





DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA  
DE  
EO QVOD IURIS EST CIRCA EVM  
QVI SPONTE SESE  
**O F F E R T**  
IN IVRE

QVAM  
SVB AVSPICIIS CLEMENTISSIMIS  
RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI  
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI  
**DOMINI FRIDERICI**  
HASSIAE LANDGRAVII RELIQ.

EX AVTORITATE ET DECRETO  
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS  
PRO  
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS AC PRIVILEGIIS  
DOCTORIS RITE CONSEQVENDIS  
EXCELLENTISSIMORVM ACADEMIAE PROCERVM  
BENEVOLO EXAMINI

DIE VI. FEBR. MDCCXLIV.

H. L. Q. C.

PVBLICE SUBMITTET

**IOANNES WUNDERLICH**  
HAMBVRGENSIS.

MARBURGI CATTORVM  
TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MULLERI. ACAD. TYP.

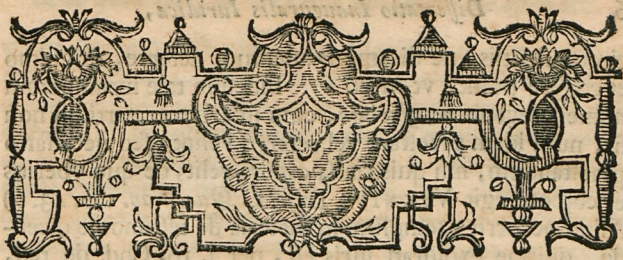
DE  
O F F E R T  
D O M I N I F R I D E R I C I  
I O A N N E S W A N D E R L O C H



INCLVTAE AC S. R. IMPERII  
LIBERAE REIPUBLICAE HAMBVRGENSIS  
SENATVI SPLENDIDISSIMO  
VIRIS  
ILLVSTRIBVS, MAGNIFICIS,  
EXCELLENTISSIMIS CONSVLTISSIMIS,  
AMPLISSIMIS ATQVE PRVDENTISSIMIS  
CONSVLIBVS,  
SYNDICIS,  
SENATORIBVS,  
PROTO-NOTARIO,  
SECRETARIIS  
ET  
ARCHIVARIO  
PATRIAE PATRIBVS OPTIMIS  
AC IMMORTALITER PROMERITIS  
DOMINIS, PATRONIS, MAECENATI-  
BVS AETERNVM DEVENERANDIS,

HOC  
QVALECVNQVE STVDIORVM SVORVM SPECIMEN  
IN  
SVMMAE PIETATIS ET PERPETVAE  
OBSERVANTIAE MONVMENTVM  
CVM VOTO  
OMNIGENAE FELICITATIS  
ET  
FAMAE NVNQVAM PERITVRAE  
OMNI  
QVA PAR EST ET QVA DEBET ANIMI RELIGIONE  
DAT DICAT CONSECRAT  
TANTORVM NOMINVM

*obsequiosissimus cultor*  
IOANNES WUNDERLICH.



**S**i quid aliud, hoc certe verum est, quod *sine Magistratibus nec domus ulla, nec ciuitas, nec gens, nec hominum vniuersum genus stare possit, nec rerum natura omnis, nec ipse mundus,* vt CICERO ita recte enunciauit. Quousque autem eorum auctoritas sese exserat, non facile patet, nisi paullo penitius introspiciantur leges, quibus ea nititur, iisque singulares casus applicentur, e quibus appareat, in quanta constituti sint dignitate, & quae cum ea coniuncta sit potestas. Vt enim cetera omnia superfedeamus, hoc saltem attingere nobis liceat, quod nimirum iudici concessum sit, ne eius officium eludatur, vt possit aliquando eos, qui ad suam iurisdictionem pertinent, et quibus neque naturale impedimentum obstat, neque legale, cogere, vt sibi, in loco publico ius dicenti, aliquid praesent. Exemplum habemus in acutissima iuramentorum materia. Nullum enim est dubium, quin iudex propter aliarum probationum inopiam aut Reo ad sui purgationem, si pro eo stet praesumptio, aut Actori, ad litis victoriam reportandam pro personarum et causae

