









1720.

1. Boechner, J. Christianus: Programma, quo oratio.
num de factis litterariis anni superioris a... Paulo.
Gottlieb Weichardis. -- Abundantiam indicat.
2. Engelbrecht, Christoph. Trun. Concordes: Sketches de factis
juris prudentiae juri litterae administrativis in Germania
publicis et historiam juris commentationibus praemissum.
- 3^o Engelbrecht, Johann Wilhelm: De conservatoribus in S. R.
imperio.
4. Engelbrecht, Christoph. Trun. Concordes: De injusta asylum
immunitateque ecclesiarum ad crimina dolosa acta.
sive de et potestate principum vel abusum asylum
tollendi vel asyla plane abolendi.
5. Goebel, Dr. Wilh. : De tutela.
6. Goebel, Dr. Wilhelmus: De jure Augustiniano et
Augustae domus Brunsvicensis in Comitatu Pomerania

7. Gudenus, Henricus Philippus: Observationes miscellae
in ea ex historia Bonifacii selectae

8. Huldendorff, Erny Lud. Primum ab: De aequitate
aliquae legali juris gentium arbitrio in gentium contro-
versis pacis laudae causa interponendo.

9. Leyserus, Augustinus: De suppositione juridica in
foro et extra forum obvia.

10. Leyserus, Augustinus: De feudis Brunsvicentibus
et Lüneburgicis.

119

120





646r.

1720, 9
11
10

DISSERTATIO IURIDICA IN AVGVRALIS
DE
SVPERSTITIONE
IURIDICA IN FORO
ET EXTRA FORVM OBVIA

**Hom Juristischen Uberglauben
in und außer Gericht.**

QVAM
PRAESIDE
AVGVSTINO LEYSERO

ICTO T. T. ACADEMIAE IVLIAE PRORECTORE ORDINIS
SVI IAM DECANO ET IN TRIBVNALI
GVELPHICO ADSESSORE

**PRO DIGNITATE DOCTORALI
CONSEQVENDA**

PVBLICAE ERVDITORVM DISQVISIONI
DIE XII. DECEMBR. AN. MDCCXX.

PROPOSVIT

AVCTOR

GOTTLOB WOHLGEMVTH ROTHE
GORL. LVSAT. ADVOCAT. PROVINC. ORD. IVR.

VITEMBERGAE,
RECUSA IN OFFICINA HAKIANA. (II)
MDCCXXXIX.



DISSERTATIO IURIDICALIS
DE
SUPERSTITIONE
IURIDICA IN FORO
ET EXTRA FORUM OMNIA

AVGVSTINO LYSERO
IN QVODAM
MAGISTRO

PRO DIGNITATE DOCTORALIS
ACADEMIAE IURIS PROCTORUM ORDINIS
IN HANNOVERA

AVGVSTINO LYSERO
MAGISTRO
D. M. DC. CC. LXXI

GOTTLOB WOLFGANG ROTH
ORD. IURIS ADVOCAT. PRAES. ORD. IUR.

HANNOVERAE
IN OFFICINA HANNOVERENSIS
MDCCLXXI



PROOEMIUM.

Celebris vox est in scholis Theologorum & vulgari sermone Superstitio, translata deinceps ad Jurisprudentiam & vitam civilem. Non enim in eruditis solum celeberrimorum Ictorum libris haud raro superstitionem aliquam, & circa jus constitutum, & circa processuale notatam legimus, quin & a multis acriter saepe perstringi cernimus: verum & in foro cordati Judices causarumque Patroni de illa conqueruntur: quamobrem cogitanti mihi hujus in mentem venit, ut meam inauguralis loco speciminis qualemcunque Tibi, Lector benevole, operam sisterem, ac rem ipsam variis exemplis illustratam Tuo arbitratui subjicerem. Facile quidem foret, integrum de hac re volumen compilare, sed jamjam nonnulla tantum, prout succurrent, exempla per lustrabo. Nam ex omnibus juris articulis quaedam colligere, nimis prolixum esset, ex paucis reliqua, velut ex ungue leonem, quilibet cordatus judicabit. Ne vero citra ordinem decurrat mea tractatio, Cap. I. de Superstitione juridica in genere, Cap. II. de Superstitione juridica circa veritatem legum, atque denique Cap. III. de Superstitione juridica circa Interpretationem & Applicationem legum differam.

CAPVT I.
DE SVPERSTITIONE JURIDI-
CA IN GENERE.

§. I.

Religio veritatis vox est: superstitio erroris & falsi: alterum laudis, alterum vitii nomen est. Illius in origines aut interpretationem inquirere jam nostrum non est: hujus vero. Nomen a Theologis Icti mutuam sumserunt, hinc primo quidem in sensu proprio, quid sit superstitionis terminus, evolvendum erit. Nonnullos gentilium religionem a superstitione discrevisse, id vel CICERONIS testimonio constat, qui non inepte in *primo de Natura Deorum* religionem quamcunque anilem, in qua inest timor inanis Deorum, & ineptam superstitionem appellavit, imbecillis namque animi & anilis esse superstitionem ait in *secundo de Divinat.* sed & nominis rationem, unde manarit, in conjugato vocabulo ostendit, *L. 2. de Natur. Deor. cap. 28.* *Non enim Philosophi solum, verum etiam majores nostri superstitionem a religione separaverunt, nam, qui totos dies precabantur & immolabant, ut sui sibi liberi superstites essent, superstitiosi sunt appellati, quod nomen postea latius patuit. Qui autem omnia, quæ ad cultum Deorum pertinerent, diligenter retractarent, & tanquam relegerent, sunt dicti religiosi ex relegendo &c.*

§. II.

Propius ad rem accedunt, quæ LACTANTIVS Ciceronem reprehendens in *4. Instit. Divin.* tradit. Qui superstitem defunctorum memoriam religioso cultu prosequantur,

bantur, quique parentibus suis superstites colebant imagines eorum domi suæ tanquam Deos penates, illi potius superstitiosi appellati fuere: nam qui novos sibi ritus adsumserant, aut Deorum vice mortuis immolabant, hos superstitiosos; eos vero, qui publicos & antiquos Deos colerent, religiosos dixerunt. Bene proinde scienterque Magnus Auctor TIT. LIVIVS, superstitione animos contabescere sentit fere, ubi corpora morbo aut homines calamitatibus anguntur: itaque animi infirmitatem meru ingravescentem cum pia astutorum fraude conjunxit & genus superstitionis exinde quasi ab utroque parente derivavit. Videantur verba L. 4. c. 30. *Siccitate eo anno plurimum laboratum est &c. Strage pecorum vulgari contactu in homines morbi & primo in agrestes ingrueant, servitiaque, urbs deinde impletur. Nec corpora modo affecta tæbe, sed animos quoque multiplex religio, & pleraque externa, invasit; novos ritus sacrificando, vaticinando inferentibus in domos, quibus quaestui sunt capri superstitione animi.* Itemque VIRGILIVS *Æneid. 8. v. 187.* clare satis eundem in sensum exposuit:

Una superstitio, veterumque ignara Deorum.

§. III.

Verum antiqua cedant: cedant inquam novis; ad recentiora quippe properamus. Nomen *Patribus & Theologorum scholis* mutuo acceptum ferimus: illos ergo duobus saltem aut tribus, ut ajunt, verbis audiamus. Terminum esse generaliore, usumque termini variare facile omnes fatentur. Sed potiora hic saltem delibamus. Est igitur illis superstitio (1) Cultus

A 3

Deo

Deo exhibitus, neque tamen ab ipso præscriptus, quem alias græco nomine *ἰδελοθησκείαν* compellant (2) Externus cultus omnis religiosus, si internus desit, quippe qui anima quasi vitæque est prioris. Imprimis autem (3) cultus, qui rebus inanimatis aut defunctis tribuitur (4) Exacta quævis rerum inanum aut levidensium observatio, quas Deus nullibi a nobis exigit. (5) Inanes mentis scrupuli circa actus inte licitos & indifferentes, vel etiam (6) mentis falsi de Deo rebusque divinis aut erronei conceptus, quibus summum Numen aut offendi frustra metuunt, aut placare rursus tricis & apinis conantur. Verbo: vel circa objectum vel circa modum a recto Numinis cultu aberrat *superstitio*, ac nihil aliud est, quam præpostera atque perversa colendi Deum ratio. Vid. Magnif. *Buddeus in Tract. de Superstitione & Atheismo cap. 8.*

§. IV.

Verum enim vero de *Superstitione* equidem *Juridica*, si qui, pauci, tum & pauca monuerunt: interea dubium non est, quin & intuitu Jurisprudentiæ multa hic obveniant, quæ, si rite ponderes, & nomen superstitionis & ulteriorem inquisitionem probe mereantur. Quemadmodum enim superstitionis, proprie sic dicta, cultus quidam est, sed perversus: ita quoque legum est quædam æstimatio, sed perversa. Superstitio in sensu proprio accepta non verum Deum, sed præter hunc, aliud quid, velut sidera aut res creatas alias etiam colit, Deo ea adscribit, quæ ei non conveniunt, mandatum divinum se sequi existimat, sed non rite illud intelligit: cultum quendam Numinis sibi fingit, qui
nullo

nullo mandato divino nititur: sic superstitio Juridica sæpissime non veram legem, sed aliud quid, legis instar observat, legibus ea tribuit, quæ illis non consentanea sunt, vel leges, nulla habita æquitatis & prudentiæ ratione, explicat, aut, reliquis bene se habentibus, in applicatione tamen regularum civilium perversa in leges observantia impingit, ut adeo erroneam hanc legum æstimationem non immerito *Superstitionem Juridicam* appellaveris, quippe cui probe convenit cum superstitione proprie sic dicta, & quæ in eo saltim differt, quod, cum illa in contemptum veri, quod colendum est, objecti vergat, hæc quidem suum objectum certo quodam modo negligat, alias illud nimis h. e. pluris, quam ipsa legum indoles, pluris, quam æquitas & utilitas permittit, æstimet, uti ex amplius mox dicendis apparebit.

§. V.

Est igitur *Superstitio Juridica perversa & nimia legum æstimatio*. Æstimandæ quidem sunt leges, nec in dubium vocanda earum autoritas, nec debitum illis denegandum est obsequium, sed observandum & illud: *Ne quid nimis*. Vana est opinio, præpostera veneratio, quando quis legem metuit, cum nulla existit, perversa est & ultra rectam rationem procurrens reverentia, quæ majorem, quam legis alicujus fert indoles, autoritatem ei tribuit, aut, in legibus positivis interpretandis & applicandis, normam legum divinarum & innoxia utilitatis negligit. Vt ut vero legum naturalium aliquis esse queat & soleat abusus, dum alii solo jure naturali omnia expediti & Republicam legibus positivis carere posse sibi persuadent, alii quamvis actionem indifferentem legi

legi obliganti subjiciunt, aut alia ratione superstitionem philosophiam instruunt: frequentior tamen est legum positivarum abusus, ex perversa erga illas veneratione ortus, certe usu magis receptum est, abusum jam indicatum superstitionis titulo notari.

§. VI.

Exerit se illud vitium circa *leges* potissimum *extraneas* ac speciatim Romanas; neque tamen a sacris *legum domesticarum* exulat, sed effectus admodum tristes & molestos etiam harum respectu post se relinquit. De cætero dum *leges* nominamus, connexa h. e. *negotia civilia variaque instituta judicialia & extrajudicialia*, intuitu quorum *leges* varia disponunt, & quæ vice versa intuitu *legum* considerantur, non excludimus. Nec refert, causæ sint *civiles* an *feudales* aut *ecclesiasticæ*, eæque *judiciales* an *extrajudiciales*, nam ubique fere aliqua superstitionis species occurrere potest & solet. Quin & ab ipso *Jure publico* non penitus abesse videtur, dum vel controversiæ illustres a nonnullis ex *Jure Romano* inepte deciduntur vel verba *legum* fundamentalium captantur & similia. j. Excell. LANGII *Jus publicum* Vorbereitung.

§. VII.

Dixi §. 5. superstitionem juridicam venerari aliquid tanquam *legem*, quod *lex* non sit, legibusque ea adscribere, quæ illarum indoli haud congrua sunt. Illud fieri solet, quando meræ consuetudines aut observatus forenses, vi obligandi destituti, ex inepto præjudicio habentur pro *lege* vel tacita vel expressa, hoc, quando *Jus* aliquod positivum v. g. pro universalis & fundamentalis vendi-

venditatur aut corruptissima quæque in censum legum utilium referuntur & id genus alia. Illud vero imprimis hic admonendum, ad superstitionis interpretationem, cujus itidem antea d. §. mentionem fecimus, & applicationem non quamvis interpretationem & applicationem erroneam pertinere, sed eam tamen, quæ ex vana quadam de legibus persuasione & coeca in illas veneratione fieri consuevit. Si enim, quod nonnunquam omnino contingit, vel objecti difficultas vel mentis humanæ imbecillitas obstet, quo minus in explicatione legum & decisione controversiarum aliquis rite versetur, tum merito excusationi locus relinquitur, siquidem in communi hac mortalium imperfectione nihil ex omni parte beatum esse solet, at rigidiori censura dignum est, quod ex coeco in leges affectu vana qua observantia originem traxit, vitium.

§. VIII.

Cum igitur non una ratione a justo legum pretio aberrari queat, non unum quoque datur superstitionis genus. Ad tres tamen species potiores illa revocari posse videtur. Prima circa legum veritatem aberrat, quando aliquid, quod lex non est, lex esse creditur. Non incongrue huc referri potest ille etiam error, quo legibus tribuuntur, quæ indoles illarum non capit. Altera superstitionis species circa interpretationem; Tertia circa applicationem versatur, quæ posterior tamen ex priori plerumque fluit aut saltem cum illa conjuncta est. Quemadmodum autem illæ superstitionis species se in varias figuras convertunt, ac non theoriam tantum, sed & praxin male afficiunt, ut impræsentiarum

B

plenus

plenius hæc omnia exponere nimis prolixum foret: ita de iis, quæ magis ad praxin faciunt, aut eam penitus ingrediuntur, iis, quæ non ad forum, sed ad scholas forte spectant, breviter tactis, hic differere visum est.

§. IX.

Cæterum dici vix potest, quantam negotiis tum judicialibus, tum extrajudicialibus molestiam creet hæc de qua loquimur superstitio, quantaque damna inferat. Per eandem enim vanissimæ disputationes excitantur, homines velut laqueis irretiuntur, multa civium negotia, quæ bonis rationibus sustineri poterant, irrita redduntur, e contrario, ubi salva esse poterat agentium libertas, obligationes imponuntur, jura, bona fide quæsitæ, auferuntur quinimo ipsius religionis & officii præcepta nonnunquam violantur, nec alia sæpe causa subest, quam sola superstitio juridica i. e. perversa & ex inepta legum adoratione proveniens persuasio, qua lex, quæ nunquam adfuit, adesse putatur, explicatio autem legis & applicatio vel æquitati vel prudentiæ contraria, mordicus defenditur. Eteam ob causam operæ pretium erit, rem ipsam propius spectare & addita subinde nostra epicrisi superstitutionis remedia tentare.

CAPVT. II. DE SVPERSTITIONE IVRIDICA CIRCA VERITATEM LEGVM.

§. I.

Prima superstitutionis species, in sensu proprio eoque latiori, est *Idololatria*, cum quis non verum Numen, sed aliud quid, velut solem, lunam cæteraque cæli sidera, vel

vel homines aut quasvis res creatas colit; sed & illorum error huc pertinet, qui Deum non recte cognoscunt, adeoque tribuunt, quæ ei minime tribuenda erant, id quod dogma de transsubstantiatione, de purgatorio, similiaque abunde docent. Eadem ferme ratio est superstitionis juridicæ, nam (α) sæpe loco legis adoratur idolum observantiæ collegiorum Juridicorum (β) consuetudines etiam alias easque nudas pro legibus tacitis agnoscit, denique (γ) licet vera lex adsit, plus justo sæpe tamen eidem tribuere consuevit.

§. II.

Observantiæ nomen, uti hic accipitur, barbara vox est, sed nomen re sua condignum, uti deinceps videbimus. Est autem, ut vulgo supponitur, *praxis juridica præsens ususque recens seu modernus, qui colligitur ex præjudiciis sive rebus judicatis.* v. Excell. GRIBNER. *Dissert. de Observ.* Observantias illas plenissimam habere juris auctoritatem, vim obtinere veritatis & æquiparari Regiæ auctoritati atque permissioni Principis, ac, si vel maxime Juri scripto, naturæ rei & genuinis interpretandi principiis haud conveniant, sequendas tamen & sancte servandas esse, communis est Doctorum sententia. j. SCHVRRFF. *cent. 1. consil. 72. num. 20.* RIMINALD. *v. 2. consil. 125. vers. ita quod licet.* DEC. *conf. 119. num. 2.* Ita profecto sentiunt ipsa Dicasteria, a quibus præjudicia manarunt, ut propria illorum confessio testatur, quando in rationibus decidendi sæpe ad solam Antecessorum sui que collegii consuetudinem consuetis formulis: *Die weil aber dennoch die mehrren Rechts Lehrern in den Gedanken stehen; vel: Die weil aber*

aber doch unterschiedene bewehrte Rechts: Lehrer dafür halten, provocant. Ita sentiunt illi ipsi, qui observantias colligunt & publici juris faciunt, ferentes de præjudiciis iudicium, quod non diffiteantur sententiam contrariam veriozem videri, sed aliud servari in foro. Ita sentiunt litigantes & causarum Patroni, dum quotidie ad observantias se referunt. Ita sentiunt legum cultores fere omnes, dum apicem eruditionis juridicæ in proluxa multifariorum præjudiciorum cognitione consistere putant.

§. III.

