Kinder, darüber dieselben Vormünder sind, die Helfte der Güther haben sollen, und es haben dieselben tutorio nomine, als die Witbe zur Erbin eingesetzt zu seyn vorgegeben, vorgestellt, daß das Testament in seinen Solennibus nicht richtig sey, der Defunctus auch das Inventarium und Bestellung der Caution nicht remittiren können, es vermeynet aber die Witbe, daß die Kinder dadurch der Erbschaft verlustig worden, daher dieselben, was hierunter Rechtens, anfänglich berichtet seyn wollen.

Rat. dub.

Ob nun wohl angeführet werden möchte, daß nach Recht derjenige, so des verstorbenen letzten Willen vorseßlich angefochten, iedoch nachhero Sachfällig worden, sich dessen, so ihm in sothanem letzten Willen beschieden worden, verlustig gemacht habe, wie insonderheit die ausdrückliche disposition *L. 8. ff. de inoffic. testam. & L. 13. pen. ff. de Jur. fisci* hierunter klahre Raasß giebet.

Rat. Dec.

Dieweils aber dennoch die angezogenen LL. nur von dem Casu reden, wenn querela inofficiosi testamenti, und zwar zur Ungebühr angestellet worden, als wodurch dem Defuncto durch die Beschuldigung, daß er inique & contra officium pietatis gehandelt habe, oder auch durch den vor Alters gebrauchten colorem, daß er nicht sanæ mentis gewesen sey, nicht geringe Beschimpfung und Injurie zugefüget wird, zu deren Coercirung die Leges die amissionem rerum in ultima voluntate relictarum, zur Strafe geordnet,

so

so aber eine ganz andere Bewandniß hat, wenn die Solennia eines Testaments impugniret werden, sintemahl in solchem Fall des aus dem testamento zu hoffenden *lucri* man nicht verlustig wird, nach Inhalt *l. 5. pr. & f. 1. ff. de his quæ ut indign.* und dann dieselben ein mehrers nicht gethan, als daß sie einige Erinnerungen *circa formalia* eingegeben, hiernächst auch hierunter guten Grund gehabt, und nichts temere gethan, immassen dann der von ihnen erinnerte *defectus heredis institutionis* aus der Disposition selbst erhellet, in denen übrigen Puncten aber, das am 29. Jun. 1693. eröfnete Urthel denenselben einiger massen beygefallen, und Sie daher ohne dem mit der, denen zur Ungebühr ein Testament ansechtenden gesetzten Straffe nicht anzusehen sind.

So erscheinet daraus so viel, daß derselben Unmündigen dadurch, daß dieselben ein und anders wider das quæstionirte Testament erinnert, an Ihrem Erb-Recht nichts geschadet, noch Sie dessen verlustig worden.

§. IV. *Indignus quoque olim fiebat, qui contra mandata duxerat uxorem ex ea provincia, in qua officium aliquod gerebat; quod enim tali ex testamento uxoris acquisitum erat, retinere non poterat l. 2. f. 1. b. t. l. 38. l. 57. l. 36. de R. N. illa tamen tanquam indigna haud repellebatur l. 2. §. 2. b. t. quod magis decepta vel induta crederetur l. f. de leg. 1. Cum vero supra tit. de rit. nupt. §. XI. ostenderim, matrimonia hujusmodi non esse prohibita, pœna quoque hæc cessare deber. Idem quoque dicendum est de tutore, qui quidem olim pupillam ducens, nihil ex ejus testamento capere poterat, sed lucrum hoc ei a fisco auferebatur l. 2. f. 1. b. t. l. f. de leg. 1. hodie vero secus esse, jam supra tit. de leg. in f. annotavi, & inde quoque colligi potest, quod hodie hoc matrimonium non absolute sit prohibitum, vid. tit. de rit. nupt. §. X.*

(3) Si comprovincialem is ducit uxorem, qui in provincia officium gerit.

vel tutor pupillam.

(4) Qui de vi-
ventis heredi-
tate pacificatur.

§. V. Ulterius indignus judicatur, si quis de vi-
ventis & non consentientis hereditate disponit & pa-
cificatur *l. 2. §. 3. b. t. Carpz. P. 2. C. 35. def. 17. n. 10.* quia ita
non levis injuria infertur ei, de cujus bonis disposuit,
dum ita mortem ejus captat, sive agatur de hereditate
acquirenda, sive de ea amittenda *l. f. de suis & legit. hered.*
Quamvis vero moribus de successione pacta valeant,
& inde nonnulli colligant, talem dispositionem hodie
haud esse prohibitam, contrarium tamen colligi potest
ex iis, quæ dixi in *tr. de success. ab int. diff. VIII. C. 2.* cum
pacta illa potissimum moribus probata sint, quæ de pro-
priis bonis concipiuntur.

(5) Qui cau-
sam mortis
præbet

§. VI. Qui manifestissime comprobatus est id
egisse, ut per negligentiam & culpam suam mulier, a
qua heres institutus erat, moreretur, merito quoque
indignus judicandus *l. 3. b. t. Gudelinus de jure noviss. lib.*
a. c. 17. modo culpa tanta fuerit, ut propter illam
moreretur, utpote si medicum nullum adhibuerit, vel
adhibuerit quidem, sed imperitum. *Brunnem. ad cit. l. 3.*
Struv. ad Matth. de success. c. 19. §. 27. Peregrinus de jure ffic.
lib. II. tit. 3. n. 15. 16. Mantica de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 5.
n. 10. Idem quoque dicendum esse volunt, si maritus
uxorem ægrotantem vel peste laborantem derelinquat
Rauchbar. P. 2. qu. 20. n. 18. Berlich. P. 3. Concl. 36. n. 9. Co-
ler. P. 1. decis. 159. n. 12. 13. ubi ad præjudicium Vitember-
gense provocat. Multo magis hoc dicendum est, si he-
res vel legatarius testatorem occiderit dolose *l. 7. §. 4. de*
bon. damnat. Befold. vol. 4. conf. 179. n. 17. Imo & heredes
occisoris hereditate privantur. *Gomez. l. 3. c. 3. n. 52.*
Unde si maritus uxorem occidit, perdit omnia lucra
statutaria, *Carpz. P. 3. C. 26. def. 7. Kohl. de success. conjug.*
P. 1. n. 34. Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 430. si vel
maxi-

vel occidit

maxime ipsam in adulterio deprehenderit Carpz. *cit. l. vel falsim necem tantum molitus fuerit Berlich. P. 1. concl. 36. n. 12.* Huc etiam de jure Romano pertinebat, vel necem defuncti non vindicat. qui necem defuncti non vindicabat per solennem accusationem *l. 17. b. 1.* quod tamen in praxi haud receptum esse, supra *tit. ad Scrt. Syllan.* dixi.

§. VII. Ille præterea indignus erat, qui clam & tacite fidem dederat de hereditate incapaci restituenda (6) Qui clam incapaci fidei commissum relinquat. *l. 10. b. 1. l. 18. eod.* nisi forsan tempore mortis capax fuerit *l. 3. §. 1. de jure fisci.* Si palam heres rogatur ad hereditatem alteri restituendam, fideicommissum pro non scripto habetur, nec fisco locus est *l. 3. de jur. fisci.* cum non possit videri in fraudem legis fidem accommodasse, qui palam agit. vid. *de success. ab int. diff. XII. §. 18.* De eo, qui prohibuit testari, & ad testamentum coegit, supra actum est.

§. VIII. Quodsi uxor vivente marito adulterium commisit, illa amittit omnia lucra & commoda, quæ ex testamento mariti lucrari posset, modo maritus adulterium ignoraverit Carpz. *P. 3. C. 26. def. 9.* Imo & portionem statutariam quoque amittit, sicuti etiam de marito adultero idem dicendum. Sed de hac privatione infra *tit. ad L. Jul. de adult.* fusius dicendum est. (7) Si uxor adulterium commisit.

§. IX. Hisce in casibus legatarius quidem legatum acquirit, sed fiscus eidem aufert non quidem de facto, & absque causæ cognitione, sed per sententiam, & servato juris ordine *l. 5. C. de jur. fisci.* Et cum jus fisci hodie superioritatis territorialis juribus adscriptum sit, non magistratui inferiori, sed principi unice lucrum hoc adjudicandum, non tamen ultra limites territorii. Mobilia personam sequuntur, & sic dominus illius territorii, in quo domicilium defunctus habuit, illa occupat, Quomodo fiscus ad indigni bona admittatur?

pat, quod etiam de nominibus dicendum; in immobilibus præfertur fiscus, ubi sita sunt, de quo *in tr. de success. ab int. diff. V.* plenius edisserui, unde de usu moderno facile constare poterit.

LIB. XXXV.

TIT. I.

DE CONDITIONIBUS ET DEMONSTRATIONIBUS, ET CAUSIS, ET MODIS EORUM, QUÆ IN TESTAMENTO SCRIBUNTUR.

§. I.

De usu hujus tituli.

Cum jam supra *tit. de condit. instit.* ostenderit, etiam hodie in materia *conditionalium dispositionum* recurri ad jus Romanum, itaque quoque de usu hujus tituli nullatenus dubitandum, in quo plura explicantur, quæ non tantum legatis conveniunt, sed etiam ad institutiones & substitutiones applicari possunt. Cum vero de particularibus quibusdam textibus dubitari soleat, utrum in praxi usum habeant, inde de his tantum ero sollicitus.

Conditiones negativæ requirunt cautionem.

§. II. Conditiones, quæ adjiciuntur & institutionibus & legatis, sunt vel *affirmativæ* vel *negativæ*. Hæ dicuntur, quæ in non faciendo sunt conceptæ *l. 7. pr. b. t.* & ne propter has inutile fiat legatum, cum plerumque ante mortem legatarii constare non possit, utrum contra eas peccatum fuerit nec ne? inventa est a Quinto Mutio Scævola, teste Imperatore in *Nov. XXII.*

c. 43.

c. 43. cautio, inde Mutiana dicta, sub qua res legata ei statim traditur, tenetur tamen simul promittere, se legatum cum omnibus fructibus restitutum esse, si cautioni satisfactum haud fuerit, quæ cautio, cum insignem utilitatem in his legatis habeat, l. 7. b. r. nec hodie negligenda. Præstanda est hæc cautio his, quorum Quibus præstantur? interest, seu quibus legatum vel hereditas, deficiente conditione, obventura esset. Olim distinguebatur, utrum heres, sub hac conditione institutus, haberet coheredem, an ex asse esset institutus. Priori casu cautio coheredi est præstanda; posteriori cautio nulla locum habebat, quoniam ait JCtus in l. 7. §. 1. non est, cui caveat. Imo eo casu impossibilem videri conditionem, decisum est in l. 4. §. 1. de condit. instit. Sed in Nov. 22. C. 44. inf. hoc correctum cautumque est, ut tali casu hereditibus ab intestato cautio præstetur. Ita enim Imperator: *Si vero ex asse secundum talem conditionem conscribatur quis heres, substitutus, si fuerint, aut omnino iis, qui ab intestato vocantur ad hereditatem, hujusmodi observationes præstentur.*

§. III. Ubi legatarius sub hac conditione institutus est, cautionem hanc heredi præstat, si vel maxime in eum eventum, ubi contra conditionem peccatum fuerit, res legata in alium, veluti Mevium, translata fuerit. Videlicet non a priori legatario fideicommissum relictum est, si contra conditionem fecisset; sed potius ab herede est legatum, adeoque si contra cautionem actum fuerit, heres rem legatam repetit, & secundo legatario, Mevio scil. præstat l. 67. b. r. Ex quo colligo, quod in casu, ubi a priori fideicommissum, si contra conditionem fecisset, esset relictum, magis fideicommissario cautio hæc præstari debeat; & ita rursus casus adest, ubi adhuc hodie differentia inter legatum & fideicommissum

Cui legatarius cautionem præstare debeat?

Contin. III.

Qq qq qq

sum

sum deprehenditur. Quodsi enim per modum legati, seu translationis, conditio negativa ita concepta est: *Cajo lego fundum, si servum non manumiserit, & si manumiserit, eum do lego Lucio*, heredi cautio est præstanda, cum ab illo Lucius quoque legatum postmodum petere debeat. Quando vero sub verbis fideicommissariis hæc conditio negativa est concepta; veluti: *Cajo do lego fundum, si ades suas non alienaverit, & si alienaverit, volo, ut illas restituat Lucio*, hic cautionem exigere debet, quoniam hoc casu immediate a Cajo legatario legatum accipit, non vero ab herede.

Quomodo
cautio hæc
præstanda est.

§. IV. Præstanda est hæc cautio regulariter fidei-
jussoribus *l. 67. l. 106. b. r.* nec cautio alia admitti potest. Sed Justinianus in *Nov. 22. c. 44.* ex æquitate rem ita temperavit, ut juratoria cautio cum hypotheca rerum possit admitti, si res *immobilis* fuerit relicta: si vero *mobilis*, siquidem idoneam habeat substantiam, eadem cautio sufficiat: si vero non valde locuples fuerit, etiam præterea fidejussor exigere debeat. *Conf. autb. cui relictum, C. de ind. viduit.* Quamvis vero hoc temperamentum Justinianus in casu *indictæ viduitatis* constituerit, communiter tamen solet ad *conditiones negativas* in genere deduci. Imo existimarem, hodie non aliter juratoriam cautionem admitti, quam in subsidium, si nec fidejussores nec pignora haberi possunt.

Debet conditio
negativa esse
honestæ.

De conditione
si non nupsit.

§. V. Non aliter autem hæc cautio exigitur, quam si conditio negativa honesta fuerit, alioquin enim pro non scripta habebatur, nec cautio Mutiana locum habebat. Huc Romani conditionem *de non nubendo* retulerunt *l. 62. §. f. l. 64. pr. §. 1. b. r. l. 72. §. 5. eod.* quoniam enim lex Julia de matrimonio contrahendo, & Papia, de procreandis liberis sollicitæ fuerunt, non potuit non

in

in fraudem legis tam Papiæ quam Julix hæc conditio esse, & consequenter injusta censeretur, adeoque J.Cti potissimum de hoc legato egerunt in commentariis ad L. Juliam & Papiam, ut Terentius in *L. 62. §. 64. b. t.* Cajus in *L. 63. b. t.* Paulus in *L. 60. b. t.* Tunc autem demum hæc conditio erat illicita, si absolute nuptiæ essent prohibitiæ, veluti si testator dixisset: *si a liberis ne nupsit b. e.* quamdiu erunt liberi; ceterum si tantum secundum quid vel ad certum tempus, veluti: *si a liberis impuberibus ne nupsit h. e.* quamdiu liberi impuberes erunt, lex Julia & Papia locum non habebat, quia magis cura liberorum quam viduitas injuncta videretur *L. 63. in f. b. t.* Unde etiam conditio non remittebatur, si tantum matrimonium intuitu certarum personarum esset prohibitum, veluti: *Si Titio non nupsit, vel ita: si neque Titio, neque Sejo, neque Mevio, nupsit,* neque enim tali conditione viduitas injuncta est, cum alii cuilibet satis commode nubere possit *L. 63. pr. b. t.* Per indirectum quoque si esset conditio *de non nubendo* adjuncta, remittebatur, veluti si iussa fuerit nubere indigno; quæ enim tali nubere jubetur, ceteris omnibus nubere prohibetur. *L. 63. §. 1. b. t.* Existimant enim J.Cti, *legem (Papiam) utilem reipubl. sobolis scilicet procreanda causa latam, adjuvandum interpretatione L. 64. in f. b. t.* & ita ne quidem conditio nuptiarum in arbitrium tertii collata valebat, cum hæc legis Julix & Papiæ sententia esse videatur, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur *L. 72. §. 4. b. t.* Postmodum lege Julia Miscella quoad secundas nuptias hoc ita temperatum, ut conditio *de non nubendo* non aliter remitteretur, quam si mulier intra annum nuberet & juraret, quod filiorum procreandorum causa hoc ageret. Anno præterlapso si vellet accipere legatum, cautionem

Vel si in viduitate perman-
serit.

nem de secundis nuptiis ineundis antea præstare debebat. *Nov. 22. c. 43.* Franzk. *lib. 1. res. 15. n. 15. seqq.* Sed Justinianus utramque legem, & propriam, & miscellam, sustulit, remisitque conditionem jurandi *l. 2. C. de ind. viduit.* Ast non diu duravit ista constitutio, sed in *Nov. 22. c. 43. seqq.* Justinianus conditionem hanc viduæ vel viduo haud remittendam esse censuit, quin potius constituit, ut viduus & vidua non aliter ad legatum hoc admitterentur, quam cautione Mutiana præstita, quo ipso leges digestorum hac in parte immutatæ sunt. Rationes hujus correctionis in promptu sunt, quoniam patres primitivæ ecclesiæ inigne odium erga secundas nuptias ubique præ se tulerunt, adeoque facile legislatores induxerunt, ut tale quid constituerent; adeo enim odiosæ erant, ut secundo nubentibus pœnitentiam indicerent *c. 8. C. 31. q. 1.* & Chrysostomus in *c. 9. ibid.* crediderit, secundas nuptias vere fornicationem esse, de quo plura alia testimonia in scriptis Tertulliani occurrunt. Et quidem hæc conditio non tantum admissa est in testamentis conjugum, sed etiam extraneorum, ut patet ex *aub. cui relictum. C. de ind. viduit.* Brunnem. *ad tit. C. cod. n. 6.* Quamvis enim Franzk. *lib. 1. res. 15. n. 31. seqq.* existimet, tantum has sanctiones in casibus, ubi vir uxori, vel uxor viro, sub hujusmodi conditione quid reliquerit, obtinere, nec ad extraneorum testamenta extendendam esse: adducta tamen ratio de odio secundarum nuptiarum tam generalis est, ut aperte intentionem Justiniani prodat, quod secundas nuptias in genere restringere voluerit Carpz. *P. 1. decis. 156. n. 17.* Ceterum hæc correctio juris antiqui non pertinet ad virgines, quibus sub tali conditione aliquid legatum est, adeoque quoad has conditio talis remittitur, & hodie quo-

quoque pro non scripta habenda est, teste Franzk. *cit. l. n. 40. seqq.* Conf. Carpz. *cit. l. n. 21.* Peregrin. *de fideicom. art. 11. n. 118.* Gomez. *tom. 1. c. 12. n. 78.* Stephan. *ad Nov. cit. 22. n. 112. in f.*

§. VI. Cum vero Justinianus, ut antea dixi, ex suggestione cleri in odium secundarum nuptiarum in dictionem viduitatis admiserit, tale odium autem in terris protestantium merito reprobatum fuerit, inde quæstio nascitur, an hodie admittenda sit talis conditio, si in viduitate permanserit? Sane Oldendorpius *de usucap. & præscript. tit. de nupt. n. 7.* existimat, in hoc casu secundum jus antiquum respondendum & judicandum esse, quod talis conditio pro non adjecta haberi debeat, cum mortui hominis non intersit, matrimonium superstitem non contrahere. Verum quamvis non diffitear, hodie apud nos tale odium cessare; interim tamen nulla adest turpitudine moralis in hac conditione, sed quæ olim adfuit, unice ex lege Julia & Papia deducta fuit, quæ cum in hoc casu sublata sit, merito quoque hodie standum erit dispositioni juris novissimi, quod etiam præjudicio confirmat Carpz. *P. 1. decis. 156.*

An hodie valeat conditio, si in viduitate permanserit?

§. VII. Vidimus hætenus, cautionem Mutianam locum habere in ultimis voluntatibus, imo etiam donationibus m. c. *Nov. 22. c. 44. in f.* Sed major ratio dubitandi est, an etiam eidem locus sit in contractibus & negotiis inter vivos? quod communiter negant, si expresse inter partes convenerit, ut cautio hæc admitteretur *l. 3. de condict. caus. data caus. non sec.* Struv. *ex. 35. th. 97.* Gomez. *tom. 8. var. resol. 11. n. 37.* Anton. Faber *lib. II. conject. 16.* Moller. *lib. 5. semestr. c. 40.* Ratio diversitatis manifesta est, quod ideo cautio hæc in ultimis vo-

Cautio Mutiana non habet locum in contractibus.

luntatibus fuerit admissa, quia hæ ex solius testatoris dispositione dependent: ast contractus utriusque voluntate perficiuntur, & sic ad eorum voluntatem respiciendum est *l. 31. de obl. & A.* adeo si is, cujus intuitu hæc conditio adjecta est, sub cautione hac sibi rem promissam præstari voluisset, id exprimere debuisset, alioquin contra eum interpretatio faciendâ est, utpote qui clarius loqui debuisset *l. 39. de pactis.*

De falsa causa
& demonstrati-
vi. ne.

§. VIII. Porro condiciones a Paulo diuiduntur in *promiscuas & non promiscuas* in *l. 11. §. 1. b. t.* Illæ sunt potestativæ, hæ vero casuales, quibus addi debent mixtæ, quæ partim potestativæ partim mixtæ sunt *l. un. §. 7. de caduc. toll.* Potestativæ post mortem implendæ sunt *cit. l. 11.* nam ut quis paruisse conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam *l. 2. b. t.* Casualis & mixta quandocunque impleri potest, adeo, ut si tempore conditi testamenti jam extiterit, ignorante testatore, pro impleta haberi debeat *l. 10. §. 1. b. t.* Mixta vero extitisse videtur, si per legatarium non stetit, quo minus impleretur *l. 14. l. 31. l. 40. pr. l. 59. l. 84. l. 101. §. f. b. t.* Si vero per casum fortuitum haud existat, defecisse videtur *l. 31. l. 94. l. 101. pr. b. t.* quæ distinctio jure Codicis in *l. 4. C. de instit. & substit.* est confirmata, nec alio jure nos hodie uti constat.

De conditione
potestativa ca-
suali & mixta.

§. IX. Agitur hic præterea *de falsa causa & demonstratione*, legato adjectis, quod hæ legato non obsint *l. 33. l. 34. l. 40. §. 4. l. 72. §. 6. 7. b. t.* quia, prout supra jam dictum est, plerumque testatores falsam causam vel demonstrationem scienter adjicere solent, ad sinistra aliorum judicia avertenda, adeoque non dubium est, quin etiam hodie secundum hæc jura pronunciandum sit,

fit, quod sequenti responso *Mens. Jun. 1706.* concepto, illustrabo.

Hat Theophilus ein Testamentum aufgerichtet, darinnen er seine Frau zur Universal-Erbin eingefezet, und da sie vor ihm mit Tode abgehen würde, ihre Brüder substituirt unter dem Vorwand, daß seine Haabseeligkeit mehrentheils von seiner Frauen herkäme, dabey er zugleich die Zinsen von 3000. Ehr. ad pias causas vor armer Leute Kinder legiret, welches Testament seine Freunde jehs zu impugniren vermeynen, daher gefragt wird:

Ob gedachtes Testament nicht propter falsam in testamento expressam causam, als solten die Gü. er von der Frauen herkommen, ungültig, und also des Testatoris Freunde ab intestato zur successione zugelassen seyn.

Wann nun gleich erwiesen werden könnte, daß des Testatoris Güter nicht von seiner Frauen, sondern von seinen Eltern herkämen, er auch zu diesem Testament mehr persuadiret, als daß er solches aus freyen Willen gemacht haben sollte, zumahl er dem Brandwein-Trinken ergeben, und dahero nicht allezeit bey völliger Vernunft gewesen. So ist dennoch aus denen Rechten bekant, quod falsa causa legatum non vitiet §. 31. *F. de legat.* welches auch in heredis institutione ob identitatem rationis statt finden muß, quia ratio legandi legato non cohaeret *L. 17. l. 33. l. 72. §. 6. ff. de Condit. Et Demonst.* quod idem in heredis institutione obtinet, cum & hæc sine ulla causa ex mera liberalitate fieri possit; daher auch ein testamentum, wozu ein testator per blanditias uxorias inducirt worden, zu recht beständig ist. *L. 3. C. si quis aliq. testat. prohib. Gail. l. 2. obs. 177. n. 4. Manz. de Testam. val. tit. 3. qu. 3. n. 4. seqq.* im übrigen auch, daß er bey Aufichtung des Testaments nicht bey genugsamen Verstande gewesen seyn sollte, weder erwiesen, noch sonst denen Rechten nach präsumirt wird. *Mevius ad jus Lubec. P. 2. tit. 1. art. 1. n. 29. Carpzov. P. 3. Conf. 5. def. 1.* Zu geschweigen, daß aus dem Instrumento Notarii das Contrarium erhel-

erhellet; Daher kein Zweifel, daß dieses Testament zu Recht beständig sey.

TIT. II.
AD LEGEM FALCIDIAM.

§. I.

De usu hujus
tituli gene-
ratim.

Utilitas hujus tituli manifesta est, nam hodie quoque quarta Falcidia ab herede, legatis gravato, detrahitur, & quidem omnibus illis casibus, quo jure Romano id permissum erat. De observantia Saxonica, quod in legatis & codicillis in genere detrahatur, testis est Carpzov. *P. 3. C. 1. def. 6.* In eo tamen diversitas apprehenditur inter jus commune & Saxonicum Electorale, quod illo quidem detractio quartæ quoque locum habeat in donationibus *m. c. l. 5. & 12. C. b. r. l. 2. C. de donat. m. c.* Berlich. *P. 3. concl. 1. n. 41.* Hahn. *ad Wesf. b. r. n. 6.* Brunnem. *ad l. 5. C. b. r.* Richter. *P. 1. decis. 22. n. 38.* sed de jure Saxonico Electorali secus dicendum est Carpzov. *cit. l. def. 5.* Berlich. *cit. l. n. 42.* quamvis jus Saxonicum commune etiam detractioem adhuc admittat Berlich. *cit. l. n. 44.* Richter. *cit. l.* Carpz. *cit. l. def. 1.* Sic etiam in pactis dotalibus mixtis denegatur detractio Falcidiæ in Electoratu Saxonix Carpzov. *P. 3. C. 1. def. 11.* sed de praxi hodierna extra Saxoniam aliud dicendum est. vid. Hahn. *de jur. rer. conclus. 72. n. 10. in f.* quemadmodum *Mens. Maj. 1705.* respondimus ad quæstionem: **Ob der Frauen Erben ab intestato die Falcidiam oder Trebellianicam abzuziehen befugt seyn? Ob zwar de jure communi dieses ausser allen Streit ist**
arg.

arg. l. 5. C. ad Falcid. Brunnem. *ad Wesenb. d. tit. qu. 11.* Weil aber dieser casus sich in Chur-Sachsen begeben, und daselbst Rechtens ist, quod in pactis dotalibus detractio Falcidiae nunquam locum habeat *Carpz. P. 3. C. 1. def. 11.* So halten wir nicht davor, daß hieselbst die Falcidia oder Trebellianica statt finden könne. **B. N. W.**

§. II. Præterea in Digestis plura occurrunt circa hanc materiam, quæ jure novissimo correctæ sunt, quæ, prout secundum seriem legum hujus tituli occurrunt, paucis annotabo. (I) Olim ad ea legata quoque, quæ DEO relinquiebantur, lex Falcidia pertinebat *l. 1. §. 5. b. 1.* sed per *Nov. 131. C. 12.* hoc correctum cautumque est, in legatis ad pias causas Falcidiam detrahendam haud esse, quamvis non indistincte, sed sub cæta limitatione, si heres in mora deprehendatur, prout ad eum casum plerumque *tit. 1. x.* restringunt Jo. a Sande *lib. 4. tit. 7. def. 3.* Rittersh. *ad nov. p. 605. n. 31.* Interim tamen in praxi obtinuit, indistincte in legatis ad pias causas detractionem Falcidiae cessare, id quod in favorem piarum causarum conceptum est. Hahn. *ad W. b. 1. n. 8.* Gudelinus *de jur. noviss. lib. VI. c. 13.* Mev. *ad Jus Lubec. P. 2. t. 1. art. 7. n. 14.* vid. tr. *de cautel. testam. c. XXII. membr. III. §. 1. inf.* *Carpzov. P. 3. C. 1. def. 16.* Gail. *lib. II. obs. 119. n. 7. inf.* quæ sententia etiam jure provinciali Würtembergico *P. 3. tit. 25. §.* seyn auch confirmata est.

§. III. Porro (II) olim detractio Falcidiae non pertinebat ad m. c. donationes *l. 1. §. 8. b. 1.* Jure novo tamen ad has quoque deducta est, *l. 5. C. b. l. 1. C. de donat. m. c.* de cujus praxi jam §. I. quædam dixi. (III) Quia arrogatio olim erat modus acquirendi *per universitatem §. f. f. per per quas pers. cuique acquir.* dubitatum fuit de Falcidia, si coheredem suum post aditam hereditatem

Extensa est jure novo lex Falcidia ad donationes m. c. Quid si coheredem heres arrogaverit, cujus portio legis exhausta

Contin. III,

Rr rr rr

heres est?

heres adrogaverit, & ejus portio legatis exhausta fuerit, an arrogator nihilominus Falcidiam detrahere possit? Pone, ejus portionem non esse legatis gravatam, quæ vero est gravata, ipsi accrescit interveniente arrogatione, quærebatur ergo, an commiscendæ hæ duæ partes sint in computatione legitimæ? vel vice versa, si arrogatoris portio legatis gravata, arrogati autem exhausta sit? Respondet Jctus *in l. 1. §. 15. b. 1.* separandas esse portiones, non commiscendas, atque si coheredi extitisset heres, & ita utroque casu manet integrum jus quartæ, quæ non jure hereditario, sed alio titulo portio illa acquiritur. Eadem quidem decisio hodie obtinebit, sed ex diversa decidendi ratione. Constat enim jure novo per arrogationem patri non amplius omnia bona arrogati acquiri, postquam distinctio peculiorum introducta est, sed tantum ususfructus ei obvenit, adeoque cum pater hodie non acquirat alteram partem jure arrogationis, salvum eo magis manebit jus quartæ, de quo olim dubitari poterat.

Si debitor creditori heres existat, an ei computandum, quod debet?

§. IV. Si debitor (IV) creditori heres existat, confusione liberatur, adeoque dubitabatur, an ei hoc imputari debeat? Quod ex æquitate affirmat Jctus *in l. 1. §. 18. b. 1.* quoniam locupletiores hereditatem percipere videtur, dum non solvit, quod alias solvere debuisset *l. 83. b. 1.* Rursus eadem decisio hodie obtinebit, sed ex diverso decidendi fundamento; cum enim jure novo beneficium inventarii confusionem impediatur, cum quo hodie regulariter hereditates adiri solent, vel ideo debitum hoc hereditati imputandum, & secundum hoc vires hereditatis crescere debent, quod debitum hodie aditione haud confundatur, nec debitor confusione liberetur.

§. V.

§. V. In ipsa (V) computatione Falcidiæ omnino constare debet de quantitate rei legatæ, quæ proinde secundum pretium commune æstimanda est, *l. 63. b. t.* Sed contingere potest, ut tale quid legetur, quod certum pretium non recipit, veluti in annuis redditibus vel legatis reipubl. Hoc casu quia tale legatum est perpetuum, tantum videtur legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summæ, quæ legata est, colligendas, *l. 3. in f. b. t.* utpote si 12. quotannis legata sunt, trecenta legata videntur, quia horum usuræ trientes constituunt duodecim. Olim enim usuræ graviores erant duodecim, cujus trientes quatuor constituunt, quæ levissimæ usuræ erant. *Donell. lib. VIII. c. 24.* Quod si itaque de detrahenda Falcidia agitur, æstimatio legati secundum sortem ineunda, detractioe inde facta, ex reliquo judicandum, quid quotannis præstandum sit. Quod si enim appareat, ex trecentis centum detrahenda esse, non duodecim quotannis, sed octo præstanda sunt. Cum vero hodie quincunces usuræ ordinariæ sint, nec adeo diversa earum ratio sit, uti olim, imo centesimæ quoque cessent, quæritur, annon hodie in hac computatione ineunda quincunces assumendæ sint, an vero jus civile in hoc casu sequamur? Posterius verum puto, cum hic casus singularis adsit, quo leviores admittæ sunt usuræ ad quantitatem Falcidiæ invenientiam, qui proinde ad regulas usurarum ordinarias reduci non potest.

§. VI. Porro (VI) olim testator prohibere non poterat detractioem quartæ Falcidiæ, adeo ut ne quidem valeret pactum vel stipulatio inter testatorem & heredem, ne Falcidia uteretur, & ut certam pecuniam, si contra fecisset, præstaret *l. 15. §. 1. b. t.* ubi additur hæc ratio,

R r r r r 2

tio,

tio, quod privatorum cautione legibus haud sit refragandum. Imo conditio hæc, *aut heres beneficium Falcidia amitteret*, fraudis causa adscripta videbatur, adeoque habebatur, ac si adscripta non esset *l. 27. b. r.* Sed in *Nov. 1. c. 2.* testatori indulta est potestas quartam plane prohibendi, qua facultate concessa, evidens quoque est hodie, valere pactum inter heredem & testatorem de non detrahenda quarta, secus ac olim. Si enim Falcidia testamento prohiberi potest, eidem quoque potest renunciari inter vivos *l. 46. de pact.* quod adhuc videtur magis stringere Sande *lib. IV. tit. 7. def. 8.* ut plenius ostendi in *caut. testam. c. 23. m. 2. §. 17.* Debet autem prohibitio illa expresse & perspicue fieri, non verbis ambiguis vel dubiis, utpote si testator dixerit, *heres solida legata solvat*, cum in dubio detractio hæc non præsumatur, & proinde solæ conjecturæ non videantur sufficere Carpz *P. 3. C. 1. def. 13. & lib. 6. resp. 30.* Hahn. ad Wesenb. *b. r. n. 8. vid. rr. de caut. testam. c. 22. m. 1. §. 5. sqq.* Atque hæc sententia *novissima decisione Saxonica 43.* confirmata est, sed in rescriptis Friderici Wilhelmi gloriosæ memoriæ Electoris Brandenburgici distinctius res decisa est, quæ in *cir. rr.* a me adducta sunt. Unde quoque hodie occurrit decisio *l. 15. inf. b. r.* ubi ita: *quarta, quæ per legem Falcidiam retinetur, æstimatione, quam testator fecit, non magis minui potest, quam auferri; nam hodie a testatore & minui & auferri potest per Nov. 1. c. 2.*

Quid si non integra legata solvata fuerint?

§. VII. Ex hac juris antiqui dispositione quoque (VII) fluebat, heredem sibi haud præjudicare, si vel maxime quædam integra legata solvisset, prout Scævola in *l. 16. b. r.* innuit: *Si ex pluribus legatis heres quadam solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest, etiam pro his, quæ jam data sunt.*

Con.

Constat ex his verbis, adductum textum accipiendum esse de casu, quo uni eidemque legatario plures res sunt legatae, nec proinde eum pertinere ad casum, quo plures res pluribus legatae sint. Hoc casu, quando uni integra legata soluta sunt, remissa censetur detractio etiam quoad reliquos, modo sine omni protestatione solutio facta fuerit *Nov. 1. c. 3. Auth. sed cum testator C. b. t.* Unde quaestio enascitur, an per hanc Novellam correcta quoque sit dispositio *cit. l. 16?* quod quidem vel inde dicendum videtur, quod utroque casu sit par ratio, dum plures res uni legatae revera tot legata constituunt, quot res relictæ sunt. Nihilominus tamen contrarium ostendi *in caus. testam. c. 22. m. 2. §. 20.* cum correctio non sit ultra limites extendenda, sed potius stricte accipienda. Præterea omnino dispar hic ratio occurrit, cum is, qui uni eidemque plures res ex legato præstare debet, non statim renunciaſſe censeatur detractio, si unam vel alteram integram solverit, cum ex reliquis adhuc plenam Falcidiam consequi valeat, alias qui post mortem renunciaſſe, etiam jure antiquo Falcidiæ beneficium amittit *l. 46. ff. b. t.*

§. VIII. Nova quoque (VIII) inter jus digestorum & novum diversitas occurrit in *l. 18. pr. b. t.* ubi casus proponitur de filiofamil. qui militaverat, & decedens patris sui fidei commiserat codicillis, *ut peculium suum castrense post mortem restitueret*, quaesitum fuit, an quartam pater detrahere possit? Videlicet constat, quod filio quidem de castrensi peculio disponere ultima voluntate integrum fuerit; interim si intestatus decedebat, peculium castrense pater occupabat jure quasi postliminii *l. 2. l. 17. ff. de castrensi pecul.* & ita apud patrem peculium jure hereditario non erat, sed jure

An pater filio famil. in peculio castrensi succedens hodie quartam detrahat?

R r r r r 3

patriæ

patriæ potestatis, adeoque deficiente hereditate, detractio quoque Falcidiæ locum hoc casu invenire non poterat. At cum hodie pater peculium hoc non ita occupet, sed potius per *Nov. 118. c. 2.* in illud *jure hereditario* succedat, prout ostendi in *tr. de success. ab intest. diff. II. c. 1. §. 8.* hodie in casu adducto contraria decisio formanda est, ut pater peculium castrense restituere rogatus, quartam deducere possit, quia novo jure peculium *jure hereditario* possidet, & ita non demum fit *hereditas* post restitutionem, uti jure digestorum *l. 18. in f. b. r.*

Quomodo Falcidia computanda in legato alimentorum?

§. IX. Quando (IX) alimenta sunt relicta, regulariter, prout supra dictum est, ad totum vitæ tempus debentur, unde quomodo Falcidia hic computari debeat, incertum omnino est, cum vitæ terminus incertus sit. Et tamen necessitas aliquando cogit, ut determinari debeat, quid de isto legato detrahi debeat, veluti si inter heredem & legatarios alios ratio legis Falcidiæ apud judicem habeatur, necessario etiam inquirendum, quid de legato annuo detrahi debeat. Inde *Æmilius Macer* in *l. 68. b. r.* computationem sequentem præscripsit, ut computationem tot annorum sequentium faciamus, quot annos probabile est, aliquem adhuc superviviturum esse, prout est ejus ætas, quam nunc agit. Scilicet a prima ætate usque ad trigésimum computatio annorum triginta fit, & supponitur hactenus, quod per 30. adhuc vivere & alimenta percipere possit; ab annis vero triginta tot annorum computatio ineunda, quot ad annum sexagesimum deesse videntur, ut si jam in quadragesimo ætatis anno constitutus sit, computatio in viginti annos fieri debeat. Denique ab annis 60. cujuscunque ætatis sit, annorum quinque

que computatio instituitur. Antea Ulpianus tradiderat formulam, quodammodo laboriosam, secundum quam

homo	}	primæ ætatis usque ad annos 20	. . .	30
		annorum 20 usque ad annos 25	. . .	28
		annorum 25 usque ad annos 30	. . .	25
		annorum 30 usque ad annos 35	victurus	22
		annorum 35 usque ad annos 40	adhuc	20
		annorum 40 usque ad annos 50	præsumi-	15
		annorum 50 usque ad annos 55	tur.	9
		annorum 55 usque ad annos 60	. . .	7
annorum 60 & ulterius	. . .	5		

Quia vero ista computatio non tantum laboriosa sed ab absurditate non adeo aliena erat, uti docet Thomæ *de noxa animalium cap. IX. n. 9.* ea merito a foro Romano recessit, simpliciori substituta, quam antea ex Æmilio Macro retulimus. Equidem Thomæ *cit. l.* ait: *Sane nostri iudices, utramque tam Ulpiani quam Æmilii Macri formulam ignorant, parum etiam de futuro tempore sunt solliciti.* Verum, uti contextus docet, tantum intelligendus est Auctor de damnis datis, ubi operæ, quibus læsus cariturus est ob id, quod inutilis est factus, sunt æstimandæ. Hoc casu certum expeditumque est, annorum computationis hodie non adeo rationem haberi; ast ubi de annuis legatis quæstio injicitur, & secundum annorum seriem, quibus adhuc legatarius vivere præsumitur, deductio Falcidiæ judicanda est, non potest certior conjectura haberi, quam quæ lege ipsa est determinata, ut adeoque nulla appareat ratio, quare hæc computatio hodie ejusmodi in casu non sit extendenda. Imo etiam ad casus alios similes hoc applicant Dd. Gail. 2. *Obs. 8. n. 4.* Brunnemann. *ad cit. l. 68. n. 5.* Unde facile patet, quid de sententia Grœnewegii ad *l. cit. 68.* judicandum sit, secun-

secundum quam statuit, hodie hanc computationem non observari, sed justum annui redditus pretium hodie definiri juxta communem provinciarum æstimationem, vel si ea desit, arbitrio boni viri desuper statuendum esse, perpensa ætate & valetudine legatarii. Sed judex tamen non debet in incerto vagari, & cum ad illam ætatem, quam legatarius adhuc agere præsumitur, respiciendum sit, non potest sententiam ferre certiolem, quam quæ ex conjecturis in ipsa lege fundatis petita est, vid. *tit. de his qui effud. vel dejec. §. IV.*

Quatenus hodie Falcidiam amittat ob rem subtractam hereditati?

§. X. Porro (X) quando aliquid subtrahit ex hereditate, exuitur Falcidia intuitu istius rei, quam interverterat, vel suam esse contenderat, cum nihil interfit, subtraxerit, an hereditariam esse negaverit *l. 68. in f. b. t. l. 6. ff. de his quæ ut indig. l. 48. 1. ff. ad SC. Trebell.* Postea ubi Justinianus introduxit beneficium inventarii in *l. f. C. de jur. de lib. simul in §. 10. cit. l. constituit*; heredes celantes aliquid dolose ex rebus hereditariis, poena dupli plectendos esse, salva quarta, ne heres bis puniretur, Menoch. *conf. 471. n. 18.* sed in *Nov. 1. c. 2.* Imperator noviter constituit, ut heres convictus de subtractione rei hereditariæ amittat Falcidiam in favorem legatariorum, & quidem penitus, non tantum intuitu rei sublata, prout plenius dixi *in causel. testam. c. XXII. 2. §. 11.*

Quatenus mortis causa capionibus detrahatur?

§. XI. In eo quoque (XI) quædam differentiarum juris novi & antiqui deprehenditur, quod jure digestorum propter mortis causa capionem locus non fuerit beneficio quartæ, forsan quod conditionis implendæ causa ab herede datur *l. 93. b. t. conf. l. 76. pr. b. t.* Sed post jure novo admissa etiam est Falcidia in *m. c. dona-*

nationibus, uti §. I. & II. vidimus, jure novo quoque eadem admittitur in tali m. c. capione, qua heres conditionis implendæ causa aliquid alteri ex propriis bonis elargiri debet per *l. pen. C. b. r.* quamvis alii dictam *l. 93. b. r.* de alia specie accipiendam esse velint, ut correctio juris antiqui cesserit Berlich. *P. 1. concl. 1. n. 49.* Grassus §. *Falcidia qu. 8. in f.*

§. XII. Jure novo præterea cautum est, heredem, haud conficientem inventarium, privari quarta sua *Nov. 1. c. 2. Aurb. sed cum testator C. b. r.* adeo ut integra legata solvere cogatur, etiamsi ultra vires patrimonii relicta erant a testatore. De jure antiquo secus est, ubi legata, ultra vires patrimonii relicta, detrahenda erant, & de reliquo, quod in bonis defuncti erat, quarta deducebatur §. 3. *F. b. r.* quia jure antiquo beneficium inventarii plane incognitum erat. De jure Saxonico & aliorum locorum hoc casu Falcidia haud amittitur, cum ibi sufficiat, edere designationem bonorum juratam, Carpzov. *P. 1. decis. 25. n. 33.* cui omnes effectus legitimi inventarii tribuuntur. Sed cum de hoc themate uberius jam actum sit in *cautel. testam. t. XXII. m. 2. §. 1. seqq.* vel binis verbis hoc tetigisse sufficere poterit. Hoc paucis addo, in nonnullis locis plane abrogatam esse Falcidiam, uti statuto Norib. *tit. 29. l. 10.* neque enim dubitari potest, quin talia statuta introduci queant, cum tota hæc dispositio sit meri juris civilis.

Si heres non conficiat inventarium, privatur quarta.

TIT. III.

SI CUI PLUS, QUAM PER LEGEM FALCIDIAM LICUERIT, LEGATUM ESSE DICETUR.

§. I.

De usu hujus
verbi.