circumstantiis, ne dicam iuramentum deferre, quin imo et cogere possit, vt iuret. a) Indequ tale iuramentum nomen accepit *necessarium*, cum in arbitrio partium non sit, num idem praestare vel referre velint, sed necessarium praestandum, nisi quis causa cadere velit, de quo vberius et copiose egit VINNIUS Libr. I. *Quaestio*. cap. 43. b) Aliud occurrit exemplum in materia de testimonio dicendo, quippe explorati iuris est, per l. 16. Cod. de test. *unumquemque non solum in criminalibus iudiciis, sed etiam in pecuniariis cogi, testimonium perhibere, de his, quae nouit cum Sacramenti praestatione, vel iurare, se nihil comperitum habere.* Quid clarius esse potest hac ipsa Constitutione Iustiniani, et quid per se suamque naturam magis verum? Ita enim publicae vtilitati consulitur, ne scilicet veritas in alicuius praeiudicium occultetur; itemque in criminalibus testificari non tam est famae huius vel illius detrudere, quam potius in publicam salutem veritatem profiteri, ne delicta maneant impunita. c) Neque quenam

- a) Insigniter huc inferuiunt, quae ab Illustri LEYSERO Vol. II. *Meditat ad Pand.* pag. 687. seqq. traduntur, vbi quoque communem fere Doctorum opinionem, qua putant, non posse ab iis, qui cum Fisco litigant, cum effectu iuramentum deferri ipsis Fiscii procuratoribus, proffigare studuit.
- b) Norandus quoque hic venit Iuris Ciuilibi et Canonici diffensus in aetate definienda, qua adepta quis ad iurandum cogi possit. Non inique enim disponit Ius Ciuile, minorem, antequam annum aetatis XVIII. impleuerit, ad iurandum cogi non posse: cui tamen aduersatur Ius Canonicum, quod, minores post annum XIV. cogi posse, expresse constituit in cau. 15. 16. XXII. quaest. 5. Confer. illustris BERGERI *Electa Discept forens.* Titul. XVIII. pag. 457. seqq.
- c) De testibus ad testimonium compellendis solide differentem euolue Illustr. BERGER, l. c. toto Titulo XXII. p. 622. seqq.



quam latere potest, idem ius Magistratui competere in tutela offerenda, licet eius administratio molesta facis sit atque periculosa. Ad hanc enim omnes cogi posse, quicumque illi se subtrahere cupiunt, nisi forte iustam aequam ac in iure nostro expressam habeant se excusandi causam, omni exceptione maior est sententia, hac potissimum ratione generaliori munita, *ne desint, qui necessaria in Rebus publicis munera subeant* per l. 1. ff. de vacat. et excusat. muner. Haec enim et iniuris recte imponuntur, modo idonei sint aetate, qualitate et moribus, id quod vel maxime inuestigare Magistratum oportet. *Neque enim facultates, neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona electio, vel voluntas et benigni mores, ut est in l. 21. §. 5. ff. de tutor. et curat. datis.* Denique etiam arbitramur, hanc laudatam Magistratus auctoritatem locum utique sibi vindicare posse in negotiorum gestione. Quam cum eam ob causam introductam esse nouimus ex §. 1. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. *ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti, desererentur negotia;* non immerito inde colligimus, Magistratum hac omnino gaudere facultate, si nemo alius sese offerat, adigendi proximos aut amicos, ut absentis negotia ex fide gerant. d) Verum

d) Plura alia adhuc supersunt, quae commode huc referri possent, et inter haec praecipue, quod nemo regulariter cogatur, ut res suas vendat: cogitur tamen quis et iusto quidem pretio vendere, si singularis necessitas et utilitas publica illud exigit. Vide STRVVII *Syntagm. Iur. Civil. Exercit. XXIII. thes. 6. et ad h. l. PETR. MULLERI* annotat. Et licet *quilibet rei suae sit moderator et arbiter* per l. 21. Cod. mandati vel contra, adeoque possit rei suae pretium definire; Magistratus

rum his diutius iamorari propositi nostri ratio non permittit. Haec enim eo tendit, ut pro ingenii modulo et virium tenuitate, quanta etiam illud fieri poterit brevitate, peruestigemus illud, quod iuris est circa eos, qui sponte sese ad haec similiaque negotia offerunt. Ne autem haec promiscue a nobis tractentur, placuit, sequentem ordinem obseruare, ita, ut