Supposita igitur hac superstitione, novæ leges sine suffragio Principis ab observantia aliis obruduntur, utiles constitutiones abrogantur, leges latæ & negotia civilia contra mentem agentium explicantur, & in locum horum omnium substituitur, quidnam? Observantia. Per exempla iis, quæ dixi, fidem facere, non erit difficile. Vi solius observantiæ exprimenda est in mandatis judicialibus *clausula rati*, qua deficiente, mandati defectus arguitur & alia legitimatio injungitur. v. BERGER. *Oecon. Fur. L. 4. t. 9. §. 2. not. 1. pag. 963.* Magnif. MENCK. *ad O. P. S. Disp. 5. §. 6.* Sed clausulam illam omnino supervacuam esse, quis non videt, cum mandans ex natura mandati gesta mandatarii rati habere debeat & rati habitationis promissio omni mandato tacite per se insit, I. L. 6. *π. de condict. indebit.* ANDR. RAVCHB. *par. 1. quæst. 2. n. 5. & seqq.* SCHVLZ. *par. 1. process. judic. c. 11. n. 47.* nec cum jure Romano illa, fatente BERG. & MENCK. I. c. nec Germanico conveniat, cum nullibi hæc solennitas præcepta sit: de Receptu namque Imperii *de anno 1512. 1. von den Anwalt: Satzungen §. 1.* cui nonnulli

nulli innituntur, cui libet primo statim intuitu patet, quod satis obscure locus ille loquatur, neque tamen illam clausulam præceperit, sed dum mandati perspicuitatem commendat, consuetas quasdam formulas simul addiderit, quas historice tantum immiscet, ac in summa præceptum, quod datum est, de iis saltem, quæ ex communi mandatorum indole cognosci nequeunt, intelligendum sit. Hinc etiam Dn. MENCKEN. l. c. dicit, ita a F. J. L. Mens. Febr. 1704. pronunciatum esse, quoad Usum Sax. quem usum Dn. BERGER. l. c. *Jur Saxonicum* appellat, claro indicio, usum hunc pro lege haberi. Geminum exemplum est, quando, solius observantiæ supersticioso prætextu, in mandatis, quoad subsignationem, *sigillum insignia continens* exigi, ac nomen literis artificiose implicitis expressum, eimen verjogenen Nahmen completens, rejici solet. j. SWENDEND. *ad Fibig. Proc. pag. 220.* MENCK. *de Disp. §. 7. ubi præjud. S. C. P. L. Term. Rem. 1705.* & RIVIN. *ad O. P. S. Tit. 7. Enunc. 21. ubi præjud. S. L. Mens. Aug. 1690.* BERG. *Elect. Discept. Forens. pag. 237.* Quid illæ minutiae ad perspicuitatem aut certitudinem mandati? quo jure quæve injuria nititur illa scrupulositas, sine causa hominum negotiis molesta? Vere igitur TITIVS *in Jur. Priv. L. 12. c. 1. §. 26. quomodo tale instrumentum sive mandatum recte conficiatur, id ex usu judiciorum discendum, nec fortassis negandum, quin ille aliquando, ultra æquitaris præscriptum, sit scrupulosus.* Sed nimis prolixum foret singulis observantiis ratione destitutis epicrisin addere. Qua lege cautum est, mulierem apud Saxones absque curatore contrahere non valentem, ex mutuo tamen, eo non adhibito, devinciri?

CARPZ. p. 2. C. 15. d. 14. Resp. 10. n. 4. RIVIN. ad O. P. S. r. 8. Enunc. 35. omnino nulla, sed observantia. v. MENCK. ad O. P. S. Disp. 6. §. 12. Qua lege apud Saxones constitutum est, quod testamentum Principi oblatum & iudiciale ab ipso testatore offerri debeat, per procuratorem speciali mandato instructum vero nequeat? nulla prorsus, sed observantia v. TITII *Jus Privat. L. 7. c. 3. §. 16.* CARPZ. p. 3. c. 3. d. 23. n. 7. STRVV. Ex. 32. rb. 9. STRYK. in not. ad *Lauterb. Tit. Qui testam. fac. poss.* BERG. *Oecon. Jur. L. 2. r. 4. §. 2. p. 337.* PISTOR. *part. 3. q. 28.* BERLICH. *part. 3. concl. 4. n. 28. & seqq.* Eset procul dubio melius, si *L. 19. C. de testam.* usu veniret. Partium disputationes non raro ita sunt comparatæ, ut tam causa principalis, quam articuli incidentes decisionem requirant, etsi vero una sententia utrumque expediri queat, partes etiam hoc petant, attamen sententia, quæ sequitur, non nisi interlocutoria est, ut nova imploratione sententiaque opus sit. Qua lege hoc dictum est? nulla profecto, sed observantia. In summa, si omnes, quæ a superstitione Juritica coluntur observantiæ in aliquod volumen compingantur, monstrum horrendum inde oriturum esse, nemo dubitat.

§. IV.

Videamus etiam exempla, ubi leges extraneæ, in quibusdam dicationibus receptæ, ab aliis vero unius ejusdem Reipublicæ dicationibus, usu & observantia repudiatæ, vel etiam leges domesticæ curatius servandæ, neglectæ sunt. Non erit dividuæ, congruum in medium proferre exemplum, licet alibi expressum. Non incelebre aliquod Collegium *Mens. Sept. anno 1709.* minorem etiam in negotiis judicialibus, tutore nondum excusso,

excusso, in integrum restitui posse, observantia permissu censuit. Verba sententia, huc facientia ita sonant: Ob wohl der l. 13. §. 5. C. de Judic. klare Masse giebt, daß in actibus judicialibus denen minoribus das beneficium restitutionis in integrum nur in subsidium & excussis tutoribus zustatten komme &c. Diweil aber dennoch die mehrern Rechts- Lehrer in den Gedanken stehen, daß auch in actibus judicialibus einem minori, bevor er seinen curator besanget, die restitutio in integrum nicht zu versagen &c. Pariter, si quis in actione reali possessionem neget ac in negando tamdiu persistat, donec probatio possessionis ex parte actoris facta sit, tunc pena inficiationis est, ut a mendace in actorem res transferatur, dominio licet nondum probato. l. f. ff. de R. V. §. Nov. 18. c. 10. adeo, ut petitorium in possessorium degeneret, & is, qui antea possessionem negaverat, rei vindicationem instituere debeat, si jus aliquod sibi competere existimet. Quæ pena mendacii nec hodie cessat BRVNN. ad d. l. n. 7. A Facultate Virembergensi quoque *Mens. Jan. 1700.* in eam sententiam pronunciatum est. Sed hanc legem usu fori attendi, negant *Lipsenses.* Vid. WERNH. *Obs. 150.* BERG. *Suppl. Tom. II. pag. 297.* MENCK. in *Theor. & Prax. Pandect. Tit. de Rei Vind. ubi præjud. F. J. L. Mens. Septemb. 1706.* Cum alias demisso ac humili cultu Jus Romanum prosequantur Interpretes & leges, in eo contentas, Non-Viu repudiari non posse credant, nec facile cæmentum ex ruderibus illius Juris proficuum spernant; qui factum est, ut has aliasque leges dimiserint? At vero tam potens est observantia. Neque leges domesticæ ab illa superstitione debi-

debitum sibi cultum polliceri queunt, uti Magnif. HOR-
NIVS in *Differ. ad §. 8. Resol. Grav. Tit. von Consistorien*
Sachen §. 5. observat. Imo non pauca sunt rescripta
& mandata singularia in *Corpus Saxonicum* non relata,
quæ secure a quovis ignorantur, adeoque nec usu ser-
vantur, donec forte fortuna aut commoda occasione
aut causa ita exigente a quopiam in Forum producta
fuerint.

§. V.

Multa quoque sunt observantiæ interpretativæ,
verum rationibus & æquitate carentis, specimina. Duo
saltem hic sufficiant. Qua lege terminus productionis
cum testium tum instrumentorum peremptorius est?
ut productione in termino præfinito non facta, pœna
desertionis locum habeat & semel eo præterlapso, mora
ne quidem in continenti possit purgari? vid. RIVIN. *ad O.*
P. S. T. 24. En. 8. MENCK. Disp. Proc. 13. §. 17. MYNSING. cent.
2. observat. 99. n. 1. & seqq. GRÆV. lib. 1. pract. conclus. 91. n. 6.
FELIN. in cap. licet causam. 9. n. 15. & seqq. X. de prob.
bar. nulla, sed interpretatione usuali extensiva, sicut
hoc ostendit BERG. in Oecon. Jur. L. 4. r. 24. §. 15. not. 9.
p. 1084. Elect. Disc. For. p. 737. seqq. In instrumento gua-
rentigiato, cujus tenorem alia manus scripsit, alia sub-
jectum nomen, is, qui manum & sigillum recognoscit,
ad diffessionem contentorum regulariter non admitti-
tur, nisi indicia falsi appareant. BERG. in Suppl. ad
Elect. Proc. Tit. 25. Part. 1. Supplem. 6. p. 295. & 543. RI-
VIN. ad O. P. S. Tit. 25. Enunc. 24. 25. 26. 28. FAB. in Cod.
lib. 9. tit. 18. defin. 1. CLAR. in pract. §. ult. quæst. 2. n. 4.
HEIG. part. 1. quæst. 39. n. 40. CARPL. in Proc. Jur.

Tit.

Tit. 23. a. 1. n. 45. & 49. SWENDEND. ad Fibig. p. 125.
 Nam usus (1) O. P. S. *Tit. 25. f. 2.* Weil es auch & Ord.
 Prov. de Ao. 1555. Tit. verfahte Brieff und Siegel, verba:
 Daß ein jeder die brieflichen Urkunden, welche sein
 Gegentheil wieder ihn produciret, wenn sie gleich nicht
 seine Hand und Siegel haben, vor sich und durch sei-
 nen Mandatarium zu recognosciren, oder in der Person
 endlich zu diffiren, daß er nemlich weder Hand noch
 Siegel kenne, angehalten wird: so lassen wir es bey
 solcher eingeführten Gewohnheit bewenden, late h. e.
 non saltem de subscriptione nominis, sed materiae sive
 tenoris instrumenti, cui subscriptum, interpretatur,
 eamque interpretationem (2) in natura instrumenti li-
 quidi scopoque actoris, qui in illo se fundat, & cui ad-
 missa tenoris diffessione nimis magnum generaretur
 præjudicium nec non (3) in natura subscriptionis, quæ
 consensus in id, cui subscriptum est, inducat, funda-
 tam esse putat. j. CARPZ, *Proc. Jur. Tit. 14. art. 2. n. 62. segg.*
 BERG. *Part. 2. Supplem. 5. p. 541. 542.* SWENDEND. *ad*
Fibig. pag. 724. 725. Verum, uti certum est, quod exi-
 stente verosimili fraudis indicio ad diffessionem con-
 tentorum, recognita manu, admittendus sit reus, quan-
 quam etiam in adprobandis falsi præsumtionibus usus
 fori sæpe sit difficilis: ita putem, in casu, quo alius in-
 scio reo tenorem conscripsit, reus subscripsit, tunc sive
 indicia falsi adsint, sive non, æque audiendum esse, si
 recognita manu tenorem diffiteri velit, quia jure po-
 sitivo diffessio contentorum agnita manu neque ex-
 presse permilla, neque prohibita, sed tota res rationi-
 bus ex natura rei desumptis expedienda est. Nam (1)

C

alter

alter textus faltem jubet executionem celeriter fieri, modum vero agnoscendi ſcripturam & diffidendi non determinat; alter modum procedendi quidem offendit, ſed generaliter, nec utrum ex parte diffiteri liceat, an totum agnoscendum aut diffidendum ſit, definit, ſic concidit obſervantiæ ratio prima. (2) Nec obſtat ratio ſecunda. Nam ſi quis & tenorem ſcripſit & nomen ſuum ſubſcripſit, tum res & æquitas manifeſte exigunt, ut plena fiat recognitio; ſi neutrum ab ejus manu proſectum ſit, tum omnimoda diffeſſio; ſi vero nomen quidem ille appoſuerit ſed contenta eo ignaro & invito ab alio ſcripta ſunt, tunc, quoad nomen ſubſcriptum, recognitio, quoad tenorem diffeſſio fieri debet, cum alias vim velut negotiis humanis faciamus: nam natura objecti repugnat, ſi partes ejus, auctore & materia diverſas, uno eodemque modo tractemus & utrinque uniforme officium a reo exigamus. Hinc non obſtat, quod actor, in liquido instrumento ſpem ſuam collocans, ſcopo ſuo excidat, ſi, facta contentorum diffeſſione, reus abſolvatur: nam reus jure ſuo utens actori non facit injuriam; præterea non majus actori generatur præjudicium, ſi reus diffitetur tenorem & agnoſcit ſubſcriptionem, quam ſi diffitetur utrumque, ſi quidem indoles proceſſus executivi in genere ita eſt comparata, ut a perjurio rei ſæpe victoria dependeat, quin & conſiderandum eſt, quod homo, qui factorum conſcientia, fide ac religione parum commovetur, eadem facilitate manum ſive ſubſcriptionem nominis, qua contenta ſive tenorem, diffiteri queat. Multo minus (3) obſtat ratio diſſidentis obſervantiæ tertia, nam nimis

mis violenta est præsumtio, qua is, qui agnovit subscriptionem, etiam censetur adprobasse tenoris conscriptionem, non a se, sed ab alio profectam. Qui subscriptionem agnoscit, sed contenta diffiteri paratus est, is potius vere, quam falso juraturus præsumitur, nam si perjurum committere vellet circa tenorem, quid opus ille haberet recognoscere manum, cum eadem facilitate & manum & contenta inficiari possit, nec ab homine sanæ mentis præsumendum sit, quod altera parte delictum evitare, altera vero ultro in illud ruere velit. Quid igitur obstat, quo minus agnitionem manus & diffessionem contentorum dividi, causis, ex quibus falsum probabiliter colligitur, allegatis, admittamus? Sola superstitio: nam ad observantiam ultimato hic omnes provocant.

§. VI.

Plura desideras exempla? Observantiarum & hujus generis Superstitionum plena sunt omnia. Adhuc unum commemorare libet. An remissio conjugis bigamum a pœna ordinaria liberet, ut hoc in adulterio simplici fieri solet, quæritur. Vfus negat, ideo quod bigamia testante *Constit. Crim. Art. 121.* adulterio gravior delictum sit, & leges de intercessione conjugis ejusque effectu sileant. v. CARPL. *P. 2. qu. 66. n. 39. seqq.* MATTH. WESENB. *in comm. manuscript. ad Const. Elect. Sax. 20. part. 4.* quem refert & sequitur DANIEL MOLL. *ibid. n. 4. vers. Et hoc quidem casu.* Rectius affirmant TITIVS *in Jur. Priv. L. 6. c. 9. §. 15.* BERG. *in Oecon. Jur. pag. 828.* WERNHER. *Obs. 189.* ubi prolixum adducitur præjudicium. Nam bigamia gravior delictum saltem est ex hypothese papali, qua bigamus

violat, quod posteriori conjunctioni accessit, sacramen-
tum, pro quo matrimonium a pontificiis habetur; mul-
to minus stringit altera ratio, quod *Lex Imperii & Con-
stit. Elect. Sax. 20. part. 4. in fin.* de intercessionem conju-
gis & remissione sileant, nam si lex intercessionem ejus-
que effectum non impedit, cur, quæso, citra legis præ-
scriptum illa remissio negatur? conf. WERNHER. l. c.
O quanta observantiarum barbaries! quippe quæ ho-
minibus etiam vitam adimit.

§. VII.

At inquis, sufficit usum forensem habere vim le-
gis tacitæ, tritumque illud potestatis legislativiæ sym-
bolum:

Sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas.

Sane hoc illud *πεῖστος* est *ψῆδος*, quo vulgaris nititur su-
perstitio. Verum si dicendum, quod res est, *observan-
tiæ Collegiorum Juridicorum nullam habent juris auctori-
tatem.* Ratio peremptoria est, quia ab Imperante saltem
interpretandi leges & applicandi potestas illis data est,
ut taceam gravissima, quæ ex illa hypothesi, quod
enunciata Collegiorum Juridicorum vim legis habe-
ant, in Rempublicam redundant, incommoda, contem-
ptus legum & incertitudo, protelatio litium aliaque, de
quibus late disserit Dn. GRIBNER. *in d. Dissert. de Ob-
serv.* Neque urgeri poterit l. 35. D. de LL. *Quæ longa
consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos ob-
servata, velut tacita civium conventio, non minus, quam
ea, quæ scripta sunt jura, servantur, aut l. 37. in f. Eod.
Optima est legum interpretis consuetudo. & l. 38. Eod. Nam
Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus,*
que

quæ ex legibus proficiuntur, consuetudinem, aut verum
 perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis ob-
 tinere debere. Nam l. 35. uti substrata materia & con-
 textus, scil. *tacita civium conventio*, satis ostendit, non
 loquitur de observantiis Collegiorum Juridicorum, sed
 de illa consuetudine, quæ supposito statu reipublicæ
 populari est lex tacita, ex actionibus populi, vel, si
 etiam de Responsis ICtorum sermo fit, ex his tacito
 populi consensu confirmatis orta. LL. 37. & 38. de le-
 gum latorum interpretatione loquuntur, ubi auctoritas
 Imperatoris vim legis quidem ei tribuit, sed verba legis
 non captanda, ex veris principiis politicis potius ex-
 plicanda h. e. de præsumptione veritatis & auctoritate ali-
 qua, non tamen tali, cui nulla fortior veritas & æquitas
 opponi possit, quæque, licet justiores causæ id suadeant,
 tamen a ICtis non mutari nequeat aut non debeat, in-
 telligenda sunt; imo si legis vim simpliciter iis imperti-
 vit Severus, quod quidem verisimile non est, terminos
 tamen habiles, nempe interpretationem aliquam *perpe-
 tuam* sive constantem & sententiam ICtorum unani-
 mem præsupponit; aut si hoc non est, sanctio specialis
 est, quæ, cum potestas legislativa privatis regulariter
 concedi non solet, ad nostros Imperantes applicari ne-
 quit. Denique apud nos *lex Saxonica Elect.* ne fiant,
 quæ legum auctoritatem sibi arrogent, observantiæ, di-
 ferte cavet. Hoc enim *Resol. Grav. de Ann. 1661. f. 49.*
 satis exponit, quem integrum hic apponere licebit: So
 ordnen und setzen wir hiermit, befehlende, daß kein
 Collegium Juridicum Macht haben solle in den Punct-
 ten, welche nicht mit deutlichen Worten in Constitutio-
 nibus,

nibus, Landes- Gerichts- und Policen-Ordnungen exprimitet, sondern per consequentias und Folgeren daraus gezogen werden wollen, vor sich ohn unser Vorwissen, wieder das andre Collegium ex interpretatione einige observanz (i. e. legem, cui inhærendum & a qua, licet aliud Collegium veriore adstruat sententiam, non recedendum) zu machen, sondern es sollen uns dergleichen Casus dubii jedesmahl aus denert hinc inde angezogenen rationibus Juris eingeyendet und mit Zuziehung der getreuen Landschaft dieselben decidiret werden.

§. VIII.

De Summo Provocationum judicio ambigendum non videbatur, quin illius pronunciata vi legali gaudeant: verum, utut summis tribunalibus major tribuenda sit autoritas, cum nomine Imperantis decident, adeo ut sententia Tribunalis censeatur sententia Principis, tamen & iis saltem facultas secundum jura constituta pronunciandi, non novum jus introducendi regulariter concessa est. STRYK. *Uf. Mod. ad Tit. de Constit. Princ.* §. 4. MEV. *P. 1. Decif. 250. n. 10.* BERGER. *in Disc. For. Supplem. ad Tit. 4. §. 22. X. pag. 1753. 1754.* Peculiare quidem viderur, quod *Sereniff. Elect. Saxonie Christianus II. gloriosissima memoria* circa sententias Supremi Appellationum Judicii quondam constituit, eam nimirum legis dubie interpretationem, quæ semel placuit, literis esse consignandam & in futuris casibus observandam. v. Appellation-Ordnung sub rubr. von des Præidenten oder Beysizers Amt verb: Diemeil aber sonderlich nach Gelegenheit des Sächsischen Rechts viel Thun in dem üblichen Gerichts- Brauch stehet, auch sonst die

die

die Fälle nach unterschiedlichen Umständen, so mit unterlauffen, sich offermals verändern, so sollen unsere Præsidenten und Beysitzer, wenn etwas zweifelhaftes vorfiel, es belange gleich den Proceß oder die merita, dasselbe in gute Acht nehmen, und was man sich in solchen Fall vergliechen, und worauf man erkannt, in ein sonderlich Buch mit Anziehung der Umstände fleißig zusammen verzeichnen, damit man in fünffrigen Fällen sich desto besser darnach zurichten habe und in Urtheln Gleichheit halten möge. Verum his verbis summorum tribunalium decisionibus vis legalis non tribuitur, sed (1) inconstantia saltem & temeraria decisionum immutatio, non vero, si re probius examinata melior se offerat sententia, discessus ab ea prohibetur; hoc enim esset, æquitati & prudentiæ vim facere. Præterea (2) inferioribus judiciis de rebus summorum Tribunalium judicatis non semper satis constat, ac denique (3) illustris Senatus ipso facto veritatem hætenus dictorum comprobatur, siquidem momentis denuo pensatis a prisca præjudiciis utique recedit. v. BERGER. in *Elect. Disceptat. Forens. T. 35. Obs. 7. n. 2. p. 971.* VVLTEJ. in *Consil. Marburg. Vol. 1. Conf. 34. n. 53.*

§. IX.