Nonnunquam contingere potest, ut non statim exacte constet, an & quatenus legi Falcidiae esse locus possit, veluti si in annos singulos legatum est, ob incertum vitae terminum *l. 1. §. 6. l. 47. ad L. Falcid.* si sub conditione quid relictum *l. 31. l. 45. l. 73. §. 1. eod.* Si ab his, qui pupillariter substituti sunt, similiter legatum sit *l. 80. §. 1. eod. l. 1 §. 1. ff. b. t.* Hisce & similibus in casibus quidem integra legata solvi debent, ut tamen caveant legatarii, se, ubi apparuerit, quod amplius legatorum nomine ceperint, quam lege Falcidia capere licitum sit, id ipsum reddituros esse *l. 1. pr. ff. b. t.* Cum ergo id ipsum quoque hodie contingere possit, paucis inquirendum est, an etiam hodie heredes hac cautione indigeant. Scilicet jure novo introductum est beneficium inventarii, cujus hic singularis quoque effectus est, quod possit sine periculo, tam creditoribus quam legatariis primum venientibus solvere, reliquis creditoribus supervenientibus salvo regressu relicto adversus legatarios, quibus legata praestita sunt, vel creditores, qui non æquale jus cum illis habent: similiter & legatariis supervenientibus, quibus satisfieri non potest ex massa hereditaria, qui adversus ceteros, qui legata integra acceperunt, agere possunt ad communicationem ejus, quod acceperunt *l. f. §. 4. seqq. C. de jur. delib.* ibique Brunnem. *in nov. n. 30. sqq.* Cum itaque hodie regulariter heredes adeant hereditatem cum beneficio inventarii, possunt quoque primum venien-

nientibus integra legata solvere, ne quidem exacta ab eis cautione, quo nomine eis nihil imputari potest, uti quidem olim *l. 41. ff. ad L. Falcid.* Hilliger. *ad Donell. lib. VII. c. 3. tit. p.* & ita solutis primum venientibus legatis, ex reliquo quartam retinere possunt, ut adeoque exiguus hodie hujus tituli usus esse videatur, iudice ipso Brunnemano *ad l. 1. b. 1. n. 2.* Possent tamen adhuc hodie hic titulus in eo casu præbere utilitatem, si de ære alieno non satis constat, & heres solvere quædam legata velit, quia enim periculo æris alieni incerti solvendi heres subiectus manet, propter quartam, quam retinet, non aliter securus esse potest, quam si etiam primum venientes legatarii cautionem exigant. Quid enim, si primum venientibus creditoribus & legatariis solvat, & quartam retineat, postea vero æs alienum emergat, annon ipse propter quartam tenetur? Tunc enim demum creditores supervenientes contra eos, quibus solutum est, habent regressum, *si nihil reliquum est*, ut expresse dicitur in *l. f. §. 4. C. de jur. delib.* Ergo ubi heres quartam retinuit, hic ante omnia excutiendus est, ut pro rata quartæ solvat, quo ipso tamen ingens præjudicium subiret, si ipsi a legatariis cautum non fuisset, Vid. *l. 1. §. 4. b.* Unde & hodie in hujusmodi casu, si legata essent sine cautione soluta, adhuc exigi posse satisfactionem a legatariis, secundum *l. 3. §. 4. b. r.*, dicendum est.

§. II. Potest hæc cautio etiam alias necessaria esse, si forsitan heredi controversia de hereditate moveatur, & legatarii legata petant a possessore, quo casu illa solvere debet præstita a legatariis cautione *l. 40. ad L. Falcid. l. 12. pr. l. 31. de hered. petit.* Quid ergo si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint? respondet Paulus in *l. 4. §. 1. b. r.*

Quid si duo de hereditate litigent ex testamento?

tam in possessorem quam in petitem competere legatariis actiones. Imò hodie secundum *l. 12. cit.* tantum in possessorem actiones competunt, cum enim in possessione hereditatis sit, ille solus legata solvere potest.

LIB. XXXVI.

TIT. I.

AD SENATUS CONSULTUM TREBELLIANUM.

§. I.

Utilitas hujus
doctrinæ.

Si ulla est materia, quæ utilitate sua se commendat, certe hæc de fideicommissis præ ceteris nominanda est, cum vix ullum condatur testamentum, in quo fideicommissum haud occurrat. Accedit, quod hodie fideicommissa potissimum eum in finem adhibeantur, ut familiarum splendor integer & illibatus maneat, & bona in perpetuum in familia maneat, quorsum inprimis referenda fideicommissa familiæ, quæ peculiari tractatu explicat Knipschild. Imò cum clausulæ codicillares ubique fere testamentis annectantur, hæc vero dispositiones valere faciant *jure fideicommissi*, apparet, quam amplissimus hujus doctrinæ hodie usus sit. Sed cum sciam, me tantum de usu hodierno pandectarum sollicitum esse, non doctrinam universam enucleabo, sed de illis tantum agendum erit, quorum praxis recedere videtur a foro Romano.

§. II.

AD SENATUS CONSULTUM TREBEL. 1053

§. II. Ceterum jam supra *tit. de substit. vulg. & pup.* monui, *substitutionis* voce etiam *fideicommissum* denotari, quamvis regulariter & in dubio magis *directe* intelligi debeat. Neque tantum hæc observatio critica sed imo practica est, cum etiam hodie testatores sæpissime in testamentis voce *substitutionis* utantur, de qua postmodum dubium incidit, utrum de *directa* an *fideicommissaria* accipi debeat. Hoc vero inprimis ex conjecturis judicandum, utpote si in codicillis occurrat, cum in his tantum fideicommissa dentur *l. 76. b. t.* vel si alias dispositio inutilis foret *cit. l.* vel si tractum temporis in se contineat, ut post tempus institutio facta fuerit, vel si verba evincant, testatorem voluisse, ut ab alio substituendus quid accipiat &c. Cum ergo de hoc casu sæpe incidant controversiæ, aliquot præjudiciis ipsum exornabo. Sic ante aliquot annos in casu, ubi quis in testamento his verbis usus erat: **Zu einem Erben in- und substituirt haben,** ita respondimus:

Quando substitutio fideicommissum faciat?

Obwohl die in der Beilage sub lit. B. befindliche Worte eine *directam substitutionem* in sich zu halten scheinen, zumahl der testator sich der Worte; **Zu einem Erben in- und substituirt haben,** gar deutlich gebrauchet, auch bekandten Rechts ist, quod regulariter ita sit facienda interpretatio, ut intelligatur *directa c. i. de testam. in 6. Mev. P. 7. decis. 16.*

Rat. dub.

Diemeil aber dennoch solches alsdann statt findet, wann die *dispositio per modum directæ substitutionis* bestehen mag, im Gegentheil, so solches nicht geschehen kan, Rechts ist, quod magis ex benigna interpretatione pro fideicommissum haberi debeat *arg. l. 76. ad SC. Trebell.* und aber aus dem extractu testamenti sub lit. B. klärlich erhellet, daß der testator vornemlich durch solche substitution auf die conservation der familie gesehen, einfolglich der intention, ein fideicommissum familie anzurichten, gewesen, solches auch in dem folgenden deutlich zu verstehen gegeben,

Rat. decid.

da er den casum exprimiret, wenn der Älteste ohne Kinder oder Männliche Erben versterben sollte, daß alsdann die Güther auf den folgenden Bruder Mevium, und von diesem auf den Sempronium fallen sollten, welche disposition sich auf keine directam, sondern allein fideicommissariam substitutionem schicket, quod si enim substitutio ejusmodi verbis concepta fuerit, quæ tractum temporis habent, voluntas testatoris jure fideicommissi subsistit. *Mantica de conject. ult. vol. lib. IIX. tit. 1. n. 21. Faber in C. lib. VI. tit. 8. def. 6. n. 14.*

Decisio.

So halten wir davor, daß aus den verbis testamenti sub lit. A. allerdings ein fideicommiss zu schließen. Similiter in alio casu Menf. Febr. 1697. sequentem in modum respondimus.

Facti Species.

Ist Herr J. C. v. L. vor eilichen Jahren verstorben, und hat nebst seiner Ehe-Liebsten Fr. D. E. v. L. gebohrne v. B. zwey Söhne Nahmens H. F. und H. C. hinterlassen, und hat in einem Testament seine Ehe-Liebste seinen beyden Söhnen in denen Erb-Güthern substituirt, im Fall dieselbe vor der Mutter ohne Erben versterben sollten. Darauf nach des Vaters Tode die Söhne sich mit der Frau Mutter verglichen, und Ihr ob illata an jährlichen Zinsen 400. Rthl. und zwar jeder 200. Rthl. zu geben versprochen, solche Summe auch der ältere fast alle Jahre abgetragen, der jüngere aber auf viele Jahre zusammen wachsen lassen, indessen der ältere H. F. unterschiedliche Erben erlanget, der jüngere H. C. keine bekommen, auch keine Hoffnung dazu gehabt, deßhalb die Mutter D. E. v. L. gebohrne v. B. bewogen worden gleichfals ein Testament aufzurichten, darin sie auf dem Fall, da der jüngste H. C. ohne Erben abgehen sollte, demselben des ältern Brudern mit Fr. C. S. S. erzeugte Kinder substituirt, und ist hernach die Mutter nach wenig Jahren verstorben, welcher der jüngste Sohn im Tode gefolget, ohne Hinterlassung einiger Leibes-Erben, nachdem er doch zuvor seine Ehe-Frau M. E. v. B. in einem Testament zu einer universal-Erbin seines ganzen Vermögens instituirt, welche sich auch der possession ihres Mannes Güther nach seinem Tode angemasset, und darunter diejenige Erb-Stücke, welche ihrer verstorbenen Schwieger-Mutter ob illata expresse verhypothecirt gewesen, occupiret, darauf sich der
über

überbliebene Bruder H. F. v. L. derselben Güther possession angenommen, jedoch seine Schwägerin nicht vertrieben, sondern sie neben sich in den Güthern sitzen und ihr die fructus davon zum Theil genießen lassen, darüber sie wegen der possession streitig worden, und entstehet die Frage:

Ob die von Fr. D. E. v. L. gebohrne v. B. in oben angezogener *Quaestio.* disposition des ältesten Sohnes H. F. v. L. Kindern zu gut geschene substitution gültig, und, ungeachtet der casus deficientis heredis nicht pure vorhanden, sed heres extiterit & post decefferit, tanquam substitutio vulgaris passiren, oder wo ja dieses nicht wäre, zum wenigsten jure fideicommissi ob clausulam codicillarem sustiniret werden könne?

Ob nun wohl aus denen Rechten bekannt, daß die Eltern ihren Kindern ultra pubertatem zu substituiren nicht vermögen *L. 7. ff. de vulg. & pupill. substit.* so gar daß auch etliche der Rechts-Gelehrten der Meynung, daß solche substitution ultra pubertatem auch nicht einmahl als ein fideicommissum gelte Fusar. *de substit. qu. 245. num. 2.* zumahl in diesem casu der jüngere Sohn H. C. seiner Mutter heres würcklich geworden, und daher die substitutio nicht statt zu haben scheint, nam adeunte instituto expirat substitutio *L. 5. C. de Imp. & al. subst.* und also nicht unschwer abzunehmen, daß die im Mütterl. Testament befindliche substitution in denen Rechten nicht beständig.

Dierweil aber dennoch, was oben angeführet, nur von der substitutione directa zu verstehen, und hergegen daß per modum fideicommissi solche substitutio wohl bestehen könne, in denen Rechten ausdrücklich versehen, *S. f. J. de Pupill. substit.* solche Meynung auch von denen mehreren Rechts- Lehrern angenommen, die contraria opinio aber verworffen worden. Fusar. *d. l. num. 15. seqq.* Menoch. *L. 4. pres. 55. num. 2.* Donell. *Comm. L. 7. c. 17.* und in diesem Fall aus denen conjecturis zur Gnüge abzunehmen, daß testatrix ein fideicommissum hinterlassen wollen, dergleichen conjecturæ ad inducendum fideicommissum zugelassen werden Fr. Mantica *de conj. ult. vol. 1. 8. tit. 1.* Ant. Faber *in Cod. l. 6. tit. 20. def. 34. num. 2.* auch die substitution selber nicht eben in eum eventum,

tum, wenn der jüngere Sohn ihr Erbe nicht seyn wolte, sondern wenn er ohne Leibes-Erben dieses Zeitliche verlassen möchte, eingerichtet, da bekannt, quod unius casus expressio contineat alterum, ob præsumtam testatoris voluntatem *L. 3. C. de hered. institut. l. 22. ff. ad Sct. Trebell.* und daher von denen Dd. pro regula angenommen, quod substitutio in casum mortis heredis facta jure fideicommissi subsistat, *Carpz. P. 3. C. 8. def. 18. Moller. l. 4. serm. 29. num. 6. & 7.* in mehrerer Erwägung allhier in dem mütterlichen Testament die clausula codicillaris vorhanden, welche diesen effect hat, daß die substitution, die nicht jure directo gelten kan, dennoch jure fideicommissi bestehe, *Ant. Gomez. Tom. 1. variar. resol. c. 4. n. 6. Carpz. d. c. 8. d. 19.*

Decisio.

Es erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß besagte substitution allerdings gültig und jure fideicommissi wohl bestehen könne.

Quænam verba fideicommissum inducant?

§. III. Præterea etiam quibuscunque aliis verbis fideicommissum induci potest, quæ vel directo vel per indirectum restitutionem hereditatis, ab herede faciendam, denotant, quod pluribus formulis in jure nostro illustratur. Huc pertinet, si testator dixerit: *mando tibi non testari, donec liberi tibi sint l. 74. pr. b. s. quicquid ego reliquero, commune vobis sit l. 78. pr. b. s. Cajum Sejum virum commendo tibi, o filia, cui volo dari ad vita usum &c. erunt enim post mortem ejus tua & filiorum tuorum l. 34. §. 7. de leg. 2. Peto ne fundus e familia exeat l. 67. §. 5. eod. item: si testator dixit, non dubitare se quodcunque uxor ejus cepisset, liberis suis reddituram l. 67. §. 10. Peto, Luci Tiri, contentus sis centum aureis. l. 69. pr. eod. item: Scire te volo, donare me tibi aureos octingentos l. 75. pr. eod. Rogo, filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit l. 77. §. 25. eod. Te, fili, rogo, ut pradia, quæ ad te pervenerunt, pro tuo*

tua diligentia diligas, & curam eorum agas, ut possint ad filios tuos pervenire l. 11. §. 9. de leg. 3. fundum cornelianum de nomine meorum exire veto l. 83. §. 1. 2. eod. peto ut velis coberedem tibi recipere in fundo Juliano meo, quem hoc amplius te præcipere jussi Clodium Verum l. 38. §. 8. eod. Scio omnia quæ tibi, Pampbile, relinquo, ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspectam babeam l. 39. pr. eod. &c. Ex quibus & similibus verbis apparet, non præcise verba precaria requiri, sed quæcunque admitti, quibus de voluntate testatoris quomodocunque constet, etiam si parum arte scripta fuerint l. 108. §. pen. de leg. 1. l. 19. §. 1. b. 1. Mantica de conject. ult. vol. lib. VIII. tit. 1. n. 18. Interim tamen certitudo adesse debet ratione personarum, & rerum, quæ fideicommissio relinquuntur: quamvis etiam hoc admittatur, ut fiduciarius ex certis personis a testatore designatis eligere possit, cui restituat l. 57. §. 2. b. 1. Si autem de eo, quod restituendum est, non satis constat, fideicommissum est inutile, prout ex sequente responso, quod M. Aug. 1705. concepimus, constat.

Hat Valerius Sempronius Senior zu Marienburg Ao 1701. Facti Species, seinen letzten Willen gerichtlich übergeben, dainnen er seine lebendige Kinder, als zwey Söhne und zwey Töchter, zu seinen Erben eingesetzt, mithin aber auch seiner Ehe-Frauen, als derer Kinder Stieff-Mutter, einige Sachen, so er in ein in schwarz und gelb Papier eingebundenes Büchlein aufgezeichnet, zum voraus beschieden, und über dem noch verordnet, daß besagte seine Ehe-Frau von der gesammten Erbschafft ein Kindes-Theil bekommen solle. Hat er dabey die Clausul angehänget: Daß seine Ehe Frau dasjenige, was sie auf solche Art überkommen, einen von des Testatoris Kinder oder Kindes-Kindern künstlichhin genießen lassen, iedennoch aber sie die freye disposition ihres Antheils behalten, und in ihrer Wahl, und Belieben stehen solle,

Contin. III.

T r r r r

solle,

Quæstio.

solle, welchem von denen Kindern oder Kindes-Kindern sie künfftig eine Gutthat erzeigen wolle. Und entsethet daher jetzt ein Zweifel, ob nicht aus solcher clausul zu schließen, daß der testator dadurch seinen Kindern zu gute ein fideicommiss constituiren wollen?

Rat. dub.

Ob nun zwar nicht zu leugnen, quod etiam conjecturæ sufficient ad inducendum fideicommissum Mascard. *de Probat. concl. 774. n. 2. concl. 775. n. 3.* Clar. *in f. testamentum qu. 76.* und denn im gegenwärtigen Fall Valerius Sempronius ausdrücklich verordnet, daß seine Ehe-Frau das überkommene seinen Kindern oder Kindes-Kindern künfftighin wiederum genießen lassen solte, woraus dem Ansehen nach eine constitutio fideicommissi nicht undeutlich zu inferiren.

Rat. Dec.

Diemeil aber democh Valerius Sempronius in dem von ihm errichteten Testament seiner Ehe-Frauen die freye disposition ihres aus solchem Testament überkommenden Antheils überlassen, auch keine gewisse quantität determiniret, was und wie viel seine Ehe-Frau seinen Kindern oder Kindes-Kindern genießen lassen solte, auch dabey aus denen Rechten bekandt ist, dispositionem testatoris inutilem esse, quoties testator nullam certam quantitatem expressit, ut adeo dispositio ad minimam quantitatem redigi queat *L. 75. f. 1. ff. de legat. 1.* & quod verba, quæ merum consilium involvunt, fideicommissum non inducant, qualis casus cum præsentem admodum conveniens habetur in *L. 77. f. 24. ff. de legat. 2.* bey welchen Umständen einige zureichende conjecturæ ad inducendum fideicommissum nicht vorhanden, zumahl da der testator dem Anführen nach in dem in schwarz und gelb Papier eingebundenen Büchlein zwar alles benennet, was seine Ehe-Frau vermöge des Testaments haben sollen, iedennoch aber, daß sie etwas davon seinen Kindern und Kindes-Kindern zuwenden solle, dabey nicht gedacht hat, welches er ohne Zweifel würde gethan haben, wenn er enixam fideicommittendi voluntarem gehabt hätte, wobey abermahls Rechtens ist, quod conjecturæ,
ex

ex quibus infertur fideicommissum, urgentes, necessariae & multum probabiles esse debeant Vincent. Fusar. *de substit. qu.* 276. n. 4. dergleichen in gegenwärtigem Fall nicht zu befinden.

So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß aus der in des Decisio. Valerii Sempronii Testament enthaltenen clausul ein desselben Kindern oder Kindes-Kindern zu gut constituirtes fideicommissum denen Rechten nach nicht zu schliessen, vielweniger die nachgelassene Wittwe zu einer caution desfalls anzuhalten, sondern ihrem eigenen Gewissen und Willkühr lediglich zu überlassen, was oder wie viel sie einem Kinde oder Kindes-Kind entweder bey ihrem Leben oder nach ihrem Tode, als eine Gutthat genießen lassen wolle. B. R. B.

§. IV. Constituitur fideicommissum tam in testa- De fideicom-
mento, quam per codicillos ab intestato l. 1. §. 5. b. r. Imo-
missio conven-
hodie etiam inter vivos. Quamvis enim quidam id in-
tionali.
dubium vocent, vel saltim de jure Romano id negent,
praxis tamen adeo certa est, ut, quæ desuper dubia mo-
ventur, ad antiquas fabulas rejicienda esse censuerit Car-
dinalis de Luca in *theatr. verit. & just. disc. de fideicom.*
213. n. 17. vocari alias solet *fideicommissum conventionale*,
pañum unionis &c. ut quando nobiles inter se conveni-
unt, ne ullus de familia bona immobilia vel ultima vo-
luntate vel inter vivos alienare valide possit, Knipschild.
de fideicom. famil. c. VI. n. 31. De praxi ipsa horum fidei-
commissorum late agit Dn. Harprecht. *de fideicom. con-*
vinc. §. IX. seqq. Huc etiam pertinet, si duo inter se pa-
ciscuntur in favorem tertii, cui post tractum temporis
res restituenda est, l. 3. C. de donat. quæ sub mod. quod pa-
ctum eo magis hodie tertio prodesse potest, cum hodie
alteri per pactum alterius acquiri possit, uti dixi in *tit.*
de pact. §. 21. in fin. Regessit quidem Harprecht. *cit. l. §. 16.*
quod hæc sententia vel inde dubia sit, quia integra JCro-
rum collegia etiamnum in contrarium respondeant,

constanterque doceant, quod nec pacto actio alteri acquiratur. Verum respondeo, inde contrariam praxin non satis demonstrari posse. Vix enim datur sententia in praxi adeo certa, quæ non a quibusdam in dubium vocari possit, & cum plures singulares sint Dd. sententiæ, nec adeo mirum est, quod secundum has quandoque pronuncietur, & consulentibus de jure respondeatur. Utrum autem in consequentiam trahi debeant, id est, quod quæritur. Pactorum indoles apud nos hodie non est secundum principia juris Romani examinanda, sed ex jure antiquo Germanico erudenda: quod si ullibi adhuc vigorem suum retinuit, sane in *pactis successoris* illum illibatam servavit. Jam autem jus Germanicum fidem datam sanctissime servandam esse jubet, & ignorat illas exceptiones, quas Romani subtili ingenio excogitatas pactis opponere poterant. Nec revera videtur adeo dissentire Dn. Harprecht. cum *cit. l. §. XVI.* asserat, quod ex tali pacto, in favorem tertii inito, *directam* quidem actionem acquirat paciscens, *utilem* vero tertius, cui ex pacto res est restituenda: jam vero constat, quod utilis actio *ex æquitate*, contra jus strictum detur, & ita necessario quoque admittendum est *ex æquitate*, quam solam majores nostri in data fide attendendam esse voluerunt, posse tertio absenti & ignoranti ex pacto jus acquiri. Denique cum distinctio inter actiones directas & utiles foro nostro incognita sit, non adeo congruum videtur, praxin horum *pactorum* ex principiis, a foro alienis, deducere velle.

An hodie hæc
pactitia fidei-
comm. confir-
mationem su-

§. V. Plurimi quidem ad validitatem horum fidei-
commissorum, maxime in perpetuam familiæ utilita-
tem constitutorum adhuc requirunt confirmationem
supe-

AD SENATUS CONSULTUM TREBEL. 1061

superioris, & quidem Imperatoris, si de bonis immediatis inita fuerint; quæ sententia vel inde nata esse videtur, quod talia pacta de jure non valeant, adeoque demum dispensatione principis validitatem consequantur. Verum contrarium solide adstruit Dn. Harprecht *cit. l. §. XX.* quorsum etiam referri debent, quæ in *tract. de success. ab int.* fusius de validitate pactorum successoriorum dixi. Et si vel maxime in pactis confraternitatis Imperatoris consensus esset absolute necessarius, uti quidam contendunt, ab illis tamen ad hæc pacta familiæ fideicommissaria non valet consequentia, cum in illis bona de familia in familiam transferantur, in his vero in familia conserventur. Et secundum hanc sententiam in casu quodam illustri Mens. April. 1709. ita pronuntiavimus:

Ob wohl dieses pactum dadurch angefochten werden möchte Rat. Dub.
 (1) daß die hochselige Fürstin zu N. anno 1675. da das pactum unter denen 4 Schwestern errichtet worden, noch minderjährig gewesen, und daher ein solches præjudicirliches pactum nicht wohl überlegen können. Dergleichen pacta successoria propter votum captandæ mortis in Rechten nicht gebilliget, *l. f. C. de Pact.* sondern vielmehr contra bonos mores geachtet werden *l. 29. §. 2 de donat. l. 4. C. de inutil. stipul.* Græven. *lib. 2. concl. 126.* (3) Alle dispositiones per natiuitatem liberorum ipso jure rumpirt werden, und also auch solches von denen pactis successoriis zu verstehen sey. (4) Wie nicht weniger dergleichen pacta ohne Kayserliche confirmation nicht bestehen können, absonderlich da (5) de primogenitura darin disponiret, welche nothwendig confirmationem Cæsaream erfordert, zu geschweigen, daß (6) eine læsio in legitima durch dieses pactum sich hervorzu thun scheint.

Diemeil aber dennoch inter pacta successoria billig ein Unterscheid zu machen, da entweder per pactum extranei andere ad successio:

cessionem mit angenommen werden, oder nur inter agnatos vel cognatos der modus zu succediren per pactum alteriret oder determiniret wird, wie dergleichen pactum in gegenwärtigen Fall sich befindet, und dann die meisten dubia, so wider die pacta successoria vorgebracht werden, nur allein de pactis primi generis zu verstehen, und also auf gegenwärtigen casum nicht applicabel sind, da nur inter sorores & earum posteros der modus succedendi determinirt worden, welches die Rechts-Lehrer absonderlich denenjenigen, welche facultatem statuta condendi haben, de jure zulassen, inter omnes enim juris peritos ab initio juris Romani convenit & publico quasi consensu receptum est, quod conventiones inter principes & status imperii optimo jure fieri possint, de feminis ultra dotem & legitimam naturalem pecuniariam, ad successionem bonorum immobilium non admittendis. Nam tales pactiones in ditionibus majoribus habent vim legis. Oldendorp. *Conf. Marp. 5. vol. 2. n. 117.* Schrader. *conf. 19. n. 55. seqq.* M. Anton. Peregrin. *de fideic. art. 51. n. 36.* Græve *lib. 2. concl. 127. confid. 1.* und da die fideicommissa conventionalia in Rechten und praxi ihren Grund haben *l. 3. C. de donat. quæ sub mod.* Dn. Harprecht *de fideic. conv. §. 9. seqq.* so mag um so viel weniger dergleichen pactum als ungültig und widerrechtlich angefochten werden, da in effectu darin nichts anders enthalten ist, als ein mutuum familiæ fideicommissum, nach welchem die compaciscirende einander versprechen, die Erbschaft auf einen gewissen Fall an die andern ex familia zu restituiren und abzutreten, in welchem Fall keine confirmatio erfordert wird. Dn. Harprecht *cit. l. §. 20.* Zielweniger mag alhier der defectus des Lehns-Herrlichen consensus allegiret werden, alldieweil dieses pactum zu dessen præjudiz nicht gereicht, und keine fremde Versohnen in die succession mit angenommen sind, sondern das pactum nur diejenigen, welche sonst succediren, angehet, und dem domino feudi kein præjudiz Daraus zuwächst, wie die Vasallen succediren, wenn nur keine andere, als welche in prima investitura begriffen sind, in die succession genommen werden, wovider denn die obmoverte dubia nichts versfangen mögen, da die ratio prima zwar nicht zu leugnen, gleichwohl

dar-

AD SENATUS CONSULTUM TREBEL. 1063

Dargegen offenbahr, daß der hochseel. Fürstin von N. Herr Vater als Vater und Vormund solches pactum mit unterschrieben und darin consentiret, auch jetztgemeldte hochseel. Fürstin solches nachgehends in majorenitate vielfältig approbiret, wie in der wahren und Actenmäßigen specie facti fol. 16. deutlich ausgeführet ist, gleichwie die andere und dritte ration bereits abgelehnet ist, die vierte auch allhier inapplicabel, da das pactum nicht inter diversas & extraneas familias gemacht, und man über dem beyderseits darin einig ist, daß sehr viel in der Graffschaft S. allodial sey, und also um desto weniger der Kaysersliche consens nöthig ist *arg. §. 39. Capit. Leopoldi quoad quintam* aber anieho davon nicht die Frage ist, ob das pactum de primogenitura gültig, und dieses also respectu der Hoch-Gräff. Beflagtinnen eine exceptio juris tertii ist. Und endlich so viel die letzte ration betrifft, solche von Hoch-Gräff. Seite constanter geleugnet wird, auch allensfalls dadurch das ganze pactum und die daraus dependirende successio nicht mag impugniret werden. So halten wir davor, daß man Hoch-Gräff. Seiten in petitorio wohl fundiret sey. *B. R. B.*

Decisio.

§. VI. Qui hactenus fideicommissa conventionalia de jure Romano etiam admiscere, restrinxerunt communiter suam sententiam ad particulare, quoniam hereditas sicuti pactis non datur, ita quoque per modum fideicommissi pactitii haud transfertur. Sed quemadmodum hodie quoque pactis acquiritur hereditas, prout supra *tit. de Pact. §. XVIII.* adstruxi, adeo ut etiam inter privatos ea admittantur vid. *§. XX. cit. tit.* merito quoque idem dicendum est de hoc fideicommissio conventionali, ad quod restituendum alteri post mortem suam obstrictus est. Qui de hoc dubitant, argumenta ex jure Romano depromunt, cui omnino repugnare videtur: Sed non item moribus antiquis Germaniae, quibus major ratio pactorum, quam testamentorum habetur. Conf. Dn. Harprecht. *cit. l. n. 31.*

An hodie valent haec fideicommissa conventionalia de universa hereditate?

§. VII.

An SCto Trebell. in hoc fideicommissio locus sit?

§. VII. Ait JCtus, *SCtum Trebellianum locum habere sive ex testamento quis heres esset, sive ab intestato, rogatusque sit restituere hereditatem l. 1. §. 5. b. r.* An itaque eidem hodie locus est in fideicommissio conventionali? Quod merito negandum, cum beneficium quartæ in SCto Trebelliano potissimum in favorem heredis introductum sit, & cum hic se haud obstrinxerit suo facto ad restituendum, sed ad hoc ex solius testatoris dispositione teneatur; merito ei ex bonis defuncti aliquid concedendum erat, quo eo promptius invitaretur ad adeundam hereditatem eamque restituendam. Ast hæ rationes ad conventiones, ex compaciscentium consensu dependentes, applicari haud possunt, cum gravatus ex data fide obligetur ad restituendum fideicommissum, neque adeo necesse sit, per beneficia juris eum allicere ad implementum suæ obligationis, vid. Fontanella *de pact. nupt. d. 4. gl. 9. p. 4. n. 145.* Pruckman. *consil. 1. n. 203.* Dn. Harprecht *cit. l. §. 41.* Porro in eo quoque SCto huic non est locus in hac specie, quod jam ante restitutionem ei, cui hereditas est restituenda, jus sit quæsitum, id quod etiam ad suos transmittit heredes, prout in genere de pactorum successoriorum natura hoc demonstravi in *tr. de success. ab intest.* cum non tantum pro nobis, sed etiam pro heredibus contrahamus, etiam si vel maxime conditionalis sit obligatio, cujus spes etiam in heredes devolvitur. Huc etiam spectat, quod fideicommissa conventionalia unius voluntate revocari nequeant, sicuti fideicommissum ex ultima voluntate dependens, quæ omnia ex diversa natura pactorum ultimæque voluntatis fluunt.

§. VIII.

§. VIII. Hoc quoque jure novo fideicommissorum juri accessit, quod secundum *l. f. C. de fideic. sine ul. la solennitate constitui possint, modo defunctus ipsi præsentis heredi ea injunxerit: exinde enim tota hujus fideicommissi validitas dependet, quod præsentis heredis fidei commiserit restitutionem hereditatis, uti ipse contextus docet, & prolixè illustrat Dn. Harprecht *de remed. l. f. C. de fideic. cap. IV. §. 10. seqq.* Non itaque subsistit fideicommissum, si heredes absentes fuerint, adeo ut ne quidem valeat scheda ad absentem missa, cum deficiat fundamentum hujus fideicommissi privilegii Lauterbach. *de relat. jurisjur. 16. 87. n. 3.* Finckelthaus. *Obs. 51. n. 7.* Neque enim absenti deferri potest juramentum, quod tamen sub hac formula præstandum est: *quod nihil tale a defuncto audiverit, §. f. J. de fideic. hered.* quale juramentum semper absens præstare potest, & sic frustratorium foret, & proinde plane non deferretur. Conf. Dn. Harprecht. *cit. l. §. 13.**

Fideicommissum heredi præsentis injunctum.

§. IX. Quæ cum ita sint, non possunt non a vero aberrare, qui promissionem heredis hic supponunt, & ex ea validitatem totius hujus fideicommissi deducunt, id quod vel ipsa formula jurisjurandi docet, cum non jurare debeat, se tale quid *promisisse*, sed potius, *se tale quid non audivisse*, quamvis plures hanc sententiam tueantur, vid. Brunneinan. *ad cit. l. f. n. pen. C. de fideic. Sande lib. IV. tit. 5. def. 18.* Dispositio enim hic testator in vim mortis, & ita tota illa dispositio ex ejus debet dependere arbitrio, nec factum heredis requiritur, alioquin dicendum foret, heredem contradicere posse, & contradicentem haud obligari, quod tamen admitti nequit Besold. *P. 3. cons. 107. n. 9.* Dn. Harprecht. *cit. l. n. 34.* Ex accidenti tamen contingere potest, ut heredis promissio accedere

Ubi promissio heredis non est necessaria.

Contin. III.

U u u u

de.

debeat. (1) Si de tali re disponere per fideicommissum intendit, de qua sine heredis consensu disponere nequit, quod ex sequenti illustratur sententia M. Jul. 1707. pronunciata.

In Sachen Berend Abergmanns Kläger an einem, der Kortemeyerschen Erben, als Jobst Heermann Henefeld und Ernst Berstenberg, Befl. andern Theils, erkennen Königl. Preussische Richter und Assessores am Königl. Bürger-Gerichte, auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten, vor Recht, würde Kläger, daß die verstorbene Kortemeyersche ihren Mann, die quaestionirte Länderey Klägers Frau zu geben versprochen, vermittelt Eyd des erhalten, und also in supplementum schweren, inmassen ihm zu thun obliegt, so sind so dann Befl. die quaestionirte Länderey Klägern abzutreten schuldig B. R. W.

Rationes Decidendi.

Es hat Kläger vornehmlich seine Klage darauf fundiret, daß der verstorbene Heinrich Kortemeyer propter merita singularia & accepta beneficia von seiner Frauen, als Erbinnen, in seinem Todt-Bette ernstlich begehret, daß sie die von ihm hergekommene Länderey nach seinem Tode an Klägers Ehe-Frauen, als seiner Schwester, abtreten möchte, welches sie auch ihm in seinem Bette zugesaget hätte, daher seine Frau und deren Erben anieho *ex l. f. C. de fideic.* schuldig wären, solchen Willen des defuncti zu erfüllen. Ob nun gleich die Beklagte theils solche Zusage geleugnet, auch deswegen in dem Gegenbeweiß so viel ausgeführet, daß, obgleich der Mann solchen Vorsatz gehabt, die Frau aber dennoch darin nicht willigen wollen, theils auch die zwischen obgedachten Ehe-Leuten aufgerichtete pacta vorgeführet, nach welchen sie in vim pacti irrevocabilis unter sich abgeredet, daß der überlebende des andern Gütther gänzlich behalten sollte, einfolglich der verstorbene Heinrich Kortemeyer nicht befugt gewesen wäre, von dem Seinigen in præjuditz der Frauen zu disponiren, so kömmt es doch anist vornehmlich darauf an, ob die Frau ihrem Manne in dem Todt-Bette nicht zugesagt, daß sie als Erbin seinen Willen adimpliren, und die quaest. Ländereyen an seine

Schwe-

Schwester abtreten wolte, denn wo solches geschehen, so ist sie in so weit von ihrer successione pactitia abgetreten, und hat das fideicommissum seine Richtigkeit. Nun hat zwar Kläger Beklagter deswegen secundum l. f. C. de fideic. den Eyd deferiret, doch auch zugleich einigen Beweis geführt, welche Eydes- delation, wenn die Erbin noch leben solte, allerdings statt finden würde, weil sie davon ihr Gewissen allein eröffnen könnte, neque enim heredis heres, qui ignorat, nec praesens fuit, juramento onerandus Finckelt. *Obs. 51. n. 11.* Nachdem aber anieso Kläger mit deren Erben zu thun hat, und es also nur auf der verstorbenen Cortemeyerschen Versprechen ankommt, gleichwol Kl. durch die beygehende Zeugen Aussage sub lit. a. & b. wenigstens semiplene erwiesen, immassen Anna Margaretha Brochhagen solches Versprechen jurato ausgesaget, der Küster auch solches bestärcket, und des Senioris Aussage dahin auch ziemlicher massen zielet, hergegen die Beklagten in ihrem Gegen-Beweis nur so viel dargethan, daß des verstorbenen Cortemeyers Ehe-Frau vorher in solches Versprechen nicht willigen wolten, Klägers Zeugen hergegen de alio tempore ausgesagt, daß sie nemlich kurz vor seinem Ende ihrem Manne, seinen Willen zu erfüllen, versprochen, welche dispositiones wieder einander nicht streiten, einfolglich was Kläger, den Grund seiner Klage zu erweisen, saltem semiplene ausgeführt, dadurch nicht elidiret worden, so hat nicht anders als auf das juramentum suppletorium erkannt werden können. (II) Idem quoque dicendum est, si non omnes, sed quidam tantummodo adfuere heredes, tum praesentes quidem obligantur, sed non absentes, nisi se voluntatem defuncti adimpletuos promiserint, prout Mens. Jun. 1698. respondimus.

Hat Cajus in seiner letzten schweren Kranckheit zu seinem damahl ganz allein bey ihm zugegen gewesenem vollbürtigen Bruder Mevio gesagt: Wenn ich sterbe, so gebet meinem zu Tarento studirenden Halb-Bruder Sempronio zu Fortsetzung seines studirens aus meinem Erbe 1000 fl. samt meinen Büchern; und

U u u u 2

ist

ist nicht lange darnach, ohne daß er etwas formales disponiret, noch solche Meynung seinen übrigen zweyen vollbürtigen Brüdern Quintino und Ruffo entdecket, verstorben, darauf als Mevius seinen lezt benannten beyden Brüdern solches entdecket, diese zwar anfangs sich nicht darzu verstehen wollen, endlich aber selbige gegen Sempronium sich schriftlich dahin erkläret, daß sie die 1000. fl. auf 2. termine alle Jahre mit 500. fl. abtragen, und so viel die Bibliothec betrifft, die teutschen Bücher vor sich behalten, die lateinischen aber ihm allesamt extradiren wollen, jedoch mit dem Beding, daß wo Sempronius ohne Leibes-Erben versterben solte, so wohl das Capital als auch lateinische Bücher und übrige Schriften ihnen wiederum heim und zurück fallen sollten, welches auch Sempronius in seinen Briefen acceptiret: Ist aber dieser Sempronius, ehe er den geringsten Genuß von diesen Geldern und Büchern gezogen, nicht lange hernach gleichfals verstorben, und haben sich darauf des Sempronii hinterlassene vollbürtige Geschwister gemeldet, solches Capital und die Bibliothec gefodert, und deshalb wider Mevium, Quintinum und Ruffum Klage erhoben, da denn Mevius sein Antheil gutwillig abgetreten, Quintinus und Ruffus aber solches sich geweigert, und als endlich Ruffus mit Tode abgegangen, Quintinus aber zu restituierung solches Capitals und Bibliothec condemniret worden, hat dieser appellationem eingewandt, deßhalb aniezo, was disfals Rechtens? gefragt wird:

Rat. dub.

Ob nun wohl Quintinus vorwendet, daß solches des Caji Vermächtnis zu Recht vor beständig nicht geachtet werden können, indeme er weder ein Testament verfertiget, noch auch einige Zeugen ausser Mevio vorhanden gewesen, folglich dieses so *wenig pro Legato*, als auch *pro donatione mortis caussa*, vel *inter vivos* vel *ad pias causas relicta*, da auch hierzu zwey Zeugen vonnöthen gewesen, zu achten, und wann gleich solches gültig, dennoch alles *vi pacti*, da Sempronius ohne Leibes-Erben verstorben, dem Quintino und Ruffo wieder zurück gefallen, und es dahero das Absehen gewinnet, daß des Sempronii vollbürtige Geschwister dieses auf keine Art und Weise zu präetendiren befugt. Weil aber dennoch aus den Rechten

Rat. decid.

ten beſandt, quod ſi teſtator heredis præſentis fidei aliquid commiſerit, hoc ſine ullo teſte vel ſine ulla ſolemnitate valeat, §. *fin. f. de fideic. l. fin. C. eod.* und man gleich dem Quintino und Ruffo der teſtator ſolches nicht committiret, und ſie alſo dadurch nicht verbunden, dennoch allhier genug, daß ſie es hernachmahls ratihabiret, und der vorgeſchüzte Rückfall, daß darin Sempronius weiter, als ſo viel die Bibliothec betrifft, conſentiret, aus denen bengelegten Briefen nicht zu erſehen, auch nicht wahrſcheinlich, daß ſolches ſo wohl Mevii als Quintini und Ruffi Meynung geweſen, indem Sempronio ſolche Gelder zur Ausgabe in ſeinem ſtudiren deſtiniret, und ihm alſo hernachmahls, wenn er bis nach geendigten ſtudiren beym Leben bleiben, ob er wohl alſdenn ohne Erben verſtorben wäre, zu reſtituiren unmöglich geweſen ſeyn würde, und da Mevius ſein Antheil angetreten, Quintinus von der Bibliothec nicht mehr als ſeinen und des verſtorbenen Ruffi ztheil prætendiren kan.

So halten wir davor, daß Quintinus auſſer denen 2. dritten Decifio. der Bibliothec, das übrige dem vollbürtigen Geſchwifter des Sempronii allerdings heraus zu geben ſchuldig.

§. X. Quemadmodum itaque tota hujus teſtamenti ſubſtantia a fide heredum dependet, ita etiam tantum per ſolam heredum confessionem de eo conſtare debet, adeo ſi confessionem edere nolint, *neceſſe habent vel ſacramentum ſubire & omni inquietudine ſeſe relaxare, vel ſi recuſandum exiſtimaverint ſacramentum, omni modo exactioni fideicommiſſi ſubjacere l. f. C. de fideic.* Ubi enim recuſant ſubire juramentum, pro confeſſis habentur, confitentes autem absolute obligantur ad ſolvendum fideicommiſſum. Richter. *decif. 62. n. 20. ſeqq.* Adeo vero ſola fides heredum hoc ſuſtinet fideicommiſſum, ut ne quidem ſufficiat, loco jurisjurandi delati, probationibus aliis uti, ſi forſan duo adſuiſſent teſtes, quorum

U u u u 3. teſti-

testimonio probari posset, defunctum præsentī heredi fideicommissum injunxisse; quia ita fideicommissum potius a fide testium duorum dependeret, non a fide heredum: quoties autem a testium præsentia dependet fideicommissum, ad minimum quinque adesse debent, & duo haud sufficiunt: ipse tamen heres, si juramentum ei delatum est, non prohibetur conscientiam suam per alias probationes exonerare Richter *cit. l. n. 29.* veluti si probare absentiam possit. Finckelthaus *Obs. 51. n. 7. 11.* Albericus Rosate *ad cit. l. f. in f.*

An hodie cogi possit heres ad adeundam hereditatem?

§. XI. Est autem in genere fideicommissorum natura potissimum SCro Trebelliano clarius explicata & determinata, vi cujus cautum est (1) ut heres, si suspectam sibi dicat hereditatem, & ob eam causam illam adire recusat, cogi possit ad eam adeundam & restituendam, nullo nec lucro nec incommodo apud eum manente, quo de themate pleræque leges hujus tituli agunt *l. 4. l. 6. seqq. b. t.* Et quidem qui recusabant adire hereditatem, profiteri debebant, *non sibi expedire hereditatem adire, non vero dicere, non esse solvendo l. 6. §. 2. b. t.* Tales casus olim eo frequentiores erant, quo magis heres adeundo ad omnia debita solvenda tenebatur, etiam ultra vires patrimonii: unde si fideicommissarius aditionem urgebat, ejus periculo hereditatem adibat, non suo. Verum postquam hodie beneficium inventarii introductum est, quo si utitur heres, damnum nullum ipsi metuendum est, nec necesse habet, ut olim, profiteri, suspectam sibi videri hereditatem; inde vix casus amplius dabitur, quo quis ideo, quod suspectam sibi dicat hereditatem, hereditatem adire recusaturus sit, cum ita sciat, se omne lucrum

AD SENATUS CONSULTUM TREBEL. 1071

crum amittere, cum e contrario si sponte adeat, adhuc lucrum habeat, damno autem plane non sit obnoxius, Inde tot leges, quæ in h. t. hodie applicationem desiderant, & cautela, quæ in *l. 45. b. tit.* commendatur, otiosa est.