*CAP. I. de iure circa eos, qui ad iuramentum,*

*CAP. II. qui ad testimonium dicendum,*

*CAP. III. qui ad tutelam,*

*CAP. IV. qui ad negotiorum gestionem sponte se offerunt, agetur. Faxit Deus feliciter!*

## *CAPVT I.*

### *§. I.*

**I**usiurandum sane maximum est expediendarum litium remedium, in foro vbiq̄ue receptum, de cuius natura, obligatione atque effectu cum tot extent Doctissimo- rum Virorum commentationes, nemo facile desiderabit, ut ea omnia hic a nobis repetantur. Sufficit enim, in genere aliqua adduxisse, scopo nostro quam maxime interuenientia. Praesupponimus itaque, quod omne iuramentum per se sit obligatorium, idque ex ipsius essentia prono alueo fluere persuasum habemus. Est enim religiosa

cus tamen ob vtilitatem et necessitatem publicam pretium rerum ad victum imprimis humanum spectantium v. c. panis, carnis, frumenti, salis etc. statuere potest per l. i. §. ii. ff. de offic. Praef. Vrbi, l. i. Cod. de Episc. aud.

giosa alicuius rei adseueratio, legitime facta per inuocationem diuini numinis in testem a): proinde necessario sequitur, vt omnis iuramentorum vsus, omnisque ratio interuenientibus signis sese obligandi ex humana vita tolleretur, si quis vlllo modo impedire velit, ne effectum aliquem hic actus habeat, cui producendo idem est institutus. b) Hinc nemo amplius dubitat, quin omnes quotquot excogitari possunt cauillationes aut reseruaciones mentales, si a quouis alio, ab hoc certe negotio alienae esse debeant, eumque, qui iurat, quamuis non habeat vere se obligandi animum, tamen in conscientiae foro omnino obligari. c) Verum enim vero, si ad Praxin hodiernam huius doctrinae paullulum attendamus, fat multa exempla nobis suppeditarent, qui in publicis iudiciis iustitiam administrant, eorum, qui ex malitia partim, vt ex alterius damno fiant locupletiores, partim ex ignorantia,

B  
dum

a) Ex innumeris illis ritibus symbolicis, quos veteres Germani in iurisiurandi praestatione adhibuerunt, ne quid religionis decederet, aliquos adduxit Celeberrimus etiam post fata Io. GvIL. HOFFMANNVS in *Specimine Iurisprudentiae Symbolicae Pater. Germ. p. 35.*

b) Conferatur, qui ex instituto hanc materiam pertractauit Celeb. PUFFENDORFIVS in aeterno Opere de *Iure Nat. et Gent. P. IV. c. 2. §. 5. 6.* vbi quidem statuit, *iuramenta per se non producere nouam obligationem, sed obligationi in sese valida velut accessorium quoddam vinculum superuenire*, quae tamen nostrae sententiae contraria non videntur.

c) Non enim aliter, quam vt is intelligit, qui desert, iuramenti verba sunt accipienda, sine fūco vlllo, sine aequiuocatione vlla, vt est apud BRVNNEMANNVM in *Comment. ad l. 3. ff. de iureiur.* adde cap. 9. *Causa XXII. quaest. 5.* et SAM. de COCCII *Ius Controuers.* pag. 615.

dum leuiter rem tractent, d) ad iuramenti praestationem veluti cum impetu se rapi patiantur, licet sibi ipsis male prospiciant, simulque aliis deliberata quasi mente detrimendum adferunt: vt proinde in eos bene quadrent Plinii verba l. III. *Epistol.* quod *multi famam, conscientiam pauci vereantur.*