Oscitantia igitur & simplex persuasio est illorum Advocatorum, qui observantiæ idolo territi rebus judicatis inhererent, de ulteriori causarum examine non cogitant, neque circumstantias &, an concinnior dari queat decisio, inquirunt, aut, licet rationes non cerebrinas, sed bonas & solidas, ob quas verior justiorque forte sententia speranda sit, animadvertant, nihil tamen tentare
au-

audent. Quoties enim factum non est, ut cordatiores Icti in dicasteriis sententiam suam ferentes, solida postulantium discussione moti, inveteratam quoque opinionem mutarint, novaque ratione de jure responderint? conf. ZIGLERVS in *Introd. ad Prax. Forens. c. 5. §. 33.* BERGERVS in *Elect. Disceptat. Forens. p. 253. & in Oecon. Jur. p. 709.*

§. X.

Cæterum licet juris auctoritatem Observantiæ hætenus denegaverim, tamen auctoritatem omnem ei derogatam non velim, quod, ni fallor, *Excell. AVTOR* antea citat. in *d. Differ. de Observ. facere videtur. Sententiam meam, salvo Ejus aliorumque rectius sentientium judicio, breviter exponam. Observantia, si circa legis naturalis veritatem ac præcepta eruenda, positivæ interpretationem aut valorem, utriusque vero applicationem non rite versetur, sed juri aperte repugnet, tum a judiciiis collegiisque juridicis merito abesse debet; si vero recte se habeat, tum major quidem legis auctoritas non erit, quoniam secundum eam pronunciatum est, & ineptum fuerit, ubi lege habemus, observantiam quærere, ac ubi de legum sentu & valore satis constat, de usu forensi dispicere: interim, cum rerum moralium veritas ac perspicuitas suos habeat gradus, non est, cur minimum vim illustrandi atque confirmandi rebus judicatis abjudicare, easque, tanquam veritatis per se radiantis effectus, adspernari velimus; denique si æquitatis & utilitatis argumenta in utramque partem disceptari queant, nec vitæ civilis conditio ferat, ut semper aut statim ad authenticam Imperantis decisio-*

decisionem aut interpretationem quæstio controversa referri queat, & respondendum omnino sit, responsum vero in rationes imbecilliores inciderit: tum observantiæ infirmis rationibus stipatæ iterum nulla debet esse vis aut efficacia, sed tum ipsi judicantes priscam corrigere sententiam &, argumentis denuo examinatis, prout fides ac religio suggerit, æquiores ferre debent, cum alii modeste dissentire, &, quantum in iis est, expositis rationibus accuratori decisioni ansam præbere possunt. Quod si vero in casibus dubiis observantia ratione non contemnenda munita sit, vel argumenta in utramque partem æqualia existant, & in rebus ex plurimum judicio agendis plurima vota valeant: tum illi omnino aliqua auctoritas tribuenda est, auctoritas inquam, non quidem legalis, a qua ipsa collegia recedere nequeant, sed quæ habet præsumtionem veritatis & justitiæ, donec probetur contrarium, aut Princeps sua decisione rem expediat. Ratio est, quia Collegium ab Imperante institutum, & oculi plus vident, quam oculus, quemadmodum etiam amica opinionum collatio, inter plures instituta, id efficere potest, ut vel unus ex pluribus eadem adjutus veriores sententiam inveniatur, ceterosque, si viri cordati sint, in partes trahat, & sic ponderatis causæ momentis tandem majora vota concludant. *L. 39. π. d. R. I. L. 17. ff. 6. π. d. recept. qui arb. rec. L. 19. π. ad munic. fac. R. I. Trev. & Col. d. A. 1512. ff. 7. c. 6. X. de Elect. j. Aur. B. c. 2. §. 6. & f.*

§. XI.

At vero quid ICtorum tribuimus enunciatis, si diversa sint unius ejusdemque territorii collegia, quo
D mur

rum observantiæ nimium quantum sæpe dissident?
 Responderem: regula æquitatis, generatim hæctenus
 circa collegia juridica eorumque observantias adstructa,
 obtinere debet, siye quodvis dicasterium in se ac seor-
 sim spectes, siye dicasteria inter se contendas. Cedat
 superstitio, quæ cervam putat esse Minervam, cedant,
 qui eam progenerant & fovent pravi affectus, cedat
 ambitio æquitati, contradicendi pruritus publicæ utili-
 tati. Indicer collegium collegio dissensus rationes, uti
 recte monet GRIBNER. *d. Dissert. §. fin.* Concedat dis-
 sensio amicæ opinionum collatarum conspirationi, ut
 observantia, ratione subnixâ, in omnibus dicasteriis ea-
 dem sit, non diversâ & incerta, civium rebus commoda,
 non molesta, utilis non damnosa. Sic observantiæ au-
 thoritas nec nimia erit, nec nulla, sed quæ cum æquitate,
 imperio civili, civiumque utilitate consistere potest.
 Atque in hunc sensum dictum §. 49. *Resol. Grav.* explicari
 posse & debere, existimem. Cæterum uti apud nos
 observantiæ collegiorum diversorum consonantes non
 plane desunt, atque exempli loco esse possunt necessi-
 tas clausulæ rati in mandatis, oblatio testamenti per
 procuratorem inutiliter facta, v. §. 3. h. mutatio testamen-
 ti nuncupativi, scripti & judicialis, verbis coram testi-
 bus declarata, CARPL. *p. 3. c. 3. d. 42.* ceu, revocato coram
 Notario & 7. testibus, quorum ille desuper confecerat
 instrumentum, testamento pron. F. J. L. *Mens. Jan. 1714.*
 clausula codicillaris in testamento Parentum præsumta,
 CARPL. *Dec. 155. n. 9. 10. ibique præj. a. L. 38. ff. d. fidei*
comm. bar. L. f. C. fam. berc. Nov. 107. pr. juramenti re-
 latio reservari solita in sententia, parte licet non petente,
 ex

ex officio, CARPL. in Proc. Jur. Tit. u. a. 4. n. 19. aliaque; uti etiam Imperans decisione sua observantias in ordinem redigere potest: ita nihilominus fatendum est, discessionum diffensiones, observantias inde oriundas & superstitiones circa easdem versantes tum cessaturas, cum cessaverit ad dissentiendum proclivitas & homines veritatem magis, quam errores amare cœperint, ut adeo cum aliis hujus vitæ malis observantiæ malum quoque patienter ferendum & cum aliis sectis superstitionis iuridica toleranda sit.

§. XII.

Pergimus ad alteram, quæ veritatem offendit, superstitionem v. §. 1. b. Ad consuetudinem illa pertinet: hanc enim ab observantia, juxta communem Dd. sententiam, separare licebit, quanquam alias utroque termino promiscue utamur. v. TREVTL. V. 1. D. 1. th. g. lit. B. MEIER. C. A. tit. d. LL. th. 44. Consuetudo in genere, & communi sensu, est frequens ejusdem generis actionum repetitio. Porro in jure nostro vario sensu illa accipitur, quas significationes omnes hic evolvere instituti ratio non permittit, conf. TITII Jus privat. L. 1. c. 7. §. 2. seqq. Observantia, de qua antea diximus est species quædam consuetudinis, de qua infra videbimus. Differunt ergo tanquam genus & species. Observantia est consuetudo, quæ indecidendis controversiis forensibus a Collegiis iuridicis servatur, colligenda ex rebus judicatis v. §. 2. h. sed ea consuetudo, quam simpliciter consuetudinis nomine designamus, non de sententiis Collegiorum iuridicorum vi legis tacite destitutis intelligitur, sed de

ceteris hominum actibus in vita civili occurrentibus, sive a singulis, sive ab integris collegiis & universitatibus illi suscipiantur; estque iterum duplicis generis, vel *nuda* sive *exercitium actuum intentione & vi obligandi*, vel *legalis*, sive *lex tacita ex actibus subditorum confirmatis orta*, aut si plenius eam definire velis, *Decretum Imperantis, ex actibus subditorum confirmatis exortum ac in vicem normæ propositum*. j. TITII *Jus priv. d. 1. §. 5.* Consuetudinis nudæ exempla quotidie obveniunt. v. g. Donationes, quæ sunt in memoriam Nativitatis Christi, Pacta dotalia, ac in specie donatio propter nuptias, das *Gegenvermächtniß*, Amicorum conventus statis horis & diebus, Encoenia, societates sagittariorum, aliaque instituta innumera. Sed consuetudinum eminenter & pro lege tacita sumtarum exempla sunt rariora. Eo tamen pertinet. e. g. Tacita Locationis. Conductionis renovatio in immobilibus, quæ Lipsiæ fit, si contrahentes tempestive ei non renunciant, quia immobilium conductores omni tempore haberi non possunt. j. TITII *Jus priv. L. 4. c. 6. §. 3.* Recte etiam ad consuetudinem pro lege tacita sumtam refertur observantia Collegiorum juridicorum, si Principis confirmatio accesserit, nec diserte adjectum sit, quod illæ imposterum norma communis esse debeant.

§. XIII.

Nunc, ut ad superstitionem juridicam redeamus, hæc consuetudinem nudam cum ea, quæ lex tacita est, plerumque confundit, ac consuetudinem nudam non nudam

nudam sed obligantem seu legem tacitam esse cenfet & ostentat. Sic ad consuetudinem non veram sed apparentem pertinet *Spilus fori & solennis formularum concipiendarum modus*, circa quem plerumque, ut TITIVS *L. 1. c. 7. §. 3.* loquitur, *magna superstitio* occurrit. Nam multi vel actuum quorundam solennitatem, vel loquendi scribendique modum & connectendi rationem, hætenus regulariter indifferentem, velut rem æterna lege positam urgent ac venerantur. Sæpe vero jus prohibendi, sæpe jus aliquid ab aliis postulandi vi consuetudinis prætenditur, cum tamen ejus tacite vel expresse ab Imperante confirmatæ veritas probari nequeat. Quæ superstitionis titulo non incongrue notantur. Sic novimus collegiorum opificiariorum consuetudinem, qua ad fornicationem referre, atque propterea ad repulsam dandam moveri solent, si quis ducat in uxorem, quam ante vel ipse vel alius imprægnavit. Sed absurdam esse illam, & contractis nuptiis, maculam, quæ certo respectu subsuit, cessare, quotidie & recte a dicasteriis respondetur. v. GAIL. *Lib. 2. Observ. 141. n. 2.* CARPL. *p. 2. c. 6. d. 12. 13. 14.* BERG. *in Respons. p. 1. R. 137. 257.*

§. XIV.

Cæterum facile est judicium de consuetudinibus, quarum vanitas manifesta, aut quibus vitium aliquod legibus naturalibus & utilitati publicæ contrarium est. Verum ubi actus subditorum liciti & utiles per longum tempus suscepti sunt, ac proinde jus & lex tacita exinde elicitur, tum, nisi conditio actuum a subditis suscepto-

rum, &, an confirmatio Principis accesserit, probe examinetur, facile asseri potest, sæpe etiam solet lex quædam tacita, quæ tamen nunquam extitit. Sic v. g. si alicubi inter conjuges successio ab intestato cum defuncti cognatis ex æqua parte, aut etiam exclusis collateralibus, ex asse, præter regulam communem, cessantibus pactis & statutis, aliquoties exercita fuerit, neque vero confirmatio Imperantis tacita vel expressa accesserit: tum legem tacitam non statim adesse putem, ea enim est legis omnis, adeoque & tacitæ, indoles, ut ab imperio civili, non sola subditorum voluntate illa dependeat.

§. XV.

Causa erroneæ consuetudinis est, quod vulgaris superstitio eam non ex genuino fundamento, sed ex fragmentis Juris Romani rem inadæquate determinantis ac præterea statum reipublicæ popularem præsupponentis æstimare velit. Hinc remedium erroris erit, *consuetudinis pro lege tacita sumptæ indolem ex generalibus de imperio & subjectione principis repetere.* Juxta hæc igitur consuetudo introducitur actibus subditorum, quibus ostendunt, quem in modum legem ferri velint & Imperantis confirmatione, qua deficiente deficit lex, quæ ratio certa & peremptoria est. Consuetudo igitur sive lex tacita nondum sunt actus subditorum, sed confirmatio superioris, seu decretum, quod in usum futurum ex consuetudine oritur atque colligitur, est lex tacita. Quo minus hæc vulgo recte docentur & quo solidior nobis esse videtur doctrina TITII, quam tradit *in iure priv. d. Cap. eo magis operæ pretium erit,*

erit, vulgari superstitioni aliquid hic reponere & laudati
ICTi vestigijs insistere.

§. XVI.

Scilicet ad actus subditorum generaliter requiritur,
ut tales sint, quibus Imperantis confirmatio accedere possit.
Ergo debent esse (a) *rationabiles* h. e. tales, quæ legibus
divinis naturalibus & positivis universalibus non regu-
gnant, C. f. X. d. *Consuet.* TIRAQVELL. *de pæn. temper.*
caus. 47. num. 15. GABRIEL. *Lib. 7. concl. 8. num. 27.* cum
contra has nihil constituere potest Imperans; (b) *ali-*
quoties, minimum bis exerciti, v. GAHL. *Lib. 1. Obs. 36.*
n. 7. RICHTER. *in Conf. p. 1. c. 55. n. 37.* nam alias non
satis apparet, an subditi talem exoptent legem, & si v.g.
actus coram tribus testibus testamentum condendi, bis
in supremo iudicio approbatus sit, quis exinde non colli-
geret normam in usum futurum esse præscriptam? (γ) *uni-*
formes, non difformes & dissimiles, l. 3. C. *de adif. priv. l. 39.*
ff. de Legib. nam actus difformes & fluctuantes nulla se-
quitur confirmatio, vel saltem in illa actuum difformi-
tate vix de approbatione constare poterit, imprimis (δ)
actus debent esse consuetudinis introductivi. i. e. ea inten-
tione a subditis suscepti, ut norma communis adsit:
alias enim actus ex mera libertate vel animo saltem pa-
ciscendi exerciti censentur; cessante vero affectu subdi-
torum votoque habendi legem, cessat quoque occasio
dandi legem, ac insimul Imperantis legem ferendi vo-
luntas. Cæterum, quæ vulgo in SYSTEMATIBVS
de *temporis lapsu* & quod ejus determinatio tam Jure,
Civili quam Jure Canonico *arbitrio judicis* relinquenda
sit, arg. L. 1. §. f. D. *d. jur. del. c. 1. X. de nov. oper. nunt.*
LAV.

LAVTERBACH. *Concl. Forens. Exerc. 2. tb. 12.* traduntur, plane otiosa sunt & inania: nam quid hoc ad iudicem? cum hic de nova lege ferenda quaestio, iudex autem legislator non sit: Imperans vero si actus subditorum confirmare velit, quis potestatem Ejus ac voluntatem certo temporis decursu definiendam aut circumscribendam dixerit? v. SLÜTER, *in libell. germ. de Consuetud. Hamb. 1694. edito tit. 8.*

§. XVII.

Fateor aliud dicendum esse, si Imperans ante consuetudines introductas tempus definiat, intra quod ratae ac perfectae illae censi debeant, tum enim ista definitio in subsidium facta, & lapsus temporis illa determinatione expressus loco confirmationis est, adeo, ut, si antea de confirmatione superioris non constet, post tempus illud elapsum, haec praesumenda sit. An autem in aliqua Republica hoc factum sit, ab affirmante probandum est. In Saxonia intra 30. annos annum & diem consuetudinem introduci testantur CARPZ. *p. 2. c. 3. d. 21.* FACHS. *1. differ. 12.* COLER. *in process. execut. part. 1. cap. 3. n. 29.* & *decis. 21. num. 5.* SCHNEIDEW. *in §. sine scripto 9. num. 5. Instit. de jur. nat. gent. & Civili.* Et in hanc sententiam Ordo Vittembergensis etiam Mens. Nov. 1708. ad requisitionem D. G. L. M. als Gerichts:halters zu Goltis respondit: Würde Dorthea Schertelin, daß sie glaube und davor halte, daß bereits vor 31. Jahren 6. Wochen und 3. Tagen, von Zeit der erhobenen Klage, ein oder mehr actus, der an gezogenen Dorff: Gewohnheit, die Succession der Eheleute betreffend, gemäß, zu Goltis vorgegangen, ver

vermittelst Eides erhalten, also in Supplementum
schweren: so ist derselben die Helffte ihres verstorbenen
Ehemanns Verlassenschaft billig abzufolgen &c.

§. XVIII.

Cæterum cum TITIO *l. c. §. 13.* forassis non immerito dubitamus, an talis lex in Saxonia existat. Nam quæ Doctores in præcedente paragrapho allegati tradunt, ad præscriptionem, non consuetudinem spectant, & tempus illi præstitutum citra rationem ad hanc vulgo trahitur. Certe per centum aut plures forte annos in Saxonia usitatum fuit, contrahi pacta nuptialia & a Sponso sponsæ constitui donationem propter nuptias, sed quis crediderit, consuetudinem obligantem eo ipso introductam esse. j. STRUV. *S. I. C. Exerc. 30. §. 35.* TITIVS *Jur. priv. L. 2. c. 4. §. 18.* BARTH. *Hodeg. Forens. pag. 596. 597.* Sic memini in Academia satis celebri Facultatem Juridicam prohibuisse Doctoribus, quos vocant, extraneis, ne in loco publico affigerent schedulam, qua lectiones suas legum cultoribus significarent, exercitam quoque istam consuetudinem per quinquaginta & plures annos, hoc tamen non obstante a Supremo Senatu Ecclesiastico in causa D. A. F. M. *Mens. Aug. 1795.* & in causa L. C. S. *Mens. Octobr. 1716.* ad laudatum Facultatem, ne illos amplius impedirent, rescriptum esse. Illud concesserim, post longum temporis lapsum ab Imperante intentionem agentium, si justam gravemque causam subesse deprehendat, non facile subversum iri: at ita fallacia causæ ab interpretibus committitur, dum causæ occasionali aut impellenti, scilicet lapsui temporis, legis tacitæ inductionem tribuunt, cum hæc

E

tribu-

tribuenda erāt sententiæ postea secutæ, tanquam causæ proximæ ac principali. Nimirum sententia in tali casu lata non declaravit, ob lapsum temporis jam adesse consuetudinem obligantem, sed lapsus temporis est causa quæ actus confirmationem suadet, & legislatorem movit & impulit, ut alteri agentium parti assentiretur. Igitur ante sententiam lex tacita, ex temporis lapsu oriunda, nondum adfuit, uti vulgo creditur, sed post sententiam latam demum lex tacita existit, aut etiam expressa, si diserte additum fuerit, velle Imperantem, ut idem in casibus imposterum obventuris observetur.