§. XII. Interim major est usus Trebellianicæ deductioni, si forsan heres totam hereditatem restituere rogatus, quæ adhuc hodie a Falcidia distincta manet, ita ut ab una ad alteram non semper valeat argumentum, si ratio diversitatis allegari possit. Sic in Falaidiam nihil imputatur heredi, nisi quod tanquam heres habet; Ast in Trebellianicam omnia, quocumque titulo heres quid a defuncto accepit, imo ipsi etiam fructus hactenus percepti imputantur, de cujus diversitatis ratione disquirat Donellus *lib. VIII. c. 26. in f.* ibique Hilliger *lit. H.* Ubi vero diversitas nulla occurrit, nec ratio ejus dari potest, merito quod de uno dispositum est, censetur quoque de altero esse dispositum. Sic de jure Saxonico in donatione m. c. cessare deductionem Falcidiæ, supra dictum est, adeoque idem quoque dicendum videtur de deductione Trebellianicæ, si donatio m. c. ob defectum forsan alicujus solennitatis invalida sit, ut tamen jure fideicommissi subsistat. Et tamen Carpz. *p. 3. C. 1. def. 7.* contrariam sustinuit sententiam, quod hæc materia, de prohibita quarta, sit pœnalis & odiosa, adeoque de illa decisione merito dubito, quemadmodum etiam Berlich. *P. 3. Concl. 1. n. 52.* ab illa discescit. Neque enim diversitatis causa hic adduci potest, adeoque quod juris est in Falcidia, etiam in Trebellianica hic juris esse debet.

De Trebellianicæ differentia a Falcidia.

§. XIII.

An hodie liberi
legitimam &
Trebelliani-
eam deducere
possint?

§. XIII. Cum itaque in Trebellianicam omnia im-
putentur, quæ quomodocunque heredes ex defuncti
bonis lucrati sunt, facile apparet, quid dicendum sit de
illa quæstione, utrum liberi præter Trebellianicam ad-
huc legitimam deducere possint, an vero hac accepta
Trebellianicæ non amplius locus sit? Plures id affir-
mant, eumque in finem plura argumenta ex jure civili
conglomerant, adducta, examinata & recte rejecta a Dn.
Harprechto *de jure deducendi duas quartas c. II. tb. II. seqq.*
Interim tamen, prout in aliis quoque controversiis fa-
ctum esse constat, Pontifices illorum sententiæ accesserunt,
qui erronee crediderunt, de jure civili, utriusque
& legitimæ & Trebellianicæ deductioni locum esse, ad-
eoque in *c. 10. §. 18. X. de testam.* liquido eam opinionem
approbarunt, quo ipso factum, ut error jus faceret.
Cum itaque interpretes plures postea animadverterent,
dissonantiam juris canonici & civilis revera inde ortam
esse, subtili aliqua distinctione utrumque jus ad con-
cordiam reducere tentarunt, distinguentes inter fidei-
commissa pura & conditionata, ita ut de his jus canoni-
cum, de illis vero jus civile accipiendum sit. Schilter,
ex. 18. §. 16. seqq. Quamvis vero rursus hæc distinctio
nullum genuinum fundamentum habeat, adeo tamen
in praxi recepta est, ut de ea amplius dubitare non
liceat, ut dixi *in tr. de success. ab intest. diff. VII. c. §. 26.*
seqq. Conf. Faber *in C. lib. 6. tit. 17. def. 7.* Jo. a Sande
lib. IV. tit. 7. def. 3. Guido Papæ *decis. 513.* Carpzov.
P. 3. C. 1. def. 20. Dn. Harprecht. *cit. l. §. 69.* Proinde
si forsan unus ex liberis præteritus fuerit, sed testa-
mentum clausula codicillari munitum deprehenda-
tur, quia tunc in vim fideicommissi & quidem *puri*,
sub-

subsistit, duplex detractio omnino cessare debet. Mantica *de conjecl. ult. vol. lib. VII. tit. ult. n. 31.* Dn. Harprecht *cit. l. §. 71.*

§. XIV. Denique in eo quoque fideicommissio quaedam immutatio jure novo facta est, quo testator voluit, ut non tota hereditas, sed *quod ex hereditate superesset, restitueretur.* Nam jure digestorum per *l. 54. b. 1.* fiduciario permissum erat, alienare & diminuere hereditatem, sine aliqua restrictione certa, ad arbitrium boni viri, modo non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum esse probaretur. Ast jure novo hoc restrictum est, ut tantum ad dodrantem diminuere facultates hereditarias possit *Nov. 108. c. 1. autb. contra C. b. 2.* cum arbitrium boni viri admodum incertum esset, & inde non posset non materiam litium præbere. Richter *ad cit. autb. n. 8.* Quodsi itaque nihil ex bonis alienatum consumtumque est, tota hereditas omnino restituenda est, salva tantum Trebellianica, quia non videtur voluntas defuncti fuisse, ut tantum quartam redderet, si amplius bona consumere ei permissum esset. Proinde ut fideicommissarius tutus esse queat, fiduciarius cautionem præstare debet *Carpz. P. 3. C. 8. def. 37.*

De restitutione ejus, quod ex fideicommissio superesset.

TIT. II.

QUANDO DIES LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM CEDAT.

§. I.

Multum sane refert, quando dies legatorum cedat, quia si ille moritur, antequam dies cesserit, ad heredem suum nihil transmittit: si vero post diem legati ceden-

Utilitas hujus tituli,

Contin. III.

X x x x x

ceden-

cedentem, legatum omnino transmittit *l. 5. pr. b. 1.* Proinde quoque adhuc hodie dicendum est, legati puri diem cedere a tempore mortis, modo tale legatum relictum, quod ad heredem sua natura transmitti possit *l. 5. §. 1. b. 1.* & ita heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessione diei non facit *l. 7. pr. b. 1.* Usuræ itaque non debentur a tempore mortis, quia statim peti nequit, sed demum a die moræ commissæ, seu postquam heres legatum præstare debuit. Carpzov. *P. 2. C. 30. def. 20.*

De legatis conditionatis & in diem incertum collatis.

§. II. Si sub conditione vel in diem incertum, qui conditionem ordinarie facit, relictum sit legatum, non prius legati dies cedit, quam conditio fuerit impleta, ne quidem si ea sit conditio, quæ in potestate sit legatarii *l. 5. §. 2. b. 1.* modo sit vera conditio, non talis, quæ pro non scripta *l. 5. §. 3. b. 1.* aut pro impleta habetur *l. 5. §. 5. b. 1.* aut quæ saltim figuram conditionis habet, non rem ipsam, quorsum pertinet, quando non ipsi dispositioni, sed executioni tempus incertum adjectum est, *l. 26. §. 1. b. 1. l. 46. ad Sc. Trebell. l. 3. §. C. b. 1.* secundum quam sententiam *Mens. Febr. 1707.* respondimus.

Facti Species.

Hat Caja in ihrem Testament ihren Mann zum Erben eingesetzt, und dem Titio ein legatum mit diesen Worten hinterlassen; Dem Titio, als welcher es mit meinem Ehe-Herrn jederzeit getreulich gemeynet, vermache und verschaffe ich zu meiner Gedächtniß vierhundert Gulden in Münz, welche jedoch ihm ebender nicht als bis nach meines Ehe-Liebsten gleichmäsig erfolgenden seel. Zutritt, welchen GOtt in Gnaden noch lange verhüten wolle, bezahlt und vergnügt werden sollen. Worauf, nachdem sie, die Testirerin, einige Zeit verstorben, obgemeldter Cajus ihre Erbschaft würcklich angetreten; und endlich der Legatarius Titius innerhalb wenig Jahren gleichfalls dieses Zeitliche gesegnet, und also der Cajus beyde überlebet. It

QUANDO DIES LEG. VEL FIDEIC. CED. 1075

nun endlich ietzt gemeldter Cajus auch verstorben, und als des Titii Erben das legatum gefordert, unter beyderseits Erben ein Streit deswegen entstanden, indem nunmehr des Caji Erben sich nicht schuldig zu seyn erachten, das legatum zu prästiren, doch darzu in prima instantia condemniret worden, und also gefraget wird;

Ob die Erben des Legatarii mit Zug Rechtsens solches legatum fordern können, und also der Richter erster instanz wohl getheilet habe.

Wann nun gleich bey dieser Frage eingewandt werden möchte, Rat. Dub. daß allhier ein legatum conditionale vorhanden, cujus dies demum cedat a tempore conditionis existentis *l. 5. ff. 2. l. 13. ff. quand. dies legat.* auch dieser casus fast in ipsis terminis in Rechten selbst decidiret worden: Si enim legatur, cum heres morietur, conditionale legatum est, denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert *l. si cum heres 4. pr. ff. quand. dies legat.* & tale legatum: cum morietur heres, dato, certum est debitum iri, & tamen ad heredem legatarii non transit, si vivo herede decedat *l. hujusmodi 13. ff. quand. dies legat. anetwegen* da ferner bekandt, daß dies mortis incertus sey, dies incertus aurem conditionem in testamento facit *l. 75. ff. de condit. & dem.* woraus denn die Rechte ferner also schliessen: dies incertus est, cum ita scribitur: heres meus cum morietur, decem dato: nam diem incertum mors habet ejus, & ideo si legatarius ante decesserit, ad heredem ejus legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit, moriturum heredem. *l. legatis 1. ff. 2. ff. de condit. & demonstr.* und scheint auch die distinction der Rechts-*Lehrer*, utrum conditio ipsi legato, an vero præstationi ejus adjuncta sit, allhier gar nicht applicabile zu seyn, zumahl solche in Rechten allerdings gebilliget worden. *l. quibus 40. ff. 2. de condit. & demonstr.*

Diemeil aber dennoch die ietzt angeführte distinction von dem Rat. Dec. allegirten *l. 40.* nicht absolute verworffen, sondern nur daß solche ad casum ibidem propositum & a præsentis facti specie plane diversum nicht applicirt werden könne, disponiret wird, im übrigen

gen die Rechte in conditionibus legato appositis allerdings dahin schliessen, daß man sehen müsse, utrum legato adjecta conditio, an vero pure legatum fuerit, & tantum peritio in tempus dilata, so daß im ersten Fall das legatum conditionale sey, einfolglich so fern der legatarius ante conditionis existentiam versterben solte, dessen Erben nichts prætendiren können: hergegen im andern Fall es genug sey, wenn nur der Legatarius den testatorem überlebet, quia statim a morte ejus dies legati cedit, licet nondum venerit *l. 26. §. 1. ff. l. 3. §. 5. C. quand. dies legat. vel fideic. cedat. l. 46. ad Sc. Trebell. Brunnem. ad l. 75. ff. de condit. § demonstr. Id. ad l. 3. §. 5. cit. n. 4. Mantica de conjeet. ult. vol. lib. II. tit. 18. n. 21.* und dann aus denen in specie facti angeführten verbis legari deutlich abzunehmen, daß das legatum nicht conditionale, sondern nur der præstationi dies adjiciret worden sey, indem die testatrix das legatum anfänglich pure verschaffet his verbis: Dem Titio, als welcher es mit meinem Ehe- Herrn jederzeit getreulich gemeynet, vermache und verschaffe ich zu meinem Gedächtniß 400. Gulden; nachgehends erst in verbis sequentibus, ubi agitur de præstatione legati, disponiret wird; wannehr das legatum ausgezahlt werden soll: welche jedoch eber nicht, als bis nach meines Ehe- Liebsten erfolgenden seel. Zutritt bezahlet und vergnüget werden sollen. Und dann in solchem Fall die Dd. wollen, daß man vornemlich auf die Worte der disposition sehen müsse: nam si testator dicat, lego Titio decem, quæ ei solvi volo anno 14. hic apparet ex verbis, quod primo pure leget, & postea solutioni diem dicat. Brunnem. *ad l. 3. §. 5. C. quand. dies legat. vel fideic. ced. n. 6.* Hergegen die in rationibus dubitandi angeführte leges von dem ersten casu, ubi dies vel conditio ipsi legato adjecta, deutlich reden, anerwogen in una periodo sowohl des legari, als der condition, Meldung geschiehet, einfolglich auf gegenwärtigen Fall nicht wohl appliciret werden mögen, ubi in diversis plane periodis legatum & ejus præstatio continetur, und endlich in conditionibus recte dijudicandis man mehr ad voluntatem præsumtam testatoris, als die blossen Worte sehen muß *l. 19. l. 25. ff. de condit. § demonstrat. Gail. 2.*

Obf

UT LEGAT. SEU FIDEIC. SERVAND. &c. 1077

Obs. 2. Obs. 132. n. 9. da die angeführte Worte des legati vornemlich dahin abzielen, daß der Erbe nur die Nutzung des legati inzwischen haben, nicht aber, daß das legatum quasi in mortem heredis suspendiret seyn solle, so ist bey solchen Umständen um desto weniger der angeführte *l. 40. §. 2. de condit. & demonstr.* hieher zu appliciren, als welcher notorie nicht de morte heredis sondern tertii redet, in welchem Fall das legatum conditionale ist. Als halten wir da- Decisio.
vor, daß in erster instanz wohl gesprochen, und die Erben des Titii solches legatum mit Recht fordern können. **B. R. W.**

TIT. III.

UT LEGATORUM SEU FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA CAVEATUR.

§. I.

Cum hæc cautio ad securitatem fideicommissorum De usu hujus-
tituli.
introducenda sit, nullum est dubium, quin eadem adhuc hodie ab herede fiduciario exigi possit, adeo ut si non adsit præfens suspensionis causa, nihilominus tamen ad illam fiduciarius teneatur Peregrin. *de fideic. art. 40. n. 10. Censal. ad Peregr. cit. l. Cardin. de Luca de fideic. disc. 200. n. 2.* Imo etiam nunc necessaria judicatur, si vel maxime fideicommissum in immobilibus consistat, cum etiam hæc corrumpi & devastari possint. Præstanda est hæc cautio regulariter per fidejussores *l. 1. b. 2. Carpz. P. 3. C. 8. def. 33. n. 3. Knipschild. de fideicom. famil. c. XII. n. 26.* imo etiam, ut eo certius de fideicommissi quantitate constet, a fiduciario herede exigere potest inventarium, *Id. cit. l. def. 39.* quod tamen ad eum casum extendi nequit, quo apanagiatus a regente principe cautionem

X x x x x 3

vel

vel inventarium ob spem succedendi exigere vellet, cui ostendi in *cautel. testam. c. XXI. m. 1. §. 14.*

Liberi mutuo
fideicommissis
gravati non
cavent.

§. II. Remissa tamen hæc cautio est liberis mutuo fideicommissis gravatis *l. 6. pr. & §. 1. C. ad Sc. Trebell. nisi testator specialiter illam exegerit. Restricta quoque est dispositio hæc ad prædictas tantum personas cit. l. §. 3. adeo ut in nepotibus, aliisque descendantibus eam locum non habere putet Knipschild *de fideic. fam. c. XII. n. 42.* de quo tamen dubito; quamvis enim Imperator tantum de *filiis & filiabus* loquatur, constat tamen, quod hac appellatione etiam reliqui descendentes veniant, si disparitatis ratio dari nequit *l. 84. l. 122. de V. S.* Imo hæc non tantum obtinet, quando liberi mutuo fideicommissis gravati, sed etiam si aliud quid in certum eventum restituere debent, prout *Menf. Dec. 1704.* pronunciavimus:*

Rat. dub.

Ob wohl an sich Rechtens, daß derjenige, welcher ein legatum, fideicommissum oder sonst etwas in futurum eventum zu præstiren verbunden ist, ad cautionem de legato, existente die, solvendo gehalten ist *t. t. ff. quod legat. vel fideic. serv. l. 41. de judic.* daher seiner Geschwister Ansuchen de præstanda cautione nicht ungegründet zu seyn scheint.

Rat. Dec.

Dennoch aber und diemeil hieselbst die Sache unter Kinder oder Geschwister ist, von denen Kraft Väterl. Verordnung einer denen andern etwas heraus geben soll, und in diesem Fall die Rechte klar verordnet, daß wenn ein Vater seine Kinder verbindet, oder mit einem fideicommissis graviret, daß einer dem andern künftig was heraus geben soll, die Kinder deshalb von einander keine caution fordern können *per l. 6. §. 1. C. ad Sc. Trebell. Knipschild. de fideic. c. 12. n. 41.* So erscheinet hieraus so viel, daß seine Ehe-Frau eine caution zu bestellen nicht schuldig sey, sondern die 200. Rthl. ihm ohne einige Versicherung heraus zu geben sind.

Decisio.

§. III.

§. III. Similiter patri quoque remissa est cautio; qui fideicommissum liberis restituere tenetur, maxime ob auctoritatem patriæ potestatis *l. 50. ad SC. Trebell.* imo idem quoque dicendum est de casu, si liberi jam liberati sunt a patriæ potestate, vel quando mater gravata est fideicommissò *l. 6. ff. 1. C. ad SC. Trebell.* nisi forsan (1) ad secunda vota transierint, quia ita sinistram præsumptionem contra se habent *cit. l. 6.* vel (2) pater multa in fraudem fideicommissi fecisse probeatur, quo casu ne quidem cautio sufficit, sed potius pater statim hereditatem filio restituere debet, ut nullum jus ei in illa referretur, nisi quod officio judicis egenti alimenta ex illa præstentur *l. 50. ad SC. Trebell.* His præsuppositis, facile judicari potest de usu *l. 7. ff. b. t.* ubi casus est de patre herede instituto, qui filio sub conditione legatum præstare jussus est. Quamdiu in potestate patris est, hujus legati nomine satis petere non potest, sed pendente conditione emancipatus exigere olim cautionem hypothecariam poterat. Ast tam in *l. 6. cit.* quam in *Nov. 22. n. 41.* remissa est tam patri quam matri hæc legatorum cautio, & ne quidem hypothecaria reservata est, adeoque hodie in praxi ne quidem hypothecaria cautio exigenda solet.

Pater non tenetur cautionem liberis præstare.

§. IV. Non tantum autem cautio huc dirigebatur, ut legatum vel fideicommissum suo die præstaretur, sed etiam promittere heres debebat, dolum malum abfuturum esse *l. 1. pr. b. t.* quia clausula doli alias stipulationibus haud inerat, nisi expresse ejus mentio facta esset. Potest tamen testator hanc cautionem remittere, *l. f. ff. b. t. l. 2. ut in pass. leg.* quod communiter de prima parte cautionis intelligunt, non de altera; quod dolum malum abfuturum esse, promittit. *Knipfchild. de fideic. famil.*

An cautio hæc remitti possit?

famil. c. XII. n. 31. seqq. Lauterbach. *b. r. §. 8.* quod ex hujus remissione occasio delinquendi nascatur. Verum hæc ratio non stringit, cum, remissa cautione haud permittatur heredi dolose agere, quin potius ex *l. 7. C. ut in possess. legat.* constat, in genere cautionem remitti posse, præsertim cum clausula *doli* tantum propter negotia stricti juris esset adjicienda, quibus alioquin non inerat & consequenter si nulla cautio præstita, nihilominus tamen, maxime hodie, propter dolum admissum agi posse, satis constat. Hoc tamen admitto, quod disipatione dolosa superveniente cautio exigi possit, non obstante remissione testatoris, Knipschild. *cit. l. n. 32.*

TIT. IV.

UT IN POSSESSIONEM LEGATORUM
VEL FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM
CAUSA ESSE
LICEAT.

§. I.

De usu hujus
tituli.

Contra contumaciam, seu qui cautionem præstare detrectat, proceditur per immisionem legatarii in bona hereditatis, quæ h. t. explicatur. Neque credendum est, hodie hoc medium cogendi abolitum esse, quamvis enim in *R. X. de anno 1634. §. 36.* immissio ex primo & secundo decreto, contra contumaces olim decerni solita, sublata sit; eo ipso tamen non omnis immissio sublata, sed illa tantum, quæ olim contra contumaces in non comparendo decernebatur. Neque hodie hæc immissio supervacua esse videtur, quod legatarii tacitam habeant hypothecam in omnibus

bus bonis hereditariis, quod vult Lauterb. *b. t. in f.* cum immissio insistentiam rei operetur & longe utilius sit insistere, quam actione hypothecaria agere. Pagenstecher *b. t. manip. 1. Sicil. p. 84. seq.* Proinde in casu hujusmodi, quo heres cautionem præstare recusabat, propterea, quod fideicommissio quædam exceptiones opponerentur, ita a nobis Menf. Jan. 1710. pronunciatum est:

Ob wol eingewandt werden möchte, daß das fideicommissum noch nicht liquidum sey, und daher die gewöhnliche remedia pro conservando fideicommissio nicht appliciret werden möchten. Rat. dub.

Oieweil aber dennoch, was contra fideicommissum angeführet wird, in altiore indagine beruhet, und also die satisfactio inzwischen nicht mag verweigert werden, *l. 3. Pr. §. 1. ff. ut in possess. legat.* und in solchem Fall der Verweigerung die Rechte verordnet, ut fideicommissarius servandorum fideicommissorum causa in possessionem rerum hereditariarum mittatur, und dadurch verhütet werden kan, daß dem fideicommissario die possession nicht intervertiret werde, so ist der substituirt fideicommissarius sich dieses remedii zu gebrauchen wohl befugt. **B. R. W.** Rat. decid.

§. II. Fiebat jure digestorum immissio in bona universa hereditaria, quamvis res minima legata esset *l. 13. ff. b. t.* Hoc tamen jure novo mutatum esse volunt, ut tantum immissio fiat pro quantitate relicti *Nov. 53. c. 4.* Quamvis enim allegata Novella de præsentis casu haud loquatur, ratio tamen ejus huc quoque quadrat, cum satis prospectum sit fideicommissario, si tot bona possideat, quæ pro satisfactione sufficiunt. Quod si ergo fideicommissum universale sit, etiam in omnia bona petenda est immissio. Atque hanc sententiam in praxi receptam esse docent Hahn. *ad Wes. b. t. n. 3.* Brunn. *ad Autb. & qui jurat. de bon. aut. jud. poss. n. 3. & ad l. 3. C. b. t. n. 4.* Quatenus hodie fiat immissio?

Contin. III.

Y y y y y

LIB.

LIB. XXXVII.

TIT. I.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

§. I.

De origine bonorum possessionis.

Cum jure antiquo civili ratio succedendi ab intestato angustis esset inclusa finibus, imo & testamentaria in nonnullis capitibus admodum dura esset, Prætores, quibus juxta interpretatione leges duras temperandi esset facultas data *l. 7. §. 1. de J. & J.* novam rationem succedendi invenerunt, qua iis succurrerent, qui inique a successione esset exclusi, vel alias de stricto jure contra æquitatem impedirentur, hereditatem delatam amplectendi. Interim tamen cognitum habebant, sibi denegatum esse, heredem facere, utpote quod nomen juris civilis erat, proinde necesse fuit, nomine mutato per indirectum illud constituere, quod directe iis haud concessum erat. Nata inde est appellatio *bonorum possessionis*, quæ commoda & incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quæ in his bonis sunt, tribuit *l. 1. b. r.* ita ut in omnibus bonorum possessores vice heredum habeantur *l. 2. b. r.* & hereditatis petitione quoque agere possint. Post hæc tempora in multis casibus utilis esse cœpit bonorum possessio, imo in tantum publico applausu fori recepta est, ut Prætores etiam iis in casibus bonorum possessionem Edictis suis pollicerentur, quibus ex LL. XII. Tab. successio locum habebat, quoniam sibi heredes videbantur justius possidere,

fidere, si auctore prætoris possiderent *l. ii. ff. de acquir. vel amitt. possess.* cum etiam hoc modo ad interdictum quorum bonorum provocare possent, quod heredibus civilibus, qua talibus, esset denegatum. Promoverunt ipsi Imperatores has bonorum possessiones, imo ipsi quoque, more prætorio, novas bonorum possessiones addiderunt, & imprimis per edictum perpetuum, jussu Hadriani concinnatum, antiquis de bonorum possessione edictis perpetua conciliata est auctoritas. At Justinianus in *Nov. CXVIII.* succedendi ordinem in tantum mutavit & innovavit, ut plerosque casus, quibus olim bonorum possessio esset necessaria, novæ illi dispositioni infereret, & successorem civilem in iis constitueret.

§ II. Quæ cum ita sint, a pluribus dubitatum fuit, utrum adhuc hodie aliquis bonorum possessionis usus supersit, cujus sententiæ fundamenta hæc sunt. Videlicet urgent dissentientes, jus civile & prætorium per *Nov. iij.* in unam consonantiam esse redactum, & per illam satis iis personis prospectum, quibus olim Prætores per bonorum possessionem, ob defectum juris civilis, succurrebant. Imo ulterius progreditur Schilter *ex. 15. §. 66. ajens: quicquid tandem sit de discrimine juris civilis & Prætorii cum jure Romano in forum nostrum recepto, certe succeditur hodie ab intestato, neque ex jure Prætorio, neque civili Romanorum, sed ex jure civili Germanico & provinciali & municipali.* Huic accedere videtur, quod in praxi incognitum sit plane nomen bonorum possessionis, & omnes qui succedunt, communi nomine vocentur *Erben*, vid. *Grænewegen ad tit. f. de bon. possess.* Henricus Giesebertus in *Justin. Harmon. tit. de bon. possess. n. 259.* Vinnius *ad §. ult. f. per quas person. cuique acquir. & ad §. ult. f. de*

An bonorum possessio adhuc hodie sit in usu?

J. de bon. possess. Huic accedere videtur, quod in plerisque locis Germaniæ ordo succedendi statutis sit determinatus, ex quibus hodie successio unice æstimanda videtur.

Ufus hujus
materiz ad-
struitur.

§. III. Verum hæc argumenta tanti non sunt, ut omnem usum bonorum possessionis negare & a foro eliminare necesse sit. Negari nequit, plura esse immutata per *Nov. 115. & 118.* & ita in pluribus bonorum possessionem hodie esse minus necessariam, inde tamen haud evincitur, in omnibus usum ejus cessare, cum in subsequentiis titulis ostendendum erit, in nonnullis casibus jus antiquum haud esse immutatum, & nullo alio jure ad successionem quandoque perveniri posse, nisi ex jure prætorio, ut adeoque jus civile & prætorium in unam consonantiam redactum sit, non absolute, sed secundum quid. Porro licet id quoque concedi possit, nomen *bonorum successionis* in praxi non adeo frequentari, non tamen inde res ipsa statim negari nequit, quemadmodum actionis Servianæ & quasi Servianæ nomen in praxi vix auditur, ipsa actio tamen in viridi est observantia. Neque nomen adeo inusitatum dici potest. Quamvis enim Germanico idiomate adhuc distinguere soleamus *Erben und Erbnehmen Wehner. Obs. pract. voc. Erben*, & negari nequeat, hanc distinctionem vix referre appellationem diversam inter heredes civiles & bonorum possessores: tamen ipsum nomen bonorum possessionis inusitatum non esse, jam satis ostenderunt. vid. *constit. elect. 10. p. 3.* Schwendendorff. *de act. success. sect. II. p. 107. seqq.* Equidem Schilter. *cit. l. lit. a.* distinguendum esse censet inter bonorum possessionem & inter remedium illam persequen-

sequendi ex jure prætorio. *Bonorum possessionibus*, ait, non est usus seorsim peculiaris, sed remedi prætorii esse potest. Et tamen hodie dantur casus, ubi non aliter quam ex jure prætorio succedi potest, & si hoc deficeret, ipsa deficeret successio, unde necessario usum peculiarem seorsim habere debet, qui ipsam distinguat a civili successione, tum ratione acquisitionis, tum præscriptionis. Unde etiam Dd. pragmatici usum ejus adhuc agnoscunt. vid. Schwendendorff. *cit. l. p. 109.* Berlich. *P. 3. concl. 16.* Struv. *ex 38. tb. 34.* Philippi *in us. pr. instit. lib. 3. eclog. 35 n. 1.* Lauterbach. *b. t. inf.* Hahn. *ad Wesemb. b. t. n. 3.* & quos præterea adduxi *in tr. de success. ab int. diff. IX. c. 4. §. 2.*

§. IV Quamvis vero Saxonia suo speciali jure gaudeat, uti nulla fere provincia vel civitas sit, quæ successione ordinem præscriptum non habet; non tamen dubium est, quin etiam tales provinciæ & civitates adhuc nonnunquam bonorum possessione indigeant, quando specialis statuti vel legis provincialis dispositio deficit, quod exemplo *P. 3. constit. elect. 10.* optime illustratur. Succedunt in Saxonia alibique conjuges in certam portionem; at quando defunctus heredes nullos relinquit; non aliter superstes *universam* hereditatem obtinebit, quam ex edicto *unde vir & uxor.*

An in Saxonia locum habeat?

§. V Denique quoque hic separandæ sunt duæ quæstiones (I) an bonorum possessionis petitio in praxi adhuc ita necessaria sit, uti quidem olim? (II) si non necessaria, annon tamen in praxi utile sit, ad hæc remedia prætoria confugere? Quoad primam quæstionem omnino fateor, non tantæ necessitatis hodie esse bonorum possessionem, ne quidem de jure digestorum, cum, prout antea jam dictum, jus succedendi ex testamento per *Nov. 115.* & ab intestato per *Nov. 118.* maximam par-

An adhuc hodie utilis sit in casibus, quibus jure novo etiam succedi potest?

tem immutatum sit, & plures scrupulosæ subtilitates eo ipso sublatae deprehendantur. Interim tamen quidam adhuc supersunt casus, in singulis titulis demonstrandi, quibus adhuc hodie bonorum possessio est absolute necessaria. Quoad alteram quaestionem, existimo, utilitatem bonorum possessionis nec hodie cessare, sed interdum consultius esse, bonorum possessionem petere, quam hereditatem. Citius hæc conceditur, cum summarie hic procedatur, & faciliores probationes, quam in hereditatis petitione admittantur, exceptiones vero, quæ altioris indaginis sunt, ad petitorium iudicium remittuntur. *Strauch. diff. XI. §. 32. Bachov. ad Treustl. vol. 2. disp. 15. tb. 1. lit. f. in. f.* Nec hic remedia possessoria proprie talia cum possessoria hereditatis petitione confunduntur, nec juri prætorio tribuitur, quod quidam consuetudini Germanicæ adscribunt; nam constat ex jure Romano, quod in concedenda bonorum possessione, si decretum prætoris requirat, causæ cognitio quidem intervenire debeat, sed summaria, remotis omnibus ambagibus; cui autem semel bonorum possessio per decretum confirmata est, eum prætor statim in ipsam possessionem immitit.

De usu divisionum bonorum possessionis.

§. VI. Est bonorum possessio vel edictalis vel decretalis, quam divisionem defendi pluribus *in tr. de success. ab int. diff. IX. c. 1. §. 21. seqq.* Usus ejus in multis se exhibet, & imprimis quidem in eo (1) quod edictalis in momento mortis deferatur, adeoque mox agnosci possit, decretalis vero demum postquam decreta est *l. 1. §. 7. de success. edict.* (2) Illa agnosci potest coram quocunque iudice sine causæ cognitione, cum hæc causæ cognitionem, & competentiam iudicis requirat *l. 3. §. 8. ff. de iur. &*

& (3) circa temporis computationem quædam diversitas apprehenditur *l. 2. §. 1. seqq. quis ord. in possess. servet*, Utramque in praxi cognitam esse, ex speciebus postea enumerandis patebit, & sic quoque ipsæ hujus distinctionis differentiæ suos adhuc hodie habebunt usus. præterea alia bonorum possessio erat *cum re*, alia *sine re*. Illa est, qua quis ipsum jus actuale successionis præteritiæ consequitur, eoque statim absque obstaculo frui potest: hæc vero cum agnoscens bonorum possessionem jus quidem consequitur, sed non ipsum patrimonium, imo jus ipsum adhuc ex eventu litis quodammodo suspensum manet, ita ut in casu victoriæ fiat bonorum possessio cum re. *Res* enim hic denotat ipsum patrimonium, & fructum emolumentumque successionis prætorix. Huc pertinet bonorum possessio litis ordinandæ gratia, quæ emancipatis præteritis vel exhereditatis erat necessaria; quia enim nullum jus succedendi stricto jure habebant, utpote quod tantum suis & agnatis ex LL. XII. tab. competebat, jus quoddam succedendi iis indulgeri debuit, ut agere possent: sine jure enim agere hæud potuerunt *l. 6. §. f. l. 7. ff. de inoff. testam. l. 2. C. eod.* Verum hac bonorum possessione hodie non amplius indigent emancipati, cum ex jure Nov. jus succedendi consecuti fuerint, & ita exinde jus agendi quoque moribus dependeat, ut optime observat Barry *de success. lib. 18. tit. 2. n. 5.* ubi testatur; hoc non observari in judiciis nostris, & proinde hodie omnis bonorum possessio *cum re* dicenda sit.

§. VII. Agnoscenda erat olim bonorum possessio per petitionem solenni verborum conceptione constantem *l. 1. C. commun. de success.* quæ verborum inaniam captio-

Quando hodie bonorum possessio agnoscatur?

captiones post fuerunt sublatae, ut qualiscunque contestatio & declaratio amplectendae hereditatis sufficiat. *f. C. qui admitti.* Inde in *tr. de success. ab intest. diff. IX. c. 2. §. n.* dixi & demonstravi, hodie nullo decreto opus esse, nec partis adversae citatione; imo ne quidem opus esse, exprimere, ex quo capite quis bonorum possessionem agnoscere velit, cum sufficiat qualiscunque declaratio animi. Imo in tantum hodie hoc procedit, ut sufficiat, actum aliquem in iudicio geri, qui sine agnita bonorum possessione expediri nequit, utpote si heres praetorius intra tempus legitimum debitorem hereditarium conveniat, vel hereditatis petitionem possessori- am instituat, *l. 14. ff. b. t.* quia revera hoc modo bonorum possessionem agnoscit. vid Mich. Grass. §. *bonorum possessio qu. 10.* Parum quoque refert, per quem haec voluntatis declaratio judicialiter exprimat, cum etiam per tutorem, curatorem & procuratorem agnitio fieri possit *l. 3. §. 7. b. t.* In hereditate civili hoc secus erat, prout supra *tit. de acquir. hered.* dixi, quae differentia tamen, olim satis notabilis, hodie cessat. Sic etiam olim tutores soli non poterant adire hereditatem, bene tamen bonorum possessionem *l. 7. §. 1. b. t.* quae differentia rursus hodie cessat.

Intra quod
tempus?

§. VIII. Agnoscenda est bonorum possessio intra tempus legitimum, ubi diversitas est inter liberos, parentes & reliquos collaterales, de quo plenius dixi in *tr. de success. ab intest. diff. IX. C. 2. §. 15.* Idem tempus, jure praetorio praescriptum, adhuc hodie obtinet: natura enim juris praetorii nec a Justiniano, nec in praxi mutata est, prout *cit. l. §. 26.* plenius ostendi. Conf. Lauterbach. *b. t. §. 16.* ubi ait: *Hoc a praetore praescriptum tempus*

pus eveniente casu hodiernum præcise observandum est, nisi quis a petitione vel agnitione velit repelli. Et cum in hoc mulcum situm sit, merito asserens, se intra tempus præscriptum bonorum possessionem petiisse; probare debet, quæ sententia in praxi recepta est, secundum ea, quæ dixi *cit. diff. IX. §. 27. seqq.*

§. IX. Uterius olim quidem bonorum possessio Coram quo? agnoscebatur coram prætore, imo extra ordinem aliquando a principibus petebatur; Verum hodie coram quocunque magistratu expediri potest *l. ult. C. qui admittit. Oldendorp. de action. class. §. act. 6.* modo jurisdictione ordinaria sit præditus; ut tamen competens sit, non requiritur in edictali, utpote quæ ne quidem hodie causæ cognitionem requirit, Lauterbach *de volunt. jurisd. tb. 38. n. 4.* quamvis ut protocollo injiciatur, petens curare debeat.

TIT. II.

SI TABULÆ TESTAMENTI EXTABUNT.

§. I.

Ut quis bonorum possessionem ex tabulis consequi Quid juris, si testamentum non existat? possit, necesse est, ut constet, tempore mortis illas exitisse; quo probato, datur etiam bonorum possessio, si vel maxime testamentum amissum fuerit *l. un. b. r.* In hoc remedium præsens pinguius est remedio *ex l. f. C. de edict. D. Hadr. toll.* quod non aliter competit, quam si offerri possit testamentum, visibili omni vicio destitutum: quo non existente, non hoc, bene tamen bonorum possessio etiam hodie ex illo peti potest, modo per testes etiam duos, de integritate testamentii & contentis

Contin. III.

Zz zz zz

ejus

ejus constare possit. Vid. Brunn. *ad. b. t.* Quamdiu autem non constat, testamentum tempore mortis adfuisse & publicatum esse, valide quoque ex eo agi nequit, prout Mens. Jan 1709. respondimus.

Facti Species.

Hat der Fürstl. Hessische Procurator Fisci gegen seiner Curanden Mutter Klage dahin erhoben, als ob der Rittmeister J. E. T. v. B. zwey testamente aufgerichtet, und darin ansehnliche legata vor arme studirende gestiftet haben solte, welche legirte Stücke seiner Curandin Vater C. W. T. v. B. nach Absterben seiner Schwester, als jenes Erbin, zu sich genommen hätte, bey diesem allen aber kein Original testament produciret werden mögen, sondern vielmehr vorgedachter procurator Fisci nur von dem ersten eine Copiam Copiæ, und von dem letzten Copiam ex protocollo Notarii ad fundandam suam intentionem ad acta gegeben und daher gefraget wird:

Quæstiones.

(1) Ob der Procurator fisci seine intention zur Gnüge erwiesen, oder ob er nicht vielmehr die Originalia zu produciren schuldig sey?

(2) Ob er nicht allertwenigst zu erweisen gehalten, daß diese testamenta tempore mortis in forma solenni noch vorhanden gewesen?

Rat. Dub.

Wann nun gleich bey diesen Fragen eingewandt werden möchte, daß der procurator fisci seine intention zur Gnüge erwiesen, zumahl aus denen producirten Copieyen so viel abzunehmen, daß die originalia vorhanden gewesen, und das Testament deswegen nicht so fort über den Hauffen gehen mag, wann solches gleich casu von abhanden kommen ist, modo aliunde tenor ejus probari possit *l. un. ff. sitab. test. extab. l. i. §. 2. 3. ff. de B. poss. sec. tabb. Carpz. P. 3. C. 3. def. 41.* solcher tenor auch aus dem protocollo Notarii genommen werden mag, als welchem plena fides zugeschrieben wird *Ord. Notar. Maximil. I. de anno 1512.* wozu noch kommt, daß seiner Curanden Vater solches in der ausgestellten caution agnosciret, und daß dergleichen legata vermachtet gewesen, zu verstehen gegeben.

Rat. Des.

Diemeil aber dennoch aus den Rechten bekandt, quod ex testamenti exemplo non possit peti hereditas aut bonorum possessio

SI TABULÆ TESTAMENTI EXTABUNT. 1091

sessio aut aliud legatum *l. 1. §. 7. de bon. possess. sec. tabb.* cum exemplum nihil probent, nisi originale producatur *c. 1. X. de fide instrum. l. 7. C. de cadend.* und wann gleich dem protocollo notarii einiger Glaube solte zukommen, doch das erste testamentum per nudum exemplum keinen Glauben finden mag, auch es nicht genug ist; quod testamentum extiterit, sed in casu amissionis necessario probandum sit, tabulas tempore mortis adhuc extitisse *l. 7. §. 3. ff. de bonor. poss. sec. tabb.* und alsdann nur dergleichen verlohene testamente ihre Kraft haben können, si tempore mortis extiterint, licet postea interierint *l. un. ff. si tabb. testam. extab.* welches als der Grund der Klage von dem procuratore muß erwiesen werden, seiner Curanden Vater auch existentiam testamentorum durch die ausgesetzte caution nicht pure eingestanden, sondern nur in eventum cautionem gemacht.

So hat der procurator fisci seine intention noch nicht erwiesen, sondern muß vielmehr dargethan werden, daß die originalia tempore mortis noch vorhanden gewesen. Decisio.

TIT. III.

DE BONORUM POSSESSIONE FURIOSO INFANTI MUTO SURDO COECO COMPETENTE.

§. I.

Defertur bonorum possessio omnibus personis, quibus auxilium prætoris necessarium fuit, etiamsi vel maxime in tali statu sint, ut ipsimet per se illam agnoscere non possint. Et sic quoque defertur infantibus, ignorantibus, absentibus, surdis, cæcis & mutis, hoc sensu, quatenus etiam jure Prætorio vocati sunt. Equidem in *l. 1. §. 5. de success. edict.* dicitur, quod furiosi curator nequaquam possit bonorum possessionem repudiare, *quia nondum delata est.* An etiam bonorum possessio deferatur infanti, furioso &c.

Zz zz zz 2

ligen-

ligendum de reali agnitione, quod furiosus qua talis illam agnoscere non possit, non autem negatur, quod lex furiosos plane non vocet ad bonorum possessionem, cuius contrarium ex h. t. apparet. Poterit tamen nomine furiosi interim curator bonorum possessionem agnoscere *l. f. §. 3. C. de curat. fur.*

An his personis dies bonorum possessionis cedat?

§. II. Quia vero furiosi & infantes ignorantibus æquiparantur, inde constitutum est, quod illis dies bonorum possessionis haud cedat *l. 1. b. t.* quia ignorantibus haud currit *l. 1. ff. de jur. & fact. ignor.* Equidem in *l. 7. §. 2. ff. de honor. possess.* dicitur, quod tutoris vel patris scientia sufficiat, ut dies cedat, quod ita intelligendum, ut illi nomine infantis bonorum possessionem petere possint, non vero, ut per tutoris vel patris negligentiam infans excludatur; id quod liquet ex *l. 1. b. t.* ubi Jctus ita: *Pater infanti filio possessionem accipit (Si intra legitimum tempus petierit) quo tamen cessante, infans non excluditur.* Idem quoque de furioso dicitur, quod ei factum curatoris negligentis haud nocere debeat, quia tempus scientibus tantum præfinitum est; quales non sunt furiosi. Quod si vero curator furiosi agnoscere nolit, hic quidem ei haud præjudicat, sed proximiores quicumque ad possessionem interim admittuntur sub cautione, ne bona jaceant. Secus est in mutis, surdis, cæcis, qui, cum intelligant, quod agant, præfinitum tempus stricte observare debent. Et cum *tit. de B. possess. §. IIX.* dictum sit, etiam hodie præcise tempus jure prætorio præfinitum attendendum esse, etiam doctrina hujus tituli suo usu haud destituitur.

TIT. IV.
DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA
TABULAS.

§. I.

Bonorum possessio dabatur, tum si tabulæ testamenti extabant, tum si non extabant. Sicuti vero in civili successione *testamentaria*, ita quoque in prætoriam prior præferabatur, quæ rursus duplex erat, vel contra tabulas, vel secundum tabulas, inter quas rursus prior prærogativam habebat. Hæc dabatur contra voluntatem defuncti, ut dicitur in *l. 6. §. 1. ff. de B.P. ad impugnandum testamentum*, in quo liberi emancipati præteriti erant *l. 1. §. 6. b. r.* quibus hæc bonorum possessio necessaria, utpote qui, tanquam a familia patris alieni, non necessario erant instituendi & exheredandi. Suis hæc necessaria haud fuit, utpote qui in casu præteritionis testamentum ex capite nullitatis impugnare, ipso jure civili, poterant; interim tamen ipsis volentibus & petentibus etiam prætor succurrit hoc remedio *§. 12. f. de hered. quæ ab intest. def.* Matris testamenta hoc remedio haud impugnabantur, *l. 4. §. 2. b. r.* utpote quæ querela inofficiosi rescindi poterant. Quemadmodum vero supra dictum est, emancipatos & suos in hoc jure non exæquatos esse, ut pariter sint instituendi vel exheredandi, adeo ut testamentum alias ex capite præteritionis nullum sit; facile apparet, hanc bonorum possessionem non adeo esse hodie necessariam. Equidem nonnulli urgent, adhuc post *Nov. 115.* ratione *testamenti paterni* emancipatos præteritos ad hoc remedium prætorium esse ablegandos, quod æquiparatio eorum cum suis ad casum *testati* non

Quibus necessaria hæc fuerit?

pertineat. Verum hoc gratis dici puto, cum ipse contextus Novellæ 115. aperte doceat, emancipatos esse necessarie instituendos aut exheredandos, quam sententiam etiam in praxi hodie receptam esse, supra *tit. de lib. & postb. hered. inst.* dixi. Conf. Brunn. *ad autb. ex causa C. de lib. præter.*

An hodie esse
possit utilis?

§. II. Dixi, eam necessariam non adeo esse; quin enim utilis adhuc esse possit, non dubito. Sic enim in praxi hanc ipsam toties indulgent, quoties querela inofficiosi conceditur, adeo ut ad eam confugere possint (1) exheredati (2) præteriti in testamento matris, prout ostendi in *tr. de success. ab int. diff. IX. c. 5. §. 10.* In utroque tamen praxis recedit a jure Romano. Nam hoc jure exheredatis hoc remedium non datur *l. 4. §. 2. l. 8. pr. b. r.* & contra matris testamentum expresse denegatur *in l. 4. §. 2. b. r.* Conf. Richter. *P. 1. decis. 41. n. 42.* Hac posita sententia illud commodum liberi exinde nanciscuntur, quod bonorum possessionem hanc petere possint, etiam si vel maxime heres scriptus nondum adierit hereditatem *l. 4. pr. b. r. l. 19. eod.* cum querela inofficiosi testamenti demum locum habeat post aditam ab herede hereditatem.