## §. 2.

Et ex his quidem hanc veritatem promanare arbitramur, quod nempe ad iuramentum non temere quicumque sint admittendi, vt in qua veritate omne fundamentum postea dicendorum positum est. Saltem autem de iudiciali e) iuramento nobis sermo est, quod in iudicio vel pars parti, vel iudex ex officio defert, quoties nempe aliae probationes deficiunt, f) Quod cum recentiores Icti in suppletorium et purgatorium distinxerint, g) eorumque

d) Vti enim nec superstitio, ita nec impietas in iureiurando ferenda est. Vtrumque reprobauit dudum VLPIANVS in l. 8. ff. de *condit. instit.* vbi, *nonnulli hominum, inquit, faciles sunt adiurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metus diuini numinis, vsque ad superstitionem.*

e) Quomodo hoc differat ab extraiudiciali, lege sis apud SAM. de COCCEN l. c. pag. 628.

f) Haec autem quomodo aestimantur vide apud MEVIUM Part. VII. decis. 375. et 376. itemque Illustr. BERGERVM in *Elect. Disc. forens.* Titul. VIII. obs. 3. pag. 431. seqq.

g) Hos terminos Ius nostrum ignorat. De suppletorio quidem arbitrantur Viri Doctissimi, eius fundamentum niti in famosissima l. 31. ff. de *iureiur.* nomen tamen multo recentius est, et nullibi in toto Corpore iuris legitur. Purgatorium autem penitus Iuri Canonico originem debet, et ad similitudinem Purgationis Canonicae introductum: de quo plura lectuque non iniucunda habet STRVVIVS in *Historia Iuris* Cap. IX. §. 10.

rūmque doctrina vsum hodie praebeat vel maximum, neque nobis haec distinctio displicere potest, certo interim persuasi, quod omnia ea, quae in praesenti §pho tractantur, ad utramque iuramenti speciem commodè referri possint et debeant. Ita enim in genere disposuisse Praetorem nouimus, nolle eum in iudiciis aliud iuramentum tueri, quam quod ipsius decreto fuerit vni ex partibus delatum. *b)* Haec enim indicant ipsius Edicti verba: *si is, cum quo agetur, conditione delata iurauerit*, quae ita explicauit VLPIANVS l. 3. princ. ff. de iureiur.

*Nec frustra adicitur, conditione delata. Nam, si reus iurauit, nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur: sibi enim iurauit. Alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit.*

Haec verba satis, vt nobis videtur, declarant rigorem Iuris contra quemcunque, qui sponte ad iuramentum accedit. Is enim expresse dicitur *sibi iurasse*, id est, omni effectu destituitur eius iuramentum, quin imo plane idem esse, ac si non iurasset. Praetor enim, vt haec lex dicit,

B 2 *id*

*b)* Hinc Celeb. STRYKIVS in *Vsu Mod. ad Tit. ff. de iureiur.* §. 1. Generaliter, inquit, verum est, iuramenta sponte praestita nihil proficere iuranti, sed potius temeritatem hanc, ex leuitate animi profectam, puniendam esse, non tantum, si peierasse deprehendatur, verum etiam ob hoc, quod sine causa iurauerit. Et paullo post: Tunc demum decidenda est causa iuxta praestitum iuramentum, si hoc vel pactione litigantium vel autoritate iudicis delatum sit, per l. 1. ff. de iuratur. Adde MERVIVM Part. IX. *deci.* 77. Nec difficile etiam hoc colligi potest ex verbis §. 11. *Institut. de actionibus*, vbi dicitur, si quis *altero postulante* iurauerit, quod idem hic denotat ac in lege nostra *deferente*. Ita enim egregie hoc verbum explicat VDALR. ZASIVS Part. IV. *Oper.* pag. 84. seqq.