§ XIX.

Quod ad confirmationem Imperantis attinet, hæc, si consuetudo sit tantum *privativa*, ex *sola* ejus *scientia* colligi poterit, si vero *dispositiva* aut *correctiva*, tum sola scientia non sufficiet, sed actu positivo, quo Imperans alteri contradicentium parti assentitur, opus erit. Ratio disparitatis est, quoniam in consuetudine *privativa* res inter imperantem saltem & subditos agitur. Neglectum ergo legis si ille impune permittit, eo ipso legi valorem ademisse censendus est: at vero in consuetudine *dispositiva* & *correctiva* duæ subditorum partes adsunt, quarum altera actum in vim normæ communis evalescere vult, altera renititur: tum si de Imperantis confirmatione constare debeat, sola ejus scientia non sufficit, sed, præter illam, actus aliquis positivus, ex quo confirmatio eliciatur, seu ex quo appareat, cui contradicentium parti Imperans accedat, necessarius est. Plerumque confirmatio illa erit actus

ex-

expressus v. g. si testamentum coram duobus testibus conditum, aut successio vidui, exclusis uxoris defunctæ fratribus, cæterisque in linea collateralis consanguineis, confirmetur: nec est, quod objicias, ita non affore legem tacitam, sed expressam; licet enim confirmatio sit actus expressus, ideo tamen consuetudo lex tacita esse non definit. Nam aliud est: actum aliquem diserte confirmare, aliud: normam ita agendi imposterum observandam præscribere. Illud fit expresse, hoc tacite. Scilicet, ex diserta unius alteriusve actus confirmatione, ob generalitatem, quæ subest, & paritatem rationis, elicitur norma communis, seu hæc propositio: *Volo ut imposterum hic testandi, hic succedendi modus observetur.* Secus eam ob causam est, si Imperans sententiæ suæ diserte adjiciat, quod præsens confirmatio imposterum velut norma communis observari debeat, tum enim non consuetudo, sed lex expressa hac occasione exoritur.

§. XX.

Non abs re erit, sententiã nostram exemplo forte non incongruo illustrare. Procuratoris negligentia v. g. quando fatalia non observat, aut litem non rite contestatur, principali sive mandanti nocet, *l. Si procurator 10. C. de Procur.* nec ille regulariter restituitur. *l. 13. §. 11. C. de judic.* Videtur enim dominus intuitu adversarii sui, dum homini negligenti negotia commisit, in negligentiam ejus consensisse. Verum sic consensus non usque adeo liquidus est, æquitati enim magis conveniens, soli procuratori negligentiam imputare, eum arbitrarie punire ac processus restitutionem domino concedere. *j. TITII Obs. Laurerb. 92.* Sane in tribunali

Wismariensi hoc fieri consuevit testante MEVIO *P. 3. Dec. 207.* atque ut talis lex in Saxonia quoque feratur, ex parte Ordinum Provincialium anno 1699. & 1697. & summo provocationum senatu suafum, referente BERG. *Disc. For. t. 7. p. 279.* In eo omnes fere Dd. consentiunt, quod principali sive mandanti detur regressus adversus procuratorem, & si solvendo non sit, subveniantur per beneficium restitutionis in integrum, ne adversarius ex alieno dolo vel culpa locupletior, dominus vero pauperior reddatur. SWEND. *ad Eck. Tir. de Procur. §. 12.* GAIL. *Lib. 1. Obs. 45. num. 6.* CARPL. *p. 1. C. 1. d. 23. & L. 3. Resp. 4.* BRVNN. *ad l. 10. C. de procur. n. ult.* BERG. *ad Lauterb. p. 97.* HARTMANN. *PIST. part. 1. quæst. 36.* Hinc, si quis restitutionem petierit, eamque consecutus sit, an exinde in futuris ejusmodi casibus ob paritatem rationis lex tacita asseri queat, quaeritur. Ego id affirmarem, ex fundamento antea supposito. Non multis abhinc annis contigit ejusdem generis casus in Judicio Mercatorio Lipsiensi, ubi reus mercator, culpa Advocati, non clare & perspicue, sed confuse ad unum aliquem libelli articulum respondentis, pro confesso & convicto declaratus erat, postea vero, a Potentissimo Rege & Electore nostro sub dato Dresden den 21. Jul. 1711. ad Serenissimum Governatorem & Consiliarios intimos, ita rescriptum: Uns hat der Kauffmann von Leipzig Gerhard Berthold gezeigend vorgestellet, welcher massen er in seinem wider den Kauffmann Kampffen geführten Proceß bloß aus Versehen des Advocati, welcher sich nicht deutlich genug eingelassen, und also in einer blossen und schlechten forma-

formalität pecciret, aus dem Schöppenstuhle daselbst eine niedrige und ihm sehr præjudicirliche sentenz erhalten habe, mit angehengter unterthänigster Bitte, ihn, da er keine die Haupt-Sache und merita causæ betreffende correction verlange, sondern sich darinnen ganz willig denen rechtlichen Ausprüchen unterwerffe, nur in demjenigen, was sein Advocatus versehen und verderbet, in integrum zu restituiren. Nun sind wir zwar wohl erinnert, was bey dergleichen Fällen die in unsern Landen eingeführte Proceß-Ordnung und die Observanz vermögen; wir finden aber auch zugleich, daß es eine sehr harte und betrübliche, vornehmlich aber der Kauffmannschaft höchst præjudicirliche Sache sey, wenn ein in Rechten nicht erfahrner Mann sein ganzes Haab und Guth in währendem Processe der Discretion eines Advocatens dergestalt übergeben soll, daß er, woferne dieser aus Bosheit oder Versehen den gehörigen Fleiß in Beobachtung dergleichen formalien oder fatalien nicht angewendet, dasselbe ohne sein Verschulden mit dem Rücken anzusehen kan genöthiget werden: Immaffen Ew. Edden und Euch nicht unbekannt ist, was bey uns eine getreue Landschaft dieserwegen zu mehrern mahlen vor Vorstellungen gethan, und, daß diese allzu harte Verordnung und Observanz möge geändert werden, unterthänigst gebethen, nicht weniger supplicante unterschiedene Exempel angeführet hat, bey welchen in dergleichen Fällen auf die restitutionem in integrum ohne Bedencken erkant worden ist, wir begehren dannenhero gnädigst Ew. Edden und Ihr wollen nicht allein gedachten Vertholden

tholden *contra* Kampffen, was das Versehen seines *Advocati* anbelanget, in *integram restituere*, und hierauf gleich, als ob von dem *Advocato* niemahls etwas versehen worden, in der Sache ferner verfahren und, was *Rechtens* ist, ergehen lassen, sondern auch verfügen, daß unsere *Proceß-Ordnung* in diesem *Punct*, so viel möglich, nach der natürlichen *Billichkeit* erläutert, mithin ein unschuldiger *Principal*, bloß aus Versehen seines *Advocati*, die sonst gerechte Sache zu verlieren nicht gemüßiget, auch der *Advocate*, welcher in *Bertholds* Sache nicht gehörigen *Fleiß* angewendet, gebührend bestraffet werde. *Certe, si Imperans illam sententiam contraria ex post facto voluntate non revocavit, putem, adesse legem expressam, ob, additam clausulam: sondern auch verfügen ꝛc. Quod si vero dicta jam verba non essent adjecta, existimarem adesse veram consuetudinem & normam communem imposterum observandam, verbis: gedachten Berthold ꝛc. tacite præscriptam.*

§. XXI.

Cæterum id quoque ex hætenus dictis facile intelligitur, sententiis & rebus judicatis inferiorum judiciorum, aut etiam Collegiorum juridicorum pronuntiatis, illam vim non inesse, ut consuetudinem obligantem contineant, nam laudata judicia & collegia interpretandi quidem & applicandi, non legem ferendi aut abrogandi potestatem habent: hinc ad confirmandas, ut exinde lex tacita oriatur, consuetudines solæ sanctioris senatus, aut etiam Regiminis Provincialis der Landts-Regierung (si modo eidem hæc data est potestas) sententiæ

rentiæ sunt idoneæ. Equidem varia hinc & inde exempla traduntur, ex quibus constare videtur, in Saxonia res judicatas inferiorum judiciorum confirmandis, ad effectum legalem, consuetudinibus suffecisse: sed ista me non movent, nam laudatæ sententiæ, non operantur consuetudinem obligantem sive legem tacitam ferunt, sed consuetudinem sive legem tacitam jam perfectam esse declarant, ex hypothesi, quod 30. annorum, anni & diei ex novissimo actu numeratorum lapsus, confirmationem Imperantis, si hæc nondum accessit, suppleat aut præsumere jubeat: nec aliter se habet exemplum. §. 17. adductum.

§. XXII.

Quæ hætenus de superstitione circa observantias & consuetudines diximus, ad *Jus Privatum* pertinent, at neque *Jus Publicum* ab illa vacat. Sicuti enim leges Imperii fundamentales non leges proprie dictæ, CONRING. ad *Lampad.* 3. 2. 12. STRACH. *Diff. Exot. Jur. Publ.* 4. 1b. 27. sed conventiones sunt, inter Imperatorem & Status Imperii initæ, quibus præsens imperii status formatur, illæ etiam in expressas distinguuntur, quæ consensu verbis declarato & tacitas, quæ tacito ex factis colligendo constitutæ *Observantia* seu *Consuetudo Imperialis* des Reichs Herkommen appellantur: ita ab iis, quibus leges publicæ leges proprie dictæ, & status imperii veri sunt subditi, conf. VI-TRIAR. *J. J. P. L.* 4. tit. 4. §. 103. & VINDIC. CASTIG. §. 81. 82. celebratissimam hæc observantia non potest non pro vera lege haberi, cum tamen ex conditione leges illas constituentium, nempe, Procerum coim-peran-

perantium, satis liqueat, *Observantiam Imperialem esse tacitam conventionem ab Imperatore & Statibus diuturno usu initam, qua varia ad statum publicum pertinentia determinantur, quam definitionem latius persequitur TITIVS in Spec. Jur. Publ. Lib. 2. c. 8. §. 2. Add. CARPL. de Leg. Reg. German. cap. 3. Sect. 1. LIMN. ad Capitulat. Ferd. IV. Artic. 7. num. 8.* Deinde laudata observantia pro tacita conventionem habeatur; nimis tamen a Scrip- toribus Juris Publici eadem extollitur & adoratur, cum non dixerim semper, sæpiusculum tamen inane nomen sit, & exempla, quæ circumferri solent, vel dubia sint, vel expressa constitutione deinceps secuta, aut aliqua ratione status, adeoque meta libertate Statuum fulciantur. Sic requisitum in Imperatore eligendo, ut sit *natione Germanus*, rectissime ex observantia deducunt KVLPIUS in *dissert. d. Observ. Imper. §. 17.* HERM. HERMES. *c. 8. qu. 10.* ac ejus veritatem ex affectu Germanorum aliorumque gentium TITIVS repetit & probat in *Spec. Jur. Publ. L. 5. c. 1. §. 41.* Sed dubia est observantia, quæ ab Electoribus in controversia circa potestatem concipiendi capitulationes allegatur. conf. RACHEL. *Diss. de Capitul. c. 3. §. 23.* AVTHOR *der Grundfeste p. 3. c. 3.* CONRING. *Diss. de Capitul. tb. 25. seqq. TITII Spec. Jur. Publ. d. l. §. 8. 9. 10.* Ius autem eligendi Imperatorem Electoribus olim vi observantiae competens post expressam CAROLI IV. sanctionem in *A. B. c. 1. & seqq. c. 2.* non amplius ex consuetudine & observantia, sed ex lege expressa, scilicet *A. B.* derivandum est. Quando vero requiritur, ut Imperator eligendus sit *persona illustris*, hoc nec lege expressa nec observantia nititur, neutrum

neutrum enim probari potest, potius ab *utilitatis respectu* seu *ratione status* dependet, quæ apud incautos & superstitiosos legem mentitur, ut amplius hoc ostendit *TITIVS. in VINDIC. VITRIAR. CAST. f. 238. KVLPIUS de Observ. Imp. §. 22.*

§. XXIII.

Restat, ut videamus, quomodo *veris etiam legibus vel plus justo, vel aliud, quod iis haud convenit, tribuat* Superstitio v. §. 1. Maxime hoc conspicitur in æstimatione legum extranearum. Et multa quidem hic moneri possent, paucis vero rem expedire oportebit, ne præsens disputatio in pleniorum tractatum excrescat. Superstitio juridica (1) in *Jurisprudencia docenda discendaque Jus Romanum tanquam Jus aliquod universale fundamenti loco supponit*, atque juri extraneo & subsidiario primas defert, jura principalia vero per saturam addit, aliena, obsoleta & inutilia anxie tractat, domestica & magis necessaria plerumque negligit, in specie res naturali ordine non exhibet, sed confusum chaos objicit, (2) *naturalia & positiva non discernit*, sed illa Romanis in acceptum refert, Romana cum divinis confundit, aut ea, quæ alias omnibus gentibus communia sunt, Romanis tribuit & vice versa Romana gentibus obtrudit. Sic remedium ex *lege diffamari s. C. de Ingen. manumiss.* inventum Juris Romani esse creditur, variaque circa illud suaviter disputantur, cum tamen generali æquitatis principio, quo in alterius præjudicium sine causa nihil faciendum est, nitatur. Dogma de Tutelis, Emptione Venditione, Locatione Conductione aliaque maximam partem sunt juris naturalis,

F

aut

aut alias principia omnibus gentibus communia, ex parte saltem a Jure Romano amplius determinata, sed pauci hæc distinguunt. Hinc sæpe etiam de Legum Romanarum decisionibus, ex jure naturæ generali utilitatis principio deductis, dicitur quod illæ adhuc hodie suum habeant usum atque ita pronunciaverit *Facultas Juridica*, *Scabinatus*, *Summus Provocationum Senatus*, quasi vero hoc esset praxis Legum Romanarum, quod est praxis Juris naturalis, cujus præcepta & immutabilia sunt, & omnes gentes obstringunt. E contrario sanctiones Romanæ seu positivæ v. g. l. 16. §. 2. *D. quod met. caus. l. 23. ff. ad L. Aquiliam. l. 21. §. 5. ff. rerum amor.* quibus obligationes ex delicto venientes, quatenus damni restitutionem exigunt, in heredes non transeunt; nisi sub variis limitationibus j. LAVTERB. *C. F. de O. & A. juris naturalis esse creduntur, cum tamen huic sint contrariæ. v. TITH Jus privat. L. 1. c. 17. §. 31. 32. 33.*

§ XXIV.

Porro superstitio illa (4) ipsum *Jus Naturale infestat*, ac infelicem non solum existimat præsentem Jurisprudentiæ periodum, ubi plus operæ quam olim Juri Naturæ impenditur, sed etiam in scenam producit infelicem Thuanum juniorem, qui exemplo suo, apud SIRIVM *Histor. Ital. p. 1194.* docuit, wie schädlich es auch einem Staatsmann sey, sich dessen zu rühmen, daß er kein Jurist sey, und sich nur auf das *JUS NATURÆ*, *GENTIVM* und gesunde Vernunft zu verlassen, ut ait TABOR. *de Confrontat. Disp. 3. tb. 19.* Nec audiendi sunt superstitiosi homines, qui isthac hypo-

hypothesi Jurisprudentiam incertam fieri crepant aut æquitatem cerebrinam ogganniunt; tantum enim abest, ut illi, qui Jus Naturæ commendant, leges positivas eliminatas velint, ut potius laudati studii abusum improbent, si quis nempe in generalibus illis semper subsistere, nec ad specialia legum humanarum decreta quoque descendere velit, aut in explicatione thematum Jurisprudentiæ particularis specialium ad ultima æquitatis fundamenta (quæ præsupponenda erant) recurrat, eademque prolixè recenseat, v. TITII *Prolegom. ad Observ. Pufend. §. 42.* Quod vero objectionem de æquitate cerebrina attinet, hæc ad genuina Juris naturalis dogmata non spectat, ubi non abstrusæ subtilitates sed indubia æquitatis principia supponuntur. (5) Ad hæc *Jus Romanum in subsidium esse receptum*, dicit quidem Superstitio, *revera autem pro universali & fundamentali jure illud habet*, adeo ut ex eo alia jura explicanda & restringenda esse sibi persuadeat, CARPZ. l. 6. *Resp. 49. n. 19. & p. 1. Decis. 63. n. 16. Exempl. vid. apud ZAS. in L. properand. vers. sive autem alterutra C. d. Jud. n. 20.* qua de re Cap. sequ. pluribus videbimus. Sed falsam esse hanc persuasionem, ex historia receptionis, natura rei & genio liberarum gentium patet, ac recte jam a SINCERO in *Dissert. Epistol. de Usu Leg. Germ. p. 34. 62.* THOMASIO, TITIO, BEYERO aliisque admonitum est. (6) Denique *quasvis veritates v. g. logicas, physicas aliasque propriis jamjam principiis suffulcras, ex Legibus Romanis repetit.* Quod errore veritas non amittatur, vel probari vel egregie illustrari solet ex l. 6. *D. ad municip.* Quod is, qui vult finem, velit etiam

media, arg. l. 2. *D. de Jurisdic.* ostenditur. Quod
 impotibile nullas obligatio, nesciremus, nisi hoc
 nos docuisset l. 185. *D. de R. J.* Quod Reipublicæ interfit,
 ne quis re sua male utatur, est principium politicum,
 sed tum demum de veritate ejus constat, quando allega-
 tur §. 2. *J. de His qui sui vel al. jur.* Quod virgo, quæ
 menstruum non patitur, non sit sana, puellæ & Medici
 nostri didicerunt ex l. 15. *π. d. Ædil. Edict.* Quod ætas
 centum annorum finis sit longævi hominis, ex l. 56. *ff.*
de Usufr. illustratur, imo forte probatur. Quod in toto
 & pars contineatur, credendum non est, nisi allegetur
 l. 13. *D. de R. J.* & id genus alia. Inde fieri non potest,
 quin (7) *otiosa legum allegatio ubique fere occurrat.* Ve-
 rum plura sunt hujus superstitionis effectus & specimina,
 quæ brevi recensu hic expedire vix licet. Quod autem
 illa omnia tum solidiorem cognitionem impediunt, tum
 vitæ practicæ, si non semper directe, per indirectum
 tamen vel damnosa vel saltem molesta sunt, proluxa pro-
 batione forte non indiget.

CAPVT III.
 DE SVPERSTITIONE JURIDI-
 CA CIRCA INTERPRETATIONEM
 ET APPLICATIONEM LEGVM.

§. I.