Aliquando hodie necessaria est.

§. III. Nihilominus tamen adhuc dari quosdam casus, in quibus necessaria est hæc bonorum possessio, ostendi in *tr. de success. ab int. diff. IX. c. 12. §. 12. seqq.* ubi simul casus illos recensui. Novissime autem eosdem in dubium vocavit B. Schwendendorff. *de action. success. sect. II. art. 1. p. 115.* & in horum locum unum tantum substituit, de quo primum videamus, antequam de dubiis, contra reliquos motis, cognoscamus. Existimat videlicet, hodie hanc dari ex militis, non omnis quidem, sed tantum filii emancipati testamento, nec omni, sed de

An ex filii militis emancipati testamento?

de bonis tantum non castrensibus facto. ProvoCAT hunc in finem ad *l. 29. ff. f. & l. 3. de testam. milit.* ubi Jctus ita: *Patri ejus, qui in emancipatione ipse manumissor extitisset, contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem parvis debitæ placet, exceptis his rebus, quas in castris acquisisset, quarum liberam testamenti factionem habet. Nam in bona castrensi non esse dandam contra tabulas filii militis bonorum possessionem, Divus Pius Antoninus rescripsit.* Putat doctissimus Autor, in hisce textibus singulare privilegium militum adesse, adeoque concludit, illud per generalem constitutionem *Nov. 115. c. 3.* non esse mutatum. Ast vero nemo non animadvertit, in adductis textibus nullum jus singulare occurrere, sed commune illud jus referri, quod olim patribus liberos emancipantibus competebat. Hi scilicet exemplo patronorum ad possessionem bonorum contra tabulas admisi sunt in casu præteritionis, ut docet *l. 1. pr. si a parente quis manumiss.* Hoc etiam applicandum fuit ad filios emancipatos milites, quatenus de aliis quam castrensibus bonis disponderent, cum castrensi bona singulari privilegio gaudeant; proinde nullum jus singulare in *cit. tex.* apparet, quod non possit dici immutatum per *Nov. 115. c. 3.* quin potius dicendum est, in hoc casu hodie non esse necessariam bonorum possessionem contra tabulas, sed parentes ex capite nullitatis liberorum emancipatorum testamenta impugnare posse, quo jure hodie utimur, uti *ad tit. si a parente ostendam.*

§. IV. Repetam ergo casus, quos jam *in tract. de success. ab int. cit. l. explicui*, & inquiram, an dubia contra eos mota ita comparata sint, ut in alia omnia ire
 Necesaria est hæc B. P. (1) si quis ex persona præteriti succedere velit.

necessum sit. Primus est, quo adhuc hodie hanc bonorum possessionem necessariam esse duxi, si quis ex persona præteriti, in præteritionem postea consentientis, hereditatem contra coheredem scriptum obtinere velit. Videlicet tale testamentum, in quo unus ex suis est præteritus, est quidem ipso jure nullum. Prætor tamen sustinet illud eo in casu, quo præteritus in præteritionem consentit. Interim reliquis liberis institutis jure prætorio concessum est, ut per bonorum possessionem contra tabulas coheredem scriptum extraneum remove possint, ex persona fratris præteriti per *l. 3. §. 11. l. 4. §. 3. l. 10. §. f. b. t.* cum bonorum possessio contra tabulas illi, quæ secundum tabulas est, præferatur. Et in hanc sententiam itum est a Carpzov. *P. 3. C. 10. def. 3.* Berlich. *P. 3. concl. 16. n. 37.* Bruna. *ad cit. l. 10. n. 7.* Barry *de success. lib. 10. tit. 3. n. 21.* Boerio *decis. 96. n. 9.* Mantz. *de testam. val. & inval. tit. VIII. qu. 2. n. 365. sqq.* Regerit vero Schwendendorfferus *cit. l.* ex adductis textibus casum præsuppositum nulla ratione deduci posse, quod non agant de filio in præteritionem consentiente, sed simpliciter de filio præterito, & quidem tali, qui contra tabulas B. P. petere poterat, & sic propter ejus personam heres institutus habuit quoque hanc B. P. Ast contrarium aperte evincitur *ex cit. l. 10.* ubi expresse dicitur, quod hi, qui propter alios bonorum possessionem habeant, *haud curent, petant illi bonorum possessionem, nec ne?* adeoque si vel maxime in præteritionem consenserint, nihilominus ex eorum persona hanc bonorum possessionem petere possint. Nec obstat, quod testamentum, in quo consentiens est præteritus, subsistat, non de *jure civili*, sed *prætorio*, bonorum autem possessio

DE BONORUM POSSES. CONTRA TABB. 1097

sessio non datur contra testamentum jure prætorio validum, nam hic revera concurrunt duæ bonorum possessiones & secundum & contra tabulas, inter quas hæc illi præfertur, ut adeoque prior effectum non habeat, cum per posteriorem absorbeat. *l. 2. pr. ff. de B. P. secund. tabb.* Denique nec obstat, quod institutis haud detur bonorum possessio, quod admitto, ut *ex sua persona agere* non possint, bene tamen ex persona fratris præteriti, uti constat ex *l. 3. §. 11. & l. 4. §. 3. b. t.*

§. V. Alter casus est, si quis ex persona rumpentis testamentum, ante testatorem iterum decedentis, succedere velit, quamvis enim persona non amplius adsit, ex qua reliqui liberi bonorum possessionem petere possint, semel tamen extitit causa, qua omnibus jus testamentum per bonorum possessionem contra tabulas impugnandi, quæsitum fuit, quod sine eorum facto iis auferri nequit. *Brunnem. ad l. 10. §. 4. b. t. n. 7.* Regerit quidem Schwendendorfferus *cit. l.* non exprimi eum, qui & unde jus succedendi habeat, & præterea valere testamentum per bonorum possessionem secundum tabulas, & quidem simpliciter. Verum hoc tunc demum verum est, si heres extraneus institutus tantum est, non vero simul hi, qui ex persona fratris præteriti bonorum possessionem contra tabulas petere possunt, qualis casus hic supponitur, & ita satis exprimuntur, qui jus succedendi & unde habeant.

§. VI. Tunc quoque hodie credidi hanc bonorum possessionem esse necessariam filio, qui in priori testamento perfecto exheredatus, in posteriori imperfecto vero præteritus fuit. Jure enim civili posterius testamentum non subsistebat, nec prius rumpebat, sed Prætor præteritis hoc casu succurrit, quibus magis

Contin. III.

Aaa aaa a

con-

(II) Si quis ex persona rumpentis testamentum succedere velit.

(III) Si filius in perfecto exheredatus, in imperfecto præteritus est.

conducit, bonorum possessionem ex capite præteritionis petere, quam per queralem inofficiosi prius testamentum rescindere *l. 12. §. 1. b. t.* vid. Struv. *ex. 38. tb. 43.* In dubium hoc vocat Schwendendorffer *cit. l.* nec putat, hodie bonorum possessionem præteritis esse necessariam, cum potius ob præteritionem secundum *Nov. 115. c. 3.* testamentum posterius sit nullum. Sed cogitare debebat, hic agi de concursu duorum testamentorum, quorum prius est inofficiosum, posterius vero ob præteritionem impugnandum. Quod si filius posterius nullum diceret, nullum commodum inde haberet, quia ita necessario valere deberet prius, quod ita non esset ruptum per posterius, quod filius nullum dixit. Sic ergo etiam posterius impugnare deberet per querelam inofficiosi, quod tamen non semper ipsi consultum est, imo filio damnosum esse potest, si forsitan filius iuste est exheredatus.

(iv) si sub
conditione fili-
us sit exhere-
datus.

§. VII. Denique ultimus casus est, si filius ex legitima causa in testamento expressa, quæ etiam ab herede probari potest, sit exheredatus, sed *sub conditione.* Juri Novellarum hoc non videtur esse contrarium, sed jure digestorum pura exhereditatio requiritur, vel ut sub contraria ad minimum heres instituat *l. 30. §. 1. de lib. & posth. l. 68. inf. de hered. instit.* Urget vero Schwendendorffer *cit. l.* talem exheredationem esse nullius momenti, filiumque pro præterito habendum adeoque locum habere querelam nullitatis. Non absolute hoc negavi, uti apparet ex *§. 18. dist. c. 5.* sed dixi dubium esse posse, annon per Novellam exhereditatio conditionalis quoque prohibita sit? Itaque ad evitandam hanc litem utiliter quis agit, si bonorum possessionem contra tabulas agnoscat, quam Prætor hoc casu concedit.

TIT.

TIT. V.

DE LEGATIS PRÆSTANDIS CONTRA
TABULAS BONORUM POSSESSIONE
PETITA.

§. I.

Effectus bonorum possessionis contra tabulas in eo Tituli hujus
sententia. consistit, quod testamentum rescindatur, & consequenter omnia corruant legata, quia testator intestatus decedit *l. 17. C. de collat.* Voluit tamen Prætor, ut quibusdam personis adhuc legata & fideicommissa præstarentur, ut liberis, parentibus, uxori, nurui, & ita quoad descendentes & ascendentes in infinitum *l. 1. pr. §. 1. b. r.* qui actione utili ad legatorum petitionem admittuntur: ceteris collateralibus nihil ex tali testamento rescisso debetur, ne quidem fratribus *l. 3. §. 1. b. r.* Verum hoc tantum pertinet ad casum, quo emancipati sunt præteriti. Si sui, tunc ipso jure testamentum non valet; interim tamen etiam admittuntur ad bonorum possessionem contra tabulas, quo facto, legata plane non debentur, ne quidem personis hic exceptis, cum etiam sine hoc remedio hereditatem jure civili obtinissent. *l. 15. l. 16. b. r.*

§. II. Non desunt, qui & hunc titulum hodie Ufus hujus
tituli nullus
est. usum habere posse doceant, postquam nec hodie suis vel emancipatis præteritis interdictum videtur, ad hoc remedium confugere. Quamvis enim per *Nov. 113. c. 3.* in casu factæ præteritionis legata omnia salventur

Aaa aaa a 2

tur

tur, istud tamen tantum procedere volunt de testamento rescisso per remedium juris civilis, sed non etiam, si remedio prætorio usus sit. *Pertinet, inquit Meier. in C. F. Arg. b. t. §. 11. Nov. 115. c. 3. 4. pr. ad inofficiosum testamentum, non etiam ad bonorum possessionem contra tabulas. Et cum etiam correctoriae leges stricte sint accipienda, ut vulgo celebratur, Novella illa eis extra subjectum suum trahenda non est, nisi mutatio illa bonorum possessionem contra tabulas evertere ostendatur.* Addit post pauca: *Imo cum utilis sit præterito, petere bonorum possessionem contra tabulas, quam inofficiosi querela instituta vindicare jure civili hereditatem; propterea quod ex bonorum possessione contra tab. legata tantum debeantur exceptis personis; non est auferendum ei id beneficium, si lex expresse vel necessario id non auferat.* Hisce tamen non obstantibus existimo, hodie post Nov. 115. omnia legata, quibuscunque etiam personis relicta fuerint, salva manere, & eatenus hunc titulum correctum esse. Simpliciter enim consultum est legatariis per Nov. 115. ut legata sua in casu præteritionis salva habeant, nec in arbitrio heredis est, an in præjudicium legatorum beneficio Prætorio impugnare testamentum velit, cum Prætor juri illi futuro derogare haud potuerit. Tota certe dispositio Nov. 115. fieret elusoria, si ad jus antiquum recurrere heredi permissum esset, quia ita semper heredes remedio prætorio testamentum impugnant, ut simul legata evertent, quod intentioni Justiniani omnino est contrarium. Proinde hæc sententia quoque merito in praxi retinetur. Gail. l. 2. obs. 113. Carpzov. P. 3. C. 9. def. 3. Gudelin. de jur. noviss. l. 2. c. 7. de qua praxi plenius ego in tr. de success. ab int. diff. IX. c. 5. §. 11.

§. III. Similiter quemadmodum sui, si vel maxime bonorum possessione contra tabulas utebantur, ita testamentum rescindebant, ut nulla legata deberentur, ita quoque putant, nec hoc per *Nov. 115.* correctum esse, utpote restringendam ad emancipatos præteritos, quo casu demum legata quævis salva manent. Hillig. ad Donell. *lib. VI. c. 13. lit. F.* Franzk. *ex. 6. q. 3.* Bocer. *class. 3. disp. 3. tb. 16. lit. b. c.* Fabricius *in not. ad Gail. lib. II. obs. 113.* Verum rursus in hac decisione petitur id, quod est in principio. Totus contextus ostendit, Novellam cit. de casu *exheredationis & præteritionis* generatim agere, nec nullo modo distinguere, adeoque nulla apparet ratio, cur restringi ejus dispositio debeat ad solos emancipatos præteritos, & inde quoque sententia contraria in praxi recepta est, quam probavit etiam Augustus Elector Saxon. *P. 3. C. 9.* ibique Carpz. *def. 3.* Berlich. *P. 3. concl. 16. n. 1.* Brunnem. *ad autb. ex causa C. de lib. præter.* Barry *de success. lib. 10. tit. 10. n. 5.*

An etiam factis præteritis legata subsistant?

TIT. VI.

DE COLLATIONE.

§. I.

Materia de collationibus hodie est in viridi observantia, sed non eo jure, quo in Digestis traditur. Est quippe pederentim ita extensa & aucta, ut fere a primæva sua constitutione recesserit, & ex postfacto novam quasi faciem induerit, titi ex collatione juris Pandectarum & novi apparebit. Ulpianus in *l. 1. pr. b. t.* originem ejus his aperit verbis: *Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim prætor ad bonorum possessionem contra tabulas*

Materia hujus usus, ortus & progressus.

emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. Voluit enim prætor, ut æqualitas inter liberos conservaretur, quam æquitas in primis inter eos commendabat, quæ tamen absque collatione conservari non potuit. Sui enim patri hæc, emancipati vero a tempore, quo sui juris erant facti, sibi acquisiverant, unde hæc inæqualitas maxima proficiscebatur, quod emancipatus simul succederet in acquisitis a fratre suo, hic vero de acquisitis emancipati fratris nihil participaret, quæ inæqualitas ut corrigeretur a prætore, æqualitatem in primis ob oculos habente, edicto constituit, ut, quoties emancipati bonorum possessionem impetrarent, & cum suis succederent, toties etiam in medium conferrent sua bona interim acquisita l. 3. §. 2. b. t. Neque hoc damnosum erat emancipatis, utpote in quorum potestate erat, bonorum possessionem omittere, ut dicitur in l. 2. §. 5. b. t. si forsân animadverterent, se minus accipere & plus conferre. Non tamen collationi subiecta erant, quæ in togata vel sagata militia filius emancipatus acquisiverat l. 1. §. 15. b. t. E contrario quæ ex iudicio patris meruerat, vel legatorum nomine acceperat, haud conferebat l. 1. §. 6. 7. b. t. Ita olim comparata erat ratio primæva collationis, unde postmodum multæ sunt enatæ quæstiones; in b. t. occurrentes, quæ tamen hodie otiosæ sunt, postquam collationis natura jure novo insigniter immutata est: Veluti an filius emancipatus dotem, quam filia suo nomine dederat, conferre debeat? l. 4. h. t. an injuriarum actionem? an furti? l. 2. §. 4. b. t. quid in bonis emancipatus habere censetur? l. 2. §. 1. b. t. quales & plures aliz quæstiones vel

inde

inde nascebantur, quod emancipati bona sua omnia, exceptis castrensibus & quasi, conferre deberent, adeoque sollicitè indagandum esset, quidnam ejus bonis accenseri deberet?

§. II. Sic itaque collatio de jure digestorum erat rerum propriarum in hereditatem paternam illatio, facta ab emancipato, quoties cum suis beneficio prætorio succedebat, ut æqualitas inter eos observetur. Ergo haud fiebat collatio, (1) quoties ex testamento succedere poterant, sed tantum, ubi bonorum possessione prævia succedebant; (2) quoties de hereditate materna quæstio erat. (3) Quoties sui cum suis succedebant &c. *Quid collatio de jure digestorum?* Ast secundum jus novum longe aliter formanda est collationis definitio, quia hoc jure est *lucris a vivo parente, cui succeditur, profecti, vel eidem acquisiti, in communem hereditatem a liberis quibuscunque facta illatio, quomodocunque etiam succedant.* Conf. *rr. de success. ab int. diff. XI. c. 1. §. 4. & 6.* quamvis vero finis utrobique idem sit, ut æqualitas inter liberos observetur, definitiones tamen toto cælo inter se differunt, & ita diversitas jurium inde necessario sequi debet. Cum vero praxin hujus materiæ prolixè jam explicuerim in *cit. diff. XI.* non adeo hic me diffundam, sed lectorem ad prædictum tractatum amandabo.

§. III. In hoc ergo jus novum recessit a jure Pandectarum, (1) quod hodie conferant omnes descendentes, cujuscunque sint status, h. e. sive sui juris sint, sive alieni. Et ita hodie emancipati emancipatis conferunt, sui suis, sui emancipatis & hi illis *l. 17. C. b. t. Nov. 18. c. 6. Michalor. de fratrib. P. 1. C. 15. n. 22. Strauch. diff. XI. §. 41.* De suis quidem dubitat Meierus in *C. F. A. b. t. §. 4.* ideo quod hodie adventitium non conferatur, profectitium autem *Quam hodie conferant?*

autem in hereditate jam contineatur *l. 12. C. b. s. adeo*. que proprie conferri dici nequeat. At quia in jure novo *collatio* non in sensu stricto, quem ab initio habuit, accipitur, sed ad res quascunque a vivo patre acceptas extenditur, nihil impedit, quo minus etiam de his quoque *collatio* in sensu juris novissimi prædicari possit. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 17. tb. 5. lit. b.* Circa emancipatos quoque hodie distinguendum, utrum sint *simpliciter* emancipati, an vero *separati*; hi cum non amplius succedant in iis locis, ubi separatio bonorum obtinet, uti Hamburgi, Lubecæ &c. *collatio* quoque iis applicari nequit, licet vel maxime postea, deficientibus aliis liberis consortibus, ad *successionem* veniant, ut dixi *diff. cit. XI. c. 2. §. 5.* Similiter spurii & naturales olim non conferebant, quia non *succedunt* patri, quo tamen casu unice *collatio* erat *necessaria*: quia vero hodie matri & maternis ascendentibus succedunt, conferre debent, tum si inter se, tum si cum legitimis concurrunt. Idem quoque dicendum de nepotibus, qui patris vel matris suæ heredes facti sunt, sive inter se, sive cum patruis concurrant, Berlich. *P. 2. decis. 247. n. 11. seqq.* ut conferre teneantur, quæ mater vel pater eorum conferre debuisset, si vixisset, quod probavi *cit. diff. §. 13.* nisi forsan per statutum pars dotis maternæ ad patrem esset devoluta *ibid. §. 14.* Major ratio dubitandi est, ubi nepotes abstinerunt hereditate maternam vel paternam, an etiam tunc conferre teneantur, quæ defunctus pater vel mater accepit? Quod quidam negant, si inter se concurrant; affirmant vero, si concurrant cum patruis, quod ita jure representationis, in patris vel matris locum succedentes, ad *successionem* veni-

veniant, & ita ex defuncti persona conferre teneantur. Heig. *P. 1. qu. 24. n. 37.* Berlich. *P. 2. decis. 247. n. 15. seqq.* Carpzov. *P. 3. C. 11. def. 33. seqq.* Franzk. *ex. 8. q. 7.* Non immerito tamen hanc sententiam in dubium vocavi in *tr. de success. ab int. cit. l. §. 15.* cum oppido falsum sit, nepotes succedere ex jure parentum, qui suo potius jure succedunt, qua descendentes, & ita ex cujus persona non succedunt, ex ejus etiam conferre non debent.

§. IV. In eo quoque (II) nova emergit differentia juris veteris & novi, quod illo quidem emancipati tantum conferrent, quoties ab intestato succederent, vel ex edicto unde liberi, vel per bonorum possessionem contra tabb. non vero si ex testamento succederent. *l. 1. §. 6. 7. b. 1. nisi pater aliud cavisset in suo testamento l. 1. C. b.* Sed jure novo indistincte fit collatio, sive successio liberorum sit testata, sive intestata. *Nov. 18. c. 6. autb. ex. testamento C. b. 1.* Et sic difficultas, quæ ex *l. 10. ff. b. 1.* nascitur, hodie in foro usum nullum præstat, quam iterum solvi *cit. diff. XI. c. 2. §. 3.* Et ita hodie liberi indistincte, quocumque modo succedant, conferunt.

Quando descendentes hodie conferant?

§. V. Præterea (III) olim tantum collatio obtinebat, quoties de successione patris quærebat, cum huic emancipatus acquisivisset, si in ejus potestate remansit, quemadmodum suus, in potestate retentus, ei interim acquisivit. Sed jure novo hoc correctum est in *l. 17. C. b. 1.* quo etiam hodie utimur, adeo ut, quocumque modo matri succedant, conferre debeant. Michalor. *de fratribus P. 1. c. 16. n. 2. seqq.* & inde, prout anrea dixi, spurii quoque, matri succedentes, ad collationem obstringuntur. Lauterbach. *b. 1. §. 8.*

Hodie etiam in successione materna conferunt.

Contin. III.

Bbb bbb b

§. VI.

Utrum ascen-
dentes confe-
rant ?

§. VI. Huc etiam (IV) refert Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 17. tit. 2. lit. b.* quod etiam ascendentes ad collationem teneantur, quoties liberi succedunt, id quod jure antiquo secus erat. Verum hanc sententiam & praxis reprobat, & ipse rejeci in *cit. diff. XI. c. 2. §. 18.* cum inter ascendentes cesset ille favor æqualitatis conservandæ, cui sententiæ etiam plerique Dd. adstipulantur. Carpzov. *P. 3. C. 11. def. 26.* Rittershus. *ad Nov. P. 7. c. 22. n. 6.* Hahn. *ad Wesf. b. r. n. 4.* Gudelin. *de jur. noviss. lib. 2. c. 19.* Kohl. *ad Constit. March. qu. 13. n. 3.* Limitandum tamen hoc esse judico iis in casibus, quibus ex statutis locorum superstiti conjugi certa portio ex statuto debetur, ubi cum liberis suis vel privignis in successione concurrunt. Sicuti enim communiter superstes, portionem suam petens, omnia bona sua undequaque quæsitæ conferre debet; ita æqualitatis ratio postulat, ut liberi quoque superstiti matri vel novercæ conferant, quæ collatio reciproca moribus locorum debetur, quibus portio statutaria determinata est. Kohl. *cit. l. n. §. seqq.* Conf. Carpzov. *P. 3. C. 11. def. 26. & lib. 2. decis. 164.* Coler. *decis. 62.* Berlich. *P. 3. concl. 27. n. 37. seqq.* Reliqui extranei non conferunt, ne quidem si vel maxime cum defuncti liberis succedunt. Faber *in C. lib. IV. tit. 4. def. 1. n. 1.* Christinæus *vol. IV. dec. 2. n. 8.* ubi vero ex statuto cum defuncti conjugate concurrunt, tunc, quia vidua ad collationem obligata, extraneus, quæ quoque a defuncto accepit, hodie conferre debet, ut dixi in *tr. de success. ab int. diff. XI. c. 2. §. ult.* ubi simul quoque §. 20. de collatione conjugum hodierna actum est Conf. Kohl. *cit. n. 11.*

De bonis con-
ferendis.

§. VII. Notabilis quoque (V) hæc differentia est, quod olim emancipati omnia sua bona conferre deberent, exceptis in militia, vel quasi, acquisitis, quocun-
que

que titulo alias essent comparata. Hic rigor vero postea temperari cœpis, postquam ratio peculiarium est immutata. Nam *emancipari* de acquisitis nihil conferunt, nisi a patre vel matre profecta sint *l. f. C. b. t.* Similiter sui olim quidem adventitium peculium conferre debebant; quod eo ipso tamen mutatum, quo patri in hoc proprietas adempta est, *l. 6. C. de bon. quæ lib.* adeoque hodie tantum illa itidem conferunt, quæ a defuncto, cui succeditur, titulo lucrativo profecta sunt, nisi itidem in causam studiorum vel militiæ data fuerint, quod prolixè deducit *cit. tr. c. 3. & 4.* Proinde etiam sumtus studiorum hodie non sunt conferendi, sed hic quoque sequimur dispositionem juris Romani *l. quæ Pater 50. famil. bercif.* Brunnemann, *de collat. bon. c. 4. n. 54.* Coler. *decif. 62. n. 20.* Carpzov. *P. 3. C. 11. def. 17. n. 1.* Franc. Nig. Cyriacus *contr. 470. n. 1. seqq.* Nec distinguitur, utrum a patre, an vero a matre hi sumtus profecti fuerint, Thoming. *decif. 32.* Hartm. Pistor. *l. 1. qu. 19. n. 2.* Proinde omnino juri conveniens est, nec sumtum in bibliothecam aut libros comparandos a patre factum conferendum esse, de quo dictum est *in cit. tr. c. III. §. 9. Conf. Cyriacus contr. for. 470. n. 15. seqq.* Garfias *de expens. c. 4. n. 6.* Heeser. *de honor. commun. P. 2. l. 24. n. 76.* Quemadmodum autem in *cit. l. 50.* supponitur *animus donandi*; ita hi sumtus omnino conferendi sunt, ubi pater illos unice *animus credendi* fecit, quod tamen minime præsumitur, qui etiam donata interdum consignat, ut modum expensarum exploratum habeat; sed *singulares*, quibus credita seu ab aliis repetenda inscribit, *Conf. decif. Elect. 50.* Hartm. Pistor. *l. 1. qu. 19.* Finckelth. *Obs. 11.* Brunnem. *ad l. 34. ff. de neg. gest.* Heeser. *cit. l. n. 75.* de quo etiam late dixi *cit. c. III. §. 11.* Quod si etiam ex his & similibus con-

jecturis *de animo credendi* constat, sumtus hi sunt conferendi, salvis tamen alimentis, ab his deducendis, quæ pater ex paterno officio facere debuit, Cyriacus *contr. 470. n. 14.* Heeser. *cit. l. n. 76.* licet vel maxime pater in testamento suo contrarium disposuisset, cum ad alimenta necessario teneatur. Sichard. *in l. 3. C. h. t. n. 1.*

Gerada & Her-
gewetta an
conferantur?

§. VIII. Ceterum in Saxonia alibique a collationis onere eximuntur Gerada & res expeditoriæ: cum illam filiæ, has vero filii præcipuas capiant. Quodsi tamen filiabus tantum legitima sit assignanda, e. g. si omnia matris defunctæ bona sint mobilia, quæ ad maritum superstitem transeunt, relicta filiabus tantum legitima, tunc filiæ Geradam in legitimam omnino computabunt, quamvis nec ita Gerada proprie conferatur, cum Gerada prius deducatur, & postea ex massa hereditaria legitima computetur. Si enim tunc per Geradam tantum non habuerit filia, quanta est tertia pars residuæ hereditatis, eo casu in tantum Gerada ex hereditate supplenda est. Carpz. *P. 3. C. 11. def. 3.* Idem quoque dicendum de legitima filiorum, in quam res expeditoriæ sunt imputandæ, Carpzov. *cit. l. def. 9.* quamvis nec ita proprie collatio fiat: nam & legata in legitimam imputantur, *l. 8. l. 30. l. 36. C. de inoff. testam. & tamen legata haud conferuntur.* Carpzov. *cit. l. def. 10. n. 1.* Hahn. *ad Wesemb. b. t. n. 5.* Ceterum quod forores inter se Geradam conferre debeant, extra dubium est. Carpzov. *cit. l.*

Quomodo fiat
collatio?

§. IX. Collatio ipsa fieri dicitur *re vel cautione.* Posterior modus in primis olim necessarius erat, quia non semper accurate statim constare poterat, quid emancipatus interim acquisivisset, *l. 1. §. 11. h. t.* adeoque hic modus hodie eo rarior est, quia facile constat, quid

con-

conferendum fit. Prius fit, si vel res ipsa, vel loco ejus æstimatio confertur. Si enim tantum forte in paternis bonis remittat, quantum ex collatione coheres frater habere debet, dicendum est, filium satis contulisse; *l. 1. §. 12. b. r.* potuisset enim rerum ipsarum, quæ ab emancipato essent acquisitæ, collatio conjuncta esse cum insigni ejusdem injuria, proinde ejus arbitrio permissum est, æstimationem eo nomine conferre. Interim non desunt, qui, collatione postmodum insigniter immutata, necessario ipsius rei collationem desiderant, ita ut invitis coheredibus loco ejus æstimatio conferri non possit, cum aliud pro alio invito creditori solvi non possit. *Carpz. P. 3. C. 11. def. 30. Christinæus vol. 4. decis. 9. Hahn. ad Wesemb. b. r. n. 6.* Quia vero collatio actualis rerum, propter quas fit collatio, non potest non conferenti esse damnosa & injuriosa, postquam eam in suos usus jam applicavit, hinc satis prudenter in quibusdam locorum statutis liberis electio libera est data, utrum rem ipsam, an loco ejus æstimationem conferre velint, prout ostensum est in *tr. de S. A. J. cit. diff. XI. c. V. §. 4.* imo etiam hanc moderationem in praxi hodie observari, tradit *Lauterbach. b. r. §. 21. & diff. de collat. dotis tb. 53. n. 7.*

TIT. VII.

DE DOTIS COLLATIONE.

§. I.

Speciatiim de collatione dotis agendum fuit, quia in ea quædam singularia deprehenduntur, quæ in collatione emancipatorum haud obtinebant. Nam filiz,

Cur speciatiim de dotis collatione agatur?

Bbb bbb b 3

etiam

etiam suæ, bonis paternis se miscentes, dotem conferre debebant, etiamsi vel maxime beneficio prætoris haud succederent *l. 1. 4. pr. b. r.*, quæ autem bonis paternis se abstinebat, nihil fratribus conferebat *l. 8. 9. b. r.* Quamvis vero hoc singulare jus circa dotem postea eo ipso cessavit, quo immutata est ratio collationis; plura tamen notabilia in praxi circa hanc collationem concurrunt, & proinde hic titulus sicco pede haud prætereundus est, quem peculiari dissertatione illustravit Lauterbachius.

Dos hodie quoque conferenda.

§. II. Indubium itaque est, hodie quoque filias dotem conferre debere, modo de illa constet, adeoque collationem urgenti probatio incumbit. Menoch, *lib. III. præf. 7.* Ceterum si tantum de quantitate dubium supersit, hodie plerumque filia jramento quantitatem manifestare tenentur, Mev. *P. 4. dec. 232.* Carpz. *P. 3. C. 11. def. 29.* Berlich. *P. 2. decis. 249. n. 11. seqq.* Wesemb. *tit. de collat. n. 6. inf.* Lauterbach. *de collat. dot. §. 36. inf.* Dote semel probata, collatio necessario facienda, nisi ejus interitus vel amissio probetur sine dolo vel culpa filia *l. 2. §. 2. de collat.* Fontanella *de pact. nuptial. tom 2. claus. 5. gl. 8. p. 13. n. 46.* vel filia plane patri succedere nolit vel non possit, veluti, quod statuto exclusa sit a successione. Brunnem. *de collat. c. 3. n. 301. seqq.* Graff. *lib. 2. tit. de coll. bon. qu. 6. n. 4.* Carpzov. *dec. 166. n. 6. seqq.* Brunnemann. *ad l. 10. C. de collat.*

Augmenta dotis ejusque accessoria quoque sunt conferenda.

§. III. Non tantum autem strictè dicta dos conferri debet, sed etiam omnia, quæ præterea ei moribus accedunt, ejusque accessiones vulgo sunt, & vocari solent, die völlige Ausstattung der Töchter an Linnen, Betten, Hausgeräthe, Kleidern, Schmuck, quæ alias jocalia vocantur & in genere res preciosas continent, filia-

filiabus ad instruendam œconomiam, vel etiam orna-
menti gratia datas, unde etiam mundus muliebris, cate-
næ, veltimenta solenniora, quæ a patre acceperunt nu-
ptiarum tempore, die Freyer- und Hochzeit-Kleider, an-
nuli aurei, conferri debent; Carpz. P. 3. C. 11. def. 11. n. 3.
Gail. 20. Obs. 91. n. 5. Hahn. ad Wesf. b. 1. n. 1. Wurms. tit. 42.
obs. 2. n. 2. Thesaur. decis. 46. n. 8. Colerus decis. 62. n. 34.
Berlich. P. 3. concl. 17. n. 4. vestes autem quotidianæ & vi-
lioris pretii a collatione immunes sũnt, Coler. cit. l. n. 3.
quamvis de jure Saxonico secus sit secundum Berlich.
cit. l. n. 8. Quæ ut clariora fiant, sequente Responso, an-
no 1705. M. Jun. a Facultate nostra concepto, declarabo;
ubi quæstio movebatur, an filius, in quem pater stu-
diorum nomine impensas multas fecerat, a sororibus
collationem dotis ejusque accessionum petere possit?
ad quam quæstionem Facultas ita respondit:

Ob wohl hierbey dieser Zweifel entstehen möchte, Rat. Dub.
daß daraus eine Ungleichheit erfolgen würde, wenn des
Theophili Schwestern ihrem Bruder annoch die Aus-
steuer conferiren solten, indem Titius parens bereits so
schwere Unkosten auf dessen studiren verwendet, da doch
collationis fundamentum in æqualitate servanda inter
liberos bestehet, auch sonst die Aussteuer vicem gera-
dæ hat, quæ jure Saxonico fratribus non confertur.
Carpz. P. 3. C. 11. def. 10.

Diweil aber dennoch, was denen studiis in specie in- Rat. Dec.
star privilegii tribuiret worden ist, in odium filiorum stu-
diis incumbentium nicht detorqueiret werden mag, auch
in effectu die sumtus studiorum conferiret würden,
wenn die Brüder nicht prætendiren könten, daß ihnen ih-
re Schwestern conferiren solten, quo ipso privilegium
inane foret, qualis interpretatio haud admittenda l. 1. ff.
munie.

munic. im übrigen was nach dem Sachsen-Recht de gera-
da angeführet worden, mit der Aussteuer denen gemeinen
Rechten nach keine Gemeinschaft hat, als nach welcher die
Töchter vor denen Söhnen nichts besonders haben, wel-
ches nach denen Sächsis. Rechten sich ganz anders befin-
det, cum ibi fratres Geradae haut sint capaces, Carpz. *cit.*
l. n. 7. ja auch nach demselben annoch die Aussteuer, ut vesti-
menta, aliaque supellex muliebris, quam filia a patre vel
matre accepit, annoch conferiret werden muß, cum sit
dotis quædam accessio, atque adeo sicuti dos ipsa, ita ac-
cessio ejusdem conferri debet. Carpz. *P. 3. C. 11. def. 11.*
Michal. *de fratrib. P. 1. c. 28. n. 3.* Hahn ad Wesemb. *tit. de col-*
lat. dot. n. 1. Struv. *ex. 37. tb. 43.* Berlich. *P. 3. Concl. 17. n. 4.*

Als sind wir der rechtl. Meynung, daß Theophilus
von seinen dreyen Schwestern denen Rechten nach die
Aussteuer allerdings prætendiren könne. **B. R. W.**

De donatione
filio facta in-
tuitu nuptia-
rum.

§. IV. Quod dictum est de dote, etiam applicandum
est ad filium, in quem pater, dum uxorem duceret, dona-
tionem fecit, vel etiam hoc intuitu, ut eo honestius nu-
beret, Barry *de success. lib. 14. tit. 4. num. 4.* cum & frater do-
nationem propter nuptias debeat conferre *l. 17. C. b. t.*
Ejusdem fortis est, quicquid pater filiis dederit, zur An-
hülfe oder Zuschub zur Haushaltung, Carpz. *cit. l. def. 15.*
quæ subsidia paterna constante matrimonio ad suble-
vanda onera familiæ iis data sunt, Richter. *P. 1. decis. 41. 1.*
n. 15. Brunn. *ad rubr. b. t. in f. Conf. quæ dixi in tr. de success.*
ab int. diff. XI. c. 4. §. 12. Eadem ratio est in *donatione simpli-*
ci, de quo tamen Dd. mirifice variant, uti ostendi *cit. l.*
§. 13. seqq. ubi prolixè hanc quæstionem resolvi. In eam
quoque sententiam itum est a Facultate nostra an. 1705.
Mens. Jun. ubi ad quæstionem: **Ob nicht die donatio**
privilegii juris hospitandi, so der Titius seiner ältesten
Tochter gethan, ipso jure nulla sey, oder wenn ja dieselbe
beste

bestehen solte, ob nicht die donataria, ihren Mit-Erben ein æquivalent dagegen heraus zu geben, schuldig und gehalten sey? sequentem in modum respondimus:

Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß der Vater Titius als primus acquirens privilegii juris hospitandi davon wohl disponiren können, und obgleich solches auf seine Erben, Kinder und Kindes-Kinder a Principe verliehen worden, dennoch dadurch denen Kindern kein jus plenum, wie in feudis, zuge wachsen, sondern es gnug seyn kan, daß Titius solches auf keinen extraneum transferiret, wie denn auch die clausula heredes, liberos, posterosque in privilegio comprehendens weiter nichts als nur dieses intendiret, daß solches privilegium reale sey, mithin der Privilegiatus frey davon disponiren könne, und da also der Vater Titius seiner ältesten Tochter das Privilegium juris hospitandi geschencfet, nicht allein solches geschehen können, sondern es auch das Ansehen gewinnen möchte, als ob die andern Geschwister deswegen nichts prætendiren können, cum secundum plurimum Doctorum sententiam donata simpliciter a patre conferenda haud sint. l. 18. C. Fam. ercisc. Struv. ex. 37. th. 28. Michalor. de fratrib. p. 1. c. 17. § 18. Vinn. de Collat. c. 15. n. 20.

Dierpeil aber dennoch dasjenige, was de validitate donationis angeführet worden, zwar nicht mag geleugnet werden, es doch vornehmlich alhier darauf ankommen muß, ob denen übrigen Mit-Erben dagegen bey der Theilung ein æquivalent zu erstatten, und dann solches nicht allein der Billigkeit gemäß, damit eine Gleichheit unter den Kindern gehalten werde, l. 17. C. de Collat. sondern auch in denen gemeinen Rechten gar deutlich versehen, und fundiret ist, quod liberi donationem simplicem conferre debeant, l. 13. C. de Collat. Loef. ad tit. de collat. bon. n. 25. seqq. Schilt. ex. 41. §. 17. Jo. de Cervallo tr. de quart. deduc. ad c. Reynaldus p. 4. c. 1. n. 139. seqq. und was dagegen von einigen Doctoribus eingewendet wird, weder mit der Billigkeit noch praxi übereinkommt, Mev. Consil. 94. n. 60. auch nur von dem Fall zu verstehen ist, wenn pater donans die collationem disertis verbis verbothen, welches doch allhier gar nicht geschehen, sondern nur die donatio schlechter-

Contin. III.

Ccc ccc c

Dings

Dings verrichtet worden, auch nicht præsumirlich, daß der Titius unter seinen Kindern eine Ungleichheit habe introduciren wollen, in mehrerer Erwägung er seiner jüngsten Tochter verprochen, an statt dessen, so die beyden Eltesten bereits voraus bekommen, sie anderwärts wohl zu bedenken, wodurch er *animus æqualitatem conservandi inter liberos* deutlich an den Tag geleyet, auch auf dieselbe heut zu tage alles *jus conferendi* einzig und allein gegründet ist. Richter. *Vol. 2. Consil. 72. n. 8.* Gudelin. *de jur. noviss. lib. 2. c. 19.* So halten wir davor, daß zwar die Donatio den Nachten nach beständig, doch die Donataria ihren übrigen Mit-Erben dagegen ein æquivalent heraus zu geben schuldig sey.

De arrhis sponsalitiis.

§. V. Sed etiam alia, liberis contemplatione nuptiarum suppeditata a parentibus, conferenda sunt, Michalor. *de fratribus P. 1. C. 21. n. 20.* proinde etiam in collationem veniunt arrhæ sponsalitiæ, Carpzov. *P. 3. C. 11. def. 12.* Struv. *ex. 37. tb. 43.* quod alii tunc demum admittunt, quando filius a sponsa arrham suam recipit: alias ubi ex statuto illam lucratur sponsa, secus dicendum esse volunt. Esbach. *in Carpz. cit. 1.* Ast indistincte hanc conferendam esse dixi *in tr. de S. ab int. cit. 1. §. 11.* Quamvis enim arrhas non retineat filius vel filia, in earum locum alias tamen recipit, & ita lucrum ex iis habet. Diversa est ratio sumtuum convivii nuptialis, qui vel ideo haud conferendi sunt, quod proprii honoris causa illos pater fecisse præsumi debeat, Carpzov. *cit. 1. def. 21.* Finckelth. *Obs. 66. n. 1. seqq.* nisi patris voluntas in contrarium adsit. *Id. cit. n. 23.* Finckelth. *cit. 1. n. 10. seqq.* de quo cum *cit. tr. §. 8. seqq.* satis actum sit, nihil ulterius addam.

De sumtibus convivii nuptialis.

Quando dos conferenda?

§. VI. Tunc autem demum dos, aliaque ejus accessoria, conferenda sunt, si profecta fuerunt ex substantia ejus, de cujus hereditate agitur. Lauterbach. *de collat.*

collat. dot. §. 44. & proinde si ab avo paterno dotem acceperunt, eam haud conferunt, si patri succedunt, quatenus intuitu patris non est data, quia alioquin a patre profecta videtur. Barry *de success. l. 14. tit. 4. n. 5.* Carpz. *P. 3. C. 25. def. 35. n. 12.* Ex quo fluit, quod in iis locis, in quibus communio bonorum inter conjuges obtinet, altero parentum decedente, tantum dimidiam partem dotis sororibus & fratribus quilibet conferre teneatur, cum ex bonis communibus, & ita ab utroque parente dos sit constituta: altera vero dimidia tum demum conferenda est, ubi alter parens decessit. Besold. *vol. 3. consil. 122. n. 16.* Lopez. *in tr. de lucr. marit. & uxer. c. 10. n. 8. in f.* Conferuntur enim tantum ea, quæ habentur ab eo, de cujus successione agitur. Barry *de success. lib. 14. tit. 3. n. 2.*

§. VII. Non confertur autem dos, quando is, a quo profecta est, eam in testamento filix prælegavit, quia ex hoc prælegato evidens voluntas testatoris apparet, noluisse, ut dos conferretur, & hoc intuitu legata nunquam conferuntur, *l. 6. C. b. t.* quod adeo verum est, ut si vel maxime pater dotem, in testamento relictam, vivus jam præstiterit, illa tamen in collationem haud veniat. Brunn. *ad cit. l. 10.* Gilcken. *ad l. 4. C. de collat. n. 7.* Et hoc etiam in foro Würtembergico observari, probat prolixè Lauterbach. *de dotis collat. in fin. resol. VII.* Huc etiam refero, si pater in testamento filix innuptæ dotem legavit, tunc enim reliquæ, quæ dotem jam acceperunt, illam haud conferunt, cum hoc legatum factum censeatur in ejus compensationem, quod reliquæ jam acceperunt.

TIT. VIII.

DE CONJUNGENDIS CUM EMANCIPATO LIBERIS EIUS.

§. I.

Hujus tituli
hodie nullus
usus.

CUM olim sæpe contingere poterat, ut filius emanciparetur, nepotes autem in potestate avi retinerentur, inde conjunctio eorum in successione eveniebat, filio quidem jure prætorio succedente, nepotibus autem, tanquam suis, ex jure civili: adeoque simul ad successionem admittebantur *l. 1. b. 1.* Verum hoc edictum hodie usum nullum habet, postquam per *Nov. 118.* emancipati cum suis æquale jus in successione obtinuerunt, & ita emancipati non amplius opus habent beneficio prætoris: quin cum per *Nov. 118.* prærogativa gradus filiis præ nepotibus seu liberis suis in successione debeat, conjunctio hæc plane cessat, & emancipatus filius liberos suos excludit. Hahn. *ad Wesemb. b. 1. Lauterbach. b. 1. §. 2.*

Respondetur
dissentientibus.

§. II. Equidem objicit Meierus *in coll. J. Arg. b. 1. §. 1.* hunc titulum vel ideo non abrogatum censerit, quod *Nov. 113.* tantum pertineat ad successionem ab intestato, in qua pater, etiam emancipatus, liberis præferri debet; secus in testamentaria, ad quam hic titulus respicit. Adeoque si hoc edictum hodie non observetur, hoc juris ignorantia, quæ, desuetudine introducta, jus oppressit, adscribendum esse. Verum supponit prælaudatus cum aliis dissentientibus, in successione testamentaria adhuc differentiam esse inter suos & emancipatos, ut illi quidem necessario sint instituendi, non vero hi, cujus contrarium tamen supra *tit. de liber. & post. bum.*

hum. hered. §. III. & alibi jam ostensum est. Imo rarius hodie cotingit, ut filii sint emancipati, & liberi eorum in avi potestate retineantur, ut proinde controversia in praxi desuper raro vel nunquam occurrat.