*id iuramentum non tuebatur*, proptereaque nulla exinde nascitur obligatio, nec ab eo exceptio litis finitae, quae regulariter litis ingressum impedit, cum effectu institui potest. i) Ratio autem decidendi, quam ICtus in fine huius legis adiecit, in eo consistit, *quia alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi iusiurandum deferente, oneribus actionum se liberabit.* k) Forte enim

i) Exceptiones, quae litis ingressum impediunt, tam late extenduntur a nonnullis ICtus, ut de hac materia integros quoque libros conscripserint. Verum autem non desuere, qui hunc defectum Processus Iudiciarii probe agnouerunt, et animaduertenter simul, quod haec exceptiones maiorem occasionem protrahendi lites, et difficiliorem reddendi iustitiam, quam eius administrationem promouendi, praebent. In hoc demonstrando, ut alios taceam, operam insigniter dedit Celeb. IOAN. TOB. CARRACH in Diff. de exceptionibus, litis ingressum impediens, iustitiae impedimentis Hal. 1736. in qua hanc fouet sententiam, c. 1. de lit. contest. in VI. fundatam, quod tres tantummodo excipiendae sint species exceptionum peremptoriarum, quae ante litis contestationem locum inueniant, scilicet, si litigator excipiat de re iudicata, transacta, seu finita.

k) Liceat nobis hic subiicere aurea verba ICti quondam maximi nominis, VDALR. ZASII, qui ad explicationem huius legis accedens, Est, inquit, praua patriae nostrae consuetudo, quod rei sese facilliter offerunt ad iurandum, contententes, eis praestare iuramentum; hoc enim non posse fieri, praesens lex docet. Frustra enim esset, quicquid circa hoc statuitur, si cuiilibet offerenti mos geratur. Nam sic in potestate cuiuslibet esset, sese ab oneribus obligationum liberare. Et paullo post: Auferenda est occasio, per quam tribuitur via delicto. Si enim litigans posset iurare nemine deferente, facile sese exoneraret ab obligationibus actoris. In potestate autem sua non debet esse, sit obligans vel non,

enim iam eo tempore Praetorem experientia satis edocuit, innumeros in foro litigantium reperiri, qui nescio ex qua leuitate aut coeca opinione iustae ipsorum causae ducti, statim vltro se offerant ad iuramentum praestandum, quamuis nulla adhuc adsit praesumptio, quae pro illis militet: ita quidem, vt non immerito de illis dici possit, tantum abesse, vt iuramenti religionem curent, vt potius tunc saluam arbitrentur causam suam, modo semel iterumque eam iureiurando confirmauerint, eoque praestito ab actione ipsa se liberauerint. Hinc igitur nemo non videt, prudenter maxime Praetorem in hoc Edicto omne iuramentum irritum atque inualidum pronunciaffe, quod, nemine deferente, ab alterutro partium fuerit praestitum. 1)

§. 3.

Eadem certe dispositio occurrit circa materiam de iureiurando in litem. Ita enim perspicue leguntur verba in l. 4. §. 1. ff. de in litem iurando.

*Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: ceterum si alius detulerit iusiurandum, vel non delato iuratum sit, nulla erit religio, nec vllum iusiurandum. Et ita Constitutionibus expressum est Imperatoris nostri et Diui Patris Eius.*

B 3

Quae

non, alias fouerentur delicta, porrigeretur ei manus ad delinquendum. Pacta autem sunt improbanda, per quae quis ad delinquendum inuitatur. Tom. I. Oper. pag. 842.

1) Et hoc quidem adeo verum est, vt nulla amplius dubitandi ratio superesse possit. Si enim ad Praxin quotidianam oculos conuertamus, in aprico est, quod semper retractetur iusiurandum, quod quis sine praecua delatione aduersarii vel iussu iudicis sponte praestitit. Comprobant hoc, quae leguntur apud Illustr. LEYSER. *Meditat.* ad Pand. Vol. III. pag. 59. seq.