Altera superstitionis proprie dictæ summa species,
 atque alias *Superstitio*, sine addito, dicitur, quæ
in modo Numen colendi vel maxime sese exerit, dum
 vel

vel ipsum Numinis mandatum in ejus cultu se sequi homines existimant, per errorem tamen falsamque imaginationem non recte illud intelligunt, aut ultra, quam par erat, extendunt, vel in solo cultu externo ac religione superficiali acquiescunt, vel cultum quendam externum sibi fingunt, qui nec mandato divino specialiter nititur, nec generali, adeoque *ἰεροθεσμική* audit. Forte non incongrue cum illa comparabis Superstitionem Juridicam, quæ circa legum Interpretationem & Applicationem versatur, si quidem Interpretatio & Applicatio superstitionis perversum quoque objectum suum colendi modum prodit. Nam per falsam imaginationem & coecam legum venerationem male interpretatur illas, maleque applicat, & licet, quod ad omnia momenta sigillatim spectata, cum superstitione proprie dicta non conveniat, in genere tamen certum est, quod ob perverfam seu nimiam erga leges reverentiam hæc vel non recte intelligat, aut nimis extendat, vel saltem externis verborum schematibus inhærens circumstantias & rationes legum rerumque connexarum insuper habeat, vel ubi legis obligatio deficit, tamen obligationem sibi fingat & moralitatem aliquam interpretando applicandove molitur, id quod certo modo cum *ἰεροθεσμική* seu cultu sponte effecto comparare poteris. Cæterum interpretatio superstitionis & applicatio plerumque sunt conjunctæ, hæcque ex illa fluit, hinc uno capite absolvamus.

§. II.

Interpretatio Juridica est voluntatis juridica (h. e. legum actuumque humanorum) factis vel verbis declarata

rata expositio. Distinguitur in *authenticam*, quam facit Imperans l. 1. & ult. C. de LL. & hæc toties adhibenda, quoties de mente Legislatoris non apparet ECKOLD. ad n. 1. de O. J. §. 7. *usualem*, quæ ab usu forensi dependet v. l. 37. 38. D. de Leg. & *doctrinalem*, quam facit homo privatus. Illa & ista certis regulis non adstringuntur, *doctrinalis* vero, quæ est *voluntatis juridicæ factis vel verbis declarata per probabiles plerumque, aliquando etiam certas, conjecturas seu ratiocinationes facta expositio.* Authenticam & Usualem nonnulli haud agnoscunt pro vera Interpretatione, quod vel regulis interpretationis doctrinalis nitatur, & tum sit ipsa interpretatio, sed si Imperans ita interpretetur, ea sit *nova potius voluntas*, si *ususforensis*, aut *mutatio legis*, aut *consuetudo*. j. BEYER. in *Posit. ad Instit. Tit. de Jurisprud. & Jur. pos. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17.* Putem tamen sustinere se posse vulgarem divisionem, quippe spectandum non est, an regulis interpretationis utatur Imperans aut usus, sed an velit interpretari. Quod si igitur cum regulis interpretandi sensus explicatio conveniat, tum doctrinalis ea quidem est, intuitu medii & fundamenti interpretandi, sed non intuitu subjecti sive personæ, quæ facit interpretationem, atque hoc respectu potius est *authentica*, aut *usualis*, quia vel ipse Auctor legis vel usus forensis interpretatus est; si vero genuinis interpretandi fundamentis illa repugnet, tum ideo non statim est *nova lex* aut *mutatio legis*, sed *eadem interpretatio*, quoniam hæc neque Auctoris neque consuetudinis interpretativæ fuit intentio, ut *nova ferretur lex*, aut *lex lata mutaretur*, sed ut *lex seu voluntas antea obsecu-*

obscurior proposita fiat clarior & subditis magis innotescat, quamquam in effectu & ex accidenti ita fieri queat & soleat, ut nova lex hac occasione eveniat.

§. III.

Sed redeundum est in viam. Quid sit interpretatio juridica superstitiosa, nunc quæritur. Respondeo: quæ ob coecam & ultra rectam rationem procurrentem legum venerationem genuinas interpretandi regulas negligit. Quæ vero sint illæ regulæ, hic præsupponitur, interim vid. THOMAS. in der Vernunft = Lehre, EJVSD. Inst. Jurisp. div. Cap. de Interpret. TITIVM in Jur. privat. L. 1. c. 17. Nec hætenus refert doctrinalis sit interpretatio an usualis, nam utraque a Superstitione sibi cavere debet. Et licet cap. præc. jamjam interpretationis facta sit mentio, ibi tamen superstitionem consideravimus, non quatenus ipsa male interpretatur, sed quatenus observantiam male interpretantem cæco impetu colit, ac eam pro lege aut ejus interpretationem pro infallibili statim habet; at hic de interpretatione loquimur, quæ ab ipsa Superstitione proficiscitur. Interpretatio igitur, quæ ex Superstitione juridica oritur, non una ratione perversa est. (a) *Vitia legum non observat* (b) *nullas antinomias statuit* (c) *leges domesticas ex legibus extraneis, ac speciatim Romanis, explicat atque restringit* (d) *verba legum tam domesticarum quam extranearum nimis captat, circumstantias & rationem legis non attendit.*

§. IV.

§. IV.

Superstitio, dum interpretatur, *viria legum non agnoscit*, sed corrupta quæque in censum legum utilium refert. Sic Jus Romanum decisiones egregias in æquitate naturali & regulis prudentiæ fundatas continere, certum est, at non minus certum ac notum est, quod passim quoque habeat sanctiones iniquas, v. g. l. 5. §. 1. C. ad L. Jul. Maj. qua innocentes perduellium filii infames ac omnium successionum incapaces fiunt, innumeris autem subtilitatibus, otiosis restrictionibus, molestis ambagibus, variis ambiguitatibus, multisque erroribus abundet. v. CVRT. l. 8. c. 6. n. 28. c. 8. n. 18. Neque vitiiis carent jura domestica. Sic cum æquitate non satis convenit *art. 29. 37. Land R. lib. 2. in verb. kommt aber ic. ubi res inventa, si spatio 6. hebdomadam non repetatur, tertiam partem inventori, reliquas duas magistratui cedit.* COLER. *ad cap. de quarta 4. numer. 83. in fin. X. de præscript. Juxta Ordin. process. judic. Sax. rit. 18. §. Ferner die relation belangende in fin. is, cui relatum est jusjurandum, & jusjurandum calumniæ & relatum simul præstare debet;* ZOBEL. *p. 1. differ. 24. n. 2. SCHNEIDEWIN. ad §. item si quis postulante. ii. n. 94. Inst. de Action. quæ quidem sanctio rationem non habet, nam juramentum calumniæ in relato seu principali continetur, qui enim jurare potest, adversarium sibi aliquid debere, is eo ipso utique satis ostendit, quod non malitiose ab eo exegerit juramentum, quod nihil debeat; frustraneum est jurare de calumnia, si jurare potes de causa principali. Merito igitur, inquit TITIVS in Observ. Lauterb. 334. iste juramentorum*

zorum abusus tollendus esset, & BERGER, qui idem observavit in *Oecon. Jur. L. 4. z. 25. §. 8. not. 2. p. 112. in fin. addit: quod velim diligentius aliquando attendant iudices, ut inane iurjurandum evitetur.* Otiosa quoque est constitutio in *O. P. S. Tit. 51. §. 13. 14.* cur enim arrestum impetratum bis de una quaterdena in aliam renovandum, & cur anticipatio, ut anticipans ordinem præscriptum mutare queat, non permissa, imo si id, quod præfinito temporis puncto agendum erat, citius agatur, nec statim tempore deinceps repetatur, noxia est? *add. RIVIN. ad d. Tit. Enunc. 26. nemo sane vel micam necessariæ rationis afferre poterit. conf. BERG. Part. 2. Supplem. Tit. 51. pag. 1003. BARTH. Hodeg. Forens. cap. 3. pag. 569. lit. b. BERLICH. part. 1. conclus. 74. n. 132. Hinc subsistere omnino arrestum, licet prima statim vice arrestum renovans exhibeat libellum, rectius arbitrantur MOLLER. Lib. 2. semestr. 11. n. 3. ZANGER. de except. part. 3. cap. 1. n. 268. RAVCHBAR. p. 1. quæst. 3. n. 21.*

§. V.

Deinde quoties in Jure Romano *legum pugnancia* occurrit, superstitio nullas *antinomias* statuit, ac Corpori Juris eadem absurditate, qua Pontifici Papæ, infallibilitatem tribuit. Fatemur, contradictiones non esse temere asserendas, nam textibus probe examinatis plerumque saltem contradictiones *apparentes* deprehenduntur i. e. propositiones sunt particulares, aut de diversis plane loquuntur casibus, interdum etiam altera, quæ videtur esse universalis, non est nisi indefinita, cui altera, quæ particularis est, opponi non debet, cum non aliud sit quam exceptio a regula, & sic specialia generalibus regulariter debent anteponi *v. l. 80. ff. de R. I.*

G

Aliquan-

Aliquando vera quidem subest *contrarietas*, sed propositiones tempore sunt inæquales, atque tum voluntas posterior est præferenda priori. j. l. 4. π. de *Constit. Princ.* Interim tamen non est, quod cum STRAVCHIO putemus, *præstare quidlibet causari, quam aliquam antinomialiam statuere.* Dantur antinomialiæ nec multæ, nec nullæ. Nam si *propositiones contrariæ*, quæ eundem habent casum, contrariam tamen decisionem, *tempore sunt æquales*, tum piaculum non est, statuere antinomialiam, ac alteram propositionem, quæ veritati est magis consentanea, præferre, alteram repudiare: nam sententias revera sibi contradicentes, quæ sitis variis coloribus & vanis distinctiunculis, velle conciliare, inanis labor est. Ne autem *αὐμβολος* hic discedam, unicuique sufficiet exemplum. Pignus a non domino constitutum non valet l. 5. 6. C. Si alien. res pign. dat. convalescit tamen si non domino constituti succedat verus dominus. l. 22. ff. d. Pign. Obstat l. 41. π. de *pignorat. action.* & veram adesse antinomialiam ostendit TITIVS in *Observ. Lauterb. 655.* Recte, inquit, pronuncia- vit MODESTINVS in l. 22. π. de *Pignor.* nam adest dominium & domini consensus ex hereditatis aditione colligendus -- hinc ab hoc tempore pignoris validitas merito asseritur: quod attinet obstantem legem 41. de *pignor. act.* veram hic esse contradictionem exinde liquet, quod iisdem fere verbis idem casus proponatur, & tamen contraria decisio detur, accedit quod vulgares conciliandi modi ¶. ZOES. ad π. quæ res pignor. dar. poss. examen rigidum non sustineant, nec tam textus explicant, quam torqueant, quicquid etiam dissentiat STRAUCH. *Exerc. 13. §. 22.* Interim

Interim dissentientis PAULI nulla erit habenda ratio, quia in applicatione principiorum generaliorum, jure quoque Romano probatorum, lapsus est. — Nimirum, generale principium est: Quoties Dominus habilis in oppignorationem consentit, toties pignus valet. Jam subsumere licebit: in casu, ubi non Domino oppignoranti verus Dominus succedit, talis consensus adest, qui nempe ex aditione colligitur, ergo quoque pignus valebit. Sed Paulus principium illud ad casum praesentem quadrare, seu consensum domini in pignus subesse, negat, verum non probat &c. Ulteriore sententiæ probationem & ad objectiones responsonem vid. apud EVND. d. Observ.

§. VI.

In specie tum se exerit superstitiosa Interpretatio & Applicatio, quando jura iisque innexa instituta Germanica ex jure Romano, alioque extraneo explicantur & restringuntur, cum tamen ex rationibus domesticis h. e. statu reip. genio populi, institutis, moribusque domesticis explicatio petenda sit. Sic utrum Domino homines proprios occidere & servos mercenarios verberare liceat, aut Domina famulam honeste viventem appellans meretricem injuriarum condemnari debeat, a nonnullis ex §. 2. *J. de His qui sui vel al. jur.* explicatur & deciditur. Verum æque ex principiis Germanicis antiquis jus vitæ ac necis ac olim ex jure Romano Dominis competiit. v. TACIT. *de mor. Germ. Cap. 25.* hodie vero non ex dispositione *d. Tit.* sed principiis Germanorum recentioribus jus vitæ ac necis non competit: potestas vero modica homines proprios & servos mercenarios vel verbis vel verberibus coercendi regulariter est penes Domi-

Dominos, RHETZ. in *Disp. de Miseric. intemp. cap. 4. n. 28.* in quibusdam autem provinciis ac locis mores eandem potestatem denegant. conf. HOPP. ad *Instit. d. Tit. & THOMAS. in Usu Pract. Inst. d. 2.* Jus detractionis, vulgo *Abzugß: Geld*, est facultas Superiori competens detrahendi certam portionem de bonis, quæ ex nostra jurisdictione in alium locum transferuntur. v. BERLICH. *part. 3. conclus. 52.* SCHVLT. in *addit. ad MODEST. PISTOR. part. 3. quæst. 124. n. 122.* SCHEPLIZ. in *consuet. March. part. 3. tit. 8.* Hujus juris originem nonnulli ex legibus Romanis deducere conantur, scilicet ex *l. 16. ff. de Jur. patron. Tit. C. quand. & quibus quarta pars deb. quem affert SCHWEDER. Introd. in Jus Publ. part. spec. sect. 3. c. 15. §. 24.* in specie ex Augusti vicesima hereditatis *l. f. C. de Edict. Div. Hadr. toll. j. l. 2. §. 44. ff. d. O. F.* ibique GOTHOFR. in *not.* Sed ille textus loquitur de Jure Patroni bona liberti ab hoc in fraudem ejus alienata revocandi, *iste* de quarta hereditatis parte a curia petenda, si quis curiali succedit, qui non est decurionum numero, *hic* de vicesima parte hereditatum & legatorum, ob maxima bellorum impendia, detrahenda & fisco inferenda, deinceps Nervæ, Trajani aliorumque constitutionibus recisa atque reducta, & tandem penitus sublata. j. BERLICH. *part. 3. concl. 52. n. 3. seqq.* GOTHOFR. ad *d. l. f. C. de Edict. Div. Hadr. toll.* Vnde statim apparet nullam esse comparisonem inter *l. 16. ff. d. jur. patron.* revocationem & nostrum jus detractionis, quod ad casum translationis bonorum unice pertinet. Hinc moribus Germanorum & constitutionibus provincialibus hoc suam dedet originem, sicuti ejusmodi mores

mores in tota fere Germania vigere testatur GAIL.
L. 2. Obs. 36. n. 9. BESOLD. *in Thesaur. Pract. v. Abschoß*
 MEV. *ad Jus Lubec. part. 3. tit. 2. art. 4. n. 11.* WEHNER.
Obs. Pract. voc. Nachsteuer.

§. VII.

Sæpe vero in supersticiosa illa interpretatione fallacia causæ committitur. v. g. *O. P. S. Tit. 36. §.* *So wollen* jubet, *ut victus in expensas condemnetur*, quod ex jure civili restringendum esse ajunt, nisi justam litigandi causam habuerit, per *Nov. 82. c. 10.* Eo enim casu compensari solent, ita, ut neuter litigantium expensas alteri restituere teneatur. HARTM, PIST. *part. 1. quæst. 11. n. 1.* ENGELBRECHT. *ad ff. de Re Jud. th. 28.* Sed hic & regulam & restrictionem ex jure naturali esse, manifestum est, & confunditur Jus Romanum aut Justinianæum qua tale sive positivum cum doctrina juris naturalis, que in eodem occurrit. Sic consensus curatoris fæminarum Saxonicarum *ad exemplum tutorum* tempore celebrati negotii interpositus esse debet & ratihabitio, actu celebrato, nihil operatur, JACOB. *dissert. de curat. mulier. Sax. hab. Lips. 1688. c. 5.* CARPZOV. *P. 2. C. 15. d. 30. 31.* MENCK. *Disp. Process. 6. §. 9.* quæ otiosa quidem, sed molesta quoque est subtilitas. Quid autem in praxi interfit, leges ex propriis declarare an alienis principiis, tum demum plenius intelligitur, cum ejusmodi casus in vita civili occurrunt, ubi alter ex jure Romano, alter ex rationibus domesticis objectum controversum interpretari conatur. Sic jure civili arbor in confinio posita est communis, quatenus in utriusque vicini fundo radi-

ces egit §. 31. *F. d. R. D. l. 7. f. ult. ff. de A. R. D.* adeoque non rami sed radices eo jure spectantur. Vñ vero vix crediderim, ulli genti se adprobasse subterraneam illam radicum investigandi rationem, conf. HUBER. in *Prælect. ad F. d. R. D. f. 25.* ita moribus Germaniæ & imprimis jure Saxonico arbor illius est, in cujus fundo oritur, sic tamen, ut rami pendentes in aere, qui est super aream vicini, sint in hujus domino, aut certe in ejus potestate utendi, ita ut illos succidere possit pro lubitu, SCHNEIDEWEIN in *f. si Titius 31. n. 5. Inst. de Rer. Divis.* WESENBEC. in *parat. ff. de gland. legend. & fructus decedentes in fundum illius ex ramis arborum vicini ab ipsum pertineant, art. 126. Weichbild art. 52. l. 2. Land-R. wo ein Baum breitet die Zweige in eines Mannes Hof, der Herr mag ihn wohl verhauen, ob er will: und steng Obst in seinem Hof, ist zu Recht sein.* COLER. *part. 1. Decis. 25.* REINH. *part. 6. differ. 12.* Atqui ante aliquot annos duo vicini disputabant de succisione ramorum in alterius agrum propendentium. Is, in cujus agrum rami porrigebantur, de damno sibi exinde nascituro aut nato questus, ramos propendentes succidere volebat. Sed dominus arborum inter alia, quibus succisionem se prohibere posse putabat, argumento illo præcipue nitentur, quod jus provinciale, cum utatur vocabulo Hof, succidendi facultatem vicino tribuat, saltem intuitu prædii urbani, non rustici, quale objectum controversum hic erat, at vero nequidem propter identitatem rationis extensionem juris provincialis fieri posse, cujus quippe dispositio esset correctoria juris communis adeoque strictissime