TIT. IX.

DE VENTRE IN POSSESSIONEM MITTENDO ET CURATORE EJUS.

§. I.

Sicuti liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam prætor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit, nam & hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis *l. 1. pr. b. r.* Constare autem debet, uxorem esse prægnantem, de quo si dubitatur, causa summarie cognoscenda, de quo dictum est supra *tit. de insp. ventre.* Deinde in ventre talis esse debet, qui, si jam natus esset, defuncto succederet, *l. 1. §. 11. l. 7. pr. b. r.* adeoque proximus esse debet. Hoc casu mittitur venter in possessionem rerum hereditariarum, quæ eventualis bonorum possessio est, cum tantum fiat securitatis ergo, ut venter interim ex bonis defuncti alatur. Hunc in finem ventri curator datur, *l. 1. §. 18. b. r.* qui viduæ gravidæ cibum, potum, vestes & habitationem procuret, *l. 1. §. 19. b. r.* & generaliter omnia illi præstet, quæ pro dignitate & facultatibus defuncti ad ejus alimentationem necessaria sunt. *l. 1. §. 19. b. r.*

Sensus hujus tituli.

§. II. Hoc ipsum remedium provisionale adhuc hodie observari, jam evici *in tr. de success. ab int. diff. IX. c. 7. §. 10.* cum omnino prospiciendum sit viduæ, ne

De usu hujus tituli.

ex bonis mariti defuncti ejiciatur, quamdiu spes sobolis adhuc superest. Imo etiam in feudalibus insignis ejus usus deprehenditur, dum plerumque agnati inhiare solent bonis defuncti, & omni conatu possessionem rerum feudalium ad se rapere. Quamvis vero adhuc incertum sit, utrum uxor femellam an masculum editura sit, hæc incertitudo tamen hoc remedium provisionale non excludit, cum semper incertum sit, an vivum an vero mortuum uxor editura, an vero abortum passura sit, & tamen nihilominus prætor viduam mittit in possessionem *l. 1. §. 27. b. 1.*

An exheredate
ventri hodie
hoc remedium
competat?

§. III. Toties autem tantum olim venter mitteretur in possessionem, si non esset exheredatus *l. 1. §. 2. b. 1.* Hodie vero talis casus vix existere potest, ut posthumus exheredetur, cum nulla causa in *Nov. 115.* determinata, quæ in eum cadere possit. Cum vero hodie venter bona mente exheredari possit, prout supra concessum est, non leve dubium oritur, an hodie hanc bonorum possessionem obtinere possit? quod vel ideo negandum, quia constat, eum succedere non posse, adeoque heredi instituto immissio non deneganda, nisi forsitan dubium esset, an bona an mala mente esset exheredatus; tunc enim in dubio merito venter esset immittendus.

TIT. X.

DE CARBONIANO EDICTO.

§. I.

Sensus hujus
tituli.

SI cui controversia fiet an inter liberos sit, & impubes adhuc sit, causa cognita perinde possessio datur,

tur, ac si nulla de ea re controversia esset, & iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur *l. 1. pr. b. r.* Parvi autem refert, quis ei controversiam moveat, utrum extraneus, an ipse pater, quod forsitan in testamento eum ex liberis suis esse negaverit, *l. 1. §. 4. b. r.* vel ex adulterio natum dixerit & ideo excluderit, *l. 1. §. 9. b. r.* Necessè porro est, ut partui simul quæstio moveatur tum de hereditate, tum de bonis *l. 3. §. 2. b. r.* pubes vero plane excluditur *l. 3. §. 3. l. 14. b. r.* Præterea cum hic contradictores præsupponantur, causa summarie cognoscenda tum de danda bonorum possessione Carboniana, tum de differenda quæstione status *l. 3. §. 5. b. r.* Aliquando enim pupillo expedire potest, repræsentari cognitionem, si forsitan statim in promptu sunt probationes, quibus calumnia contradictorum elidi & repelli potest, quia sic noxia futura esset pupillo dilatio hujus litis, quæ tamen in ejus favorem est inventa *cit. l. adeoque licet vel maxime statim quæstio dirimatur, tamen interim impubes mittitur, si modo cautionem præstare possit, de bonis hereditariis restituendis, si contra se judicatum fuerit l. 1. C. b. r.* Quod si satisfacere haud possit, adversarius simul mittitur, Imo ei quoque administratio committitur, si satisfaciderit & impuberi alimenta subministrat *l. 5. §. 2. 3. b. r.*

§. II. Equidem hodie cessant servitutum jura, & ideo rarius status controversiæ impuberi movebitur, & quamvis ad pupillum, quem quis proprium hominem asserit, hoc extendi posse videatur, hoc tamen plane fieri non posse, in proclivi est. Quod si enim olim pupillus judicaretur esse servus, hereditatem amittebat, & si institutus est, eadem domino acquirebatur. Ast si hodie proprius homo impubes esse judicatur,

De usu hujus
remedii provi-
sionalis.

catur, hereditatem nihilominus retinet, adeoque hoc provisionali remedio non indiget, utpote quod non aliter locum habet, quam si impuberi simul quæstio de hereditate & statu moveatur *l. 3. §. 2. b. r.* Poterit tamen hic titulus utilis esse, si quæstio impuberi moveatur, utrum legitimus sit an spurius, vel ex adulterio aut incestu procreatus? quæ quæstio etiam hodie usque ad tempus pubertatis differri potest. Similiter hoc editum utilitatem habet, si suppositus dicitur pupillus, *l. 9. b. r.* qualem casum etiam hodie contingere posse, nullum dubium habet.

TIT. XI.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS SECUNDUM TABULAS.

§. I.

Requisita hujus bonorum possessionis.

PER hanc bonorum possessionem Prætor testamenta, quæ alias de jure stricto civili corruissent, sustinet ex æquitate, vel quod impedimentum, quod testamentum vitiabat, ex postfacto cessaret; vel quod alia æquitatis ratio adesset. Non aliter autem hæc bonorum possessio datur, quam si constet, tabulas testamenti *tempore mortis* extitisse, tamen si postea extare desierint *l. 1. §. 3. b. r.* Hoc minime nocet, si casu quodam turbatæ fuerint, veluti quod linum, quo ligatæ sunt tabulæ, incisum sit contra voluntatem testatoris, *l. 1. §. 10. b. r.* vel si rosæ sunt a muribus tabulæ, *cit. l. §. 11.* vel signa testium avulsa fuerint, modo ab initio adfuerint *l. 7. b. r.* Præterea non aliter hæc possessio bonorum competit, quam si testator tempore conditi testamenti & mortis testamenti factionem habuerit.

§. II.

§. III. Ejus usum adhuc hodie superesse aliquot in casibus, plerique fatentur, quos proinde *in tr. de success. ab int. diff. IX. c. 4. §. 8. seqq.* collegi & explicui. Apud Romanos autem ejus usum amplissimum & longe uberio- rem fuisse, quam quidem hodie, ex ipso edicto Prato- ris apparet, quod recitat Cicero *lib. III. in Verrem* his ver- bis: **SI DE HEREDITATE AMBIGITUR, ET TABULÆ TESTAMENTI OBSIGNATÆ NON MINUS MULTISSIGNIS, QUAM A LEGE OPORTET, AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POTISSIMUM HEREDITATEM DABO; SI TABULÆ TESTAMENTI NON PROFERENTUR, TUM PROXIMUM QUEMQUE POTISSIMUM HEREDEM ESSE OPORTERET, SI IS INTESTATO MORTUUS ESSET, ITA SECUNDUM EUM POSSESSIONEM DABO.** Ex his edicti verbis concludo, usum hujus bonorum possessionis in plurimis casibus sese ex- seruisse, nec iis tantum circumscriptum fuisse, qui ho- die in Digestis supersunt, Interim sufficit, quod hodie usus aliquis doceri possit, de quo testantur Struv. *ex. 38. sb. 43.* Carpz. *P. 3. C. 10. def. 1. seqq.* Hoppius *in comm. ad F. tit. de bonor. §. 2.* Schwendendorff. *de action. success. Sect. II. art. 2. p. 121.* Oldendorp. *class. I. tit. 6.* Lauterbach. *b. 1. in f.*

§. IV. Casus vero, in quibus adhuc hodie usum habet bonorum possessio secundum tabulas, sunt se- quentes: (1) Si posthumus præteritus est, sua nati- vitate rumpit testamentum, & quod semel ruptum est, de jure civili non conyalescit. Ast si posthumus moriatur ante patrem testatorem, heres scriptus ad- mittitur ad successionem per hanc bonorum possessionem, Si posthumus præteritus moriatur antepatrem.

Contin, III.

Ddd ddd d

nem,

Si filius præteritus ante patrem moriatur.

nem, l. 12. pr. ff. de injust. rupt. & irrit. absque qua nec hodie hereditatem obtinere potest. (II) Eadem ratio est, si filius, jam natus tempore conditi testamenti, præteritus ante patrem moriatur. Nam itidem jure civili testamentum est statim ab initio nullum, & secundum regulam Catonianam convalescere ex post facto nequit. l. 7. ff. de lib. & postb. hered. Præter tamen rursus hoc testamentum sustinet, & heredem scriptum admittit, l. 12. pr. de inj. rupt. sive Instituti sint heredes ab intestato venientes, sive extranei, ut probavi cit. tr. diff. IX. c. 4. §. 12. & 13. Idem remedium hodie utile est, si emancipatus est præteritus, quia etiam hujus præteritio hodie testamentum nullum facit, secus ac olim. Imo cum hodie nequidem parentes præteriri possint, testamentum, in quo præteriti sunt, hodie itidem sustinetur per hanc bonorum possessionem. Carpzov. P. 3. C. 10. def. 2. n. 9.

Si præteritus consentiat.

§. V. Eadem (III) ratio est, si præteritus, qui necessario instituendus erat, sive filius, sive pater sit, consentiat præteritioni l. 8. §. 6. de B. P. contr. tabb. Inprimis vero sustinet prætor testamentum, quod post mortem patris a filio approbatum est l. 17. de inj. rupt. irr. licet subtilitate juris subsistere haud potuerit. Approbavit hanc sententiam Serenissimus legislator Saxoniz P. 3. C. 10. his verbis: Wann der Vater ein Testament gemacht, die ausgesteurte Töchter oder andere seine Kinder, so etwas empfangen, also übergangen und præteriret, daß er sie Titulo honorabili zu Erben nicht eingesetzt, und solches ist mit ihrer Bewilligung und Vorwissen geschehen, so ist solches Testament letztem jure prætorio kräftig. Atque hanc sententiam pluribus præjudiciis exornat. Carpz. ad cit. constit. n. def. 1. seqq. Conf. Brunn. ad l. 17.

de

de inj. rupt. n. 1. Berlich. P. 3. Concl. 16. n. 21. Atque hoc etiam obtinet, si vel maxime extraneus institutus sit, Carpz. cit. l. def. 2. n. 4. Berlich. cit. l. n. 26. cum utroque par sit æquitatis ratio, quam solam prætor secutus est contra apices juris.

§. VI. Tunc quoque (IV.) necessaria erat hæc bonorum possessio, ubi testator capitis diminutionem erat passus, quo ipso testamentum irritum fiebat: restituito autem eo, tale Prætor testamentum conservat l. 1. §. 8. b. r. §. 6. *J. quib. mod. testam. infirm.* Quoad hos vero, qui minimam capitis diminutionem passi sunt per arrogationem, si postea rursus sui juris facti fuerint, non aliter testamentum convalescit, quam si voluntatem suam postea declaraverunt l. pen. §. 2. b. r. Cum enim consentiendo in arrogationem consensisse videantur in testamenti irritationem, merito necesse visum fuit, ut contrariam voluntatem rursus declarent.

Si testator capitis diminutionem passus restitutus sit.

§. VII. Pertinet huc (V) elegans casus, si testator posterius testamentum perfecte conditum ea mente incidit, ut valeret prius. Quamvis enim prius semel ruptum sit per posterius, & ubi posterius cancellatur, stricto jure neutrum valere possit; prætor tamen prius conservat, si de animo testatoris satis constat l. 1. §. 2. b. r. vid. *tr. de S. A. J. cit. l. §. 31. seqq.* ubi plenius hunc casum exposui. Similiter (VI) si duo testamenta occurrunt, de jure civili tantum valet posterius, modo constet, quale sit posterius, alioquin de stricto jure neutrum valet l. 30. *ff. de testam. ruel.* Prætor tamen utrumque conservat, quasi unum tantum esset l. 1. §. 6. b. r. (VII) Necessaria quoque est bonorum possessio, si heres sub conditione casuali est institutus & pendente conditione frui hereditate vult. Sane de jure civili, pendente con-

Si posterius testator incidit, ut valeret prius.

Si non constet, quale testamentum sit posterius.

Si heres sub conditione casuali institutus sit.

Ddd ddd d 2

ditio-

ditione, adiri hereditas nequit ad hunc effectum, ut heres ejus possessionem consequatur: prætor tamen interim heredem scriptum admittit. *l. 2. §. 1. l. 6. ff. b. t. modo cautionem præstiterit de restituenda hereditate, si conditio defecerit. vid. cit. tr. noster §. 42.*

Si heres scriptus sit sub conditione turpi.

§. VIII. Huc etiam (IIX) retuli *in cit. tr. §. 44.* casum, si heres scriptus sit sub conditione turpi. Quamvis enim ad *tit. de condit. instit. §. 1.* dixerim, has quoque pro non adjectis haberi, hoc tamen magis de effectu intelligere volui, cum in effectu æque removeatur, ac impossibilis natura talis. Sed in modo quædam est differentia. Nam impossibilis stricte dicta ipso jure pro non adjecta habetur: sed turpes & derisorix a prætore remitti dicuntur *in l. 9. ff. de condit. instit. l. 2. ff. de condit. & demonstr. l. 63. §. 9. ad Sc. Trebell. & dum prætor easdem remittit, illud ipsum facit per hanc bonorum possessionem, cum de jure civili testamentum tale infirmetur. l. 15. ff. de condit. instit.* Huic sententiæ novissime contradixit Schwendendœrffer. *cit. l. p. 121.* pro mero præsupposito esse habendum existimans, quod conditio turpis infirmet testamentum, & generalem regulam juris esse, quod conditiones impossibiles ipso jure pro non adjectis habeantur. *§. 12. §. de hered. instit. l. 1. de condit. inst. l. 204. §. 1. de leg. 1. l. 3. de condit. & dem. l. 14. de condit. inst.* Verum salva res; prius enim satis evidens est *ex l. 15. de condit. instit.* nec merum præsuppositum dici potest, uti Schwendendœrfferus existimat, nec prætor turpes remittere potuisset, si ipso jure pro non adjectis habitæ fuissent. Posterius assertum vero intelligendum est tantum de impossibilibus stricte dictis, prout ipsi textus indigitant, cum in jure plerumque impossibiles & turpes distinguantur. *Nec obstat l. 14. de condit. instit.*
ubi

ubi dicitur, quod pro non scriptis habeantur turpes conditiones, hoc enim capiendum est de effectu ipso: dum enim prætor eas remittit, pro non scriptis in effectu habendæ sunt.

§. IX. Denique (IX) huc pertinet casus, si quis substitutus sit pupillariter duobus impuberibus, ita ut supremo morienti succedere debeat, qui si eadem ruina involvantur, ita ut non constet, quis prior, quis posterior mortuus sit, substitutus stricto jure admitti nequit, *l. 34. ad SCr. Trebell.* bene tamen de jure Prætorio, *l. 11. pr. ff. b. t.* quod etiam hodie observandum esse dixi *cit. 27. §. 46. in f.* Ceterum hanc quoque bonorum possessionem tunc dari quidam autumant, ubi sola signacula testium sine subscriptione adsunt, cujus contrarium tamen ostendi *ibidem f. ult.*

Si quis substitutus sit duobus impuberibus, simul decedentibus.

TIT. XII.

SI A PARENTE QUIS MANUMIS-
SUS EST.

§. I.

Quia olim emancipatio liberorum per quasdam manumisiones imaginarias fiebat, unde pater jus patronatus in emancipatos consequabatur, *l. 1. §. f. b. t. &* consequenter exemplo patroni ad bonorum possessionem contra tabulas admittebatur, si in testamento effet præteritus, *l. 1. pr. b. t.* quæ tamen eidem denegabatur, si coactus erat emancipare filium, quem male contra pietatem affecerat *l. f. b. t.* Sed hoc remedio hodie opus non est, sicut nec pater amplius jura patronatus per-

Ddd ddd d 3 eman-

emancipationem consequitur: quin potius pater hodie aut heres instituendus; aut exheres scribendus, alioquin si eum preterierit, testamentum est ipso Jure nullum *Nov. 115. C. b. r.* Habebat etiam olim tanquam pater jus antiquum, h. e. querelam inofficiosi testamenti, *l. r. in f. b. r.* cum hanc bonorum possessionem tantum haberet, tanquam *patronus*. Verum hodie non aliter querelam habet, quam si inique quidem, sed rite exheredatus est, ut suo loco dixi, & sic hodie semper tanquam pater agere debet, nunquam tanquam *patronus*, cum jura patronatus plane cessent.

Quid si pater coactus sit filium emancipare?

§. II. Olim quoque pater amittebat bonorum possessionem, si coactus erat filium emancipare, idque propter necessitatem solvenda pietatis, ut dicitur in *l. f. b. r.* Habebat enim hanc successionem prætoriam propter emancipationem spontaneam, adeoque ea indignum se reddebat, qui ob delictum coactus erat, filium emancipare. Verum hodie propterea successionem non amittit, quia successio tam testata, quam intestata, ei non tribuitur ob emancipationem, sed legis beneficio. Quod si tamen a filio ob illud delictum, propter quod pater eum emancipare coactus est, exheredatus sit; secundum *Nov. 115. c. 4.* desuper judicandum est.

TIT. XIII.

DE BONORUM POSSESSIONE EX TESTAMENTO MILITIS.

§. I.

De sensu & usu hujus tituli.

Singulare hoc olim erat, quod Prætor daret bonorum possessionem ex testamento militis, vel etiam pagani,

ni, quoad testamentum in hostico confectum. Antea enim dictum est, quod Prætor haud aliter bonorum possessionem dederit, quam si testamentum septem signis esset signatum, *l. 7. ff. de B. P. sec. tabb.* quæ tamen in testamento militis, in expeditione confecto, deficient, & hæcenus Prætores ab illa regula recedebant in testamentis militum. Proinde idem applicant ad alia testamenta privilegiata. Schilter. *ex. 41. §. 35.*

§. II. Cum vero testamentum militum ex nuda eorum voluntate valeat, hinc est, quod ex testamento militari non quidem bonorum possessio contra, sed tantum secundum tabulas detur, cum nec querela inofficiosi contra illud locum habeat. Equidem non defunt, qui per *Nov. 115. c. 4. & Nov. 123. c. 19.* hoc testamentum quoque querelæ inofficiosi testamenti subjacere existimant. Matth. Wesemb. *conf. 17. num. 30.* ex quo supposito Hahn. *ad W. b. s. inf.* collegit, quod hodie etiam bonorum possessio contra tabulas testamenti militaris obtineat. At vero quemadmodum prius salva juris ratione asseri nequit, ideo quod leges posteriores generales non censeantur derogare ea, quæ antea specialiter sunt disposita, Brunnem. *ad l. 9. C. de inoff. testam.* Ita conclusio inde deducta sua sponte quoque corrui, Dn. Harprecht. *de testam. pagan. in hostico conf. §. 106.* quamvis Schilterus *ex. 38. §. 114.* contrariam sententiam usu fori receptam esse asserat, de quo tamen non liquido constat.

An detur bonorum possessio contra tabb?

TIT.

TIT. XIV.

DE JURE PATRONATUS.

§. I.

Sensus hujus
tituli.

Quod de patre antea dictum est, id multo magis in manumisso proprie dicto servi sui, seu patrono locum habebat, ut is quoque per bonorum possessionem contra tabulas ad successionem in bona liberti admitteretur, a quo præteritus erat, nisi ob aliquam causam justam omni commodo patronatus carere debebat, *l. 3. b. r.* veluti si libertum suum non aluit, *l. 5. §. 1. b. r.* vel eum capitis accusavit, *l. 10. b. r.* vel ipse patronus capitis damnatus sit *l. 9. §. 1. b. r.* Liberi tamen patroni ob delictum patris sui non excludebantur *l. 17. b. r.* Non aliter autem locum habebat hæc bonorum possessio contra tabb. quam si esset in totum præteritus; nam si vel in uncia esset heres institutus, tunc id, quod deest ad supplendam debitam portionem, petere necessum habebat. *l. 21. §. 1. b. r.*

Ufus ejusdem
nullus.

§. II. Horum jurium hodie nullum superesse usum vel inde apparet, quod tale jus patronatus, quale Romani habebant, hodie non habeamus, cum etiam ipsa servitus, apud Romanos usitata, cesserit. Nam & nobiles, qui rusticos & proprios homines manumittunt, nihil juris retinent, & ita in bona libertorum suorum haud succedunt, sed hi libere testari, & patronos suos præterire possunt. Conf. Schilter. *ex. 41. §. 37.* sunt adhuc tales, qui *Cassi* vel *Carzi* vocantur, hoc est manumissi, quorum tamen conditio non eadem est cum libertis Romanorum.

TIT.

TIT. XV.

DE OBSEQUIIS PARENTIBUS ET PATRONIS PRÆSTANDIS.

§. I.

Reverentiæ debitum adeo naturale est, ut merito De usu hujus tituli? apud omnes gentes obtinere debeat. Specialior ejus determinatio dependet ex lege civili, de cujus usu potissimum hic videndum. Equidem de reverentia & obsequio patronis præstando nihil hodie asseri potest, cum patronos tales non habeamus, quales apud Romanos erant. Dantur tamen adhuc alii, quibus & hodie Quibus debetur reverentia? reverentia cum annexis juribus debetur, ut parentibus, utpote quorum persona liberis semper honesta & sancta videri debet *l. 9. b. r.* etiam post emancipationem, quæ patriam potestatem tollit, non debitum naturale, *l. 2. ff. de J. & J.* utpote cujus causa est perpetua. Neque hic distinctio parentum est facienda, cum matri, reliquisque ascendentibus æque debeatur reverentia ac patri *l. 1. §. 2. b. r.* qui tantum prærogativam habet intuitu patriæ potestatis, quatenus *civilis* est, non vero quoad jura, ex debito reverentiali fluentia. Similiter etiam domino feudi debetur reverentia, quam etiam juramento fidelitatis confirmare debet Vasallus, adeoque communiter jura reverentia, quæ inter Patronum & libertum locum habent, applicari solent ad dominum & vasallum, imo etiam peculiariter ob læsam reverentiam privatio feudi locum habere potest, quod prolixè explicat Schrader. *de feud. P. IX, c. 1. seqq.* Imo & uxores maritis suis reverentiã debent, unde plura flu-

Contin. III.

Eee eee e

unt,

unt, veluti quoad operas obsequiales præstandas, de quibus actum est *tit. de ritu nupt.*

Injuriam an-
get reverentia
neglecta.

§. II. Fluunt ex hoc debito reverentiali varii in-
signes effectus, quorum nonnulli in *b. t.* adducuntur,
quibus adhuc alios addere placet. Sic (1) eo gravior
injuria est, qua is violatur, cui reverentiam lædens de-
bebat. Pater olim ob maledicta liberorum in se jacta
ta excercere poterat jus vitæ & necis, & quamvis essent
emancipati, nihilominus tamen ob maledictionem reci-
debant in potestatem patriam; ad hunc effectum, ut pa-
ter jus vitæ & necis in eos statuere posset, *l. un. C. de in-
grat. liberis.* quamvis hoc jus jam olim sublatum fuerit, *l. f. C. de patr. potest. l. un. C. de emend. propinq.* & hodie penitus
cesset. *Carpz. pr. crim. qu. 100. n. 28.* Permissum tamen
parentibus, ob atrocia maledicta liberos exheredes scri-
bere, quin quod etiam magistratui incumbat, læsam pie-
tatem severius vindicare *l. 4. in C. de P. P.* Inde Ulp. in
l. 1. §. 2. b. t. *Si filius matrem aut patrem, quos venerari
oportet, contumeliis adfcit, vel impias manus eis inferat, præ-
fectus urbis ad publicam pietatem pertinens pro modo ejus vin-
dicat.* De jure divino lapidibus obrui talis filius poterat,
quo ipso ostendit divinum numen, sanctam omnino de-
bere esse liberis personam parentum. *Deut. XXI. 18. seqq.*
Hodie pœna hæc capitalis cessat, & arbitraria obtinet pro
modo injuriæ illatæ. *Brunnem. ad l. 1. ff. b. t. Carpz. P. 4.
C. 3. def. 19. & in pr. crim. qu. 100. n. 36. seqq.* Optima sane
pœna est, quæ alicubi obtinet, ut tales protervi liberi
ergastulis includantur publicis, vid. *Speidel. in voc.
Zuchthaus,* & *Befold. voc. ead.* quin etiam parentibus
eo nomine privata castigatio & incarcerationio non est
adempta

DE OBSEQUIIS PARENT. ET PATRON. &c. 1131

ademta. Faber *in C. lib. VIII. tit. 33. def. 1. Mev. ad jus Lubec. lib. 1. tit. 3. in proem. n. 10. seqq.*

§. III. Honori parentum (II) hoc quoque tribuendum est, ut nulla actio infamans, veluti de dolo & injuriarum, in eos detur, licet vel maxime per procuratorem judicium accipiant. *Quamvis enim dicitur in l. 2. pr. b. t. verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa & opinione hominum non effugiunt infamiae notam.* Idem quoque de vasallo dicendum esse patet ex *2. f. 22. 2. f. 23. Busius ad l. 9. §. f. de dol. mal. n. 3.* Similiter reverentia paterna vel materna resistit, quo minus pater vel mater a tutela ob crimen suspecti removeri possit, quin potius curator iis adjungendus sit *l. 9. de susp. tutor.* Imo ne quidem exceptio, quæ mentionem doli habet, admitenda est *l. 11. §. 1. ff. de dol. mal. l. 5. §. 1. l. 7. b. t.* sunt etiam quædam actiones, quæ, licet famosæ non sint, tamen doli & fraudis mentionem habent, & ideo quoque contra parentes institui nequeunt, quorsum pertinet actio servi corrupti *l. 6. l. 7. b. t.* interdictum unde vi, quod, licet non infamet, involvit tamen atrocitatem facinoris. *l. 1. §. 43. ff. de V. & vi arm. l. 2. inf. b. t.* Ex eodem fundamento uxor contra maritum actionem famosam instituere nequit; prout supra dictum est *tit. de R. N. §. 46.* licet vel maxime maritus potestate sua abusus fuerit, *Sixtin. vol. 3. conf. 16. n. 26.* quin loco ejus uxori concedatur actio in factum. *Sixtin. cit. l. n. 27. Borcholt. P. 1. conf. 16.* Sic nec de adulterio maritum accusare poterat *l. 1. C. ad L. Jul. de adult. ibique Brunn. Richter. ad aurb. sed hodie C. eod. n. 17.* quod jure Carolino tamen est sublatum *per art. 120. Brunnem. ad l. 1. cit. n. 4. Hahn. ad Wes. tit. de adult. n. 12.* Unde cautus adhuc hodie debet esse iudex,

Nulla actio infamans in parentes datur.

ne facile admittat processus, & decernat citationem, sed potius statim a limine iudicii partes repellat, alioquin etiam hodie a tali citatione gravante concedunt appellationem secundum principia juris canonici, *Mev. P. 3. decis. 235. P. 4. dec. 89.* ut ut hæc non sit necessaria & sufficiat, exceptione opposita declinare hanc litem. Neque enim iudex tales actiones admittere debet, nisi causa cognita, quas aliquando admittere potest, si injuria sit atrox & gravissima *h. 10. §. 12. ff. de injus voc. l. 7. §. 2. de injur.* ut tantum famæ parentis parcat. *Carpz. decis. 248.* Excusantur quoque liberi, qui ex necessitate officii hujusmodi actiones movere debent, e. c. si ut advocatus fisci accusationem contra patrem instituat *l. 5. §. 13. ff. de his quib. ut ind.*

A juramento calumniæ immunes sunt.

§. IV. Porro (III) a jurejurando calumniæ tam generali quam speciali immunes sunt, *l. 7. §. 3. b. t. l. 8. §. 5. qui satisd. cog. Borcholt. de jurej. c. 7. n. 13. seqq. Vincentius Carocius de juram. liris decis. qu. 13. n. 12.* quam sententiam etiam praxis approbavit, uti testatur *Carpz. P. 1. C. 12. def. 24.* Et hoc locum habet, licet vel maxime parentes liberis juramentum hoc detulerint, quippe qui his nullam reverentiam debent, *l. 7. cit.* & ita a juramenti hujus præstatione immunes non sunt. *Finckelthaus. Obs. 76. Gail. 1. Obs. 88. n. 9.* Ceterum quamvis in *h. 34. §. 4. de jurej.* dicatur, hoc juramentum neque parentibus neque patronis remitti, constat tamen, affirmative & quidem pro neque legendum esse æque, quam lectionem etiam libri βασιλικῶν confirmant, monente *Struvio ex. 17. tb. 73.* Imo in duobus manuscriptis libris illam lectionem se invenisse testatur *Obrecht. de juram. calum. c. V. n. 20.*

§. V.

§. V. Reverentiæ quoque (IV) congruum esse ^{Alimenta petere possunt.} dicitur in *l. 50. ad Sc. Trebell.* egenti patri alimenta præstare, utut in fraudem aliquid contra liberos egerit *l. f. §. 5. C. de bon. quæ lib.* cum gravius adhuc sit, alimenta denegare, quam injuria parentes laceßere. Hillig. ad *Donnell. lib. 2. c. 24. lit. b.* Coler. *de alim. lib. 2. c. 5. n. 33.* quod adhuc hodie observari tradit *Carpzov. p. 2. c. 10. def. 29.* & supra jam evictum est *tit. de agnosc. & alend. liber.* Ex eodem fundamento olim liberti egentes patronos alere debebant, *l. 1. §. 2. de off. præf. urb. l. 5. §. 18. seq. l. 9. de agn. vel al. liber.* adeo ut si hoc negaverit debitum, in servitutem detrudi potuerit *l. 6. §. 1. de agn. vel al. lib. l. 1. C. de revoc. donat.* Idem quoque locum habet in patrono ecclesiastico, qui sine sua culpa eget *c. 29. C. 16. qu. 7. c. nobis 25. de jur. patr.* utpote cui etiam singularis reverentia debetur, secundum versiculos, relatos a glossa ad *cit. c. 25.*

*Patrono deberur bonos, onus utilitasque,
Præsens ut præsit, defendat, alatur egenus.*

Extendit se hoc onus alendi etiam ad familiam patroni necessariam, Coler. *de alim. lib. 1. c. 13. n. 80. inf.* Stephan. *de jur. patron. c. 24. n. 6. seqq.* modo aliquid supersit, unde hi sumtus commode possint exhiberi. Similiter uxor ad maritum egenum alendum ex eodem fundamento obligatur, *l. 14. §. 1. sol. matrim. l. 29. C. de jur. dot.* si vel maxime dos deficiat, *Carpz. P. 3. C. 25. def. 7. n. 5.* vel uxor mortua sit, nam etiam eo casu ab heredibus ejus alendus est *Kohl. de success. conjug. P. 2. n. 101.*

§. VI. Proinde (V) liberi quoque parentes suos ^{Habent beneficium competentiz.} ulterius convenire nequeunt, quam quatenus facere possunt *§. 38. 39. F. de act. l. 7. §. 1. b. t. l. 16. inf. ff. de rejudic.*

E e e e e 3

Carpz.

Carpz. *P. 1. C. 32. def. 15. n. 2.* Atque hoc beneficium competentiae indistincte omnibus ascendentibus competit, etiam naturalibus, cum ubique adsit ratio debiti reverentialis. Ad parentes spirituales quidem hoc etiam extendunt, quales sunt, qui ex baptismo liberos susceperunt: Cum vero hanc paternitatem spiritualemente ad effectus juris in foris protestantium haud agnoscamus, hæc conclusio quoque moribus cessat. *Manz. det. 3. qu. 1. n. 103. seq. Enenckel. de privil. 7. c. 3. n. 9. & privil. 18. c. 2. n. 6.* Similiter & uxorem maritum non ulterius convenire posse constat *l. 12. ff. sol. matr.* quippe contra reverentiam foret, quæ maritis exhibenda est, uti diserte dicitur in *l. 14. in f. solut. matr.* Et cum socer uxoris quoque parentis locum obtineat, *l. 16. eod.* idem beneficium quoque ei indulgetur, si ab *nuru sua conveniatur l. 15. in f. eod.*

Non poterant
olim in jus vocari
sine veniæ
impetratione.

§. VII. Similiter (VI) hi, quibus debetur reverentia, ut parentes & patroni, olim non poterant in jus vocari sine veniæ impetratione, alioquin eis datur actio in factum ad pœnam ob læsam reverentiam, cum olim in jus vocatio esset privata & quodammodo violenta. Verum hanc veniæ impetrationem usu hodierni haud obtinere, dixi supra *rit. de in jus. voc. §. II* nisi statutum eam in specie requirat, cum iudex ex porrecto libello ipsemet cognoscere debeat, an processum decernere, an vero actorem a limine iudicii statim repellere velit. Unde sæpius ob hanc causam reo, non obstante hac exceptione, litis contestationem fuisse iunctam, se vidisse testatur *Zanger. de except. P. 2. c. 7. n. 30.* Hoc tamen necesse adhuc hodie est, ut modeste & reverenter citatio peratur. *Carpz. P. 1. C. 2. def. 26.* Equidem non desunt, qui adhuc hodie veniæ impetrationem urgent,

gent, Hillig. ad Donell. *lib. 23. c. 2. lit. Z. Hahn. ad Wes. tit. de in jus voc.* Gudelinus *de jur. noviss. lib. 11. c. 5.* sed quia hoc edictum prætorium tantum ad privatam in jus vocationem, non vero ad citationem pertinuit, merito ab eorum sententia recedendum. Neque enim olim citatio & in jus vocatio unum idemque erat, & hodie tantum citatio superest, in jus vocatio vero minime recepta, adeoque jura ei cohærentia hodie applicari nequeunt.

§. VIII. Ob eandem rationem quoque (VII) liberi contra parentes testimonium ferre non possunt, *l. 3. §. pen. ibi: ob reverentiam l. 6. C. de testib.* quod etiam hodie adhuc observari, aliquot præjudiciis docet Carpov. *P. 1. C. 16. def. 50. inf.* adeo, ut ne quidem filius volens admittatur, si pater contradicat *l. 6. C. de testib.* Similiter & liberti quoque repelluntur a testimonio dicendo contra patronum *l. 12. C. de testib.* quod an ad Patronum ecclesiasticum hodie applicari possit, disquirat Hahn. *diff. de jur. patron. eccl. tb. III.* Verum cum *supra tit. de testib.* de hac materia satis actum sit, non necesse est, plura addere.

Testimonium
contra paren-
tes ferre ne-
queant.

§. IX. Ex eadem ratione (VIII) pater haud tenetur liberis cautionem præstare ob usumfructum, quem in maternis habet, quamvis alii usufructuarii ad hoc obligentur *l. 8. §. C. de bon. quæ lib.* Imo & a cautione fidei-
commiffaria eum immunem esse, supra dictum. Sola tamen reverentia hoc minime operatur, quia alioquin mater etiam a cautione immunis foret, quod tamen asseri nequit *l. 6. §. 1. C. de sec. nupt.* cum leges videantur majorem fiduciam in patrem posuisse, utpote qui semper optimum consilium de liberorum salute capere præsumitur *l. 22. §. 4. ad L. Jul. adult.* Ceterum a cautionibus
judi-

Pater non te-
netur liberis
cavere.

judicialibus pro reconventionem & expensis propterea non liberantur, quoniam, dum parentes processui juris sese volentes submitunt, in solennia ejus quoque consensisse videntur, Carpz. *P. 1. C. 5. def. 22.* Perez *ad C. de satisdat. n. 3.* Brunn. *ad l. 2. ff. qui satisd. cog. n. 3.* quamvis qualiscunque fidejussor a parentibus oblatus accipiendus sit, *l. 2. §. 2. eod. ibique Brunnem. n. 3.*

An operas liberi parentibus debeant?

§. X. Ceterum hæc reverentia parentibus debita non obligat liberos emancipatos ad operas eis præstandas, nequidem hodie *l. 10. b. t.* Eas enim patri tantum debent, quamdiu in ejus potestate sunt, cum etiam ab eo alimenta accipiant. Unde mercedem eo nomine petere haud possunt, cum iniquissimum foret, & quasi contra reverentiam parentibus debitam, mercedis loco quicquam exigere, Carpz. *P. 1. C. 28. def. 31. n. 5.* nisi sponte a patre certa merces iis promissa fuerit. Id. *ibid. def. 32.* Quod etiam applicandum ad nurum, si socero pro certa mercede servitia præstitit. Richter. *de jur. & priv. credit. c. 2. m. 3. n. 22.* vid. *tit. de agn. vel al. liber. §. VIII. in f.*

LIBER: XXXVIII.

TIT. I.

DE OPERIS LIBERTORUM.

§. I.

De usu hujus tituli.

Agere *b. t. de operis libertorum*, quæ patronis olim præstandæ erant, quæ vel *officiales* vel *fabriles* seu *artificiales* *l. 6. b. t.* quarum differentia explicatur

catur *l. 6. l. 9. b. r.* Cum vero ejusmodi libertos haud habeamus, quales Romani, *directo* hujus tituli usum afferere non possumus. Interim negari nequit, argumenta ex *b. r.* desumi posse satis utilia, ad intelligendas alias juris materias. Nam aliis quandoque operæ debentur, quorsum pertinent *opera uxorum*, quæ itidem sunt vel *artificiales* seu *officiales*, quarum natura diversa optime ex *b. r.* illustrari potest, quod cum plena manu *tit. de R. nupt.* jam factum sit, nihil de his ulterius hic addere placuit. Præterea plura alia adhuc traduntur de operis libertorum, quæ ita comparata sunt, ut commode etiam ad *operas* nostrorum *rusticorum* applicari queant, adeoque de his quædam adducenda sunt. Interim non possum non præmonere, harum determinationem primario non tam ex hoc jure, quam consuetudine singulorum locorum dependere, ut hinc obveniente casu, ante omnia speciales loci consuetudines consuli debeant, postea consuetudines provinciales vel locorum vicinorum sint attendendæ, denique quatenus nulla diversitatis ratio ostendi potest, etiam quandoque utile sit recurrere ad doctrinam hujus tituli.

§. II. Equidem non desunt, qui rusticos & proprios homines cum libertis comparare solent, adeoque argumenta ab his ad illos valere sustinent. Ita enim Sitchardus *ad Rubr. C. b. r. Moribus Germania non sunt veri servi hodie; & ideo ego semper habui nostrates servos magis pro libertis, quam pro servis, qui possunt omnes actus legitimos facere, testantur, habent idoneas personas standi in judicio, contrahunt, testificantur, & reliqua faciunt, quæ servis antiquitus non erant permissa, & ideo non sunt servi vere, sed magis censentur jure libertorum.* Unde quod hic dicturi sumus.

De rusticorum
operis genera-
tione.

Contio. III.

FFF fff f

mus

mus. de operis libertorum, hoc idem etiam locum habebit in operis nostratium servorum, quod est magnopere notandum. Imo ulterius progreditur, & Vasallos quoque libertis æquiparat hoc modo; præterea hodie Vasalli vel feudatarii nostri habentur pro libertis: ideo quod jus antiquum statuit circa operas libertorum, quomodo & qualiter præstare debeant operas patronis suis; hoc idem obtinebit etiam locum hodie circa Vasallos, & ad hoc faciemus titulum nostrum insignem. Verum nimis liberalem hanc assertionem esse judico, eamque caute accipiendam æquiparationem, quam Sichardus hic facit. Non nego, in quibusdam convenire vasallos & libertos, imo & rusticos; Ast hæc convenientia tantum in quibusdam locum habet, adeoque in plurimis fallit, ex quo fluit, quod nimis incauti sint, qui jura operarum hodiernarum ex jure Romano, exemplo Sichardi, primario æstimare conantur. Habent, ut dixi, suam propriam naturam & indolem, & quamvis quædam juris R. placita his applicari possint, plerumque tamen ita comparata sunt, ut vel ex æquitate naturali per se fluant, vel rationum paritas manifesta ubique adfit. Ut vero appareat, quam incaute Sichardus hic processerit, conclusionem quandam ipsius verbis referam, quam in fine b. r. C. adducit. Ita vero ille: Hoc notandum est pro moribus Germania, ubi diximus, homines proprios comparari antiquis libertis. Si enim antiquitus patroni exigentes operam vel loco opera pecuniam, admittunt jus succedendi contra tabulas defuncti liberti: ergo eadem ratione hodie principes & nobiles habentes proprios homines, a quibus accipiunt operas serviles, non possunt licite accipere mortuaria, Wiltfall, id est, ut defuncta propria muliere accipiant meliorem vestem, defuncto proprio viro accipiant

cipiant equum vel bovem. Verum hoc oppido falsum esse, experientia locorum plerorumque testatur, & merito rejicitur a Dn. Harprecho *de jure mortuar. c. ult. § 6.* cum *operarum* præstatio fluat ex conditione eorum quodammodo servili, quæ quoque *jus mortuarium* produxit, uti ad *tit. seq.* ostendendum erit.

§. III. Superest ergo, ut videamus, annon proprii homines manumissi eodem jure cum libertis Romanis utantur. Manumitti proprios homines per literas manumissionis, constat ex literis manumissionis, *Lass. Brieffe*, apud Eybenium *disquis. 2. ad Inst. obs. 12.* Hortleder *de caus. bell. Germ. c. 48. n. 30.* Solebant olim etiam domini in manumissione sibi operas obsequiales reservare, quo non factò, ad operas præstandas haud obstricti fuisse videntur. In *Concil. Tolet. IV. c. 37.* relato a Gratiano *c. quicumque 5. D. 54.* id perspicue ostenditur: *Quicumque libertatem a dominis suis ita recipiunt, ut sibi in eis nullum obsequium patronus retentet, si isti sine crimine sunt, ad clericatus ordinem liberi suscipiantur: quia directa manumissione absoluti noscuntur. Qui vero retento obsequio manumissi sunt, pro eo, quod adhuc patroni servituti tenentur obnoxii, nullatenus sunt ad clericatus ordinem promovendi.* Imo quia proprii homines hodie principaliter ratione fundi tantum videntur conditionis servilis esse, inde sequitur, eos omni nexu esse solutos, si a fundo sunt vel ejecti, vel sponte dimissi, quia eo casu omne jus domini interit, inprimis vero mortuarium, quod ante habebat, uti plenius docet Dn. Harprecht. *cit. l. c. ult.* multo minus operas præstant, utpote quæ ratione fundi præstantur. Equidem apud Saxones reperiuntur *Lassi* vel *Lazzi*, qui operas præstant, & libertis æqui-

An rustici manumissi eodem jure utantur cum libertis Romanis?

parari solent. Besold. *thes. pract. voc. lassen*. Verum hi non sunt *manumissi* vel *liberti*, sed potius ipsi rustici servilis conditionis, quæ tamen hodie adeo temperata est in plurimis locis, ut magis liberi esse videantur. Sic enim Nithardus *lib. IV. Gens Saxonum omnis in tribus ordinibus divisa consistit. Sunt enim inter illos Edelengi, sunt qui Frilingi, sunt qui Lassi* illorum lingua dicuntur: latina vero lingua hoc sunt nobiles, ingenui & serviles. Lassi itaque ita dicti videntur, quod ab antiquis Saxonibus relicti fuerunt ad agros colendos. Besold. & Speidel. *voce lassen*; & ita qui alibi proprii homines dicuntur, apud Saxones *lassi* nuncupantur. Philippi in *Uf. pract. Inst. lib. 1. eclog. 38. n. 1. Hahn. ad Wes. tit. de stat. homin. n. 5. Harprecht. cit. l. C. III. f. 1. in f.*

Operæ rusticorum unde hodie dependent?