Quae verba cum ad materiam iurisiurandi in litem restricta esse videntur, ultra intentionem legislatoris ea extendere sine audacia nemo nec potest, nec debet. Quamuis mirum sit, quod actor hoc iuramentum non queat vltro praestare, tamen pro eo iam pugnet res iudicata, et non amplius quaeratur, num reus debeat, sed quantum. Quoties enim de rei veritate constat, toties cessat iurandum in litem per l. 68. ff. de rei vindic. Verum autem placuit Iustiniano et Patri Diuo, ad quorum Constitutiones prouocat Ulpianus in hac lege, vt in iudicis arbitrium sit positum, vtrum hoc iuramentum actori deferre velit, nec ne, per l. 5. §. 1. ff. de in lit. iur. Nisi enim causa exigat, deferre illud non debet iudex; recte autem defert ob contumaciam rei et dolum non restituentis rem in detrimentum actoris l. 2. §. 1. iuncta l. 5. §. 3. ff. de in lit. iur. m) Sed vt ad legem nostram propositam reuertamur, ea sat bene comprobatur, nisi hoc iurandum in litem a iudice delatum fuerit, illud non sustineri, licet multoties actor aestimationem rei suae edixerit, imo et Sacramento confirmauerit. En igitur egregium iterum exemplum, quanto rigore Ius Civile prosequatur eos, qui coram Praetore sponte se ad iuramentum offerunt, cum hoc ipsum magis ansam ei praebeat arguendi, litem eius, de qua in foro disceptatur, non adeo firme talo niti, vt his similibusque contestationibus opus habeat ad eam corroborandam.

## §. 4.

- m) Labet hic annotare, quod tamen iudex possit modum constituit, vt intra certam quantitatem iuret actor, itemque, si iuratum fuerit, vel absoluerit reum, vel minoris condemnare per l. 5. §. 1. 2. ff. de in lit. iur. licet etiam de affectione iuretur, potest tamen ex officio eam ad aequum et bonum redigere, adde l. 4. §. 2. 3. ff. eod. titul.



## §. 4.

Idem iam videamus in iuramento diffessionis, quod est assertio iurata, se instrumentum ab altera parte productum ob vitium vel insufficientiam nec agnoscere nec pro vero habere posse. *n*) Et circa hoc iuramentum iniquis quaestio moueri solet, si contingat, ut ex pluribus, qui concurrunt, debitoribus alter ad iuramentum diffessionis sese offerat, alter autem instrumentum productum recognoscat, quid tunc iudici in hoc casu competat? et dubium non est, quin iudex caute inquirere et examinare debeat, an is, qui ad tale iuramentum sese obulit, causam oblationis idoneam reddere valeat: quae inuestigatio iudicem eo perducet, ut quid pro re nata circa diffessionem ipsam statuendum sit, tanto securius discernere queat. Quod si enim ad iuramentum sese offerens nullam vel non idoneam causam allegauerit, omnino repellendus, reliqui vero ad recognitionem admittendi erunt. Ita iudicasse Antecessores Marpurgenses Vol. III. *Conf.* 26. n. 66. refert IOAN. GE. FROMMANNVS in *Diss. de iuramento diffessionis*, ex hac cathedra quondam publice ventilata.

## §. 5.

Liquet ergo ex iam allatis abunde, quam caute in iudiciis admittantur litigantes ad iusiurandum spontaneum et quam maxima in eos cadat suspicio, qui, nemine exigente, iuramenti praestatione causae suae succurrere cupiunt. Sed et is aliquando, qui extra iudicium de re aliqua sponte iurat, non tantum eo ipso maxime suspectum se reddit, verum etiam si dein apparuerit, hoc in  
prae-

*n*) Parum vel nihil illud discrepare a iuramento credulitatis putat PETR. MULLERVS in *annotat. ad Struuii Syntagm. iur. Civ.* Exercitat. XVII. §. 18, in fin.

praesudicium alterius factum fuisse, pro rerum circumstantia actio de dolo malo contra eum et cum effectu quidem institui potest. Cuius rei insigne exemplum exstat in l. 23. ff. de dolo malo, quae ita se habet:

*Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando vel quadam alia fallacia persuaserit, tanquam satis abundeque ad solida legata soluenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus, datur de dolo actio.*