Etsi interpretanda. Verum Facultas Jurid. Vitem-
 bergens. in responsio mens. Mart. 1705. ad consultationem
 alterius edito ostendebat vocabulum: Hoff, lingua Saxo-
 nica antiqua utrumque prædium in genuino significatu
 suo notare. Verba Responsi, huc pertinentia, hujus te-
 noris erant: Wenn nun gleich ihr in den Gedanken
 sehet, daß die Sächsischen Rechte, so dießfalls ver-
 handen, und nicht von Aeckern, sondern des Nach-
 bars Hofe disponiren, auf gegenwärtigen Fall nicht
 zu ziehen, in Erwägung, daß angeregte *Dispositio*
juris Saxonici correctoria juris communis §. 31. F. de Rev.
Divis. l. 26. §. 2. D. de A. R. D. dergleichen Fura aber
streitigste zu interpretiren, und auf keinen andern
Fall, als von welchem sie ausdrücklich verfasst,
zu extendiren, l. 14. D. de LL. l. 27. C. de Testam. -- Gail.
L. 2. Obs. 32. -- dennoch aber und dieweil -- in meh-
 rer Betrachtung, daß das Wort: Hof in seinem
 eigentlichen Verstande ein jedes prædium, folgentlich
 auch die Aecker bedeutet, v. *Webner. Pract. Observ.*
lit. H. v. Hoff, und auf diese Weise insgemein von
 denen Rechts-Gelehrten obige *Fura interpretiret wer-*
den, Carpzov. p. 3. c. 32. def. 25. Coler. p. 2. dec. 25. --
 So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß ihr
 die Abhaunng solcher Aeste eurem Nachbar mit Be-
 stande Rechtens nicht verwehren mögen. *B. R. W.*
v. WERNHER. obs. p. 2. obs. 426. At quid dicendum
fuisse, si vocabulum Hoff lingua Saxonica saltem no-
taret prædium urbanum, nonne interpretatio extensiva
locum habuisset? putem, cum paritas rationes adsit, ex-
ensionem admittendam esse. Nam vulgaris opinio,
 quod

quod jura Saxonica ex jure civili sint declaranda aut plane restringenda, nullo fundamento nititur, nisi veteri illa superstitione, qua multi jus Romanum velut oraculum venerantur, nec latum ab eo unguem discedunt. Deinde veritati non est consentaneum, quod jus Romanum a Saxonico corrigatur: vid. PHILIPP. *Uf. Pr. 7. l. 2. Eclog. 31. ARVM. ad A. B. Disc. 4. §. 16. in fin. Disc. 6. §. 33.* Nam (1) stat juri Saxonico sua auctoritas præ jure civili in locis, ubi antiquitus illud obtinuit, nec juris civilis ibi alia, quam subsidiaria erit auctoritas, nisi probatum, explosas esse Saxonum consuetudines, & jus civile ibi exclusive esse receptum. Exemplum hujus rei novissimum Ducatus Magdeburgicus suppeditat, ex quo jus Saxonicum proscriptum & ejus loco Romanum introductum est. BERG. *Uf. act. pag. 71.* (2) Jus Romanum in Germania actu primo eo usque receptum censetur, quoad juri patrio non adversatur. (3) Si est jus Saxonicum antiquum, scire velim quomodo lex antiquior possit corrigere legem postea demum receptam. (4) Si est jus Saxonicum Electorale novum, cur hoc, utpote jus principale, corrigat jus aliquod extraneum subsidiarium? nam qui aliquid recipit in subsidium, is illud hactenus in statu quo relinquit & asservat, donec usus ejusdem aliquando fuerit necessarius: illa igitur juris Romani a jure Saxonico facta correctio in nuda vanaque speculatione consistit. Denique & hoc falsum est, quod jura correctoria sint stricte interpretanda. Nam leges correctoriæ æque aptæ sunt ad recipiendam interpretationem laxam & strictam, hinc non saltem ad id respiciendum est, quod sint correctorie, sed ex consuetis inter-

interpretandi fundamentis judicandum, in quem sensum illæ sint accipiendæ. v. TITII *Observ. Lauterbach.* 312.

§. VIII.

Notabile declarationis ex jure Romano factæ exemplum occurrit in contractu mutui, ubi quæritur, an usuræ currant a die numerationis, von der Zeit des Darlehens, an demum ex die institutæ actionis, von der Zeit der erhobenen Klage? Quod usus contractum illum principiumque germanicum, quo ille dirigitur, ex jure Romano explicare, nec usuras, nisi ex pacto *R. I. d. An. 1654. f.* Anreichend die künftigen Zinsen 174. aut mora in pecuniæ solutione adhibita *R. I. d. An. 1600. f.* So viel nun 139. adjudicare soleat, *BERG. ad Lauterb. pag. 493.* STRYK. *ad Lauterb. pag. 643. ad verb. sensus.* ECKOLT. *ad Tit. ff. de Usur. §. 6. in fin. cognitum perspectumque habeo, quid natura contractus ex principio Germanico suadeat, etiam constat. Verum est, quod Jure Romano usuræ non debebantur, nisi per stipulationem, h. e. solemnem contractum verbalem, promissæ l. 3. C. de Usur. l. 1. ff. de R. C. l. 17. ff. de pact. l. 9. C. de non num. pecun. l. 24. ff. de P. V. Ratio illius juris est, quia mutuum est contractus realis, §. un. f. d. Obl. quæ ex cons. qui solo consensu expresso vel tacito non perficitur, sed præter consensum rei traditionem requirit, pr. f. quib. mod. re contr. oblig. l. 2. §. 4. ff. de R. C. adeoque conditionem certi ex mutuo non producit nisi quatenus datum est l. 3. C. de Usur.; deinde quia est stricti juris, adeo, ut neque pactum nudum in continenti adjectum obligationem producere l. 17. pr. ff. de Pact. j. l. 24. ff.*

H

de

de P. V. licet alias pacta nuda in continenti adjecta vi sua non destituerentur l. 7. §. 5. D. de Pact. Cur autem strictam interpretationem hic sectati sint Romani, & cur Prætor in processu antiquo formulario formulam judici pedaneo dandam illi interpretationi accommodaverit, ejus rei rationem necessariam haud invenies, nisi forte maximus usurarum abusus, qui cives Romanos aliquando vexabat, ut ex TACITO L. 6. *annal. c. 16.* & CICERO *lib. 5. ad Att. Ep. ult.* apparet, eos ad illam legislationem permovit. Sed non minus verum est, quod contractus Germanorum ex principio Germanico: Ein Wort, ein Mann, quod naturale est, & vi cujus quilibet consensus serio datus efficacem obligationem producit, interpretandi, illo etiam jure usi sint Germani, antequam jus Romanum iis innotuit, nec verosimile videatur, eos hac in parte principium juri naturali & candori antiquo fideique convenientissimum repudiasse, adde, quod alias communis Doctorum sententia in foro etiam recepta pacta Romanorum nuda hodie exulare & ex omni pacto serio & deliberato inito (supposita tamen persona alias ad contrahendum habili, exclusisque impedimentis consensus, errore, metu, dolo &c.) validam nasci actionem, STRYK. *V. M. ff. de Pact. §. 1.* GVDELIN. *de F. Novis. lib. 3. cap. 5. j.* GROENWEG. *ad L. 10. C. de Pact.* Cessante vero Romanorum principio, cessabit & contractarium, h. e. mutuum apud Germanos non erit contractus realis, sed consensualis, & cum hodie, quantitate usurarum æqua moderadaque R. I. d. A. 1654. §. 111. reichend. *Rescript. Torgav. d. A. 1583. 1. von wucherlichen Contr. atque Mandat. de die 30. April. 1671.* definita, cessent

cessent incommoda, quibus olim afflicta fuit Respublica Romana, cessentque odia inde exorta: hinc mutuum non amplius est contractus stricti juris seu strictæ interpretationis, sed bonæ fidei, neque jus Flavianum nos exercet; denique cum usu hominum contractus fermentur & plerumque mutuum sub lege solvendarum usurarum detur, ideo de exigendis dandisque usuris tacitum regulariter subesse pactum præsumendum, ac a die numerationis usura præstanda erit. SCHILTER, *Exerc. 35. th. II. TITIUS in Jur. priv. L. 4. c. 8. §. 2. & 15.*

§. IX.

Nec est, quod objicias, stante hac hypothesi Germanos non æque humanos fore ac Romanos. Nam hos quidem non ex humanitate, sed ex aliis causis facultatem exigendi usuras stipulationum solemnitati adstrinxisse, antea ostensum est, deinde inverso argumento dicendum, humanitatem & grati animi officium esse, præsumere mutuum sceneratitium, inhumanitatem vero esse, re creditoris mutuo accepta non saltem uti sed & gratis uti, inhumanitatem, velle, ut creditor, dominio rei suæ in debitorem translato, sortis consumendæ periculum subeat, & velle simul, ut gratis etiam hoc faciat: hinc uti, locationem conductionem sub lege mercedis initam præsumere, iniquum non est, ita ob rationes jam datas cum æquitate & humanitate omnino stare poterit, mutui naturam præsumere non gratuitam sed sub conditione usuræ solvendæ initam, atque adeo usuram a die numerationis esse præstandam. Interim usus forensis contrariam hactenus hypothesin sectatur,

H 2

&

& in *Consil. bybern. 1684.* supremum Senatum censuisse, in mutuo usuras deberi demum ex die institutæ actionis, refert BERGER. in *Oecon. Jur. L. 3. r. 9. f. 8.*

§. X.

Ad rem præsentem forte faciet, commemorare hic interpretationem aliquam privilegii a Rege Bohemiæ ULADISLAO *Civitati Gorlicensi die 12. Maj. An. 1496.* indultæ, in quo certa forma, mortis causa disponendi, præscripta. Nimirum ultimarum voluntatum negotia multis fraudibus ac circumventionibus rixisque inde ortis antea fuerat exposita: cui malo ut obicem poneret Uladislaus, singularem hanc ferebat legem, ut quælibet ultima voluntas aut donatio mortis causa fieret coram *duobus* minimum & juratis dictæ civitatis *senioribus*, Senatusque *actuarius* æque jurato, iisdem ad hoc rogatis, idque sub pœna nullitatis. Quæ vero circa ultimam voluntatem tempore pestis declarandam in eodem privilegio definita sunt, lubens hic prætermitto. Verba tamen privilegii quatenus huc facere videntur, hic apponere juvabit: *Uladislaus Dei Gratia, Hungariæ, Bohemiæ, Dalmatiæ, Croatiæ Rex, Marchio Moraviæ, Laurenbergensis & Silesiæ Dux, Marchio Lusatia, memoria commendamus, quibus expedit universis. Quia intelleximus, Cives, incolas, & habitatores oppidi nostri Gorlix in infirmitate constitutos, ac etiam alios, per nonnullas personas plerumque non sine fraude ac dolo & frustra circa circumventionem hactenus ad testandum inductos esse, ac etiam aliquando adhuc induci, debitis solemnitatibus inibi*

inibi minime adhiberis, in heredum ac alias legitime succedentium non modicum præjudicium, ita, ut etiam ipsæ ecclesiasticæ & aliæ personæ se aliquando in executores testamentorum deputari procurent, in testamentorum ejusmodi sive ultimarum voluntatum occultationem, intermissionem & plerumque protelationem: unde sæpius variae lites & controversiæ subortæ sunt, & suboriri formidantur, in grave damnum & jacturam Reipublicæ ibidem. Nos igitur fraudibus & dolis hujusmodi, periculisque animarum obviare, futuras controversias & errores præscindere volentes, supplicationibus humillimis dictorum civium, incolarum & habitatorum inclinati, ipsis quoque civibus, incolis & habitatoribus de competenti remedio providere cupientes, hoc privilegio, perpetuis futuris temporibus valituro, statuimus, ordinamus, maturo consilio & deliberatione præhabita, & ex certa nostra scientia: quod in quibuscunque testamentis, codicillis, vel qualibet alia ultima voluntate seu donatione mortis causa, aut legatis quibuscunque etiam ad pias causas, per cives, incolas, habitatores dicti oppidi, sive sanos sive in infirmitate constitutos, nunc & pro tempore instituendis & ordinandis, ad minimum DUO & jurati ex CONSULIBUS dicti oppidi, nec non ipsorum Consulium SCRIBA, sive NOTARIUS, etiam juratus, ad hoc rogati, in majus robur & firmitatem præmissorum interesse debeant & teneantur: alioquin testamenta, codicilli, ultimæ voluntates, institutiones heredum, substitutiones vulgares sive pupillares, donationes, seu legata quæcunque, per quoscunque in dicto oppido aliter ordinatæ & institutæ, nullius sunt roboris ac momenti. Cætera vide in celeberr. Dn. GROSSERI Lausitzischen

H 3

Merck:

Merckwürdigkeiten, Part. I. pag. 158. 159. ubi totum exstat privilegium.

§ XI.

Nunc ut ad scopum deveniamus, casum a *Scab. Lips. Mens. Dec. 1701.* ad interrogationem decisum hic supponere libet. Uxor hortulani cujusdam Gorlicensis, morti vicina, marito præsentem injunxerat, ut suæ, ex sorore nepti æque præsentem post suam mortem vel binos in agro Gorlicensi communi opera ac impensa quæsitos hortos cum 300. thaleris reliqueret, vel ipsi 300. thaleros solveret. Promiserat id uxori maritus, & jurato promiserat, sed eadem mortua viduus personæ honoratæ præstanda præstare recusabat. Quærebatur, utrum forma testandi privilegio sancita, in præsentem vero casu non observata, ultima voluntas esset invalida, an privilegio non obstante ex *l. f. C. de Fideicommiss.* qua ultima voluntas hæredi præsentem, ut fideicommissum præstet, declarata subsistit, nec aliud, nisi legitima probatio requiritur, agi posset? Affirmabant quæstionem laudati Jcti obsequentes decidendi rationes: d. a. d. alle Privilegia, so von den gemeinen Rechten abweichen, strictissime nur von den Fällen, davon sie deutlich reden, anzunehmen, und dannhero nicht dafür zu halten, daß der legislator denjenigen besondern modum disponendi juris civilis, in quo ipse heres sibi judex constituitur, wolle verworffen haben, absonderlich da der finis privilegii, ut fraudes & doli, futuræque lites, rixæ, controversiæ & errores præscindantur, ebenfals erhalten wird; der ganze Context auch angezogenen privilegii ausweiset, daß es nur von denen Casibus handele, da durch glaub:

glaubwürdige Personen ein letzter Wille darzuthun, nicht aber wie durch die Eides- Delation so fort der Sachen abheffliche masse gegeben werden möge; So wäre Helena Elbelin über angeregtes fideicommiss Elten Winklern, des angezogenen Privilegii ungeacht, den Eid nach Anleitung des *l. f. C. d. fideicommiss.* zu deferiren wohl befugt. vid. RIVIN. *ad O. P. S. Tir. 18. Enunc. 8. pag. 583. seqq.* Prima decidendi ratio est, quod privilegia, quæ a juri communi recedunt, stricte sint interpretanda, altera, quod, ultima voluntate juxta privilegium *l. f. C. de fideicommiss.* declarata, scopus privilegii Uladislai, ut scilicet fraudes & controversiæ præcendantur, itidem obtineatur; tertia, quod ex toto privilegii contextu pateat, de iis saltem voluntatibus ultimis, quarum veritas per homines fide dignos probari debet, non de aliis, quarum probatio juramento statim expediri potest, sermonem esse.

§. XII.

Affirmarem cum Dn. SCABINIS quæstionem, sed, salvo restius existimantium judicio, putaverim, in sola ratione secunda & tertia decisionis cardinem verti, primam vero, si de juribus Romanis in commune subsidium receptis intelligatur, otiosam aut per fallaciam causæ hic suppositam esse. Nam in præsentî casu ad privilegii sententiam & interpretationem res redit. Occasio & causa impellens laudatæ ordinationis erant fraudes & solemnitatum ultimis voluntatibus adhibendarum neglectus, scopus autem, ut dolus rixæque vel impedirentur, vel præciderentur. Ex his sequitur, legislatorum ad illos, casus, ubi ex voto testatoris legantis aut donan-

donantis ultima voluntas testimonio hominum fide dignorum stare debet, variæ autem fraudes intervenire ac lites exinde oriri solent, respexisse, circa illum vero casum, ubi veritas sola heredis aut legatarii scientia nititur, solaq; juramenti delatione ostendi potest, nihil disposuisse; nam in hoc ultimam voluntatem declarandi modo ipse heres sibi iudex constituitur, sic cessant fraudes & rixæ; jurjurandi delatione heredi facta, veritas expediri potest, sic præciduntur lites: ac proinde utroque respectu obtinetur finis privilegio intentus, licet modus in eodem determinatus abfuerit. Jam si casus controversus in laudato privilegio definitus non est, merito ejus decisio ex alio jure desumitur. Et vero jus Romanum in d. l. rem expeditit, hinc salvo privilegio illud in subsidium vocari potest. v. BERGER. *Oecon. jur. lib. 1. tit. 1. §. 28. n. 1. pag. 33.* CARPZOV. *Prax. Crim. Q. 42. num. 25. & P. 3. Decis. 288. num. 20.* Jus Romanum igitur privilegium non restringit, quod per fallaciam dictum esse videtur, sed supplet. Ac ut speciatim circa rationem primam observem, quod observandum videtur, vulgatum illud, quod justa statutoria ita sint accipienda, ut quam minimum a jure communi abeant, TIRAQVELL. *de LL. connubial. gloss. 2. n. 23. post. pr.* JAC. SCHULT. *lib. 2. quæst. pract. 65. n. 32. & seqq.* in se quidem verum est, quippe jura particularia permisisse censetur Imperans, salva, quantum fieri potest, juris communis & principalis auctoritate: sed a vulgari superstitione regulam istam, intuitu juris Romani, male applicari existimem. Jus Romanum enim non est jus commune principale, sed commune subsidiarium, ex quo jura domestica,

utut

utut singularia, non restringuntur, sed saltim supplentur: quod ultimum sane in allato quaestionis casu & intuitu privilegii Gorlicensis factum est.

§. XIII.

Antequam finiamus hanc de Interpretatione, ex alianis principiis petita, meditationem, subnectere placet affinem de feudis Lusaticis observationem, quæ licet ad interpretationem supersticiosam proprie non pertineat, tamen, quantum interfit ex rationibus domesticis rem explicare, ostendet. Notum est, feuda Lusatica esse *alienabilia* ex privilegio FERDINANDI *de Ao. 1544.* & quod largius est MAXIMILIANI II. *de Ao. 1575.* add. ORDINAT. FEVD. JOH. GEORG. I. *de Ao. 1653.* §. Anlangende die Clausul. Reservatum tamen est *jus protimeseos* illis agnatis, qui ex privilegio Maximiliani usque ad septimum gradum jus succedendi impetrarunt, uti cautum legitur in *Ordinat. feudali* §. Als erklären wir, verbis: Dieweil aber in unser confirmirten Lands: und Amts: Ordnung gewisse Verschung wegen der Näher Geltung und Verkaufss des nächsten agenten in alienationibus judicialibus gethan, lassen wir es billig, so viel das *jus protimeseos* anbelanget, dabey verbleiben, nam *Ordin. provincialis de Ao. 1583.* diserte caver: In Verschung und Verkaufung der Güter sollen dieselbe denen Mitbelehnten gegönnet und vor andern gelassen werden. *An vero Domino quoque Jus protimeseos competat,* quaestio oritur. Nihil hac de re diserte cautum est in jure feudali Lusatico. Unde JCI celeberrimi hic dissentiunt, referente THOMASIO in *Dissert. de Feudo alien.* Jam A. 1679. JCI Francofurtenses

I

Domi-

Domino jur προτιμήσεως abjudicarunt, duabus rationibus in eam sententiam ducti (1) quod possessoribus Lusaticis absque Domini consensu libertas feudum alienandi competit & (2) eo ipso Domino jus προτιμήσεως ademptum sit. Sed JCtis Vitenbergensibus anno 1701. in responso, ab Excell. HORNIO in *Append. 2. n. 1. ad Jurispr. feudal.* relato, ad quod communiter provocari solet, longe aliter visum est. Hi enim jus προτιμήσεως Domino quatuor potissimum rationibus asseruerunt, nimirum (1) quod Domino id debeatur ex jure communi 2. f. 9. neque illi negatum sit per jura specialia Lusaticæ (2) quod jus προτιμήσεως in omni feudo, etiam improprio, Domino competat, atque in favore consolidationis fundatum sit *arg. l. f. C. d. bon. Emphyz. Et arg. 2. f. 9. §. donare*, uti vero dominium directum ad naturam & essentialia feudi pertineat, ita jus προτιμήσεως ejus sit consecrarium (3) quod feuda in uno impropria, v. g. quoad alienabilitatem, maneant tamen propria in altero scil. in dominio directo & jure προτιμήσεως (4) a jure alienandi ad jus protoemtionis non sit necessaria consecutio, cum hoc illi non officiat.