§. IV. Quod ergo operas rusticorum vel propriorum hominum concernit, minime docendum est, originem earum dependere ex conditione libertorum, uti putat Balthasar *de operis subditar. c. II.* sed potius ex conditione eorum propria petendæ sunt, quæ quodammodo servilis olim fuisse videtur. Imo hodie non absolute debentur a rusticis, uti olim a libertis, sed intuitu prædiorum, quæ possident, Balthas. *cit. l. c. 8.* adeo, ut si illa prædia, hisce servitiis obnoxia, in alios quoscunque transeant, operæ quoque a possessoribus inde præstari debeant, Speidel. *voc. Bauren. Guther Knichen de vestit. pact. p. 2. c. 3. n. 91. seqq. Fritschius de jure pagorum c. 7. §. 8. Balthasar cit. l. c. VIII.* adeo ut nec ecclesiæ, hujusmodi prædia comparantes, immunitatem prætereendere possint. Balthasar *cit. l.* Et hoc intuitu operæ dicuntur *reales*, quia hodie ex conditione prædiorum dependent. Ceterum dari etiam *personales*, quæ

quæ ex conditione personarum dependent, negari nequit, ut inprimis exemplo propriorum hominum constat, quo intuitu etiam manumittuntur, vid. Dn. Herlius *de propr. hominib. Sect. III.*

§. V. Porro libertorum operæ erant vel *officiales*, quæ debebantur patronis, licet non essent promissæ: *artificiales* vero non aliter debebantur, quam si promissæ essent. Sed operæ rusticorum vel propriorum nec officiales nec artificiales proprie dicuntur, sed longe aliam qualitatem habent, quia potissimum in *agricultura* consistunt. Sic inter consuetas rusticorum operas refertur, quod agros dominorum colant, ceteraque servitia rusticis convenientia exhibeant, in arando, fodiendo, linum evellendo, vecturas faciendo, *Vote lausen*, &c. Balthasar. *cit. tr. c. 11.* Mores locorum hic omnino variant, adeoque ante omnia hic respiciendum est ad pactum inter dominum & rusticos, quibus cessantibus hoc æstimandum est ex consuetudine provinciali vel locali.

Operæ Rusticorum quales sint?

§. VI. Libertorum operæ officiales indeterminatæ erant; sed artificiales & fabriles per stipulationem determinabantur, nec enim ad operas, quas non promissit, præstandas tenebatur, *l. 31. ff. b. t.* Quoties vero de *operis rusticorum* quæstio incidit, constat, eas esse vel *determinatas* vel *indeterminatas*, *gemessene und ungemessene Dienste*. Posterius in dubio præsumendum, adeo ut dominus intentionem fundatam habeat, rustici vero, in determinatis se fundantes, probationis onus subire teneantur. Thom. Merckelbach. apud Klock. *vol. 2. conf. 26. Mens. Sept. 1709.* sequentem in modum pronunciamus.

Indeterminatæ in dubio debeantur.

Fff fff f 3

In

Sententia.

In Appellations-Sachen der Unterthanen zu Dreyen Appellanten an einem, Joachim Daniel von Klising Appellaten an dem Theils, erkennen von Gottes Gnaden Wir Friedrich König in Preussen zc. auf vorerhabten Rath der Rechts-Gelehrten für Recht: Daß die Appellation in ihren formalien beständig; der materialien halber erscheinet aus denen Acten und der Partheyen Einbrinaen allenthalben so viel, daß in voriger Instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und also das Urtheil lediglich zu confirmiren, es sind die Appellanten auch die deswegen verursachte Unkosten, nach vorhergehender Liquidation und erfolgter Moderation, Appellaten zu erstatten schuldig. W. R. W.

Rationes Decidendi.

Es ist das am 5ten Novembr. 1706. in dieser Sache in prima instantia gefällte Urtheil dahin ausgefallen, Daß (1) die Kläger, aniesz Appellanten, sich nicht entbrechen könten, in denen dreyen Erndte-Tage ohne Unterschied, wozu sie gefordert werden, die Dienste auch mit den Gespan zu verrichten, (2) und weil sie sich dessen zur Ungebühr bishero geweigert, dem Beklagten deswegen 3. Ehr. Strafe zu erlegen, (3) die Baufohren zu denen Ritter-Gebäuden, auffer denen ordinairn Diensten zu thun. Hiemieder haben Klägere Appellation eingewandt, und sich dadurch graviret zu seyn vermeynet, daß sie zwar 6. Tage zu dienen schuldig wären, gleichwohl die Span-Dienste zu nichts als Mist-Fuhren und Acker zu hacken prästireren, wegen anderer Dienste, als in denen Erndte-Tagen, wären sie in possessione vel quasi libertatis, wie denn auch die bekante præsumtio libertatis vor sie militirte, mithin Appellate erweisen müste, daß er auch solche Dienste in denen Erndte-Tagen fordern könte, zumahl sie Actionem negatoriam angestellet, ubi actores non probant, sed reus, zu geschweigen, daß sie ihre libertatem auch durch die summarische Aussagen 4. Zeugen beygebracht, sie auch nach dem in Anno 1649. gestellten Abschiede zu nichts weiter angehalten werden können, als worzu sie nach dem alten Gebrauch verbunden, da auch sonst operæ determinatæ, wie allhier, keine mutation noch extension admitiren, und obwohl in Anno

Anno 1648. erkannt worden, daß Appellanten mehr nicht denn 6. Tage zu dienen schuldig wären, doch ihnen dabey oblag, wenn sie gefordert werden, zu erscheinen, so wäre doch solches eine locutio indefinita, redete nicht von Span-Diensten, müste also von Hand-Diensten verstanden, oder ex subsecuta observantia interpretiret werden, nemlich, wenn sie zu Mist-Führen gefordert würden, wie denn auch keine præsumtio servitorum wider sie ex conditione seu statu könne gezogen werden, zumahl sie liberi und für keine eigene zu achten, daher also nicht verdienet, in einige Strafe genommen zu werden, gleichwie auch, was die Bau-Führen betrifft, solche niemahls von ihnen gefordert worden, und also vielmehr in desuetudinem gekommen.

Diemeil aber dennoch Appellanten nicht in Abrede seyn können, daß sie, wie sie in ihrer Justification sehen, jährlich einen sechstägigen Dienst, so wohl mit der Hand, als Gespan leisten müssen, dabey aber sich darauf gegründet, daß die Span-Dienste zu nichts anders, als zu Mist-Führen und den Acker zu hacken leisten müsten, ein solches gleichwohl der Gebühr nach nicht dargethan, da sie sich doch expresse nach ihrer Justifications Schrift dawinn gegründet, daß ihre servitia determinata quoad tempus & formam wären; mithin ein solches erweisen müssen; denn so lange noch nicht von Seiten der Appellanten klar gemacht wird, determinata fuisse ab initio servitia, so lange kan auch demjenigen, qui sibi plura debere asserit, kein Beweis zuerkannt werden, cum non constet, an & quatenus sibi plura asserat. Hinc potestatis dominicæ est, rusticis vel colonis etiam alia, quam antea solita servitia imponere. Indefinitum istorum debitum permittit dominis exigendi facultatem, & imponit ruricolis obsequendi necessitatem, quibus minime ex eo, quod talia vel alia antea non præstiterint, jus denegandi est, sufficit, jus exigendi adesse ex obligatione seu conditione rustica vel colonaria, quæ, ubi aliud non est definitum, ad servitia indeterminate obligat, *Mev. P. 4. Decis. 21.* woraus denn notwendig folget, daß, so lanæ Appellanten nicht die formam specificam, daß sie nur die zu Mist-Führen Dienstethun

thun müssen, erweisen, für Appellaten die præsumtio militiret, quod operæ sint indeterminatæ, mithin Appellanten wenig helfen mag, daß sie negatoriam angestellet, und nicht erweisen müßten, zumal die præsumtio libertatis allhie wenig statt findet, nachdem die conditio rustica & colonaria ihnen und ihren præ-tensionen widerspricht, unde negatoriam actionem intentantibus probandum est, quæ olim præstitæ fuerint operæ, determinatas aut ita comparatas fuisse, ut ultra illas nihil debeat. *Mev. cit. l. in f.* Wezu noch ferner kommt, daß in dem Anno 1684. gesprochenen Urthel generaliter erkannt worden: Es lieget ihnen aber ob, wann sie darzu gefordert werden, zu erscheinen. Welche Worte, wie die antecedentia weisen, auf den sechstägigen Dienst gehen, und also die Span-Dienste nothwendig mit begreifen müssen, folglich eine blosser Verdrehung ist, daß man daraus von Seiten der Appellanten Hand-Dienste machen will. Und da nun die exactio in domini potestatem & arbitrium intra illud sextriduum ist gesetzt, ist Sonnen-klar, daß hier keine servitia determinata quoad formam zu finden, und mag dagegen die summarische Aussage der Zeugen wenig helfen, zumal, wenn solche gleich vim probandi haben könnte, dennoch nichts releviren würde, exactio enim meræ facultatis est, ideo, licet immemoriali tempore omissa, nec jus dat debitori, nec domini libertatem tollit. *Id. cit. l. n. 3.* Daher ihnen kein tort geschehen, daß sie gebührend in Strafe gezogen worden, als welches billig wegen dergleichen unnöthigen Widerspenstigkeit geschehen müssen; und endlich, so viel die Bau-Fuhren betrifft, können die Appellanten nicht wohl leugnen, daß solche überall in der Mark eingeführet, und notorisch seyn, wie die Märckischen JCr durchgehends davon zeugen, folglich da sie sich in contraria observantia also fundiren müssen, würde ihnen obgelegen haben, solche zu erweisen, so doch nicht geschehen, noch kein actus, wodurch contraria observantia möchte erwiesen werden, legitime erwiesen, woraus denn zu ersehen, daß der Appellanten gravamina unerheblich, und sie also billig in die Unkosten condemniret, auch wie geschehen, erkannt werden müssen.

§. VII.

§. VII. Interim tamen hæc quoque aliquando limitationem vel restrictionem accipiunt, ex usu & observantia, Carpz. *lib. 6. resp. 54. n. 13.* ad quam potissimum respiciendum est: quod enim usu & observantia constat, maximam auctoritatem in decidendo habet. *Id. cit. l. n. 18.* Si vero hæc varia sit, ut ex illa res decidi nequeat, tunc respiciendum ad prædiorum possessionem, cum operæ prædiorum proportioni adæquandæ sint; imo hic quoque valet monitum Jcti in *l. 19. b. t. Ita exigenda sunt ab iis operæ, ut bis quoque diebus, quibus operas edat, satis temporis ad quæstum faciendum, unde ali possit, habeat, vel ut dicitur in l. pen. b. t. satis temporis ad quæstum alimenterum relinquendum, & omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda.* Hoc ratio humanitatis jubet, adeoque cum hic par sit operarum ratio, quæ a libertis, & quæ a rusticis exiguntur, eadem quoque utrobique debet esse juris dispositio. *Mev. P. 4. dec. 133. Carpzov. lib. 6. resp. 54. n. 23. Balthaf. de oper. subd. c. XII. Gail. lib. 2. obsf. 62. n. 13.*

Quomodo operæ indeterminate præstandæ?

§. VIII. Quod determinatas concernit, constat, eas determinari vel ratione modi, vel temporis, vel numeri, & quidem vel transactione vel consuetudine: qua determinatione facta, illæ tantum debentur, nec poterit dominus illas in alias operas similes mutare invitis rusticis, sed ita præstandæ ac ab initio promissæ. *Carpzov. lib. 6. resp. 54. n. 6. Balth. de oper. subditor. c. 12.* Ex quo patet, quod exactio pretii pro operis, das Dienst-Geld, non sit permessa, invitis rusticis. Quodsi morbo olim impediabantur servire liberti, ab operis immunes erant, *l. 15. pr. b. t.* quod tamen absolute ad operas rusticorum applicari nequit, utpote quas per alium præstare possunt & debent, *Erhard. de oper. rustic. conclus. 32. lit. b.*

Determinatæ quomodo debeantur?

Contin. III.

Ggg ggg g

§. IX.

Cofus viftu
præftandæ
operæ rufi-
corum?

§. IX. Liberti olim fuo viftu veltituque operas præftabant, *l. 18. b. 1.* quamvis Javolenus in *l. 21. b. 1.* veltit, eas effe præftandas fultu & veltura patroni, id quod plerique intelligunt de operis officialibus. Atque hanc ipfam decifionem quoque in operis ruflicorum obtinere, communis eft Dd. fententia, Berlich. *P. 2. concl. 64. n. 24.* Balthafar. *de oper. ruflic. c. 15.* nifi aliud vel confuetudine introductum, Brunnem. *ad l. 18. b. 1. n. 6.* vel lege provinciali cautum, Carpz. *P. 2. c. 51. def. 5.* vel operæ precario extra obligationem præftentur. Hufan. *de propriis homin. c. 6. n. 93.*

An operæ cedi
aliis poffint?

§. X. Hæc quoque differentia erat inter operas libertorum, quod officiales aliis cedi haud potuerint, bene tamen fabriles vel artificiales, & quod hæ in heredem tranfient, non illæ. *l. 6. §. 9. b. 1.* Similiter de operis ruflicorum quæftionem movent, utrum hæ alteri cedi vel locari poffint, de qua late difputat Balthafar *de oper. fubdit. c. 16.* Equidem communiter docent, eas aliis regulariter nec cedi nec locari poffe, fed ratio hujus decifionis haud inde petenda eft, quod operæ ruflicorum fint *officiales*, uti Balthafar putat, quomodo enim agricultura ad officiales operas referri potest, quæ quali in pecuniæ æftimatione confiftit, feu certo pretio æftimari potest? *l. 6. b. 1.* Quin potius dicendum eft, ideo operas has regulariter cedi non poffe, quia communiter ad prædium domini funt adftrictæ, adeo, ut fi prædium dominans vendatur, vel locetur, poffeffori hujus caftri fervitia præftari debeant. Hoc intuitu quoque ibi præftanda funt, ubi prædia, quorum intuitu operæ debentur, fita funt, adeoque non fimpliciter hic ad *l. 21. b. 1.* refpiciendum eft.

TIT.



TIT. II. DE BONIS LIBERTORUM.

§. I.

EX jure Patronatus quoque olim fluebat jus succedendi certis casibus in bona libertorum, de quo ple-
 ne disponitur in *b. r.* quod tamen aliquando denegabatur, veluti; si Patronus libertum capitis accusasset. *l. 24. b. r.* Verum hujus tituli nullum usum superesse, facile apparet. *Philippi in Us. pract. Instit. l. 3. eclog. 23. n. 2.* Quamvis enim nonnunquam contingat, nobiles rusticorum bona occupare, si hi sine herede decesserint; hoc tamen minime faciunt *jure patronatus*, sed *jure* quodam *fisci*, qui ultimus successor est. Omnibus enim merum imperium tenentibus jus succedendi in bona vacantia, præsertim in Saxonia competere constat. *Klock. de Ærar. lib. II. c. 136. n. 18. Koeppen. P. 2. decis. 7. n. 79. Besold. in tb. pract. voce Erblose Güther.*

Da usa hujus tituli.

§. II. Quemadmodum vero *ad tit. preced.* quandam convenientiam ostendimus in nostris rusticis, ita quoque in priorum hominum jure aliquid apprehenditur, quod similitudinem quandam habet cum hoc jure, de quo hic agitur. Non tantum enim hi operas & servitia exhibent, sed etiam dominis suis præstant emolumenta successoria, unde nascitur *jus mortuarium*, *das Haupt-Recht*. *Wehner hac voce.* Imo *Dn. Harprecht. de jur. mortuar. c. III. §. 5.* hic non subsistit, sed hoc jus domino concessum esse adserit ad imitationem illius veteris apud Romanos vigentis juris, quo Patronus liberto in certis casibus succedebat, quod tamen cum grano salis accipiendum est, cum hoc jus mortua-

Simile jus in Germania obtinet in bonis priorum hominum.

Ggg ggg g 2 rium

rium ex antiqua priorum hominum conditione fluat, adeoque ante jus Romanum in Germania obtinuerit, prout ipse innuit, dum §. I. cit. cap. III. adstruit, jus mortuarium cum ipsa *agricolatione* natum, & inprimis Clodovei I. temporibus deducendum esse. Inde Brunnem. ad l. i. ff. b. r. n. 4. simile quid tantum hic deprehendi asserit, his verbis: *Hodie simile jus in bonis rusticorum habent in Germania superiore, quod vocari solet Mortuarium, Hauptfall oder Hauptrecht, quo domino vel optimum caput quadrupedis, vel melior vestis vel loco eorum certa pecunia summa debetur, vel si nullum heredem habeat, ab intestato ei succedat.* Interim tamen hanc de successione libertorum doctrinam sæpissime facere ad quæstiones circa Jus mortuarium occurrentes, putat Philippi in *Uf. pract. Instir. lib. III. eclog. 31.* quod concedi potest, si par ubique ratio deprehenditur. Nam in jure mortuario revera quædam successio adest, unde etiam vocari quandoque solet *ein Erbrecht, eine Erbschaft*, Speidel. voce *Gewand und Bläß.*

Quibus competat jus mortuarium?

§. III. Competit hoc jus mortuarium dominis, in quorum nexu rustici vel proprii homines decedentes reperiuntur intuitu glebæ, cujuscunque conditionis fuerint, nec tantum restringendum ad eos, qui jurisdictionem in illo loco exercent, uti optime observat Dn. Harprecht. cit. l. c. 5. §. 3. Et sic non nullis in locis Ecclesiæ competit, cujus forsitan in nexu sunt rustici: quin & nonnullis in locis generatim olim receptum fuit, ut parochiani decedentes mortuarii loco parochio præstarent optimum animal, in compensationem jurium parochialium per ignorantiam non solutorum, Du Fresne in *glossar. voc. mortuarium*, qualis ratio etiam nonnunquam in antiquis diplomatibus adducta fuit, quamvis ex errore,

re, quale diploma habet Dn. Harprecht. *cit. l. c. 3. §. 6.* Alias etiam mortuarium. olim dicebatur, quod titulo exequiarum Ecclesiæ relinquitur & præstatur, cujus fit mentio in *c. 14. X. de testam.* vide Gonzalez *ad cit. c. n. 2. & c. 5. eod. n. 3.*

§. IV. Hujusmodi mortuarium exigitur ab hominibus propriis, qui nexu peculiari ob fundos possessos dominis jure quodam proprietatis obstringuntur. Ex hac proprietate enim, quæ in hujusmodi homines dominis competit, & olim satis rigida fuit, profluxit hæc successio, cum juri conveniat, ut, in cujus personam proprietas mihi quæsitæ est, ejus bona quoque vindicare mihi possim. Atque adeo cum olim domini jure hujus *proprietatis* omnia defuncti bona jure suo sibi vindicare possent, ita tamen hoc temperatum est, ut quædam heredibus relinquerentur, prout usus singulorum locorum admittit. Sola *subjectio* non sufficit, quippe quæ proprietatem in personam non operatur, sed hic nexus adesse debet, adeoque parum refert, utrum sui domini subditus fuerit, nec ne. Gail. *de pign. obs. 8. n. 3. 4.* neque enim hodie jus proprietatis statim facit subditum ratione jurisdictionis. P. Friderus *de mandat. lib. 2. c. 46. n. 4.* Dn. Harprecht. *cit. l. §. 7.* Hodie quippe per consuetudinem multa immutata sunt, adeo ut etiam status priorum hominum non semper ad jura pristina revocari queat, sed ubique in exigendo hoc mortuario ad *consuetudinem* respici debeat, quæ etiam quandoque plane illud remittit. Et hinc est, quod plerique Dd. hodie hoc jus ex consuetudine repetere soleant. vid. Philpp. *in Us. pract. Instit. 1. 3. elog. 32. n. 6.* Schottell. *de antiq. in Germ. iur. c. 11.* Dn. Harprecht. *cit. l. c. III. §. 7.* Alicubi etiam olim sublatum fuisse per privilegia Cæsarum, patet ex

Quinam hæc mortuarium præstent?

Ggg ggg g 3

addu-

adducto diplomate apud Lehmannum *in Cbron. Spir. lib. IV. c. 22.* ubi vocatur *lex nequissima & nefanda*, forsitan quod domini nimio rigore illud exercuerint, & prout antea dixi, potio rem bonorum partem ad se traxerint. Non tamen in totum aboleri potuit, quin potius plerisque locis retentum est, consuetudine tamen & observantia antiqua variatum. Unde concludit Stamm. *de servit. lib. III. 27.* ubi talis consuetudo non viget, successionem in hominum priorum bonis fieri secundum jus commune, & proinde ubi hæc consuetudo doceri non potest, dominus homini suo non nisi in defectu propinquorum jure fisci succedit. *Stamm. cit. l. c. 22. n. 4.* Incaute itaque Dd. hoc jus ex jure Romano & quidem *b. r. de bonis libert. deducunt. Reufner. de testam. P. 2. c. 29. n. 27.* cum longe diversum fundamentum hujus successionis adsit, olim quidem ex *jure proprietatis* petitur, & sicin- distinte receptum, sed hodie *consuetudine* sola fundatum, qua deficiente, solus status personarum illud ipsum non tribuit, quæ observatio multum proficit, ad declarandum, quis in dubio probare debeat, & an dominus hodie, uti olim, fundatam intentionem habeat? Ceterum in quibus locis potissimum illud hodie vigeat, docet Dn. Harprecht. *cit. l. c. III. §. 8.* ubi speciatim Bavarix, Saxonix, Hassix, Palatinatus, Westphalix, Ducatus Wurtembergici, Marchionatus Badensis, & Comitatus Nassovientis mentionem facit.

In quo jus
mortuarium
consistat?

§. V. Inde profluxit hodierna diversitas circa ipsam successionem in bona priorum hominum, quæ in comparata est, ut certa regula circumscribi nequeat, cum mores singulorum fere locorum hic varient. Alibi enim *jus mortuarium* hodie consistit in re singulari; alibi in certa parte seu quota hereditatis. *Posterius obtinet*

in Westphalia, ubi domini in semissem succedunt, quæ plerumque ab heredibus certo pretio remidi solet. Besoldus in *thesib. pract. voc. Leibeigener Leute*. In Saxonia multis adhuc in locis consuetudinis esse testatur Philippus in *Us. pract. Instit. lib. III. eclog. 72. n. 12.* ut nobiles de bonis quorundam subditorum, sine liberis mortuorum, dimidam, tertiam vel quartam partem percipiant, de qua divisione inter dominum & heredem quoque testatur Fridericus de *mandat. lib. 2. c. 67. n. 33.* Prius vero respicit certas tantum res mobiles, de quibus quædam ex antiquitate adducit Lehmannus in *Chron. Spir. lib. II. c. 20.* ubi inter alia ita: Die vierdte Beschweris ist, daß sie ihren Kindern, denen Kirchen oder jemand anders durch Testament oder in andere Weise von ihrer Nahrung etwas zu verschaffen und zu restituiren keine Macht noch Gewalt gehabt, sondern wenn ein leibeigener Mann verstorben, ist der Herrschaft das beste Stück Vieh, Pferd oder Ochs heimgefallen, welches man dem Erben aus dem Stall gezogen oder von der Weide genommen, und das hat man Haupt-Recht oder Haupt-Fall, auch wohl Weidmahl genannt. Ist ein leibeigen Weib vor ihrem Mann todes verfahren, so hat die Herrschaft das beste Stück der Fahrniß zu erwehlen und zu sich zu nehmen Zug und Macht gehabt. Atque hujusmodi res in plurimis locis adhuc tantum præstantur, præsertim liberis existentibus. plerisque in locis scilicet adhuc observatur, ut decedente homine proprio optimum iumentum, decedente vero femina propria, optima vestis vel vacca domino debeatur, prout plenius illustravit Dn. Harprecht. de *jure mortuar. c. VI. §. 7. seqq.* & quidem electio adhuc hodie communiter competit domino, prout ei ab antiquo competiit. Sicuti vero hoc emolumentum in rebus particularibus con-

consistens domino non obvenit proprie loquendo *jure hereditario*, sed titulo magis singulari: ita quidem nonnulli observarunt, etiam priori casu, ubi dominus semissem vel aliam partem sibi vindicat, proprie dictum jus succedendi non obtinere. Faber *in C. lib. VII. tit. 1. def. 23. n. 12.* Interim tamen reipsa heredis loco habendus est dominus, cum certam partem universitatis lege vel consuetudine lucretur, unde etiam hic remedia heredibus competentia applicari posse censet Dn. Harprecht. *cit. l. cap. pen. §. 9.* An autem, si rusticus dominum in testamento præterit, cui tamen certa portio consuetudine debetur, hic possit ad possessionem bonorum contra tabulas confugere, uti quidam sustinent, vel inde dubium est, quod jam antea dixerim, argumentum a patronis ad dominos horum rusticorum esse vacillans & non satis concludens. Nec necessarium hic est remedium prætorium, cum juxta consuetudinem Germaniæ haud sit integrum rusticis, de omnibus suis bonis disponere, adeoque quoad partem, domino debitam, testamentum subsistere non possit, Stam. *de servit. person. lib. 3. c. 22. n. 6.* cum tamen bonorum possessio contra tabulas supponat, testamentum stricto jure subsistere.

TIT. III.

DE LIBERTIS UNIVERSITATUM.

§. I.

Ufus hujus tituli nullus.

Quemadmodum universitates servos habere, ita quoque eos manumittere & per hoc jus patronatus consequi poterant, quo facto jura succedendi cum aliis annexis quoque impetrabant, non quidem ut *singuli*, sed omnes conjunctim sumti *l. un. b. 1.* Verum quod jam antea de libertis singulorum ratione usus moder-

moderni dixi, id etiam de libertis universitatum dicendum est, adeoque titulus hic hodie plane inutilis videtur.

§. II. Equidem sicuti singuli, ita quoque universitates, ut oppida, Ecclesiæ vel alia collegia, licite proprios homines habere possunt, quemadmodum circa monasteria & Ecclesias plura exempla hinc inde occurrunt. Ast non necesse est, separatim de hujusmodi propriis hominibus hic agere, cum nullum jus diversum in his obtineat, & si vel maxime obtineret, ejus tamen ratio ex hoc titulo peti haud posset.

De propriis hominibus universitatum.

TIT. IV.

DE ASSIGNANDIS LIBERTIS.

§. I.

Permissum erat patri olim, in testamento libertos quibusdam ex liberis suis assignare, quibus interim operas præstarent, ut tamen ceteris ejus liberis eventualiter perinde omnia jura servarentur, ac si nihil de eo libertis is parens significasset, si forsitan is, cui assignatio esset facta, sine liberis decessisset. *l. i. pr. b. t.* Cum vero hodie jus patronatus hoc in totum cesset, evidens est, hanc quoque doctrinam de assignandis libertis applicatione omni destitui.

Utas hujus tituli nullas.

§. II. Equidem non nulli ex *hoc tit.* inferri posse existimant, posse patrem uni ex liberis certum aliquod prædium vel majorem bonorum partem assignare, aut prælegando, aut donando, aut vendendo, aut alio modo. Philippi *in Us. pract. Instit. lib. III. eclog. 33. n. 3.* Verum hæc potestas patri competens non fuit ex doctri-

An ad alias causas applicari queat?

Contin. III.

Hhh hhh h

na

na hujus tituli, sed ex libera dispositione, quam habet de bonis suis, modo liberis salvam legitimam relinquat. Sic etiam ex eadem potestate patri integrum foret, uni ex liberis certos rusticos vel proprios homines assignare, quod tamen dum facit, magis per modum *prælegati* vel *divisionis* facit, adeoque reliquis liberis jura eventualiter salva non manent, uti quidem juris erat in assignatione libertorum.

TIT. V.

SI QUID IN FRAUDEM PATRONI ;
FACTUM SIT.

§. I.

Sensus hujus
tituli.

CUM certa pars bonorum patronis ex patrimonio libertorum debeatur, constat, in ejus præjudicium a libertis nihil fieri posse, alioquin si quid in fraudem factum esset, dabatur patrono duplex actio, *Faviana* & *Calvisiana*; illa quidem, si libertus testatus, hæc vero, si intestatus decessisset. *l. 3. §. 2. & 3. b. r.* Per has actiones generaliter revocatur, quodcumque in fraudem patroni gestum est *l. 1. ff. 3. b. r.* in rebus a liberto jam acquisitis: ad ea enim, quæ libertus non acquisivit, etiamsi in fraudem patroni hoc factum esse dicatur, hæc actiones non pertinent, *l. 1. §. 6. b. r.* sed tantum ad ea, quæ diminuendi patrimonii causa gessit, veluti si in lite vinci voluit, *l. 1. §. 7. b. r.* si transegit in fraudem patroni, *l. 1. §. 9. b. r.* si rem minoris vendidit *l. 1. §. 12. b. r.* &c. Instituitur utraque actio adversus eum, qui rem in fraudem patroni accepit. *l. 5. pr. b. r.* sive in mala sive in bona fide fuerit. *l. 1. §. 4. & 27. b. r.*

§. II.

§. II. Directæ actionis nullum superesse usum facile ex antea dictis constat. Equidem ad illa, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, hic titulus applicari solet, vid. Lauterbach. *b. r. §. f.* Interim ejus usus vel ideo ibi cessat, quod specialis actio *lib. XLII. tit. 8.* explicanda, a Prætorè Paulo introducta sit, qua in fraudem creditorum alienata revocantur; & quamvis in multis hæ actiones conveniant, in omnibus tamen haud conveniunt, sed singulæ sua propria jura habent.

De usu hujus actionis.

§. III. Majorem videtur utilitatem habere *actio utilis* seu *quasi Faviana & Calvisiana*, quæ tunc datur, quando pater adoptivus quædam gessit, vel suum patrimonium diminuit in fraudem impuberis adoptivi, cui ex constitutione D. Pii legitima debetur. Quod enim in fraudem hujus portionis, quæ ipsa legitima est, factum est, quasi per Calvisianam vel Favianam revocandum esse, asseritur in *l. f. b. r.* Equidem si donationes vel dotationes inofficiosæ sunt, querela inofficiosæ donationis vel dotis locum habet; sed hæc ulterius progreditur, ad omnia illa referenda, quæ quomodocunque in fraudem legitimæ facta fuerunt, adeoque adhuc hodie usum præbere potest.

De utili actio-
ne.

§. IV. Similiter ad rusticos seu proprios homines utilis actio hæc applicari posse videtur, si in fraudem domini aliquid fecerint. Adscribam hac de re sententiam Johannis Petri de Ferrariis, qui in *praxi aurea tit. 49. gl. 3. n. 49.* ita philosophatur: *Unde dabitur, an tales obligationes & alienationes valeant in præjudicium ipsorum nobilium? Ubi est advertendum, quod aut subditi vel homines equiparabuntur libertis aut filiis. Si equiparabimus eos libertis, tunc distinguo, ut proxime dictum est, in eis (distinxerat autem §. 58. utrum alienatio facta esset ex causa lucrativa, an onero-*

Utrum ad rusticos applicari possit.

fa, ut priori causa non valeat alienatio, bene posteriori, nisi dolose esset facta:) *Si vero æquiparabimus eos filiis, tunc recurrendum est ad ea, quæ de filiis traduntur in l. nam est parentibus D. de inoff. testam. Et autb. ut cum de op. cog. §. sancimus. Et puto verius esse, quod illi homines æquiparantur libertis, & domini sui æquiparantur patronis. - Ex quo sequitur, quodsi talis homo alienaverit inter vivos, quod decurrendum est ad distinctionem, de qua supra &c. Existimat ergo antiquissimus hic Practicus, etiam hunc titulum suum usum habere in alienatione, facta a propriis hominibus in præjudicium domini. In eandem sententiam transit Menochius de A. F. Q. lib. 2. cent. 3. cas. 230. n. 6. ubi postquam strictim ea, quæ in b. t. pertractantur, exposuit, ita subjicit: *hæc utilia admodum sunt in illis regionibus, in quibus vel antiqua consuetudine vel privilegio domini locorum succedunt subditis suis, quos nullis relictis filiis succedere contingit: & si decedentes testantur, tertiam partem bonorum suorum dominis relinquere tenentur, id quod in multis locis Pedemontium observari vidi, nam subditi isti illis libertis comparantur. Et paucis interjectis pergit: Hi ergo domini ita revocare poterunt in fraudem suæ successiois alienata, ut possunt patroni libertorum, id quod aliquando ex facto evenit in loco Clavesana Pedemontium, me patrono causæ existente. Eandem quoque sententiam probat Dn. Harpr. de jure mortuar. c. IV. §. 3. quæ etiam eodem modo admitti potest, quo olim hæc actio revocatoria data fuit impuberibus arrogatis, in quorum fraudem aliquid a patre factum est. Unde non necesse est, ad comparationem priorum hominum cum libertis hic confugere, quæ fallax & in paucissimis procedit, sed sufficit, quod utrobique par in re ipsa sit ratio, & ita quoque par debeat esse dispositio.**

Sicuti

SI QUID IN FRAUDEM PATR. FACT. SIT. II57

Sicuti enim Jcti Romani hanc actionem revocatoriam non ideo extenderunt ad arrogatos impuberes, quod hi libertis comparentur, sed quia in re ipsa, de qua quæritur, par est ratio, ita quoque idem de rusticis dicendum est.

TIT. VI

SI TABULÆ TESTAMENTI NULLÆ EXTABUNT: UNDE LIBERI.

§. I.

CUM in superiori libro prætor bonorum possessionem dederit in casu, si tabulæ testamenti extarent, & quidem vel contra tabulas vel secundum tabulas; jam in hoc & seqq. titulis successio prætoriam exponitur, quæ locum habet, si tabulæ testamenti haud extant, in quo prætores successionem imitati sunt civilem, utpote quæ itidem vel testata vel intestata est. In hac successione intestata prætoriam primo vocantur *liberi*, & quidem in primis *emancipati*, quibus hæc bonorum possessio vel ideo necessaria fuit, quod jure XII. tabb. ob omni successione intestata essent exclusi. Semel hac introducta, sensim quoque applicari cœpit suis, ut ita hi utroque jure succedere possent. *l. 1. l. 7. b. r.* Cum vero per *Nov. 118.* differentia suorum & emancipatorum in successione intestata plane sublata sit, & ita jure novo emancipati æque succedant, ut sui, hodie bonorum possessione opus non habent, sed possunt ex jure civili succedere.

Sensus hujus tituli.

§. II. Aliquis tamen successionis prætoriam adhuc superest usus ex edicto unde liberi, in casu *l. f. C. b. r.* ubi Constantinus ita: *Qui se patris post avum intestatum defuncti negat heredem, mortui avi paterni suscipere facultates non potest,*

Usus habet in casu l. f. C. h. r.

potest, maxime emancipatus. Casus his verbis continetur talis. Moritur avus ab intestato, relicto filio in potestate constituto & nepotibus. Filius, antequam se immisceret hereditati defuncti, itidem decedit, sed gravi ære alieno obrutus, quam ob causam nepotes avi hereditatem satis opulentam adire, a patris vero abstinere gestiunt, quæritur, an hoc iis integrum sit? Quod negatur de jure civili, quia avi hereditas semel filio *ipso jure* est acquisita, & ita quoque per hanc ad nepotes transmissa, quo ipso fit, ut aut utramque retinere, aut utramque derelinquere teneantur. Additur tamen in *cit. l. f. nisi per bonorum possessionem ad hujusmodi beneficium pervenerit.* Cum enim prætor suis jus *abstinendi* concesserit, quod effectum acquisitionis, ipso jure factæ, quodammodo suspendit, possunt jure prætorio nepotes ad avi hereditatem admitti, & abstinere a paterna, de quo casu plenius egi in *tr. de success. ab int. diff. IX. c. 6. §. 7. seqq.* insimulque §. X. ostendi, hodiè hic nullam differentiam constitui, utrum filius, qui post patrem moritur, suus an emancipatus fuerit, modo se non immiscuerit hereditati paternæ: post immixtionem enim factam cessat omne remedium prætorium.

Ufus alius
ostenditur.

§. III. Porro in *cit. tr. §. 11.* dixi, usum hujus bonorum possessionis in eo casu quæri, quando filius repudiavit hereditatem patris, & nepotes eam amplecti desiderant. Hoc casu enim eum admitti posse censet ex bonorum possessione per *l. 5. §. f. ff. b. 1.* Ut vero de assertio- nis hujus veritate eo rectius constet, verba ipsius textus ponderanda sunt: *Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, integra sunt omnia nepotibus, atque si filius*

7078

non fuisset, ut quod filius habiturus esset, potita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non reliquis, accrescat. Ipse contextus indigitat, quæstionem de eo esse, qui bonorum possessionem non petiit, non vero de eo, qui successione penitus repudiavit, de quo tamen hic quæritur, adeoque in hoc casu nullus usus hujus bonorum possessionis ex capite unde liberi allegari potest. Vid. tr. de success. ab int. l. I. c. 2. §. 29.

TIT. VII.

UNDE LEGITIMI.

§. I.

HÆc bonorum possessio omnem vocat, qui ab inte- De sensu & usu hujus tituli.
 stato potuit esse heres, sive lex XII. tabb. eum legi-
 titimum heredem faciat, sive alia lex Senatusve consul-
 tum. l. 2. §. 4. b. r. Verum vix est, ut usum hujus tituli
 hodie admittere amplius possimus, postquam jure ci-
 vili novissimo tam agnati quam cognati ad successio-
 nem æqualiter vocentur, & ita omnis prærogativa, quæ
 jure prætorio olim agnatis præ cognatis tributa est, ho-
 die cesserit. Nec fratres hodie amplius parentes exclu-
 dunt, sed simul ad successione concurrunt per *Nov. 118.*
c. 3. Imo de jure Saxonico fratres plane excluduntur a
 parentibus. Ceterum quamvis in nonnullis locis ad-
 huc hodie prærogativa quædam agnatis in successione
 tribuatur, prout suo loco dicendum erit, vix tamen ca-
 sus ostendi potest, quo hi more Romano ad bonorum
 possessionem ex edicto: *unde legitimi* prævocabunt, un-
 de doctrinam hanc vocat *obsoletam* Brunnem. *ad l. 1. b. r.*
 eam.

eamque non amplius habere usum, monet Wisse mb. *b t. n. 16. in f.*

De usu hujus tituli, si nepotes ex hac bonorum possessione admitti desiderent.

§. II. Usus tamen adhuc aliquem hic superesse, ostendi *in tr. de success. ab intest. diff. l. c. 2. §. 30.* in casu, si filius repudiavit hereditatem patris, & nepotes ad avitam hereditatem admitti desiderant, tanquam *legitimi*. Sicuti enim ipse filius repudians potuisset adhuc admitti ex capite *unde legitimi*, ita, eo mortuo, nepotes quoque haud excludendi videntur, modo pater omni bonorum possessioni haud renuntiaverit, quod plenus declaravi *diff. IX. c. 6. §. 12. seq.*

TIT. VIII.

UNDE COGNATI.

Ufus hujus tituli nullus.

Legitimis deficientibus, demum prætor vocabat *agnatos* lege XII. tabb. plane exclusos. His itaque bonorum possessio olim maxime necessaria erat; cum absque ea ad successionem aspirare nullo modo possent. Verum hic titulus hodie inutilis est, postquam per *Nov. 118.* agnatis exæquati sunt, adeoque in successionem proximiores cognati excludunt remotiores agnatos, *Zæf. b. r. §. 5.*

TIT. IX.

DE SUCCESSORIO EDICTO.

§. I.

Sensus hujus tituli.

Successorium Edictum idcirco propositum est, ut, uno gradu non petente bonorum possessionem, admittantur sequentes. *Quibus enim, ait Jctus in l. 1. §. 10. b. r.*

10. b. r. edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit. Imo & uno ordine exclusus per hoc edictum admitti poterat ex alio capite, utpote filius exclusus tempore a bonorum possessione ex capite *unde liberi*, admittitur ex capite *unde legitimi*, & tandem etiam tanquam *cognatus* in tertio ordine ex edicto *unde cognati*. l. 1. §. 11. b. r. Unde tractum esse volunt usum forenssem, quod liberi intra 90. annos adhuc possint hereditatem paternam petere, & quidem intra 30. annos ut filii, intra alios 30. ut agnati, iterumque intra alios 30. ut cognati. Sed hanc praxin oppido falsam & erroneam esse, nec universaliter approbatam, dixi supra *de acquir. vel amitt. hered. §. III. Conf. tr. de success. ab int. diff. 9. c. 2. §. 39.*

§. II. Atque hoc successorium edictum omnino necessarium erat, quoniam L. XII. tabb. sequens non ad-
De usu hujus tituli.
 mittebatur, primo per tempus vel repudiationem excluso, sed hereditas fisco statim deferebatur. §. 7. 7. *de legit. agn. success.* Approbavit vero Justinianus *cit. l. successorium edictum*, & simul ad successiones civiles traxit, adeoque adhuc hodie eidem locus est, adeo ut etiam in retractu locum habeat, & proximior retractante nolente, sequentes admittantur: Carpzov. P. 3. C. 49. *def. 7. Rosenthal de feud. c. 9. concl. 82. n. 11. seqq.* Cum retractus gentilivus sequatur successionis rationem intestatam. Imo cum in fideicommissis familiarum quoque secundum dispositionem juris communis succedatur, Knipschild *de fideic. famil. c. IX. n. 7. seqq.* non dubium est, quin etiam hic successorium edictum hodie locum habeat.

TIT. X.

DE GRADIBUS ET AFFINIBUS ET NOMINIBUS EORUM.

§. I.

De usu computationis civilis hodiernæ.

DE usu computationis Canonice actum est *tit. deriv. nupt. §. 15.* Hæc tamen minime pertinet ad hanc de successione doctrinam, cum ipse Alexander II. novæ illius computationis fabricator, civilem retinendam esse censuerit in materia successione & inde dependentibus juribus. Neque enim sine summa absurditate & confusione jurium canonica hic adhiberi potuit, quia alioquin proavus, patruus magnus, patruus magni filius, ejusque nepos in eodem gradu positi forent, & ita æqualiter ad successione admittendi, quod tamen manifestam absurditatem contineret. Et cum jus canonicum civilem computationem in hac materia approbaverit, etiam in terris Ecclesiæ eandem observari manifestum est. *C. 2. c. 35. qu. 5. Philippi in Usu instr. lib. 3. eclog. 31. n. 7. 8. Carpzov. de arbor. consanguin. disp. 1. tb. 6. seqq. & tb. 15. n. 89.*

Ufus ejus demonstratur in aliis materiis.

§. II. Proinde quoque eadem computatio observanda (1) in FEUDIS, per expressum textum *n. f. 37.* ibi: *eodem prorsus observando quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus;* & hanc sententiam nunquam in dubium vocatam, sed usu & consuetudine plane universali corroboratam & munitam esse ait Rosenthal *c. VII. de feud. concl. 57. n. 9.* & confirmat Schrader. *de feud. P. VII. c. 7. n. 12.* Interim non desunt, qui contrarium defendunt, inter quos principatum gerunt Hottomannus, Hartmannus Pistoris, Giphanius, Fachinæus, & Rittershufius

sius, relati a Casparo Bitschio *ad 11. feud. 37. P. 613.* qui existimant, feudistam de Legibus Longobardicis intelligendum esse, in quibus computatio secundum jus Canonicum instituitur. Sed feudistam de legibus Romanis intelligendum esse, patet ex *1. f. 8. §. 1.* ubi dicitur, quod olim tantum successio admittitur sit *usque ad quartum gradum*: quinam autem in illo gradu reperiantur, nominatim habetur in *1. f. 1. §. 4.* ubi vocantur *fratres parvules*, qui in quarto gradu sunt secundum computationem civilem. (II) In TUTELIS, quippe quæ deferuntur secundum ordinem successioneis, prout supra ostensum est. Philippi *cit. l. n. 4.* (III) In FIDEICOMMISSO familiarum, utpote in quo successio juris communis attenditur, & sic eadem computatio quoque observanda est. Schrader. *de feud. l. VII. c. 7. n. 12. inf.* (IV) In POENIS irrogandis, ut in furto domestico, quod in Electoratu Saxoniam usque ad quartum gradum in consanguineis & affinibus mitius punitur, Carpzov. *pr. crim. qu. 82. n. 44.* Id. *cit. l. quavis in crimine incestus æstimando procedatur secundum computationem Canonicam.* Carpz. *pr. crim. qu. 73. n. 8.* Conf. Philippi *cit. l.* (V) In TESTIMONIO ferendo, & processu judiciario, nam circa testimonium ferendum non raro ad proximitatem respicitur. Philippi *cit. l.* (VI) Addit quoque Schrader. *cit. l.* COMPROMISSA, quod de illis intelligendum, quando arbitri ex præscripto testamenti vel statuti ex certa familia secundum proximitatem gradus assumendi sunt. (VII) In RETRACTU consanguinitatis, quippe qui secundum ordinem successioneis dijudicatur &c.