Casus, qui ab VLPiano in hac lege proponitur, hic est: Is, cui in testamento legatum relictum est, heredem adit, eumque precatur, ut ipsi legatum soluat. Heres qui substantiam hereditatis hucdum ignorat, abnuat petitum legatarii, metuens, ut forte in Falcidia sua laedatur. Quando autem legatarius precibus insistit, imo et iureiurando sponte affirmat, massam hereditatis sufficere ad solida legata soluenda, heres se persuaderi patitur, ut ipsi id, quod fuerat legatum, soluat. Post aliquod autem tempus, cum omne, quod est in hereditate, confert, simul animaduertit, quod testator supra modum legis Falcidiae legauerit; quaeritur nunc, quomodo ipsi succurrendum, et qua actione contra hunc legatarium uti debeat heres? Et respondetur, ipsi non tantum rei vindicationem, aut conditionem indebiti competere, sed ex maxima aequitate Praetor ipsi quoque in hac lege concessit actionem de dolo malo: et ex hac quidem, ut videtur, ratione, quia legatarius heredem circumueniendo captiosus verbis, ut eo facilius illum falleret, usus fuerit. Patet hoc ex his, ubi dixerit, *satis abundeque ad solida legata soluenda sufficere hereditatem*, necessaria haec verba omittens, *salua quarta Falcidia*, quae adiciere debuisset, et cum

et cum ea non adiecerit, non immerito hoc fallaciae eum arguit; cui accedit, quod cum temere iurando huius religionem contempsisse videatur, iure meritoque poena adficiatur, tanto scelere digna. Caueat ergo vnusquisque sibi sedulo, ne hanc similemque in se suspensionem excitet, ne dicam periurii crimen vere committat. Eo maior enim sequitur poena, quo maius est delictum. Poena autem, quae homini ab homine infligitur, qui poterit comparari cum illa, cui aliquando in supremo iudicio, Deo ultore ac vindice, subicietur.

## §. 6.

Sed quid dicendum de impubere, estne is admittendus, quando in iudicio ad iuramentum sponte se offert? Mouit aliquando hanc quaestionem non inelegantem ZONESIUS in *Comment. ad Tit. ff. de iurciur.* §. 5. Et cum aliorum opinionem diligenter attulerit, qui ob can. 14. XXII. quaest. 5. vbi dicuntur *non cogendi paruuli*, putarunt, in his ipsis verbis latere, quod si velint, non videantur prohibendi. Attamen negatiue quaestionem decidit ob praesumptionem iuris, eam aetatem non esse capacem iuramenti: et cum per *can. 1. 4. quaest. 3.* nemo ante annum aetatis XIV. ad testimonium admittatur, multo minus ad iuramentum, quod maioris est ponderis, sit admittendus. Extra iudicium autem, si quis impuberi iuramentum detulerit, et praestitum sit ab eo, etiam absente tutore, illud omnino sustineri debere, putat Celeb. STRYKIUS in *Vsu Mod.* ad Tit. ff. de iurciur. §. 4. his rationibus inductus, quia causam suam meliorem reddiderit pupillus in quaerenda actione, et aduersarius sibi imputare debeat, quod eum iurantem admiserit, l. 26. *pr. ff. de iurciur.*

C

CAP. II.

## CAPVT II.

## §. I.

Cum his, quae haecenus a nobis dicta fuere non male congruit materia de testimoniis dicendis, cui propterea pertractandae praefens Caput destinauimus. Est in iudiciis receptum, vt quoties aliae probationes ad eruendam veritatem deficiunt, toties testes admittantur, ad fidem negotio vel rei controuersae faciendam. a) Quanta autem difficultate, quanto etiam saepe periculo hoc genus probationum sit coniunctum, fateri non detrectabunt omnes, quibus arduum iudicis officium demandatum est. Hinc adeo frequenter exhortantur in lure nostro, *vt non ad multitudinem velint respicere, sed ad sinceram testimoniorum fidem, eaque aliis omnibus praeferre, quibus potius lux veritatis adsistit*, vt est in l. 21. §. 3. ff. de test. Certe enim in eo consistit omnis testimoniorum virtus, vt is, qui illud perhibet, et possit et velit verum dicere. Iudicem igitur vel maxime oportet, omnes eos a testimonio dicendo repellere, qui vel villo modo suspecti ipsi videntur. b) In horum autem numerum praecipuis quoque referendi sunt, qui nemine postulante ad iudicium quasi prouolant, et ad testimonium sponte se offerunt.