§. XIV.

Si nostram qualemcunque sententiam addere licet, existimarem, superesse quædam fundamenta in institutis Lusaticis obvia, ob quæ Domino laudatam προτιμήσεως denegandum videatur. Antequam vero eo progrediamur, circa rationes antea allatas pauca adnotare lubet. Rationes responsi Francofurtensis a JCtis Vitenbergensibus refutatas esse putem; quod deinceps, quod ad horum fundamenta, quibus protoemtionem Domino vindici-

vindicant, attinet, primum recte se habet, nam, si verum est, quod hic deficient rationes domesticae, merito ex jure subsidiario decisio desumitur, aut etiam ex jure communi vel Electorali Saxonico, atque sic bene se habebunt rationes reliquae; nam ex consueta feudorum natura illae utique fluunt. Verum si indolem feudorum Lusaticorum, ut par est, ex jure publico speciali h. e. statu Lusaticae publico, ad quem in quaestione de sensu legum privatarum utique respiciendum est, repetas: tum abesse quidem nequit dominium directum, sed quoad jus *προτιμήσεως* aliter fortassis pronunciandum erit. Nam in sunt hujus provinciae rationibus quaedam singularia, sive nobilitatem Lusaticae spectes, sive civitates municipales. Ad statuum provincialium auctoritatem & splendorem composita est territorium regendi & justitiam administrandi ratio, in comitiis & consiliis ad rem publicam pertinentibus magna est procerum auctoritas, & licet iis non competat sententia decidens, suffragium tamen eorum deliberativum negligi non solet, controversiae feudales non in curia Domini, sed coram Praeside provinciae, a Domino adhibitis proceribus legitime constituto, dirimuntur, ac, nisi res sit maximi momenti, non ad Dominum territorialem atque directum, sed a Judice ordinario provinciae ad eundem appellatur & id genus alia. conf. LVDEWIG. *Opuscul. Miscel. P. 1. L. 2. Opusc. 3. de Differ. feud. Lusat. atque comm. Different. 27. 28. 29.* Ex quibus colligi posse videtur, jus *προτιμήσεως*, quod Domino alias competit, Lusaticae institutis inconcinnum & Domino abjudicandum videri. Nam stante ea, quam ante

hōrp

I 2

retuli

retulimus, hypothesi, e re ordinum est, ne feudorum in provincia numerus diminuatur, ne onus accescat reliquis, & ordinum omnium decreascat auctoritas & robur in provincialibus comitiis, id quod sensum fieri posset, si favore consolidationis cum dominio directo feuda conjungerentur, in quam sententiam jam inclinavit LVDEWIG. *d. l. Different. 23.* Quod si hæc non videantur satis liquida, evidentius forte argumentum dabit, quod *Lusatia bonorum domanialium sit nescia.* vid. Dn. LVDEWIG. *d. l. Different. 24. lit. (bb)* Nam si marchionatus Lusatiae a domaniis est alienus, talia vero emergerent, si dominus feudalis, qui simul territorialis est, vi juris *περιουσιεως* statuum feuda sibi acquireret; verosimillimum est, ob singularem provinciae a domaniis libertatem, protoemtionem feudorum alienandorum Domino non competere. Nec est, quod objicias, feuda Lusatiae, ut alia, Domino fieri aperta, per privilegium Maximiliani d. Ao. 1575. §. Darum wir, verbis: Doch uns, unsern Nachkommen, und der Cron Böhheim, an Regalien, Folgen, Diensten und Fälligkeiten, die sich ausser dieser unser Begnadigung an uns erledigen möchten, & imminente apertura feudum alienari non posse, nisi Dominus consentiat, aut vasallus utatur specialiori illo Ferdinandi privilegio, quod vocatur der Borritt d. 21. Febr. 1544. indulto, & postea in *Ord. feud. §. Wir lassen aber*, confirmato, add. STRYK. *Dissert. de Feud. Luf. §. 25. 26. 28.* Nam ex apertura feudi necessario non sequitur, quod penes dominum illud deinceps maneat, sequitur autem ex institutis Lusatiae antea laudatis ac speciatim ex defectu domaniorum, quod

quod feuda Lufatica sint res *infeudari solita ac aperta aliis iterum conferenda*. Verum hæc nostra tantum est opinio, quæ mentem ea in re defixam subit, nec veritati nec aliis melius sentientibus temere obtrudenda.

§. XV.

Supereft, ut illum interpretationis superstitiofæ speciem videamus, quæ jura non quidem ex alienis & incongruis principiis, superficiariæ tamen, explicat, aut explicationem plane omittit. v. §. 3. Nimirum ob cæcum, quo multi in leges feruntur, amorem verba, prout jacent, crude accipiunt, captant, aut modo nimis restringendo eas, modo nimis extendendo, in utramque partem peccant, nulla habita circumstantiarum, æquitatis aut prudentiæ ratione, nullo habito ad legum rationem respectu. Sic superstitiofa est interpretatio *l. f. C. de Temp. in integr. restit.* quando vulgaris doctrina regulam universalem exinde conficit, quasi verò omnis restitutio petenda fit intra *quadriennium*, a tempore sublatae causæ, quæ eam meruit, computandum. Nam quadriennium illud ad casus pertinet, in quibus præscriptio principalis longiori temporis spatio definita est. Quid enim si contra præscriptionem exigui temporis, ut menstruam (qualis occurrit in redhibitoria, quæ duobus aut sex etiam mensibus præscribitur. *l. 2. C. de Ædil. Action. l. 28. 38. pr. ff. d. Ædil. Edict.*) vel annalis (e. g. quando jure Saxon. res mobilis anno & die, *Weichb. art. 21. Land-R. l. 2. art. 29.* jure civili actiones ædil. æstimatoriæ anno utili præscribuntur) restitutio danda sit? Tum sane absurdum foret, si spatium petendæ restitutionis ipsa præscriptione principali foret longius.

Restitutio igitur intra modicum tempus, quod alias præscriptioni principali præstitutum est, suscipienda erit. conf. TITII *Fus priv. L. 1. c. 18. §. 14.* quod etiam advertisse videretur BRUNN. *ad l. 26. ff. ex quib. caus. maj. num. 10.* & SCHOEPP. *in Synops. Tit. d. rest. in integr. n. 9.*

§. XVI.

Nec minus insigne circa clausulam codicillarum superstitionis specimen se offert. Quantum hæc testamentis adjecta operetur, notum est. Ita testamentis ad pias causas, militum & parentum inter liberos, ob illorum favorem præsumitur, licet non sit adjecta BERGER. *in Oecon. Jur. pag. 357. & 444.* CARPL. *l. 6. Resp. 7.* FAB. *in Codic. l. 6. r. 5. d. 7. n. 2.* Quod ad cætera testamenta, in dubio illa non præsumitur. Cur non? Puto ex superstitione, quæ credit in *l. 1. 13. §. 1. ff. d. jur. codicill. l. ult. §. 1. C. Eod. l. pen. §. 1. ff. de Legat. 2. l. 41. §. 3. ff. de Vulg. & popill. subst.* præsumtionem illam haud admittam esse. Alias enim si testator eam neque adjecit, neque repudiavit, h. e. si nullo indicio declaravit, se voluisse testamentum tantum, non vero codicillos condere, merito illa præsumenda foret. Enim stultus esset testator, qui nollet, ut testamentum, quod præter ejus voluntatem forte non valet, minimum in codicillum convertatur; nam quis in dubio censi debet maluisse, ut actus aliquo modo valeat, quam ut plane sit irritus. Non obstant leges allegatæ: nam id saltem ex iis apparet, quod clausula non sit præsumenda, si constet defunctum voluisse tantum facere testamentum, aut quod memorata clausula diserte adjici queat, non vero ex iis colligi potest, quod

quod clausula codicillaris in dubio præsumi non debeat. Certe usus nonnullorum locorum sententiam hæcenus defensionem adprobat. Ita enim HUBER. *in post. ad J. de Codicill. n. 19.* *In foro tamen vel clausula codicillaris subintelligitur vel saltem vitiosa dispositio pro codicillo habetur, etsi testator voluntatem suam vocaverit testamentum, quia sub voce testamenti & codicillos intelligunt.* SANDE *lib. 4. tit. 1. d. 12.*

§. XVII.

Non autem circa leges extraneas tantum, sed & domesticas quoque supersticiosa interpretatio nugatur. Sic *P. 2. Constit. Sax. Elect. 43.* dicit: Nachdem die Ehestiftungen contract seynd, so ist es auch genung, wenn zween Zeugen oder drey dabey gewesen, da es aber mit den Ehe-Stiftungen die Gelegenheit hätte, daß sie in vim contractus nicht können erhalten noch beschützet werden, als: die Erbschaft auf den Todes-Fall darinnen vermacht, und es seyn fünff oder mehr Zeugen dabey gewesen, so sollen solche Ehe-Stiftungen in vim ultimæ voluntatis kräftig erkandt werden. Quam male hanc constitutionem sæpe interpretata sit superstitio, non semel docuit experientia. Ipse memini, paucis abhinc annis, occasione pactorum dotalium, inter alia acriter disceptatum fuisse partim de sensu legis, partim de nonnullorum verborum adhibitorum sensu. Nam conjuges pactis dotalibus sine testibus celebratis foli subscripserant, ac in ipso instrumenti tenore verbum: vermachen, forte adhibuerant; marito deinceps mortuo & lite super successione exorta, pars adversa verba constitutionis: wenn zween oder drey Zeugen dabey gewesen, capta-

captabat, ac si ad omnia pacta dotalia sine discrimine duo tresve testes requirentur, præsentem igitur conventionem, si foret conventio, ob testes non adhibitos invalidam esse; præterea ob intercurrentes verbum: vermachen; causabatur, illo non tam pactum, quam ultimam voluntatem declaratam fuisse, adeoque vel ex hoc capite, cum deficerent quinque testes, negotium irritum esse. v. STRYK. *Tr. de Succ. ab Inest. diff. 8. c. 5. §. 7. & Caurel. Contract. S. 3. c. 8. §. 21.* KOHL. *de Pact. dotal. p. 2. n. 3. 4.*

§. XVIII.

Verum omni lite carere potuissent partes, si ab adversario legis pactique contextus cum ratione leviter saltem fuisset examinatus. Nam constitutio diserte dicit, pacta dotalia esse contractus. Ergo si sunt contractus, æstimari quoque debent ex natura contractuum. Ad hos vero non præcise requiruntur testes, sed tum demum iis opus est, si probatio aliter fieri nequit, quam per testes. Quis autem testes exiget, si partes conventionem in scripturam redegerint eique propria manu subscripserint, cum hac ratione propria utriusque confessio rem conficiat. Idem sane dicendum de pactis dotalibus in vim contractus celebratis, nempe tum demum duo testes requiruntur, si de propria & scripta utriusque partis confessione non constet, sed per testes probatio facienda sit: atque hoc, non alio fine in dicta constitutione testium facta est mentio. Nunc utra, quæso, interpretatio plus rationis habet? an illa, quæ in dubio legem & negotia humana ab otiosis restrictionibus liberat, an quæ involvit magis & tricatur? Quod ad verbum:

bulum: vermachen sive legare, magis videndum erat, quid actum, quam quid scriptum fuerit, cum pacifcentium intentio ex conjunctis v. g. quod bona alteri data esse, penes eum manere, jura quævis contra pacta ista dotalia forte competentia dimissa esse debeant, satis appareat, non in modum ultimæ voluntatis, sed contractus conventionem factam esse, hinc neque verbum vermachen captandum, sed juxta circumstantias antea memoratas explicandum erat, in quam sententiam quoque Facultas Jurid. Lipsi. conventæ partis Advocato sub nomine Salomonis Friderici Bergmanni interroganti Mens. Aug. 1716. respondit: Wollet ihr wissen, ob die Ehestiftung, so Cajus Sulpitius und a Johann Hieronymus mit einander abgeredet, zu Recht beständig sey oder nicht. Ob nun wohl angeführet wird, daß bey erwehnter Ehestiftung keine Zeugen, noch von Seiten der Braut ein Curator zugegen gewesen, sondern beyde Verlobte nur allein solche unterschrieben und besiegelt, da doch dieselbe berührte Ehestiftung, indem darinnen bey der Disposition über dasjenige, was ein Ehegatte von dem andern auf den Todesfall haben solle, das Wort vermachen gebrauchet worden, per modum ultimæ voluntatis aufgerichtet hätten, und zu dergleichen Ehestiftung fünf Zeugen nothwendig erfordert würden, dahero, daß in deren Ermangelung sie vor gültig nicht zu achten wäre, es das Ansehen gewinnt: Dennoch aber und bieweil, daß gedachte Ehestiftung per modum ultimæ voluntatis gemacht sey, nicht erscheinet, vielmehr daß selbige in vim contractus abgehandelt worden, daraus, daß dem überlebenden Ehegatten

K

alles

alles und jedes, was der Verstorbene besessen, gänzlich überlassen seyn und verbleiben sollte, die pacifcenten auch aller ihnen darwieder zu statten kommenden Rechte sich begeben, gnüglig abzunehmen, und nach solchen das zum Ueberfluß beygefügte Wort vermachen zu erklären ist, wozu einige Zeugen so schlechterdings nicht requiriret, sondern dieselben nur merioris probationis causa dabey gebraucht werden, zumahl da hier Sulpitius die Ehestiftung durch und durch mit eigener Hand geschrieben, und sie hernach nebst seiner Braut vollzogen, nechst dem ermeldten Sulpitii Anverwandte besagte Ehestiftung deswegen, daß Johanna ohne Einwilligung eines Curatoris solche eingegangen, nicht anfechten mögen, in Betrachtung, daß er Sulpitius dieselbe vor gültig angenommen, darüber verstorben, und sie als dessen angeordnete Erben seinem Sato nicht zu wieder leben können, überdiß die Wittbe ermeldete Ehestiftung auch nach ihres Mannes Todes agnosciret; so mag mehr angeregte Ehestiftung zu Recht vor beständig wohl geachtet werden.

§. XIX.

Gravis quoque est illa superstitio, quæ rei iudicæ μεμολύκειον adorando nomen divinum in vanum assumit. Id quod probatum dabimus. In quæstione est, an actor diffessionem juratam probatione contraria v. g. comparatione literarum aut testium depositione impedire queat. Negat hoc usus forensis in processu executivo. BERGER. *ad O. P. S. Tit. 25. Obs. 5. p. 770. in f.* RIVIN. *ad d. r. En. 31. nisi exceptio perjurii sit*

fit liquida. v. IDEM *ad Tit. 28. En. 37.* Admittit vero probationem contrariam in processu ordinario O. P. S. Tit. 25. §. 4. Da aber, quod tamen Scabini Lipsienses apud RIVIN. *d. l. Tit. 25. En. 29.* ad tempus, quo sententia recognoscere aut diffiteri jubens nondum abiit in rem judicatam, restringunt, post sententiam vero, quæ vires rei judicatæ consecuta est, illam variationem non admittendam esse existimant. Verum sive exceptio perjurii sit liquida, sive illiquida, omni casu æquitati & religioni magis consentaneum est, actorem volentem ad jus suum aliis mediis demonstrandum admittere. Nam (1) iniquum est, actore invito jura ejus committere soli adversæ partis fidei, irreligiosum vero est, temere jurare, irreligiosum, temere & sine gravi causa jusjurandum poscere, nec refert, sive pars, sive judex hoc faciat. (2.) Tacita, quæ vulgo pratexitur, conventio v. RIVIN. *ad O. P. S. Tit. 25. En. 27. pag. 989. in præjud.* verb: Durch welche Convention ihr auch non obstat, tamdiu enim hæc imperfecta est, quamdiu actori nondum innotuit, quid facturus sit reus, cum huic in ipso recognitionis faciendæ termino adhuc competat electio, utrum recognoscere, an diffiteri velit, at quomodo perfecta esse potest conventio, ubi de mente alterius partis &, quid electurus sit, nondum constat. (3) Neminem rei judicatæ inania terrere debent, nam in præsentis negotio ejus auctoritas reum stringit, non actorem, quandoquidem hic ante lapsum decendii nondum scire poruit, quam viam ingressurus sit reus. Et quid amplius? (4) religionis præcepta semper probationem contrariam admittere jubent, quoties perjurii committendi

tendi suspicio subest, illud igitur fortius esse debet rei
judicatae terriculo.

§. XX.

Speciatim, quod ad processum executivum attinet, ejus indoles probationi contrariae non obstat, BERGER. *ad Tit. 25. Obs. 5. pag. 770. RIVIN. d. l. En. 31.* (1) nam celerior procedendi modus in favorem actoris introductus, non detorqueri debet in ejus odium, quod tamen contingeret, si citra ejus voluntatem jura ab adversarii religione suspenderentur, (2) deinde, si actioni executivae plane renunciare licet & actionem instituere ordinariam, v. RIVIN. *d. r. 25. En. 31. in præjud.* daß Klägers Suchen wegen der Comparatione literarum nach Gelegenheit dieses Processes nicht statt hat, sondern es wird Beklagter zur eidlichen diffession zugelassen, es wolte denn Kläger der jezigen Klage renunciiren, und eine ordentliche anstellen, damit würde er billig gehöret, &c. add. BERGER. *in Resol. Lauterb. d. Edend. qu. 2.* neque absurdum erit, processui executivo aliquam partem processus ordinarii aut summarii speciatim sic dicti immiscere, (3) præcipue cum hac ratione magis maturetur controversia, quam si executivo pene absoluto renunciandum & lis a principio suo exordienda sit; (4) postremo, si denuo indolem processus executivi & irregularitatem haud admittendam urgeas, tanta sane non erit vis hujus processus, ut neque a præcepto religiositatis limitationem aut exceptionem patiat, satis erit avertere committendum perjurium, quam processui executivo cæcam obedientiam præstare; satius, modum procedendi executivum ita explicare, ut religionis exceptio-

exceptionem admittat, quam nomen divinum profanare & religionem negligere. Aliquando sane religio elucatur, ut in nostram sententiam tum a Facult. Theol. tum Jurid. Lips. ad Consistorium Altenb. Mens. April. 1720. in causa Redenrothin contra Jörckschen responsum est. Nam licet reo purgatorium consentiente actrice injunctum & sententia vires rei judicatæ consecuta esset, tamen actrix, cum intentionem suam semiplene interim probasset & suspensionem perjurii reo objiceret, non obstante re judicata, ad quam rei advocatus provocabat, ad suppletorium admittebatur. Alias vero plerumque aliis moribus vivitur hocque principio: *Fiat superstitio & pereat religio.*

§. XXI.