§. III. Affinitatis gradus nulli dantur secundum An dantur gradus affinitatis?
jus Romanum, *l. 4. §. 5. b. 2.* cum gradus tantummodo

lii iii i 2

suc-

successionis causa adinventi sint, successio vero affinibus nunquam competat, *l. affinitatis 7. C. commun. de success.* Nec hodie in successione res se aliter habet, quamvis in matrimonialibus gradus affinitatis ad ductum juris Canonici receperimus. Porro licet in *l. 4. §. 8. b. r.* dicatur, *neque cognationem neque adfinitatem esse posse, nisi nuptiæ non interdictæ sunt, ex quibus adfinitas conjungitur*, hoc tamen ad matrimoniales causas haud pertinet, sed ad alia jura affinibus competentia. Lauterbach. *de Jure affin. c. III. n. 17.*

Secundum genus affinitatis in jure non datur.

§. IV. Ulterius jus civile secundum & tertium genus affinitatis ignorat, & primum agnoscit. Equidem in *l. 4. §. 6. in f. b. r.* mentio fit uxorum duorum fratrum, quæ *janitricæ* dicuntur; sed quod affines sint, ibidem non additur, uti observat Lauterbach. *de jure affin. c. III. n. 133. seqq.* adeoque unice in jure Canonico inventum, & ad praxin nostram in matrimonialibus deductum est. Ex quo concludunt, quod, quando aliquid in statuto disponitur, hoc tantum de veris, hoc est, de primi generis affinibus intelligi debeat. Lauterb. *cit. l. n. 138.*

TIT. XI.

UNDE VIR ET UXOR.

§. I.

De usu hujus tituli.

Cognatis omnibus deficientibus Prætor tandem admittit conjuges, de jure civili plane exclusos, nec etiam jure novo per *Nov. 117.* vocatos. Unde non adeo dubitandum est, quin adhuc hodie conjux superstes non aliter in universa bona defuncti succedere possit, quam beneficio hujus bonorum possessionis, Andr.

Kohl

Kohl. *de success. conjug. P. 1. n. 5. vid. tr. de success. ab int. diff. IV. c. 1. §. 4.* Et quamvis per totam vere Germaniam de successione conjugum Statuta reperiantur, ita tamen ut plurimum de particulari tantum successione disponant, non de universali, adeoque prætoria adhuc utilior, quæ tamen tantum locum habet certo in casu. Proinde si alii adsunt heredes, conjuges hodie succedunt ex statuto in certam portionem hereditariam: his deficientibus vero, ex jure prætorio in universa bona; nisi constitutione provinciali aliud cautum sit. Sic in *Constit. Marchica, tit. Erbfälle zwischen Eheleuten*, hoc cautum reperitur: **So aber kein angesippter Freund da wäre, denn nimmt das halbe Theil die Herrschaft.**

§. II. Ante omnia ergo constare debet, (I) nullos cognatos amplius superesse, alioquin hi præferuntur, in quocunque etiam gradu sint. Equidem communiter id restringere solent, nisi cognati ultra decimum gradum adsint, hos enim haud succedere, sed iis superstitem conjugem præferendum esse, volunt Kohl. *de success. conjug. P. 1. n. 8. seqq.* Carpz. *P. 3. C. 18. def. 31.* Richter. *de success. ab int. membr. 4. sect. 3. n. 30.* Gail. *2. obs. 150.* Mey. *ad jus Lubec. lib. 2. tit. 2. art. 1. n. 84.* Ast hanc sententiam nullo juris fundamento subnixam esse, dixi in *tr. de success. ab int. diff. 3. c. 1. §. 29.* quam etiam plures tuentur, relati ab Esbach. in Carpz. *cit. l. & Berlichio P. 2. concl. 53. n. 11. 12.* Neque enim asseri potest, conjugum successionem alias esse inanem, nam consequentia hæc vel ideo vana est, quod licet rarius deficient cognati, probatio tamen cognationis sæpe deficere possit, adeoque tali casu successio conjugum locum habere debeat. *arg. l. 50. ff. de testam. tut.* (II) Justum adesse debet matrimonium, *l. un. pr. h. r.* quamvis copula carnali haud firmatum sit,

Requisita successio-
nis præ-
torie.

cum consensus matrimonialis facit nuptias, & quamvis ad effectum successionis statutariæ consensus thalami necessaria sit, hoc ipsum tamen ad hanc successionem extendi nequit. Denique (III) matrimonium adhuc tempore mortis durare debet, cum divortio factò hæc successio expiret, *l. un. §. 1. b. 1. de quo pluribus actum in tr. de success. ab int. diff. IV. c. 1. §. 9. seqq.* Divortio autem non factò, licet vel maxime causa divortii adfuerit, successio hæc salva est, si de remissione constat, prout responsum est Mens. Maj. 1709. *Ob nun wohl die Dd. der einhelligen Meynung sind, quod conjux ob adulterium successione priveretur: Carpz. P. 3. C. 26. def. 9. Brunn. jur. eccl. lib. II. c. 17. §. 25. Mev. ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 408. Weil aber dennoch solches dahin zu restringiren, si decedens conjux hoc sciverit, nec injuriam remiserit, und also in casu, si ignoraverit, seinen Abfall hat, Carpz. P. 4. c. 21. def. 4. Id. in pr. orim. qu. 65. n. 3. Brunnem. cent. 2. decis. 67. n. 3. Berlich. P. 4. concl. 30. n. 12. und daß der Verstorbene hiervon etwas gewußt, aus der facti specie nicht zu ersehen. So ist daher die Stieff-Mutter ihre Erb-portion, des adulterii ungeachtet, zu fordern wohl befugt.*

Conclusiones
inde deducuntur.

§. III. Ex hijs præsuppositis requisitis fluit: (1) hanc successionem extendendam non esse ad desponsatos, quippe qui *viri & uxoris nomine nondum veniunt*, nec mortis tempore in matrimonio vivunt, quod tamen requiritur. Kohl. *de success. conjug. P. 1. n. 17.* (2) per desertionem malitiosam hanc amitti successionem; licet enim jure duret matrimonium, ipso factò tamen malitiosus desertor divortium fecisse videtur *7. un. §. 1. b. 1.* (3) Imo etiam separatos quoad thorum & mensam ad hanc successionem non esse admittendos, quod tamen
restrin-

restringendum ad eum, qui causam separationi dedit, prout dixi in *rr. de success. ab int. diff. IV. c. 1. §. 11.* Equidem (4) Kohl. *cit. l. n. 37.* hanc successionem quoque cessare statuit, si matrimonium sit nullum, licet bona fide contractum, de quo tamen merito dubito, quia matrimonium putativum eosdem habet effectus, quos verum, dummodo in bona fide usque ad mortem perseveraverint. Dn. Hertius *de matrim. putativo §. 37.*

§. IV. Ceterum *ex auth. praterea C. b. r.* successio certis in casibus superstiti conjugi tributa est, scilicet ubi pramoriens fuit dives, superstes vero inopia laborat. Utrobique ad arbitrium judicis recurrendum, qui ex circumstantiis judicabit, an quis dives, an inops dicendus sit. Menoch. *de A. F. Q. lib. 2. cap. 65. n. 7.* Gudelin. *de jure noviss. lib. 2. c. 16. §. porro.* Kohl. *de success. conjug. P. 2. n. 38.* Et quidem spectatur tempus mortis, quo deferatur hereditas, adeoque hæc successio debetur, si vel maxime postea conjux superstes inops emolumentum idoneum accepit, prout respondimus M. Octob. 1705.

De successione
ex auth. prater-
rea C. b. r.

Hat Sempronis, ein Bedienter bey einem fremden Potenta- Facti Species.
ten, und wohl bemittelter Mann, Cajam, eines Bürgers Tochter,
so wenig bemittelt gewesen, geheyrathet, 2. Kinder mit ihr gezeu-
get, nachgehends auch in Holstein ein adelich Guth unter fremden
Nahmen ankauften lassen, doch an dem vorigen Ort bis an sein
Ende verharret, kurt darauff dieses Zeitliche verlassen, auch ihm
eines von denen beyden Kindern bald gleichfals gefolget, und ob-
gleich die Anverwandten des Kindes Väterl. Seiten und Vor-
münder für das noch lebende Kind angehalten, doch solches so lan-
ge Caja unverheyrathet gelieben, keinen ingress finden wollen, bis
sie endlich ad secunda vota geschritten, und Marcellum geheyrat-
het, und dann hieben gefragt wird: Ob und ex qua parte des
Mag-

Marcelli Ehefrau nebst den Kindern zur successio des verstorbenen Mannes Güther zuzukassen sey.

Rat. dub.

Ob nun gleich hierbey dieser Zweifel entstehen möchte, daß alhier die successio secundum jus civile, welches daselbsten gilt, wo der defunctus maritus verstorben, zu reguliren, nach solcher gleichwohl die hinterlassene Ehegattin nicht succediren kan, so ferne, wie alhier, eheliche Kinder vorhanden.

Rat. decid.

Siweil aber dennoch in der Facti specie dieser besondere Umstand vorkommt, daß der Verstorbene Sempronius ein bemittelter Mann gewesen, herhegen die Caja keine sonderliche Mittel gehabt, und also wir dabey vermuthen müssen, daß dieses matrimonium indotatum gewesen sey, mithin von ihren eignen Mitteln nicht so viel haben wird, daß sie sich nach ihres Mannes Tode davon ihrem Stande gemäß hat aufführen können, in welchem Fall denn ex jure bekant, quod vidua inops & indotata incertam partem, und zwar wenn zw. y Kinder vorhanden sind, in quartam succedat jure usufructus, *auth. praterea C. und. V. & Ux.* und obgleich Caja anieho an den Marcellum verheyrathet, einfolglich die ratio prædictæ *auth. nunmehr* zu cessiren scheinen möchte, cum jam sit alenda a novo marito, so ist doch dagegen klar, daß man in solchen Fällen auf das tempus mortis ejus, cui succeditur, sehen müsse, allwo der Anfall einmal geschehen, und ihr dadurch zu dem obbenahmten Theil ein Recht zugewachsen, gleichwie denn pari ratione sie solche quartam nicht würde verlohren haben, wann ihr gleich aliunde sonsten ein lucrum zugewachsen wäre. Kohl. *de success. conjug. p. 2. n. 58.* Berlich. *P. 3. concl. 26. n. 19.* So halten wir davor, daß die Mutter Caja in quartam portionem doch nur quoad usufructum mit denen Kindern succediren könne.

Quæsi mulier
dotata sit?

§. V. Equidem ulterius in *cit. auth.* supponitur, viduam superstitem esse indotatam, seu matrimonium absque dote contractum. Verum hoc tantum vel ideo adjectum videtur, ut inde constare possit, quæ proprie inops dicenda sit. Interim si vel maxime vidua

dua dotem habeat, quæ tamen admodum modica est, ut ad alimenta haud sufficiat, & que dicendum est, successioni huic locum esse. Quemadmodum enim indotata, habens tempore mortis aliunde victum & amictum, ad hanc successione[m] admitti non potest; ita dotata, quæ tamen post mortem mariti eget, haud excludenda est: Kohl. *de success. conjug. P. 2. n. 29. seqq.* Interim tamen dos modica in quartam, seu portionem jure civili determinatam imputanda est. Kohl. *cit. l. n. 31. Richter. ad d. aurb. præterea n. 12.* Præterea haud remoyenda ab hac successione, si vel maxime operis artificialibus vel industria sibi parare possit victum & alimenta, in quam sententiam inclinat Strauch. *de success. ab int. conjug. m. II. §. 8.* cum nihilominus adhuc indigeat, & infirmitate corporis plane ad incitas redigi possit, ut victum sibi amplius comparare non possit. Kohl. *cit. l. n. 50.*

§. VI. Quamvis vero *aurb. cit.* de vidua inope loquatur, ad illam tamen successio minime restringenda videtur, cum tantum loquatur de casu, qui ut plurimum contingit, cum rarius eveniat, ut post mortem uxoris vidui ita indigeant, ut ex bonis uxoris alimenta quærere necessum habeant. Interim tamen si contingat, maritum ita inopem esse, ut aliunde facile se sustentare non possit, a successione non est excludendus, cum utrobique sit par æquitatis ratio. Richt. *ad cit. aurb. n. 6.* Kohl. *cit. l. n. 70.* Strauch. *cit. l. §. 20.* Ad dubia, quæ hic a Cujacio aliisque ex *Nov. 117.* moventur, respondi in *tr. de success. ab int. diff. IV. c. 1. §. 41.*

Marito inopi eadem successio competit.

§. VII. Debetur autem superstici quarta, quando que etiam virilis portio, si plures quam tres adsint liberi, & quidem jure usufructus; jure proprietatis

Contin. III. Kkk kkk k vero

Qualis portio debeatur?

vero, si cum aliis heredibus concurrat, quo casu etiam ad numerum heredum respiciendum esse dixi *cit. tr. §. 41.* Neque distinguitur, an sint collaterales, an vero ascendentes defuncti, cum ususfructus tantum superstiti assignatus sit in concursu cum liberis. Berlich. *P. 3. concl. 26. n. 28.* Neque porro distinguitur, utrum maritus ab intestato decesserit, an testamentum condiderit, cum hæc portio ad instar legitimæ debeat, nec a marito viduæ auferri per testamentum possit. Strauch. *cit. §. 14.* Inde etiam si quid in fraudem hujus portionis a marito factum esset, revocationi locum esse arbitraretur ad exemplum patroni, qui actione Faviana vel Calvisiana in fraudem alienata revocare potest. *arg. l. f. ff. si quid in fraud. patr.* Reliqua, quæ huc spectant, plenius enucleavi *cit. tr. diff. IV. c. 1.* quæ hic repetere non vacat.

De successione
statutaria con-
jugum remissi-
ve.

De successione
conjugum
Holsatica.

§. VIII. Præter hanc successionem conjugum, jure civili certis in casibus constitutam, hodie per universam vere Germaniam superest statutaria, qua conjugii superstiti ex statutis locorum certo modo successio debetur, quam de jure Saxonico, Brunsvicensi, Marchico, Lubecensi & Prutenico plene explicui *in tract. de success. ab intest. diff. IV. c. III.* de quibus successione proinde hic nihil addam. Hisce addi potest singularis successio, quæ in Holsatia inter nobiles obtinet, vi cujus viduæ nobili ex antiqua consuetudine plura debentur ex bonis mariti, quæ percipit *von wegen der Sräulichen Gerechtigkeit und Huwenbandes*, uti hoc nomine lucra viduæ debita veniunt. Quæ autem huc spectent, derminata sunt in *jure provinciali Holsat. P. IV. tit. 5.* quæ huc referre lubet.

§. I. Nachdem wir befunden, daß sich auff etlichen un-
setz

fern vor dieser Zeit gehaltenen Landgerichts-Tagen viele Irrungen und Zwiefalt zwischen unsern Unterthanen, denen von Adel, von wegen der Fräulichen Gerechtigkeiten und Zwenbandes, was nach Absterben eines von Adel dazu gehöre, zugetragen, also, daß die von Adel sich bedüncken lassen, daß hierunter viel eingezogen werden wollen, welches etwa nach gemeinem Land-Recht und alten dieser unserer Lande Gebrauch und Herkommen mit in das Erbe gehöre, dadurch also die Erben in ihren Angefallen und Erbgerichtigkeiten merklich verkürzet werden könnten. Wann wir uns nun desselbigen in Gnaden erinnert, auch darüber von unsern Unterthanen, denen von Adel, um eine gewisse determination unterthänigst und unterthäniglich belanget worden, so haben wir bey Verfassung dieser unserer Gerichts-Ordnung für nüz und nothwendig angesehen, demselben Zweifel auch seine gebührliche richtige Ordnung und Maasse zu geben. Sehen demnach und ordnen, daß es in künfftigen Fällen zwischen unsern Unterthanen, denen von Adel, mit der Fräulichen Gerechtigkeiten und Zwenband folgender Gestalt soll gehalten, auch auf unsern Land-Gerichts-Tagen also darnach gesprochen und geurtheilet werden.

§. II. Nemlich wenn ein Edelmann verstirbt, so soll seine verlassene Wittwe nach seinem Tode (so fern sie ihren Wittwenstand binnen Jahres nicht verrücket) Jahr und Tag, als nemlich ein Jahr 6. Wochen und 3. Tage in seinem vollen Guthe besizen bleiben, und alle Aufkünffte und Hebungen desselbigen Jahres daraus haben, doch was saartig Bauland ist, dasselbige soll sie mit der Winter-oder Sommer-Saat, nach des Falles Zeit und Gelegenheit, von dem gemeinen Guthe wieder bestellen und besäen, oder da die Wittwe vor der Zeit vom Guthe abzöge, so viel Korn und Geträide, als zu solcher Bestellung und Besaamung nothwendig, dasselbst hinterlassen, und das Guthe, auch die Holzung, nicht verwüsten, noch verhauen lassen, sondern nur die Nothdurfft zur Feuerung gebrauchen, und weiter davon, wie auch von dem Windgefallenen Holze nichts verkauffen, sondern solch Windgefallenes Holz gleichergestalt nur zu ihrer Feuerung gebrauchen. In gleichem

Kkk kkk k 2

hem

dem Fall soll es auch mit den Feichen gehalten werden, daß sie solche nur zu ihrer Nothdurfft der Küchen solle gebrauchen, und sonst nicht gar ablassen, ausfischen und verkauffen.

§. III. Darzu sollen sie nehmen alles Hausgeräth, so nicht Nagel- und Erbvest ist, item Wollen und Leinwand, alles geschlagene Silber und Gold zum halben Theil, so ihr Mann und sie in stehender Ehe mit einander gezeuget und machen haben lassen, in gleichen alle fahrende Haabe, Ochsen, Kühe, Pferde, Schaaf, Schweine, Gänse halb.

§. IV. Was übrig aber von Hausgeräth, Gold, Silber, Bücher, Kleinsdien, Tapezererey und Decken, so nicht zusammen gezeuget, und dem Manne von seinen Eltern und Freunden angeerbet und gegeben, dasselbige alles soll denen Kindern und Erben allein bleiben, und die Frau darinn nicht erben, wie auch in gleichen an denen Reißigen Pferden, Harnisch, Wapen und Wehren, Büchsen, Geschütz, Pulver, Bücher, und was hierzu gehöret, solches folget billig den Erben. Wie auch alles bahre Geld, so auff Brieff und Siegel gewesen, damit soll die Wittwe nichts zu schaffen haben. Das andere gehöret ihr halb, so da befunden, wie auch da der verstorbene Ehemann bahre Gelder stehen gehabt, und nachgelassen, welche nicht auff Siegel und Brieffen gewesen, sondern von den Zinsen oder der Güther Einkünffte erhoben, ob er dieselbe gleich auff Rente zu belegen vorhabens, aber vor seinem tödlichen Hintritt nicht hätte ausgethan, seyn dieselbe unter Wittwen und Erben halb und halb zu theilen.

§. V. Wenn aber der verstorbene Ehemann kein Guth hinterliesse, hat die Wittwe, an statt des Jahrs Hebung von den Güthern, desselben Jahrs Zinsen von dessen freyen Geldern zu genießen.

§. VI. Des Mannes Ketten und Kleinodien behalten die Erben, dargegen behält die Frau alle ihre güldene Ketten, gülden und Silber-Geschmeide und Kleinodien, die Morgen-Gabe, so der Mann ihr gegeben, gehöret der Frauen, darzu nimmt sie ihr Heyraths-Guth, so sie dem Mann zugebracht, mit der Gegenvermählung und Zugabe des Mannes, es sey Geld oder Erbgut, so ihr
zum

zum Leibgedinge verschrieben und vermachtet ist, dergleichen alle Ketten, Kleinodien, Kasten und Kisten-Wahre, so ihr von ihrem Vater und Freunden gegeben und angeerbet ist, dasselbe alles gehöret einer Frauen von Adel nach ihres Mannes Tode zu ihrer Sräulichen Gerechtigkeit und Zwenbände und soll solches ihr folgen.

§. VIII. Schließlich die contributiones, Rosz-Dienste, und Unpflichte belangend, so die hinterlassene Adel. prædia und Rittersitze in der Zeit der Wittwen währenden Gnaden-Jahres abzuhalten schuldig, derselben Abstattung gebühret in solchem Gnaden-Jahr der Wittwen, sonst aber ist sie wegen des Gnaden-Jahres, wegen ihres verstorbenen Ehejunctern Schuld, einige Zinsen zu bezahlen nicht gehalten.

§. IX. Quia vero olim in Germania fere ubique De aliis locorum statutis. communio bonorum obtinuit, inde pasim hujus rudera supersunt in successione conjugum, ita ut marito superstiti certa portio, quæ vocatur das Schwerttheil, uxori vero etiam alia portio, quæ vocatur das Spindel- oder Kundel-Theil, obveniat. Inprimis vero inde dependet *acquæstum conjugium* communio, & acquisitio pro parte post mortem alterutrius, quæ quamvis juri civili adverteretur, Cravetta *conf. 30. n. 30.* moribus tamen Germanicis admodum conveniens est. Gail. 2. *Obs. 78. n. 10.* Sic Rosenthal *de feud. c. V. concl. 67. n. 4.* consuetudinem esse dicit in Ducatu Juliacensi, Montensi, Belgio fere toto locisve vicinis, ut stante matrimonio quærita sint inter conjuges communia. Sic Henelius *in diatriba de commun. bon. p. 493.* ex Wenceslai Episcopi Uratislaviensis *ordinat. eccl. art. 3.* refert. Würde es Sache, daß sich die Menschen in der Ehe vererbeten, und Kinder hätten, viel oder wenig, stirbet eines von denen Eltern, so soll die Helffte des Guths bleiben bey deme, das da lebend ist; die andere Helffte des Guths fället an die Kinder, wie
Kkk kkk k 3 viel

viel deren sind. Imo Schepliz *ad consuet. Brandenb. P. 3. tit. 2. §. 1. n. 2.* fatetur, plerorumque populorum moribus invaluisse, ut vel quædam vel omnia bona inter maritum & uxorem alio atque alio modo, secundum diversorum locorum scriptas & non scriptas leges, sint communia. Conf. Kizel *in synops. matrim. c. 7. theor. 7. lit. d.* Ernest. Cochman. *vol. 3. resp. 19. n. 49. seq.* Christinæus *vol. 1. decis. 216.* Chassanæus *rubr. II. ad consuet. Burgund. §. 2. n. 3. 4.* In reform. Francos. *P. V. tit. 5. art. 9.* acquæstus conjugalis superstiti defertur, si liberi defint: so viel die succession der in stehender Ehe erzeugten Güther belanget, ordnen und setzen wir, daß dieselbe, sie seyn liegend oder fahrend, dem lestlebenden Ehegemächt, in Fall, da keine Kinder vorhanden, eigenthümlich zufallen und bleiben sollen: quæ autem huc pertineant, in *art. 2. referuntur:* Daß nemlich diejenigen Güther, so zwey Eheleute in stehender Ehe bey einander, es sey durch eines oder sie beyde mit ihrem mühsamen Fleiß, guter treulicher Haushaltung, und fürsichtlicher Geschicklichkeit, über dasjenige, so sie beyderseits zusammen gebracht, durch den Segen Gottes erobern und an sich bringen, für erzeugte Güther verstanden, und gehalten werden sollen. In casu vero existentium liberorum *art. 19.* ita disponitur: In Fall aber da von ein oder andern Theil Kinder vorhanden, alsdenn sollen die erzeugten Güther zum halben Theil auff des Verstorbenen Kinder, der übrige halbe Theil auff das lestlebende erblich gestorben und gefallen seyn. In Archiepiscopatu Coloniensi ita disponitur in der Rechts-Ordnung *tit. 8. §. 4.* Die in stehender Ehe erwonnene liegende Güther sollen alsdann, wenn keine Kinder noch widrige pacta dotalia vorhanden, Freundtheilig

theilig seyn, des erst Abgestorbenen nächsten Erben zu einer Halbscheid, und dem leztlebenden Ehegatten zur andern Halbscheid eigenthümlich zugefallen, jedoch diesem von allen solchen Güthern die Leibzucht, gegen Aufrichtung eines inventarii und gebührende Caution auf Erfordern seine Leb-Zeit verbleiben. Idem de Jure Württemberg. provinc. obtinere patet *ex tit. 5. §. und dann hat &c.* Jure Dittmarico idem determinatum est, uti *art. 34.* ejus statuti docet, circa cæjus interpretationem Henning. Giesebertus plura alia locorum statuta concordantia adduxit. Cum itaque portio acquæstus conjugalis uxori debeat propter individuam vitæ consuetudinem, hæc quoque superstiti, licet vel maxime nihil intulerit, adjudicanda est. Coler. *decis. 63. n. 5.* Kohl. *ad constit. March. qu. 3. n. 4.* cum acquæstus nihilominus communis esse debeat, Petr. Peckius *de restam. conjug. lib. 2. c. 3. n. 1.* quippe qui non ob dotem, sed societatem conjugalem debetur. Mev. *ad jus Lubec. lib. II. tit. 2. art. 12. n. 357.* Fab. *lib. V. C. tit. 7. def. 1.* Conf. Heeser. *P. 2. loc. 16.* ubi proluxe hanc de acquæstu conjugali materiam explicat.

§ X. Nonnunquam etiam statuta in defectum liberorum totam hereditatem superstiti adsignant. Huc pertinet (I) statutum Soltquellense, uti ex sequente responso, Anno 1710. concepto, apparet, ubi quælitum fuit: **Ob nicht das Salzwedelsche statutum indistincte von allen Einwohnern rede.** Responsum autem erat sequens: **Obwohl das Statutum Soltquellense denen Märktischen Rechten zuwider, und daher billig zu restringiren ist, quemadmodum communiter interpretatio statutorum stricta habetur.** Rol. a Valle *lib. conf. 24. n. 9.* Surd. *decis. 313. n. 9.* welches neml. in statutis correcto-

Quandogque
tota hereditas
debetur super-
stiti ex statuto.

reſtoriiſt ſtatt findet, *Mev. Conf. 43. n. 87.* quo pertinet, ſi ſtaturum uxori in bona mariti ſucceſſionem tribuat, quod contra jus commune eſt, & ſic reſtringendum. *Mev. lib. 1. ad jus Lub. art. 12. n. 238.* Dennoch aber und dieweil diſpoſitio deſ ged. Statuti gang general und illimitate redet, nemlich daß, wenn 2. Eheleute ſich nach Ordnung der H. Chriſtl. Kirchen verhehlichen, und eines vor dem andern ohne Leibes Erben verſterben würde, alſdenn eines dem andern das Guth, ſo ſie ſämtlich gehabt und beſeſſen haben, vererben ſolte, alſo, daß die leztere Perſon, ſo bey dem Leben bleibet, deſ verſtorbenen Freunden keine Theilung geben dürffe, und da nun in ſolchem ſtatuto ſchlechterdings von Eheleuten diſponiret, und kein Unterſcheid der Perſonen angeführet wird, ſolches billig von allen Einwohnern verſtanden werden muß, und daher bey ſolchen Umſtänden die Verba Statuti alhier nicht extendiret, ſondern nur ſecundum declarativam interpretationem genommen werden, mithin waſ de reſtrictiva interpretatione ſtatutorum angeführet iſt, alhier keine application findet, auch ſonſten dieſes Statutum von Jhr. Maj. in Preußen confirmiret, und billig alſo vim juris communis haben muß, nachdem die regula de reſtrictiva ſtatutorum interpretatione ſehr vielen limitationibus unterworffen, und daher gar wenig appliciret werden kan. *Petr. Peck. ad c. 28. de R. J. in 6. Brunn. ad l. 14. ff. de LL. n. 7.*

So halten wir davor, daß daß gedachte ſtatutum indiſtincte von allen Einwohnern rede, und daher deſ funkti N. hinterlaſſene Wittve auch nach demſelben ſuccediren könne.

Ulterius (II) ſtatuto Mindenſi *l. 2. tit. 2. art. 4.* univerſa ſucceſſio conjugii ſuperſtiti aſſignatur his verbis:
Wenn

Wann keine Erben in absteigender Linie vorhanden, und ließe ein Mann seine rechte Frau, oder die Ehefrau ihren rechten Mann hinter sich, so erbet der Mann die Frau, es wäre dann, daß sie auf solche Fälle sonderliche pacta und Verträge aufgerichtet hätten. Quodsi vero liberi ad-sunt, tunc superstes in dimidiam hoc jure succedit, per *art. 16.* (III) Eadem consuetudo ulterius obtinet in districtu Guelpherbytano, (IV) districtu Osterodensi, (V) civitate Hamelensi, (VI) comitatu Schaumburgensi, prout dixi in *rr. de success. ab int. diff. IV. c. 3. §. 18.*

TIT. XII.

DE VETERANORUM ET MILITUM
SUCCESSIONE.

§. I.

Circa militum testamenta & successionem olim singu- De usu hujus tituli.
laria quædam jura recepta & constituta erant, de quibus *b. t. strictim* agitur. Quamquam enim capitis damnati successionem olim non habuerint, neque ex testamento neque ab intestato, sed fiscus succedat, *l. 1. pr. l. 7. pr. ff. de bon. damn.* & hoc intuitu testamentum quoque condere hæud possint, in milite tamen capitis licet damnato singulare est, (1) quod testamentum condere possit *l. 1. b. t. l. 11. ff. de testam. milit.* (2) quod ejus bona castrensia ab intestato, ad cognatos ejus pertineant, si tamen ex militari delicto, non ex communi, punitus sit, *l. 1. b. t.* & cognati sint intra finem quinti gradus *l. 2. b. t.* Atque hoc privilegium etiam hodie post *Nov. 134. c. ult.* obtinere, arbitratur Meier in *coll. jur. Arg. b. t. §. 127. n. f.* non quidem in liberis aut parentibus, sed in iis, qui a latere veniunt. Quamvis enim in *cit. Nov. 134.* damnatis ad

Contin. III.

LII III 1

mor-

mortem certo modo usus testamentorum concessus, & confiscatio bonorum sublata fit, non tamen absolute hoc capiendum est, imo ut in *ausb. bona damnatorum C. de bonis proscript.* etiam cognati ad tertium gradum vocati sint, milites tamen prærogativa adhuc quadam gaudent, quod habeant heredes ab intestato cognatos usque ad quintum gradum. Quemadmodum itaque supra *tit. qui testam. fac. poss. §. X.* asserui, nec hodie damnatis ad mortem absolute testamenti factionem concedi posse, ita eatenus hujus tituli privilegium adhuc hodie obtinere dicendum est. Ceterum si intra tertium gradum agnati vel cognati adsunt, privilegium singulare milites non amplius habent, post *ausb. cis. quod supra jam de testam. milit. §. 5.* monui.

TIT. XIII.

QUIBUS NON COMPETIT BONORUM
POSSESSIO.

§. I.

Usus hujus tituli.

Postquam supra evictum est, hodie adhuc bonorum possessionem in plurimis causis & utilem & necessariam esse, sua sponte inde fluit, hujus materiæ, de qua *b. 1.* agitur, usum superesse debere, cum, quos Prætor haud admiserit, nec hodie ad bonorum possessionem admittendi sint. Ceterum sub *b. 1.* tantum lex unica continetur, quæ tantum casum concernit, quo quis se indignum fecit per prohibitionem, ne testamentum mutaretur a testatore, *b. 1.* & quidem hoc casu fiscus succedit, cum heres Prætorius indignus sit *l. 1. l. 2. §. 2. ff. si quis aliquem testar. prohib.*

§. II.

QUIBUS NON COMPET. BONOR. POSSES. 1179

§. II. Sunt vero præterea alii casus, quibus successio prætoriam denegatur, de quibus paucis videndum est. Generaliter vero dici potest, quod omnes, qui se indignos reddiderunt hereditate, & qui in specie, ob culpam vel delictum, a jure succedendi exclusi sunt, bonorum possessionem quoque petere non possunt, *l. 12. §. 1. de B. possess.* cum delinquentibus nullo beneficio juris succurri debeat. Hic ergo repetenda sunt, quæ supra de *habilitate heredum* & ejus usu moderno adducta. Qui enim adhuc hodie absolute inhabiles ad successionem sunt, nec ad beneficium prætoris confugere possunt. Huc etiam hodie referendum, quod filia, quæ, dote accepta, renunciarunt hereditati sive paternæ sive maternæ, & quidem mediante juramento, ad bonorum possessionem admitti non possunt, *c. 2. de pact. in 6. Meier. in C. J. Arg. b. 1. §. 9.* quamvis hæc renunciatio de jure civili liberis haud obstaret, quo minus bonorum possessionem petere potuerint. *l. f. de suis & legitim. l. 3. C. de collat. l. 35. §. 1. C. de inoff. testam. l. 5. C. de LL.*

In quibus casibus bonorum possessio denegatur?

§. III. De his, qui in cælibatu ad extremam senectutem vixerunt, quos vocare solent *die Hagenstolzen*, dubitatur, an admitti possint, cum variæ pœnæ in eos in diversis rebus publ. constitutæ fuerint, de quibus vid. *Knipschild. de fideic. famil. c. VIII. n. 92.* & *Schottelius de antiqu. in Germ. jurib. c. 1.* Etiam olim jure Romano hos exclusos fuisse, refert *Sozomenus lib. 1. c. 9. hist. eccl.* his verbis: *Vetus lex fuit apud Romanos, quæ vetabat, ut cælibes ab anno ætatis quinto ac vicefimo pari jure essent cum maritis, tum in aliis plurimis rebus, tum in eo, ut nihil ex testamento caperent, qui non essent genere proximi.* Hunc locum fusius explicuit *Lipsius in comment. ad lib. III. Annal. Tacit.* Imo ipse *Sozomenus cit. l.* exponit ratio-

An cælibes die Hagenstolzen admitti possint?

nem hujus legis: *Tulerunt banc legem, ait, veteres Romani, cum spectarent, futurum hac ratione, ut urbs Roma & reliquæ provinciæ Imperii Romani hominum multitudine abundarent. Etenim paulo ante banc legem quamplurimos homines amiserant bellis civilibus absuntos. Mutavit postea Constantinus hanc legem, prout idem in sequentibus indigitat his verbis: Cum igitur animadverteret Imperator, eos, qui virginitatem & orbitatem propter amorem Dei consecrarentur, ob id pejore loco esse, stultum esse existavit, credere humanum genus humana posse cura & diligentia amplificari, cum natura juxta Dei dispensationem semper detrimentum accipiat aut incrementum. Itaque legem dedit ad populum, ut cælibes & orbi pari jure, quo reliqui omnes, fruerebantur. Quin etiam lege sanxit, ut, qui in virginitate & continentia vitam agerent, privilegio aliquo potirentur, liberam ipsis facultatem largitus, tam masculis quam feminis, licet adhuc impuberes essent, testamentum faciendi, contra morem, qui ubique in imperio Romano observatur. Ipsa lex antiqua Julia de marit. ordinibus hæc erat: Cælibes nisi intra centum dies huic legi paruerint, neque hereditatem, neque legatum testamento relictum capiant. Vid. Jac. Gothofred. in fontibus jur. civ. p. 294. quam legem etiam Paulus lib. IV. ad L. Jul. & Papiam extendit ad bonorum possessionem, uti apparet ex l. 138. de V. S. quæ ex lib. IV. cit. desumpta est. Ipsa vero lex correctoria, ad quam Sozomenus provocat, est in l. 1. C. de infrmand. pæn. cælib. ubi Constantinus ita disponit: Qui jure veteri cælibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur, atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii fœdere fulcirentur. Sitque omnibus æqua conditio capeffendi, quod quisque mereatur. Hæc quamvis ita sint de jure Romano, atque adeo jure novo cælibes*
haud

QUIBUS NON COMPET. BONOR. POSSES. 1181

haud arceantur a successione tam civili quam prætoria, consuetudine tamen antiqua per Germaniam vigente cœlibum bona fisco addicta sunt, uti ostendit Schottelius *cit. l.* & licet hæc in multis locis per jus Romanum abolita fuerit, in quibusdam tamen antiquum vigorem retinuit. Sic in ditione Palatinatus vulgo Odenwald, qui exceßerunt vigesimum quintum annum, cœlibatum professi, dicuntur Hagenstolze, eorumque bona post mortem devolvuntur ad fiscum. Knipschild. *cit. l. n. 93.* Sed an ipsimet propterea bonorum possessione excludantur, non additur. Adeoque magis hoc jus Hagenstolziatus pertinet ad bona ipsius cœlibis propria, non vero impedire videtur, quo minus ipse aliorum heres esse possit. Conf. Lauterb. *b. r. §. 2.* Ex quibus denique concludo, cœlibes seu Hagenstolzios hodie a bonorum possessione non excludi.

TIT. XIV.

UT EX LEGIBUS SENATUSVE CONSULTIS BONORUM POSSESSIO DETUR.

§. I.

HÆc bonorum possessio dicitur *extraordinaria*, quod De usu hujus tituli. Prætor non speciatim bonorum possessionem designet, sed generatim asserat, se omnibus in casibus bonorum possessionem quoque daturum esse, quando vel constitutionibus Principum vel Scto non hereditas, sed bonorum possessio expressa sit, quale exemplum occurrit *in l. f. C. de curat. fur.* cui plura alia addere solent, de quibus plenius dixi *in tr. de success. ab int. diff. IX. c. 7. §. 21. seqq.* unde etiam de usu hujus extraordinariæ possessionis bonorum constare potest.

LII III 1 3

§. II.

De usu hujus
tituli.

§. II. Equidem non desunt, qui usum hujus tituli tunc quoque locum invenire putant, quando alicui successio per leges novas, a Ducibus vel Principibus latas, vel etiam consuetudine defertur. *Struv. ex. 37. tb. 83. in f. Schilter. b. r. §. 82. Franc. Barry de success. test. ab intest. lib. XI. tit. 6. n. 3. Sichard. ad rubr. C. qui admitti n. 15. Schneidewin. ad §. 3. J. de B. P. n. 5.* Verum sine omni fundamento usum in his legibus novis quæri existimo, cum constet, constitutiones Principum non ad jus prætorium, sed civile referendas, nec nostros Principes nudos Prætores aut præsides esse, sed gaudere superioritate territoriali, vigore cujus leges *suo jure* condunt, adeoque, in quo effectus hujus controversiæ consistit, intra 30. annos adhuc aliquis ad talem successio- nem admittendus. Idem quoque dicendum est de casu, si Decano vel Seniori capituli vel collegio ex observantia deferatur successio ejus collegæ, qui absque omni cognato decessit, cum consuetudo ad jus civile, non prætorium referri debeat.

TIT. XV.

QUIS ORDO IN POSSESSIONIBVS
SERVETUR.

De usu hujus
tituli.

USUS hujus tituli fuit ex antecedentibus, in quibus demonstratum est, bonorum possessionem hodie adhuc quibusdam in articulis esse necessariam: quo supposito, necesse quoque est, ut idem ordo adhuc hodie servari debeat, qui jure prætorio determinatus est, quemadmodum etiam hinc inde jam quædam de ordine, in bonorum possessione servando, adducta sunt.

Hoc

Hoc tantum hic repetendum est, hodie ordinem inter bonorum possessionem *unde legitimi* & *unde cognati* sublatum esse, cum simul pari passu ambulent & illi his hodie non amplius præferantur, post *Nov. 118.* uti ipsemet Mejerus in *C. J. Arg. b. r. §. 1. n. 3.* non diffitetur.

TIT. XVI.

DE SUIS ET LEGITIMIS HEREDIBUS.

§. I.

HOc titulo pertractatur successio legitima ab intestato, quæ ex LL. XII. tabb. defertur, & in hæc verba concepta erat: Si PATERFAMILIAS AB INTERSTATO MORITUR, CUIUS HERES NEC ESCIT, AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO: SI AGNATUS NEC ESCIT, GENTILIS FAMILIAM HERES NANCITOR. Vid. Jacob. Gothofr. *ad LL. XII. tabb. in tab. V. Cicero lib. 1. ad Herennium.* Primo itaque vocabantur *sui*, qui in patris defuncti potestate erant: post suos *consanguinei* i. e. fratres ex eodem patre nati *l. 1. §. 9. sq. b. r.* imo & sorores, *l. 1. 3. 9. C. de legit. hered.* post consanguineos admittuntur agnati *l. 2. pr. b. r.* seu cognati virilis sexus, & quidem proximiores, quem nemo antecedit, *l. 2. §. 1. 2. b. r.* adeoque cognati excluderentur, utpote per quos bona haud conservabantur in familia, leges autem conservationem agnationis potissimum respexerunt. Knipschild. *de fideic. famil. c. VI. n. 112.*

§. II. Neque vero tantum apud Romanos olim agnationis ratio fuit habita in successione ad conservandâ bona in familia, sed idem institutum aliis gentibus quoque usitatum fuit, adeo, ut & majores nostri

Olim etiam apud Germanos primario ratio agnationis habita est.

ab

ab eo non penitus recesserint. *In tit. 56. legis Ripuariæ cap. 3. traditur ratio succedendi ab intestato, addita hac limitatione: sed tum virilis sexus existerit, femina in hereditatem aviaticam non succedat: fuisse autem Ripuarios ab antiquissimis usque temporibus germanicæ originis & linguæ, ostendit Conring. de orig. jur. Germ. C. X. in f. Similiter in lege Salica tit. 62. c. 6. ita inter alia de successione hac disponitur: De terra vero Salica nulla portio hereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terræ hereditas pertineat. Non ergo quævis hereditas agnatis & sexui masculino est attributa, sed aviatica, h. e. res & bona avita, quæ vulgo vocantur **altväterliche Stamm-Güter** & *acquisitis* opponuntur. Vid. du Fresne in glossar. voc. avitus. Idem videtur denotasse terra Salica, quæ apud Marculphum lib. 2. form. 12. dicitur *terra paterna*, dum refert, diuturnam sed impiam consuetudinem apud Francos teneri, *qua de TERRA PATERNA sorores cum fratribus portionem non habent.* Similiter lex antiqua Saxonum tit. 7. de hereditibus & *viduis* apud Lindenbrogium p. 476. ita sancit: *Pater aut mater defuncti, filii, non filie hereditatem relinquunt.* Pluribus hoc illustravi in *tr. de success. ab intest. diff. XII. c. 11. §. 14. seqq.* cui addi potest Paganini Gaudentii exercitatio de lege, *quæ feminas a successioneibus excludit.**

Vestigia juris
antiqui germanici in
Ducatu Bremensi.

§. III. Quamvis vero, postquam jus Romanum in fora Germaniæ penetravit, successio in plerisque locis secundum *Nov. 118.* adornata fuerit, in quibusdam locis tamen, inter nobiles imprimis, antiqui mores reservati fuerunt, ut bona avita agnationi debeantur, exclusis filiabus aliisque cognatis. Illustrationis

nis gratia hic adducere lubet successiōnem nobilium in ducatu Bremensi, quæ sane rudera antiquæ successiōnis insignia habet. Ita vero disponitur in des Bremischen Adels Land: läufftigen Gebräuchen und Satzungen.

TIT. IX.

Erstlich von Successiōn und Erbnehmung.

Wann einer von Adel verstirbet, der fällt, nach altem löblichen Herkommen und Gebräuchen dieses Erzstifts Bremen, alle seine Erb: Stamm: Güther auf seine männliche Leibes: Erben, und im Mangel deren auf seine Brüder, Brüder: Söhne, oder sonsten auf die nächsten Agnaten, oder Stamm: Vettern, die sich am nächsten darzu ziehen und rechnen können, ungeachtet, daß von der Spielseiten nähere Cognaten, als Töchtere, Schwestere, Töchtere und Schwester: Söhne, oder sonsten andere nahe Personen vorhanden seyn; im Fall aber keine Vettern von der Schwert: Seiten, die sich zu der Sippschaft berechnen könnten, sollen die nächsten von der Spielseiten in der Erbschaft zugelassen werden, würde aber der Verstorbene neben seinen Erb: Stamm: Güthern, ohne Schulte und Beschwerung derselben, doch außershalb deren, so er in dem Guthe befunden, oder durch Abkauffung seiner Brüder oder Vettern darauf gemacht, etlichen Weddeschas, oder auch andere zugewunnene oder gekauffte Güthere, oder so er mit seiner Haus: Frauen befreyet, und in dotem oder sonsten durch Rechten: Fall bekommen hätte, hinter sich verlassen, zu denselbigen und allen andern beweglichen Güthern, so nicht Stamm: Güther sind, sind seine Söhne und Töchtere zusamt der verstorbenen Söhne und Töchter: Kindere, und so fortan, Schwert und Spiel: magen gleiches grads, gleich nahe, es wäre dann durch

Contin. III.

M m m m m m

den

den Verstorbenen darüber in seinem testamento eine andere beständige Ordnung gemacht und aufgerichtet. Also wann sich auch begäbe, daß ein Sohn oder Bruder, den oder die andern, von dem Stamm-Guthe mit einer Summen Geldes abfände, solch Geld soll gleich wie Stamm-Güther, bey den männlichen Erben allein verbleiben, und die Töchter und Schwestere davon wie von Erb-Güthern, berathen und ausgesteuret werden. Wären auch die Kinder, Söhne und Töchter, welche bey Leben der Eltern berathen, so dennoch nach sterben der Eltern, sie oder ihre Kinder, was sie empfangen, wiederum einbringen, oder sonst an ihrem Antheil sich abziehen oder kürzen lassen wolten, so sollen dieselben zu den übrigen Güthern, neben den unberathenen Kindern gestattet und gelassen werden, doch, daß unter Erb- und Stamm-Güthern die verstanden werden, die nicht von Eltern allein, sondern von Groß-Vätern her vererbet seyn. Stirbet auch jemand, der von mehr, denn von einer Ehe-Frauen, die ihme eben bürgerlich seyn kan, die Kinder nach läset, so erben die Kinder die väterlichen Güther zugleich, aber die mütterlichen Güther verfället eine Frau oder Mutter auf ihre Kinder allein, und hinwiederum, so eine Frau mehr denn von einem Ehemann Kinder hätte, solche Kinder erben ihre der Mutter Güther zugleich, aber in den väterlichen Güthern folget jedes Kind seinem Vater, doch mit vorgelegtem Unterscheid, daß Söhne oder Sohnes Söhne, das Stamm Gut voraus nehmen. Würde aber der Verstorbene gar keine Kinder absteigender Linie verlassen, so nehmen desselben Brüder, sit seyn zugleich von voller Geburt oder Vater allein, die Erb-Stamm-Güther voraus, aber andere Güther verfallen auf des Verstorbenen volle Brüdere und Schwestere zugleich, was aber von der Mutter auf den verstorbenen Sohn gekommen ist, das

nimt

nimt sie allein. Liefse nun der Verstorbene Brüder oder Brüder: Kintere, so succediren Brüder: Kintere jure representationis in stirpem; liefse aber derselbe keine Brüder, sondern nur allein Brüder: Söhne, die nehmen und theilen das Erb: Stamm: Guth alsdenn, vermöge der Kaiserl. aufgerichteten Constitution, An. 29. zu Speyer aufgerichtet, in capita; wo aber keine Brüder noch Brüder: Söhne vorhanden seyn, so die ist gemeine Regul, welche Personen sich von der Schwertseiten zu der Sippe nechst berechnen und ziehen mögen, die nehmen das Stamm: Erb: guth und schliessen alle andere aus, iedoch daß in solchen Fällen allezeit das Kind, wie ietzt vorgemeldet, in des verstorbenen Vaters Stelle treten solle. Welche sich auch gleich nahe oder in einem grade dazu berechnen mögen; die nehmen das Stamm: Erbe zugleich, und ist dis allein von Brüdern, so dem Verstorbenen entweder von voller Geburt, oder von des Vaters wegen angehören, zu verstehen, welche aber dem Verstorbenen allein durch die Mutter verwand seyn, die haben kein Theil an dem Stamm: Guth, aber an andern Güthern ist die Regul, solange vollbürtige Brüder und Schwester, oder Brüder und Schwester: Kinder im Leben seynd, werden die halben Brüder und Schwester oder deren Kinder nicht zugelassen, wenn aber keine vollbürtige Brüder und Schwestern, oder deren Kinder vorhanden, alsdann erben die halben Brüder und Schwestern, zusamt derer Verstorbenen Kinder, solche Güther, die nicht Erb: oder Stamm: Güther seyn, zugleich, doch also, welche Güther dem Verstorbenen vom Vater angekommen, die nehmen auch die Brüder und Schwestern von des Vaters Seiten, und welche dem Verstorbenen von der Mutter angekommen, die nehmen die Brüder und Schwestern von der Mutter Seiten, welche aber der Verstorbene anderswo her hat, die erben sie zugleich.

Mmm mmm m 2

TIT.

TIT. II.

Auf was Weise und Gestalt in solchen Fällen die Brüder ihre Schwestern und andere Stamm-Vettern, die Spielseithe von dem Erbguth unterhalten und abfinden sollen.

In diesem Fall sollen des Verstorbenen Söhne, so das Erb-Stamm-Erbguth voraus nehmen, ihre Schwester davon, nach Landläufiger Übung und Gebrauch, bey ihrer Mutter oder bey sich selbst, oder auch sonst an andern ehrl. Orten, mit Kostung und Kleidung, nach aller Nothdurfft unterhalten, und versorgen, und ferner nach Schickung des Allmächtigen, und ihrer Freunde Rath in den Ehestand berathen und aussteuren, und alsdann einer ieglichen ein ziemlich Ehegeld oder Mitgift zusamt Kleider, Kleinodien und dergleichen Gezierde, nach ihrem Stande und Vermögenheit der Gütter, zu geben, imgleichen auch, so eine oder mehr Töchter vorhin ausgesteuert und berathen, und der oder denselben von ihren zugesagten Mitgaben noch etwas nachständig wäre, aus dem Erbguth zu erstatten schuldig seyn, es wäre denn durch den Vater eine gewisse Ordnung hierüber gemacht.

Würde aber der Verstorbene keine Söhne oder Sohns-Söhne, sondern nur Töchtere oder Schwestern, oder deren Kinder nachlassen, und also das Stamm-Erbguth auf die Stamm-Vettern verfiel, die sollen alsdann des Verstorbenen Töchter oder Schwestern auf solchem Guthe zwey Jahr lang sitzen zu lassen, und mitlerweile sich mit ihnen der Aussteuer oder Abstandes halben nach ihrer Freunde Rath zu vergleichen und zu vertragen schuldig seyn. Könnten sie sich aber darum nicht vergleichen, so sollen die Abnutzung oder Rente des Guts taxiret, und sechs auf jedes,

jedes hundert gerechnet werden. Wie hoch sich dann der Hauptstul (jedoch alle Schulden zuvorn gekürzet und abgezogen) erstrecket, das sollen die nächsten Stamm: Bettern, so das Guth erben wollen, der Spielseits baar überlegen, und mit genugsamer Vergewisserung, und Bürgschaft, solche Summa jährliches zu verzinzen, in Siegel und Briefen, darinnen beyden Theilen die Ldse ein ganz Jahr zuvorn vorbehalten, versichern und verwahren, doch also, daß auf solchen Fall die Spielseite nicht weiter, als auf Töchtere und Schwestere, und deren Kindere, wie oben gesezet, gerechnet, oder in weitere Grade der Spielseiten, etwas von den Bettern gegeben werden solle.

Und solle ferner in solcher Taxa oder Wardierung, die zu den Erbwohnungen gehörige Holzungen, Mühlen, Teiche, Acker, Wiesen und Weide mit begriffen werden, aber den erblichen Eigenthum auf: und absetzen, neben den Getreichten, Jacht: und Fischereyen sollen die Bettern in solcher Taxa zu genießsen haben, es wäre dann Sache, daß die Güther so geringen Vermögens wären, daß ohne diese erzählte Stücke die Spielseithe nach Nothdurfft nicht köndte berathen werden, auf welchen Fall alsdann dieselbigen samt den Erbwohnungen und Gebäuden, gleich dem vorigen, allein das Eigenthum ausgeschlossen, mit taxiret werden sollen, und solche Taxirung oder Wardirung soll durch die vier Freunde von beyderseits innerhalb zweyen Tagen geschehen, und wo ferne sie sich nicht darüber köndten vergleichen, so solten sie einen unpartheyischen von Adel, der ein eingeseßener dieses Erzstifts ist, zum Obmann kiesen, und zu sich nehmen, und welchem Theile derselbe alsdenn beypflichten wird, dabey soll es bleiben. Was auch vermöge solcher Taxa der Spielseithen gegeben wird, oder gebühret, das soll ihrer eine auf die andere, und sonsten

Mmm mmm m 3 auf

auf ihre nächste Freunde, aber nicht zurück auf die Schwerdtseithen vererben und fallen. Es sollen aber die Bettern die Spielseit, bis so lange solche Taxirung gänglich liquidiret und richtig gemacht, in den Güthern und allen deren Aufkunfft geruhiglich bleiben und sitzen zu lassen, schuldig und verpflichtet seyn. Und wosern die Bettern auf solche angeregte Weise und Gestalt, und in benannter Frist die Spielseithe nicht abfinden und die Güther an sich bringen werden, so soll der Spielseithen dieselbe zu behalten, und ihres Gefallens sich darauß zu besreyen zugelassen seyn.

Würde sich auch befinden, daß solche Taxirung und Anschläge nach ieder Tochter aus ihres Vaters Güthern fünffhundert Thaler nicht folgen könnten, so wäre besser und billiger, daß Bettern misseten, als die Töchter; Demnach denn auf solchen Fall die Bettern, so die Güther annehmen wollen, einer jeden Tochter daraus zum wenigsten 500. Thaler zu geben schuldig seyn sollen, da aber die Bettern sich solches wegern würden, so mögen die Töchter die Güther erblich vor sich behalten, sich also befreyen und zu ihrem besten gebrauchen, jedoch wann folgendes demnach solche Güther einem andern verkaufft oder versetzt werden wollen, sollen die Bettern dazu die nächsten seyn, ihnen auch frey stehen, da ihnen geliebte, in den Kauff oder in die Pfandschafft zu treten. Wann sich auch begäbe, daß eine Tochter obbeschriebener massen von den Güthern abgefunden, und die Güther abtreten, aber alsbald ehelich nicht bestattet würde, soll ihr neben dem, was ihr zugesagt, von den Bettern gleichwohl eine bequeme Wohnung, mit Höfen, Acker, Wiesen und Weiden, Feurung, nach Nothdurfft, und dermassen nach Gelegenheit der Güther zugeordnet und gebauet werden, damit sich eine des Adels
nach

nach ihrer Gelegenheit, darinne bis zu ihrem ehelichen Berath, oder da sie sich nicht befreien würde, bis zu ihrem Absterben ehrlich erhalten könne. Wenn sie sich aber befreiet, oder verstorben, so soll solche Wohnung mit den Höffen, Acker, Wiesen, Weiden und andern, an die Bettern wiederum kommen und fallen.

§. IV. Cum vero *Mens. Aug. 1706.* ad facultatem nostram acta, plures quaestiones, hanc successionem nobilium in Ducatu Bremensi illustrantes, sub examen revocantia, transmitterentur, ita pronunciamus: Illustratio Juris
Bremenfis.

In Sachen Hauptmann Barthold Brummers Klägers Wiederbeklagten an einem, Lieutenant Gorleff Dieterich Mathen Beklagten und Wiederklägern am andern Theil erkennen Ihro Königl. Maj. zu Schweden in denen Herzogthümern Bremen und Verden zum Hofgerichte verordneter Director, Vice-Director und Assessores, auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht, daß quoad punctum conventionis Befl. von der Klage zu entbinden und zu absolviren sey: wie wir ihn denn hiermit davon entbinden und absolviren, quoad reconventionem aber, daß Wiederbeklagter zwar als Mit-Erbe, so viel die Corfischen und andere neu-erworbene Güther betrl. zu declariren, doch dabey schuldig sey, die Drochterischen Güther, so weit sie auf den Erblassern vererbet, oder von der Schwertzeit anerkaufft, Wiederklägern abzutreten und zu restituiren, wie wir ihn denn hierzu schuldig erkennen, und bleibet das übrige, so etwa der Erblasser denen Creditoribus ratione igtgemeldter Drochterischen Güther, bezahlet, und also davon in solutum angenommen, dem Wieder Beklagten billig bevor. B. R. W.

Rationes Decidendi.

Es geben die in dieser Sache ergangene Acta, daß vornemlich drey Fragen sind gestritten worden: (1) Ob das Guth Dorbusch ein Erb- und Stamm-Guth sey? (2) Ob ein Stamm-Better nach dem Ritter-Recht des defuncti matris fratrem uterinum ganz excludire? (3) Ob die Drochterischen Güther mit unter die Erb- und Stamm-

Stamm-Güther zu referiren seyn oder nicht? Bey der ersten Frage hat Kläger pro fundanda sua intentione n. act. 23. einen Original Kauf-Brief produciret und von Beklag. recognosciren lassen, vermöge dessen Dietrich Plate, als des defuncti Vater, solches Guth Dornbusch von seinen Geschwistern erkaufft und acquiriret, einfolglich daraus inferiren und schliessen wollen, daß es vielmehr ein noviter acquisitum, als Erb-Stamm-Guth zu erachten sey, auch zu dessen Bestärkung sich auf das Ritter-Recht bezogen, als nach welchem unter Erb- und Stamm-Güthern die verstanden werden sollen, die nicht von Eltern allein, sondern von Groß-Vätern herkommen, und zum wenigsten einmahl auf das Schwerdt vererbet seyn. Ritter-Recht tit. 1. p. 3. Dahero denn, weil oberwehnte Dornbuschische Güther nicht von des defuncti Groß-Vater auf den defunctum gefallen, sondern von dessen Vater titulo singulari emtionis acquiriret, und also auf den defunctum gekommen, die vornehmste Eigenschaft der Stamm-Güther, quod scilicet avita non sint, allhier zu ermangeln scheint. Etenim si per titulum singularem, puta emtionem, ejusmodi bona avita frater a fratre acquisivit, nomen avitorum bonorum amittunt. Carpzov. P. 2. C. 12. def. 4. n. 7. Dicuntur vero bona avita, quæ quis ipsemet non acquisivit, nec ea a suo parente solo jure hereditario habet, sed quæ a suis majoribus, avo nimirum, proavo & ulterioribus parentibus & majoribus accepit. Berlich. P. 2. concl. 13. num. 5. Knipschild de fideic. famil. c. 1. num. 14. Nun hat zwar dieses in thesi einiger massen seine Richtigkeit, zumahl es die Umstände geben, daß das Ritter-Recht ratione der Erb-Stamm-Güther seinen Ursprung aus dem alten Sachsen-Recht habe, darin eben dergleichen definition vorkommet, alleine in applicatione ad hunc casum ist vornemlich aus dem Ritter-Recht hier zu notiren, daß solches einmahl generaliter in favorem agnatorum die Art und Weise zu succediren determiniret, und generaliter gewolt, daß ad conservandam familiam die Güther, so einmahl in die familie per viam successionis gekommen, durch die Spielseite davon nicht wieder abgebracht, und also dieselben ausgeschloffen werden sollen, und zu dem Ende wird vornemlich in dem Ritter-Recht erfordert, daß sie zum wenigsten einmahl auf

stracks zuwider läuft. Und wenn gleich diese Umstände hie nicht vorhanden, so wäre doch noch zu zweiffeln, ob die quaestionirten Güther bey dem defuncto nicht pro avitis zu halten, anermogen der sub n. act. 23. producirte und recognoscirte Kauff-Brieff deutlich zeiget, daß solche Güther schon vorher in der Platischen Familie gewesen, und bey der Theilung auf Dietrich Platen allein gebracht worden, welches denn nicht anders als per modum emtionis geschehen können, und kan es in effectu nicht anders als eine Abfindung zu consideriren seyn, zumal in gedachtem Kauff-Brieffe expresse gemeldet wird, daß der Käufer zuvörderst seine quotam als den Sechsten Theil decourtiren und inne behalten, wegen des übrigen aber einen jeden NB. selner Mit-Erben seine quotam mit einer genugsamen Obligation versichern solle; welche Abkauffung nach dem Ritter-Recht tit. 1. p. 3. zu keiner neuen acquisition gerechnet, im Gegentheil darinn disponiret worden: Daß, wenn sich begäbe, daß ein Sohn oder Bruder die andern von dem Stamm-Guthe mit einer Summe Geldes abfünde, solch Geld gleich wie Stamm-Güther bey denen männlichen Erben allein verbleiben solle. Einfolglich da das pretium unter die Erb-Stamm-Güther zu rechnen, vielmehr das auf diese Weise durch eine Abkauffung erworbene Guthe seine vorige Natur und Eigenschaft behalten muß, und obgleich die vorangeführte doctrina Carpzovii diesem entgegen zu seyn scheint, so ist doch hier in dem Ritter-Recht clara decisio zu finden, cui standum, wie denn auch der Carpzovius de tali emtione, quæ fit divisionis causa, nicht einsten redet, sondern de alia quacunque voluntaria alienatione, wie denn auch die definitio bonorum avitorum ex Berlichio adducta mehr auf den casum gehet, wie weit nach dem Sachsen-Recht der possessor davon schencken könne, da hier hergegen die quaestio successionis, soli agnato competentis, zu decidiren, da vielmehr die definitio aus dem Ritter-Recht, da sie deutlich zu finden, hergenommen werden muß.

Bev der andern Frage hat zwar der Beklagte und reconvenient in der reconvention den Kläger und Wiederbevl. in totum pro coherede nicht agnosciren, mithin die Corffischen Güther

ther als bona noviter acquisita, und was sonst etwa von gleicher Art noch zu finden seyn möchte, sich zueignen wollen, auch sich zu dem Ende auff das Ritter-Recht tit. 3. p. 6. bezogen, als wofelbsten folgender Gestalt disponiret worden: Doch also, daß auf solchen Fall die Spillseite nicht weiter, als auf Töchter und Schwester und derer Kinder, wie oben gesetzt, gerechnet, oder in weitem Grad der Spillseite etwas von den Vettern gegeben werden solle, wie denn auch in casu praesenti successionis keine hier specificirte Personen, sondern nur des defuncti matris frater uterinus zu finden ist, der also, nach des Wiederklägers Meynung, von den Stamm-Vettern ganz excludiret werden müste. Dieweil aber die rubric des andern Tituls in obgedachten Ritter-Recht nur davon handelt, auf was Weise und Gestalt in solchen Fällen die Brüder ihre Schwestern und andere Stamm-Vettern die Spillseite von dem Erbguthe unterhalten und abfinden sollen, und die oben angeführte Worte nur von diesem Casu der Abfindung vom Stamm-Guthe, nicht aber von der gänzlichen Excludirung von den noviter acquisitis, als worinn die Spillseite auch succediren kan, reden, davon doch hier die Frage nicht ist, hergegen was die successionem in denen Güthern, so von dem defuncto zugekauft, oder so er mit seiner Haus-Frauen befreyet, oder in dotem oder sonst durch rechten Fall überkommen hat, betrifft, selbige gar deutlich in dem Ritter-Recht tit. 1. p. 3. determiniret, und auch auf die Spillseite aequali jure gezogen worden ist, in verbis: Zu denselbigen und allen andern beweglichen Güthern, so nicht Stamm-Güther sind, seyn Söhne und Töchter-Kinder und NB. so fort an, Schwert und Spillmagen gleiches Grads gleich nahe. In welchen Worten denn das jus commune simpliciter in bonis noviter acquisitis ist beybehalten worden, zumahl auch, wann noch einiges dubium vorhanden, so wir doch nicht finden, es heissen würde, quod statuta sint strictae interpretationis, & ita interpretanda in dubio, ne nimium a jure communi recedant. Brunnem. ad l. 14. n. 1. ff. de LL. Roland. a Valle 3. cons. 24. n. 9. Thoming. Cons. 24. n. 20. praesertim si juris communis

Naa naa n 2

corre-

correctoria statuta sint. *Mev. Conf. 34. n. 87. & Conf. 38. n. 194.*
 So viel nun endlich die Drochterschen Güther betrifft, so ist aus der sub n. act. 34. befindlichen Schrift, so die deutlichste Nachricht davon giebet, zu ersehen, daß solche Güther von Jacob Brummern, des defuncti Groß-Mutter Bruder herkommen, von selbigem jure hereditario auff dessen beyde Schwestern, davon die eine mit des defuncti Groß-Vater bereits vererhiget gewesen, gefallen, und also zur Halbscheid von der Groß-Mutter acquiriret, und nach ihrem Tode auf ihre sechs Kinder vererbet worden, daß also ein jedweder sextam partem in dimidia pro indiviso ererbet, einfolglich sexta dimidia auff des defuncti Vater Dietrich von Platen, und von diesem wieder auf den defunctum Garleff Platen, de cujus hereditate quaeritur, gefallen, woraus denn abzunehmen, daß, obgleich die Güther quoad primam originem von der Groß-Mutter herrühren, doch solche nachgehends zweymahl in der Platischen Familie quoad certam portionem auf das Schwert vererbet, und dadurch ihre vortige qualität verlohren, per consequens Platische Erb- und Stamm-Güther quoad illam portionem geworden, secundum deducta ad quaest. primam, und obgleich solche niemahls als erst in persona defuncti getheilet, und daher durch einen administratorem nomine der Brummerischen Erben verwaltet worden, so hat auch ante divisionem ein jedweder, wie wohl pro indiviso sein Erbtheil daran jure hereditario geerbet, und ist dadurch dieses Guth quoad certas portiones in ein Platishes Erb- und Stamm-Guth transformiret worden, wie denn auch derjenige Theil, so der defunctus von Beklagten und Wiederklägern dazu gekaufft, darunter billig zu referiren, zumal solches nicht ab extraneo acquiriret worden, sondern einmahl ein Platishes Stamm und Erb Guth vorher geworden, und durch solche Abtretung des Erbtheils aus der Familie nicht gegangen, sondern beständig darinn verblieben, das Richter-Recht hergegen nur diejenigen noviter acquisita, so von Fremden genommen, und also erst in die familie noviter gebracht worden, unter diejenigen Güther, in welchen auch die Spillseite succediren kan, zu comprehendiren scheint, wie denn aus eben dem fundamento des defuncti

functi Mutter Brautſchaft, davon im Anfang zwar nicht hauptſächlich gedacht worden, aber am Ende der Acten auch mit Meldung geſchehen, hieher zu referiren, als welcher einmahl auf den defunctum und alſo auf das Schwert vererbet worden, einſolglich nicht unbillig zu den Stamm-Güthern mit muß geſchlagen werden, angeſehen nur diejenigen Güther, ſo einer mit ſeiner Haus-Frau beſreyet, auf die Spillſeite fallen. Ritter-Recht tit. 3. p. 3. Hier aber davon die Frage nicht mehr iſt, ſondern von denenjenigen, welche des defuncti Vater einmahl beſreyet, in deſſen Perſon ſie zwar ad noviter acquiſita zu rechnen geweſen, nicht aber in perſona defuncti, als in deſſen Perſon ſie einmahl auff das Schwert vererbet worden. Im übrigen erhellet aus den Acten nicht gar deutlich, wieviel der defunctus von den Drockterſchen Güthern beſiße, und wie weit er dieſelbe wegen Abtragung der Schulden in ſolutum angenommen, gleichwol weil aus dem n. act. 29. ad acta gebrachten Extract zu erſehen, daß er unterſchiedene Poſten davon bezahlet, und dagegen unterſchiedliches in ſolutum angenommen, ſo haben wir davor geachtet, daß ſolches, ſo weit es in ſolutum angenommen, eigentlich unter die Erb-Stamm-Güther nicht gezogen werden könne, weil es in ſo weit mehr ab extraneis nemlich denen Creditoribus als coheredibus acquiriret worden, zum wenigſten wir nicht anders aus denen Actis ſchließen können, als worin dieſer paſſus nicht deutlich genug exprimiret worden, daher denn nicht anders als geſchehener maſſen geſprochen werden kan.

§. V. Abrogavit vero ipſe Juſtinianus antiquum De ſucceſſione hodierna remiſſive. ſuccedendi morem, & in Nov. 118. in meliorem conſonantiam illum transformavit, ſecundum quam hodie in plerisque locis ſucceſſiones inſtituuntur. In Saxonia quidem & paucis aliis locis in quibusdam articulis receditur a Juſtiniana illa ſucceſſione, in reliquis tamen ubique illa manſit ſalva, ut adeoque de ejus uſu univerſali non adeo ſit dubitandum. Cum vero illam integro tractatu *de ſucceſſ. ab inſteſt.* plenius explicaverim,

Nnn nnn n 3

rim,

rim, & inprimis ad mores nostros aptaverim, insimulque statuta, in quantum a civili successione recedunt, addiderim, minus necessarium est, eandem materiam hic reassumere & denuo explicare, quippe quæ per se ita diffusa est, ut iustum tractatum desideraverit.

§. VI. Sunt etiam præterea quædam, quæ in successione Justiniana admodum dubia olim fuerunt, & proinde Legibus Imperii publicis decidi debuerunt. Huc pertinet constitutio Caroli V. *de anno 1529.* ubi decisum est, quod fratrum filii soli inter se concurrentes in capita succedere debeant. Verba constitutionis hæc sunt. Wenn einer untestiret absterbet, und nach ihm keinen Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder und Schwester Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter, und nicht in die Stammerben, und dem Verstorbenen ihrer Vater oder Mutter Bruder oder Schwester dermassen zu succediren zugelassen werden sollen. Additur vero hæc singularis clausula cassatoria: Und damit auch weiter Irrung und gerichtlicher Zank, so viel möglich, abgeschnitten, und im heiligen Reich und bey dessen Gliedern und Unterthanen hierin allenthalben Gleichheit gehalten werde, wollen wir hiemit aus oberührter unser Käyserl. Macht, Vollkommenheit und rechten Wissen alle und jede statuta, sondere Sagung, Gewohnheit, Gebrauch, alt Herkommen und Freyheiten, wo die an einigen Ort dieser unserer Käyserl. Sagungen zuwider erfunden, allein in obangezeigten Fall cassiret und abgethan haben, die wir auch also hiermit cassiren, auffheben und abthun etc. *Pari modo Carolus V. d. edict. Nortmberg. de Anno 1521. fratres cum fratrum liberis ubicunque*
admit-

admittendos esse voluit: ordnen, setzen, und erklären wir, daß Brüder-oder Schwester-Kinder nun hinfür, an mit ihres abgestorbenen Vater-oder Mutter-Brüder oder Schwester, die andern Abgestorbenen ihres Vaters oder Mutter, Brüder oder Schwester, nach laut gemeinem beschriebenen Käyserl. Recht, auch in die Stamm zu ererben zugelassen werden sollen, aller und ieder Gewohnheit, so an einigen Orten dawider seyn oder verstanden werden möchten, ohnverhindert, welche Gewohnheit als denen Rechten und dieser Ordnung zuwider und ungemäß, wir obgedachtem Beschluß nach, und aus Vollkommenheit unserer Käyserl. Macht und rechten Wissen, hiemit abthun, derogiren und vernichten. Sed, hac clausula derogatoria non obstante, Saxones jus antiquum retinuerunt, nec jus repräsentationis admiserunt, Carpz. P. 3. C. 18. def. 1. quin potius Elector & Duces Saxoniz contra illam constitutionem protestati sint. Id. cit. l. def. 2. n. 10. In Ducatu tamen Magdeburgico Constitutio Carolina recepta est. Coler. decis. 48. n. 2. Carpzov. cit. l. in f. ex quo, cum aliquando dubitaretur, utrum in districtu Querfurtenfi eadem constitutio obtineret, *Mens. Martio 1700.* ita respondimus.

Hat Andreas Fehse, Einwohner unter dem Amte Quersfurt, bey seinem tödtlichen Hintritt Anno 1681. drey Kinder zu Erben verlassen, da nun die eine Tochter von diesen mit Hinterlassung vier Kinder, und nachher der Sohn verstorben, so wird zwischen denen überlebenden Schwester und der verstorbenen Schwester-Kinder gestritten: Ob jene allein, oder diese zugleich mit jure repräsentationis zur Erbschaft gehören?

Ob nun wohl per Instrumentum Pacis Quersfurt Rat. Dub. nebst denen darzu gehörigen Aemtern zu einem Sächsischen

An in districto Querfurtenfi jus repräsentationis ut in Ducatu Magdeburgico obtineat?

ſchen Fürſtenthum erhoben und alſo glaublich, daß die Sächſiſchen Rechte darinnen gleicher geſtalt angenommen, allermassen auch bereits ante instrumentum pacis ſolche vier Aemter dem Churfürſten von Sachſen übergeben geweſen, und dabey expreſſe bedungen, quod in ejus ditione permaneant in perpetuum, per *Inſtr. P. art. 11. §. 9.* jam autem quod in ditione electoris Saxoniz permanere debet, hoc etiam juris Saxonici particeps eſt, und alſo nach Sachſen-Recht bekant, daß Bruder- und Schweſter-Kinder von des verſtorbenen annoch lebenden Bruder excludiret werden, und daher des Brudern Kinder dem Anſehen nach, daß im Fürſtenthum Querfurt die Reichs-Conſtitution de an. 1521. recipiret ſey, zu beweifen auferleget worden.

Rat. Decid.

Weil aber dennoch das Amt Querfurt nebst denen darzu gelegten Aemtern Jüterbock, Damm und Burg vorhero auſſer Streit der Magdeburgiſchen Hoheit unterworfen geweſen, und alſo die denen damaligen Churfürſten zu Sachſen ante instrumentum Pacis geſchehene Übergabe ſalvo jure ſuperioritatis Magdeburgicæ geſchehen, allermassen erſtlich per *instrum. Pac. dict. §. 9.* beliebt worden, ut quota constituenda pro his præfecturis Archiepiscopatu dematur, & ab Electore Saxoniz in poſterum ſolvatur, und im Stift Magdeburg auſſer allem Streit iſt, daß daſelbſt Bruder und Bruder-Kinder in ſucceſſione concurriren, wie denn, daß in Archiepiscopatu Magdeburgico, Halberſtadienſi & Naumburgenſi die Reichs-Conſtitution angenommen ſey, bezeigen Carpzov. *P. 3. C. 18. def. 2.* Struv. *Jurisprud. for. lib. 2. tit. 20. §. 16.* Richter. *de ſucc. ab intest. ſect. 2. membr. 2.*

n. p.

n. 9. seq. woraus ferner fließet, quod, qui jus aliquod in quodam districtu mutatum dicit, id probare teneatur; arg. 27. C. de testam. l. 32. inf. C. de appell. mutatio enim in nullo negotio præsumitur, nisi probetur. l. qui voluntatem 22. ff. de probat. Mascard. de probat. conclus. 1032. & 1084. Worzu nicht genug ist, daß dieses Amt Quersfurt in ditio- nem Saxoniam perpetuo transferiret worden, quia translatio regulariter fit, cum omnibus suis qualitati- bus & oneribus pristinis ei cohærentibus l. 15. cui opus 23. ff. de N. op. nunc. & unio in dubio censetur facta accessorie salvis juribus antiquis. Klock. consil. 10. vol. 1. n. 543. Hieron. de Monte de finib. reg. c. 3. n. 5. daher allerdings eine ex- pressa abrogatio juris prioris nöthig gewesen wäre, wie dergleichen bey der Stadt Braunschweig geschehen, da dieselbe Anno 1674. occupiret, und denen andern Städ- ten in solchem Herzogthum æquipariret worden, per edict. Duc. Rudolphi. Augusti de anno 1675. d. 24. Sept. Da es nun hieran ermangelt, hingegen ein klares rescript. vom 14. Oct. 1667. vorhanden, daß es in dem Amte Quer- furt bey vorigen üblichen Rechten verbleiben solle, so wird dadurch die non facta mutatio prioris juris um so viel mehr behauptet, wie denn auch vergeblich darwider eingewandt wird, daß solches Rescript ordentlich nicht publicirt worden, indem genug, daß daraus voluntas principis tum regentis abzunehmen gewesen, welchen dessen successores in principatu gleichfalls agnosciren werden, bis ihnen lege publica ein anders ordentlich einzuführen belieben wird, zu geschweigen, daß ohnedem pro observantia juris imperii universalis zu præsumiren. So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die Schwester-Kinder ihr jus succedendi zu erweisen nicht verbunden, sondern sie denen gemeinen Rechten nach

Contin. III. O o o o o o mit

Decisa.

mit der andern lebenden Schwester jure repräsentationis zur Erbschaft zuzulassen seyn **B. N. W.**

An valeat statutum contra constitutionem de anno 1521.

Facti Species.

Rat. Dub.

§. VII. Ex hactenus dictis satis apparet, intentionem Caroli V. fuisse, omnia statuta, fratrum liberos excludentia, penitus per totum imperium antiquandi, quamvis hanc ipsam non ubique obtinuerit. Unde dubitatum est, an valeant adhuc hodie statuta contra dictam constitutionem Imperii? Decisionis loco responsum Facultatis juridicæ Menl. Mart. 1708. conceptum adferre lubet: Ist Adelbertus unlängst Todes verfahren, und hat nach sich eine leibliche Schwester Zenobiam, ingleichen von einer bereits vorhin verstorbenen Schwester einige Kinder, an Güthern aber ein Haus, so Cansley Erb-Lehn, wie auch andere allodial-Stücke hinterlassen, und es vermeynet Zenobia, daß ihr solche sämtliche Verlassenschaft mit Ausschließung der andern Schwester-Kinder alleinig zugehöre, weßhalb sie sich auf eine in der dortigen Grafschaft durch unterschiedliche Landtages-Abschiede, sonderlich A. 1669. bestätigte Verordnung beruffet. Ob nun zwar derselbe vermeynet, daß solches durch die Landtages-Abschiede eingeführte jus statutarium vor bündig nicht zu achten, alldieweil die dispositio Carolina de a. 1521. die Schwester-Kinder jure repräsentationis generaliter zu der successione zulasse, und dadurch alle consuetudines und statuta contraria aufhebe, anbey einige Rechts-Lehrer der Meynung sind, daß dieser Constitutioni Carolinæ zuwider von denen Reichs-Ständen in ihren Landen ein jus statutarium nicht eingeführet werden möge; Zumalen auch bey dem Käyserl. Cammer-Gericht darauff nicht gesprochen werde; endlich auch wenn ja beregte in den Landtags-Abschieden gemachte disposition gültig seyn sollte,

folte, dennoch Zenobia dieselbe vor sich generaliter anzuziehen nicht vermöchte, weil sie nur de allodio handelte, daher die Schwester-Kinder wenigstens in dem Hause als einem Erblehn die succession zugleich haben müßten. Dennoch aber und dieweil bewehrter Rechts-^{Rat. Decid.} Lehrer Meynung dahin gehet, quod Status Imperii, der gleichen der Herr Graff des Orts, da der Erbfall geschehen, dem Berichte nach ist, etiam leges contra jus commune in suis provinciis condere possint, adeo, ut neque leges Imperii, etsi posteriores hisce Statutis, in causis privatis subditorum derogare valeant, Dn. Coccejus in *prud. jur. publ. c. 23. n. 4.* welches wir auch bereits vorhin ausgeführet in responso apud Stryck. *de caut. testam. c. 1. §. 12.* woben in gegenwärtigem Fall sonderlich zu mercken, daß der Herr Grafe und dessen Vorfahren das Statutum von exclusion der Schwester-Kinder nicht bloß vor sich, sondern mit Einwilligung der Landstände auf öffentlichen Land-Tagen promulgiret, hiernächst denen Reichs-Ständen in *Instr. Pac. Westph. art. VIII.* das liberum exercitium juris territorialis tam in ecclesiasticis quam in politicis, wohin ohne Zweifel das jus ferendi leges mit gehöret, nochmahls ausdrücklich bestättiget worden, die summa Imperii tribunalia auch verbunden sind, ut secundum Statuta Statuum imperii judicent per *ordin. Cam. p. 1. tit. 13. §. 1.* Dn. Coccejus *d. cap. 23. n. 4.* daher die bekandte Regel, non videndum esse, quid fiat, sed quid fieri debeat, auch allhier billig statt finden muß, endlich die feuda hereditaria mit denen bonis allodialibus ratione successionis überein kommen. Schrader. *de feud. P. VIII. c. 3. n. 1.*

So erscheinet hieraus so viel, daß des verstorbenen Adelberti Verlassenschaft an Lehn und Eben der

Decisio.

Ooo ooo o 2

Zeno-

Zenobia allein mit Ausschließung der Schwester-Kinder zubehöre B. R. W.

An hædispositiones quoque locum habent in successione testata?

§. VIII. Atque hujus novellæ 118. & constitutionis Carolinæ dispositionem hætenus indubie sequimur in successione *intestata*: diversa est ratio *testata*; ubi non semper ejus, sed potius voluntatis præsumptæ ratio habenda est, id quod sequente responso Menf. Febr. 1707. concepto illustrabo.

Ist Anno 1685. von zween Eheleuthen, Jacob und Elisabeth ein testamentum reciprocum auffgerichtet, und unter andern von dem Mann folgender Gestalt disponiret worden: Würde sie aber (uxor Elisabeth) nachdem auch ohne Kinder dieses Zeitliche gesegnet, so will ich hiermit gestiftet und verordnet haben, daß ihre sodann sich befindliche Erben meinen Brüdern und Geschwistern oder deren Kindern 1600. Thlr. sage ein tausend sechshundert Thlr. heraus geben, und sie damit ablegen solle. Ist hierauff Elisabeth nach ihrem Manne, ohne Kinder verstorben, und da des Jacobs Bruder- und Schwester-Kinder die 1600. Thlr. fordern, sie die nepoten, als des Jacobs Schwester Salome zweyer verstorbenen Kindern nachgelassene Söhne und Töchter, ausschliessen wollen, so wird gefragt; Ob nicht die nepoten mit den andern, des Jacobs Schwester- und Bruder-Kindern, zur succession ex testamento gehören? Wann nun gleich bey der ersten Frage eingewandt werden möchte, daß hier der casus successionis inter collaterales zu befinden, da nach den bekanten gemeinen Rechten die Bruder- und Schwester-Kinder die nepoten excludiren, und obgleich allhier keine successio ab intestato vorhanden, sondern dieselbe ex testamento geschehen muß, dennoch die Dd. getreuniglich dahin schliessen, quod, ubi a testatore aliud expressum non reperitur, conformasse se ordini juris præsumatur, Decian, *conf. 100. num. 3. Mantica de conj. ult. vol. lib. 8. tit. 9. num. 3.* auch sonsten in successione testata viele der Meinung sind, daß man absolute auff die proximariem sehen

sehen müsse, cum in ea consideratione sit testatoris affectio, quæ magis ferrur in sibi proximiozem, quam remotiozem. Anton. Testaur. qu. for. 35.

Diemeil aber dennoch dieses vornemlich alsdann statt findet, wenn der testator ganz indefinite geredet, und seiner nächsten Freunde etwa nur Meldung gethan, und dann ein solches zu determiniren der ordo succedendi ab intestato billig zum Fundament geleyet werden muß, solches gleichwohl hler nicht zu befinden, sondern im Gegentheil der testator ganz definite seine Brüder und Geschwister und deren Kinder hat bedencken wollen, welche specifica determinatio nichts operiren könnte, wenn man die nepotes ausschliessen wolte, anermogen Brüder- und Schwester-Kinder ohne dem jure repræsentationis denen Rechten nach zur succession ab intestato admittiret werden, einfolglich da auch der testator expresse der Brüder- und Schwester-Kinder in specie Meldung gethan, dafür gehalten werden muß, daß er auch die nepotes darunter begriffen, ne alias verba testatoris otiosa & sine effectu esse videantur, id quod non præsumendum, Mantica de conject. ult. vol. lib. 5. tit. 8. num. 5. im übrigen ein großer Unterscheid zu machen, ob ein testator ein fideicommissum vor seine Familie aufgerichtet, und also nach seinem Tode unter seinen Erben die succession in solchen Gütern bestätigen wollen, sic enim ordine succedendi non expresso censetur se juri communi conformasse; und ob er simpliciter ein legatum gewissen Personen verschaffet, und nur dabey die Frage entsteht, welche Personen darunter verstanden werden, in welchem Fall, weil keine successio juris communis ordentlich sich befindet, sondern nur das legatum simpliciter gewissen Personen abgetragen werden muß, solche Regul nicht wohl appliciret, sondern die ganze Sache ex præsumta mente testatoris hergeleitet werden muß, welches letztere denn sich allhier deutlich befindet, und in solchem Fall denn unter dem Wort Kinder die nepotes billig zu verstehen sind, toties enim leges (vel aliæ dispositiones hominum ultimæ, quæ instar legum sunt,) necessarium ducunt, cognatorum singulorum nominibus uti, veluti filii, nepotis, pronepotis, cetero-

rumve, qui ex his descendunt, quoties ab omnibus, qui post eos sunt, præstitum voluerint: sed solis his succurrunt, quos nominatim enumerant. At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus præstatur, sed omnibus, ex eodem genere qui orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur. *l. 220. ff. de V. Signif.* Zumal sonst auch bekandten Rechts, quod in testamentis, ubi de vocis ambiguitate disputatur, plenior interpretatio fieri debeat *c. cum dilecti 6. X. de donat. in f. l. 12. ff. de R. J.* Worzu denn noch dieses vornemlich kommt, quod hic agitur de legato conditionali seu post mortem heredis præstando, ubi sub voce liberorum nepotes quoque intelliguntur, quia testator non potuit esse certus, an tempore evenientis conditionis futuri essent fratrum filii, an nepotes, *Mantica de conj. ult. vol. lib. 8. tit. 8. num. 20.* und da man vornemlich in casibus dubiis ad conjecturatum voluntatem testatoris sehen muß, so muß solche endlich denen nepotibus allhier billig zu statten kommen, da aus der Beylage sub lit. A. mit mehrern zu ersehen, daß der testator Jacob Wahle bey seinen Lebzeiten zu Heinrich Wagern, welcher des testatoris Schwester Tochter Annen Elisabeth zur Ehe gehabt, gesaget habe, daß, wenn er einmal versterben solte, seine Kinder schon von ihm bedacht worden wären, woraus der testator unter dem Wort Kinder auch die nepotes mit verstehen wollen.

So halten wir davor, daß die nepotes billig mit zur succession ex testamento zu admittiren.

TIT. XVII.

AD SENATUS CONSULTUM TERTULLIANUM ET ORPHITIANUM.

§. I.

Jure XII. Tabb. tam stricte Jus succedendi adorna- Sensus hujus tituli.
 natum erat, ut ne quidem inter matrem & filium fi-
 liamve ultro citroque jus capiendæ hereditatis esset *pr.*
J. b. r. Hæc durities postea mitigata est per duo SCta,
 & quidem (1) *Tertullianum*, quo cautum, ut mater in-
 genua, trium liberorum jus habens, libertina vero qua-
 tuor, ad filiorum successionem ab intestatomitteretur *l. 2. D. r.* (2) *Orphitianum*, quo filii filizque admisi
 sunt ad matris hereditatem, qui antea legibus XII. Tabb.
 penitus exclusi erant. Nec distinguebatur, utrum
 liberi essent legitimi an illegitimi *l. 1. §. 2. b. r.* solis ex-
 ceptis spuriiis, qui ex illustri matre nati erant. *l. 5.*
C. b. r.

§. II. Sed cum jure novo per *Nov. 118. c. 2.* mater De usu hujus tituli.
 æqualiter cum patre ad liberorum successionem admis-
 sa fuerit, SCti Tertulliani nullus hodie usus est, sed po-
 tius successio parentum secundum dictam Nov. ad-
 ornanda est, nisi statutis locorum quædam mutatio
 facta reperiatur. Et cum de usu hujus successionis
 ascendentium moderno ex professo satis prolixè in *rr.*
de success. ab int. diff. II. egerim, supervacuum esset, hanc
 materiam hic recoquere. Orphitianum SCtum adhuc
 quandam utilitatem habet quoad spurios, quippe qui
 matri & omnibus maternis ascendentibus etiam hodie
 suc-

succedunt, cum de horum successione jure novo nihil cautum sit, & ita merito jus antiquum obtinere debeat. Carpz. *P. 4. c. 28. def. 6.* Mev. *ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 9. n. 30.* Richter. *de success. ab int. sect. 7. m. 3. n. 6.* Hinc etiam hodie adhuc mater illustris excipitur, cui succedere spurius non potest, Brunnem ad *l. 5. C. b. 1.* quamvis hoc non possit applicari ad matres nobiles, utpote a quibus illustres matres adhuc distinguuntur, ut ostendit Mev. *P. 2. decis. 83.*

F I N I S.

Addenda ad Continuat. alteram *tit. de fide Instrum. l. 5. p. 845.*

Adducta ibidem est *ordinatio Cancellaria Hannoverana*, qua cautum, ut post juratam diffessionem adhuc possit locum habere recognitio per testes vel comparationem literarum. Pro hujus ulteriori illustratione vero sciendum est, diffessionem juratam posse fieri duobus modis: (I) quando reus jurat, *daß ihm die Hand und Siegel nicht bekant sey.* (II) quando jurat, *daß es seine Hand und Siegel nicht sey.* De hoc casu non loquitur *cit. ordinat. Cancell.* quia per talem diffessionem instrumentum omnem vim amittit, sed tantum de illo, prout contextus ipse docet, quod etiam rationem habet, quia, licet reus juravit, *daß er die Hand und Siegel nicht kenne*, inde tamen non statim omnis vis instrumento adimitur.



Fragmented text along the left edge, possibly from a table or list, including words like "TABLE", "ITEM", "NO.", "DESCRIPTION", "QTY.", "UNIT", "PRICE", "AMOUNT", "TOTAL", "GRAND TOTAL", "PAGE", "OF", "TOTAL PAGES".