Restant adhuc nonnulla circa superstitionem juridicam, quæ in applicatione legum committitur, dicenda. Quid autem per applicationem superstitiosam speciatim intelligatur, id ex Cap. I. cognosci poterit. Scilicet applicatio superstitiosa est, *quæ ex nimia reverentia & admiratione legum positivarum exorta leges & facta vel non recte confert, vel facta etiam collatione inconcinnam aut plane noxiam moralitatem producit atque exequitur.*

§. XXII.

Est præfens quidem argumentum, si non copiosius præcedente, tamen æque copiosum: interim nobis hic esse licebit brevioribus. Nam & intellectu faciliora sunt omnia & plerumque cum interpretatione superstitiosa conjuncta, ut uno perspecto alterum simul cognitum evadat, & malæ interpretationis consecrarium sit applicatio mala. Neque tamen separata hujus con-

fideratio prætermittenda videtur, cum applicatio aliquando magis emineat. Interdum applicatio bene se habere possit, fallit autem interpretatio & ex hac deinceps absurda sequitur applicatio: interdum licet veram supponas interpretationem, absurda tamen erit applicatio; illo casu vitium magis est in interpretatione, hoc, in applicatione.

§. XXIII.

Sic nuper in manus venit dissertatio quædam de *Exheredatione filia turpiter viventis*, ubi Auctor verba *Nov. us. c. 3. §. 1. in corpus suum peccare*, captans, manifesto demonstrari posse putabat, exheredationis fulmini subjectam esse filiam, etiamsi non sit meretrix, sed corporis sui copiam semel tantum alicubi fecerit: cum tamen totus *l. 19. C. de inoff. test. authent. subjectæ & d. Novella* contextus ostendat, sermonem esse de filia, quæ flagitiosam sceditatem, vitamque luxuriosam seu, ut indoles vocabuli insinuat, meretriciam elegerit. Præterea ideo in corpus suum femina peccare dicitur, quod corpus commercio exponit, liberum vero corpus æstimationem non recipiat *l. 3. ff. Si quadr. paup. l. f. ff. de bis qui es.* Nunc si ad filiam stuprum semel passam applicetur ista doctrina, applicatio non potest non esse absurda: sed vitium principale non tam in applicatione, quam interpretatione superstitiosa latere, manifestum est. E contrario multi satis intelligunt, distinctionem bonæ fidei & stricti juris potissimum ex hypothese pauperum nudorum & instituto iudicum pedaneorum, processuque formulario profluere, neque naturam negotiorum juxta usum gentium & æquitatem naturalem spectatam,

tam, a lege civili sic formatam, interpretationem strictam præcipere, ac ea, quæ ex hac hypothesi strictè applicantur, ex indole sua & æquitate interpretationem latiore vel exigere, vel non respuere: & tamen ita multos occupavit superstitio, ut usum illius divisionis ac interpretationis modernum asserant, bonamque fidem agentium turbent, modo ne ex quisquillis Romanis aliquid dimittant. Sed ad rem ipsam propius accedendum est.

§. XXIV.

Et quidem invita sæpe Germania legum extraneorum usus asseritur. Quod tota fere de jurisdictione doctrina, prout hæc in Corpore Juris Romano Justiniani traditur, unamque rempublicam & statum monarchicum, nec non peculiari jurisdictionis institutum præsupponit, in Germania nullum usum habeat, & tamen incaute passim applicari soleat, Dn THOMAS. *in not. ad ff. de Jurid.* STRYK, *in U. M. d. r.* TITIUS *in Obs. Lauterb. d. r.* BEYER. *in pos. ad ff. ibid.* monuerunt. Ita Proconsules Romani in provincias suas proficiscentes, simul ac urbem egressi, in quavis civitate intermedia actus jurisdictionis voluntariæ, non vero contentiosæ exercere potuerunt. *l. 2. ff. de Offic. Proc.* Quæ sanctio unam rempubl. & imperantem supremum supponit. Penes hunc enim pro independenti suo imperio stat, quam jurisdictionem magistratibus suis concedere velit. Quis vero Præsidentem Provinciæ Lusaticæ, den Land-Boigt in Lausitz, in provinciam suam aut consulem Lipsiensem in civitatem suam per terras Brandenburgicas tendentem in civitate quadam Brandenburgica emancipationes, manumissiones aliosque

jure-

ejus generis actus vi potestatis a Cæsare sibi datæ exercere posse crediderit? Nam majestatica sua jura Proceres imperii non ab Imperatoris concessione, sed ex legibus provincialibus derivant, ac instrumento pacis Osnabrugensis ita illis firmata est superioritas territorialis, ut singuli suo nomine territoria regant, nec alter alterius circulos turbare debeat v. *J. P. O. art. 8. Cap. Leopold. art. 3.* Interim tamen ex iis, quæ a Dn. BERGERO in *Oeconom. Jur. L. 4. T. 3. §. 1.* referuntur, omnino apparet, disceptatum fuisse, utrum hodieque jurisdictionis voluntaria in territorio alieno exerceri queat, & decisionem ad tacitam quandam ordinum Imperii conventionem rediisse. Id quod, nisi conventionis existentia probetur, merito negandum nobis videtur. Tam molesta enim conventio ex communi hominum Procerumque affectu haud præsumenda. Si vero jurisdictionis voluntariæ in alieno territorio exercitæ casus aliquando contigit, certe ex ultronea admissione & humanitate hoc factum esse, credendum est.

§. XXV.

Neque cessat ea, quæ hic notatur, superstitio in applicatione legum domesticarum. Nam uti leges Germanicæ antiquæ nonnunquam sine gravi causa nimis contemnantur, ita ex diverso sancta antiquitas aliquando sine ratione adoratur. Nota est in processu ordinario *Guaranda Die Gewehr*, cautio, qua actor stipulata manu vel tangendo judicis baculum promittit, se non solum libellum non esse mutaturum, sed & reum contra omnes alios ob eandem causam agere volentes defensurum. *Landr. L. 1. art. 63. L. 2. art. 15. add. Resol. Grav. de Ao. 1661.*

Tir.

Tit. von Justitien Sachen §. Biewohl 17. O. P. S. Tit. 12. Part. 1. Constit. Elect. Sax. 11. Rectius definiveris otiosam & inanem solemnitatem. Quod facile concedent, qui conditionem legum Germanicarum antiquarum accuratius rimati sunt. Utut vero in processu hodierno guaranda sit usitatissima, & olim publica quoque sanctione præcepta: illud tamen certum est, eam rectius aboleri, quam conservari & hodiernum applicari. Nam mutatio libelli quousque sit permessa, id vel ex natura processus vel ex *Ord. Proc. v. g. O. P. S. Tit. 5. §. f.* apparet, & si juxta vulgarem dicti Paragraphi explicationem, tamdiu refusis expensis libellum mutare licet, quamdiu sententia, qua actori injungitur probatio, nondum in rem judicatam transit; quod, quæso, opus est tanto apparatu exigere vel urgere guarandam? Ut vero actor reum defendat adversus idem ex eadem causa deinceps petentes, hoc juris naturalis est. Nam & actoris interest, & reus, si actor non solum rem processu exactam sibi habere, sed eum quoque ab aliis ob eandem causam conventum indefensum relinquere vellet, nimis læderetur: de cætero unquam eo nomine actum esse, se non audivisse ingenue fatetur MOLLER. *ad P. 1. Const. Elect. Sax. 4. n. 4.* & forte nec post Mollerum alii id se audivisse testari poterunt. Interim ita in foro servatur. Nec satis fuit, in processu ordinario antiquitatibus illis inhærere, nam ad processum summarium illa quoque fuit extensa. v. WERNHER. *P. 1. Obs. 126.* BERGER. *in Disc. forens. p. 417. seqq. & Supplem. P. 1. p. 152.* Forte etiam talia non semper ex venerandæ antiquitatis cultu, sed ex principiis rabulisticis servantur ipsisque legibus inseruntur, siqui-

L dem

dem multi in vanis ejusmodi ceremoniis artem forensem positam esse credunt. Et sic in re seria, administratione nempe justitiæ, ludere par est.

§. XXVI. Liceat circa celebrem illam rerum geradicarum successionem Landr. *Lib. 1. a. 5. 24.* Weichb. *a. 53. 57. in f.* quædam huc facientia notare. Geradæ origo ex antiquissima Anglionum & Werinorum lege originem habet, juxta quam hereditatem defuncti filius non filia suscipiebat, & si filium non haberet, qui defunctus erat, ad filiam pecunia & mancipia, terra vero & vestis bellica ad proximum paternæ generationis consanguineum pertinebat; Mater etiam moriens filio terram, mancipia & pecuniam dimittit, filiæ vero spolia colli h. e. monilia, vestes, armillas vel quicquid ornamenti proprii videbatur habuisse; quæ ornamenta dicta sunt *Rbedo v. Cod. leg. antiqu. Germ. ab HEROLDO & LINDENBROGIO edit. ac speciatim Leg. Anglion. Tit. de Alodibus Tit. 6. c. 1. 5. 6. 8. Tit. 7. c. 3.* Quæ succedendi ratio sine dubio temporis illius simplicitati, moribus bellicis & exiguæ tam rerum expeditoriarum, quam utensilium sive geradicarum conditioni fuit accommodata. Cum vero illa omnia hodie & quoad institutum bellicum, & quoad rerum quantitatem atque pretium, nimium quantum sint immutata, ratio consuetudinis cesser, & ad præsentia Germaniæ instituta illi succedendi ratio minime quadret, sed varias difficultates, incertitudinem & inæqualitatem in successione aliisque negotiis civilibus gignat: quis conservationem illius antiquitatis & applicationis congruam esse dixerit? Hinc satis foret, illud institutum antiquum penitus abrogare. §. XXVII.

§. XXVII.

Nonnunquam superstitio leges privatas domesticas aut etiam extraneas ad rationes Imperii publicas, aut alias ad Imperium applicat. At jura privata ad negotia privata pertinent, ad publica non quadrant. Et uti alii Imperantes, ita & status imperii legibus privatis sunt soluti, nisi liquida factæ submissionis prostant indicia, v. g. in definitione majorennitatis, quæ jus Romanum sequitur, v. VITRIAR. L. 3. Tit. 11. §. 8. L. 2. Tit. 20. §. 28. TITII S. J. P. L. 4. c. 6. §. 19. vel status imperii certo respectu veri subditi sint, quæ qualitas se exerit, quatenus per modum imperii contra eos in judiciis communibus v. g. judicio camerale proceditur, adeoque cum legibus judiciariis ad Jurisprudentiam privatam illi pertinent. Conf. TITII S. J. P. L. 7. c. 4. 5. Ad declarandam vero incautam legum privatarum applicationem vel unicum sufficit exemplum. Ita KNIPSCHILD. Tr. de Jur. & Priv. Civ. Imp. L. 2. c. 4. n. 100. seqq. & LIMNÆUS T. 1. L. 2. c. 9. n. 140. Statibus imperii Jus legitimandi in dubium vocare conantur ob l. 1. 2. C. d. Jur. aureor. annal. imprimis Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 2. Sed superioritas territorialis anilem superstitionem sola destruit.

§. XXVIII.

Interdum quoque superstitiosa applicatio, etsi leges statui publico aut institutis domesticis repugnantes non applicet, vitia tamen legum positivarum non attendit, sed veram Jurisprudentiam in iis positam existimat, adeoque leges vel manifeste iniquas, & otiosis restrictionibus molestissimisque ambagibus laborantes

L 2

fine

sine omni circumspectione applicat. Neque tamen hæc in eum sensum accipi velim, ac si legum observantiam & applicationem a lubitu arbitrioque privatorum dependere putem. Distinguendum enim est inter leges extraneas in rempublicam receptas & domesticas ab ipsis territoriorum Germanicorum Imperantibus latas: illæ in subsidium receptæ sunt, nec solida ratione quisquam probare poterit, proceres Germaniæ confusæ & promiscue obligasse Judices atque Collegia Juridica, ut leges extraneas, æquæ sint an iniquæ, prudentes an imprudentes, sine delectu applicent: igitur iis, penes quos applicandi officium est, omnino aliquod arbitrium relictum esse plane existimo; has vero quod attinet cautius omnino incedendum, & lex, licet dura, tamen hætenus sequenda erit, nam præsto est Imperans, qui vel authentica sua interpretatione, vel mitigatione vel abrogatione incommodis mederi potest. Interim, cum nec semper nec statim casus ratione æquitatis aut utilitatis dubii ad Eum deferri queant, is usui forensi manus non adeo ligasse censeri debet, quo minus circa leges aperte duras aut otiosas æquitati civiumque utilitati aliquid dare liceat. Sic v. g. arrestum Saxonicum in scriptis petendum est per O. P. S. *Tit. 48. §. 1. in med. verb.* Da sie erstlich den Kummer schriftlich angeleget und derselbe gerichtlich registriret worden; sed usus fori ob periculum in mora, favorem commerciorum, & restrictionem, ut scripto arrestum impetretur, minime necessariam etiam admittit arrestum oretenus impetratum. v. BERGER. *Disc. for. p. 1637.* Et sane usus forensis contra Principis auctoritatem minime peccaret, si in applicatione

teste MENCケン, in *Theor. & Prax. Tit. de Nov. Op. Nunc. §. 72.*

§. XX.

Sed me prius tempus & locus, quam superstitiofarum applicationum exempla deficerent: hinc ne superstitione seductus limites dissertationis academicae transfuisse videar, cursus inhibendus est calamo, relinquenda ipsis candidis Lectoribus ad cætera applicatio. Hæc igitur sunt, quæ de superstitione Juridica jam commentari visum est. Si hactenus dicta superstitionis displiceant, meliora me doceant: malo enim veritatis amans esse, quam superstitiosus. Deus autem in Ecclesia religionem, in Curia Justitiam servet, praxin utriusque faustam ac fortunatam esse jubeat, duo autem illa utriusque extrema, atheismum & superstitionem, atheisticum Juris neglectum & superstitiosum ejus abusum sufflaminet, donec cessantibus tandem & improbitatem & errorum insulubus cum æterno veritatis ac justitiæ Statore in æternum conjuncti sine superstitione dicamus:

SOLI DEO GLORIA.



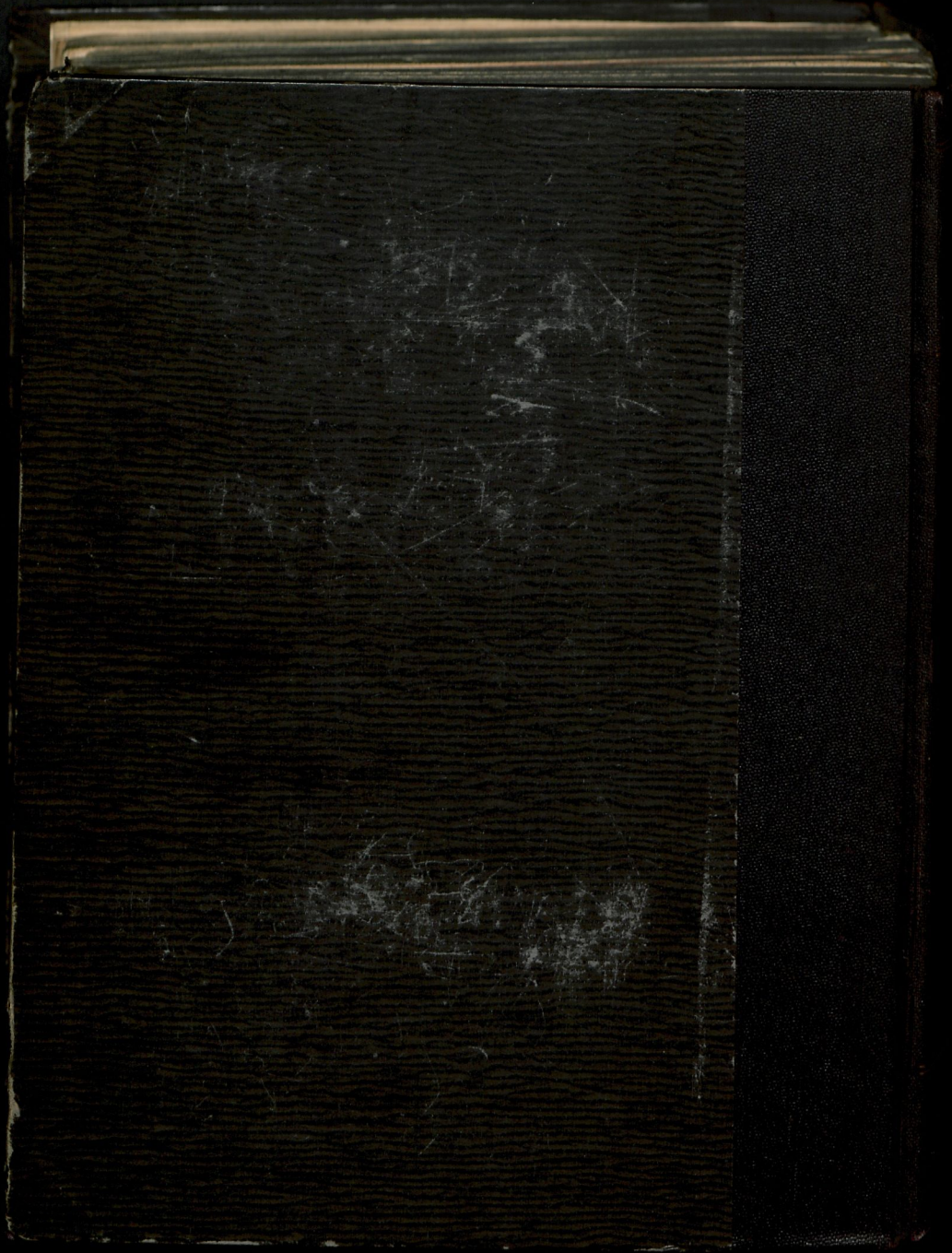




Helmschedt, Diss. / 1720

ULB Halle 3
005 356 89X





1720, 9 11
10
1

646.

DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS
DE
SVPERSTITIONE
IURIDICA IN FORO
ET EXTRA FORVM OBVIA

Hom Juristischen Aberglauben
in und aufer Gericht.

QVAM
PRAESIDE
AVGVSTINO LEYSERO

IC^{TO} T. T. ACADEMIAE IVLIAE PRORECTORE ORDINIS
SVI IAM DECANO ET IN TRIBVNALI
GVELPHICO ADSESSORE

PRO DIGNITATE DOCTORALI
CONSEQVENDA

PVBLICAE ERVDITORVM DISQVISIONI
DIE XII. DECEMBR. AN. MDCCXX.

PROPOSVIT

AVCTOR

GOTTLOB WOHLGEMVTH ROTHE
GORL. LVSAT. ADVOCAT. PROVINC. ORD. IVR.

VITEMBERGAE,
RECUSA IN OFFICINA HAKIANA. (II)
M D C C X X X I X.