- a) De more veterum Germanorum, qui nullum fere sine testium turba perfecerunt contractum, quaedam habet B. HOFFMANNVS l. c. pag. 20. seqq.
- b) Ex mente enim Illustris LEYSERI omnia, quae in celebri hac de testibus materia occurrunt, ab arbitrio iudicis dependent, quae sententia nititur l. 3. §. 2. ff. de test. iuncta l. 13. eod. Hae enim leges omnem testium fidem religioni iudicantium committunt: et egregie sane totam hanc doctrinam exposuit in Vol. IV. *Mediat. ad Pand.* pag. 1161. seqq.

ferunt. Tantum enim abest, ut iudex ex hoc ipso pronam eorum voluntatem agnoscere queat, ad fidem ei faciendam super facto aliquo dubio, ut potius animi leuitatem prodant, maximopere vituperandam.

## §. 2.

Dispiciamus iam, quo fundamento haec nitantur. Videatur enim nobis obstare l. 11. ff. de test. vbi dicitur:

*Ad fidem rei gestae faciendam, etiam non rogatus testis intelligitur.*

Verum modo perpendamus, quae sit horum verborum vis, quis verus sensus, et apparebit exinde, hanc legem nobis plane non obstare. Loquitur enim POMPONIVS de negotiis extraiudicialibus, de contractibus, qui inter priuatos ineuntur, et de iis dicit, quod non opus sit, ut, si adhibeantur testes ad hunc vel illum contractum corroborandum, expresse rogentur, sed sufficere, si ex accidenti contractui adsint. Et haec tenus quidem bene. Quid autem, si in negotiis iudicialibus probatio per testes suscipienda sit? Tunc certe aliud quoque ius obtinebit. Neutiquam enim in iudicio admittuntur, qui sua sponte testimonium proferunt. Noluerunt enim hoc legislatores, hanc praecipue ob causam, *quia per testium facilitatem multa veritati contraria perpetrantur*, ut ait IUSTINIANVS in l. 18. pr. Cod. de test. Imo vero videntur quoque se rei ad se non pertinenti immiscere, quod culpa aequiparatur in l. 36. ff. de Reg. Iur. c) Proptereaque non prius  
C 2 admit-

e) Et ex hac quidem ratione contra eos est praesumptio. Quamuis enim alias quilibet praesumitur bonus et praesumptio semper fit in meliorem partem: hic tamen aliter disponit Ius Civile, *quod nec in totum a naturali recedit, nec per omnia ei seruit; sed interdum illi aliquid addit aut detrahit* per l. 6.

admittendi sunt, nisi ab vna vel altera parte in subsidium conuocentur, omni alia probatione deficiente.

## §. 3.

Quae quidem cum in communi Praxi hucusque optime obseruentur, nemo facile erit, qui nostram sententiam in dubium vocabit. Quando enim lite pendente, siue actor siue reus quis sit, ad testes prouocauerit, iudex ex officio eos *citare* tenetur, qua facta citatione *producuntur*, et vt testimonium exhibeant rite admonentur. Eo ipso autem iure meritoque excluduntur omnes, quotquot legitime ad hunc actum non vocati ex proprio motu se in iudiciis sistunt, quasi eorum testimonium recusari non possit, quod tamen, vt diximus, plane non attenditur.

## §. 4.

Sunt tamen etiam negotia quaedam extraiudicialia, quae necessario requirunt, vt in iis rite conficiendis testes adhibeantur specialiter rogati, neque villo modo ab iis sustineri possunt, qui forte *ἐκ τῆ παρηγορίας* ei praesto fuerunt. Huc pertinet materia de testamentis, instrumentis, diuortiiis, aliae. Inter testamentorum solennia praecipuum est, vt testes non fortuito accessu interuenerint, vel in transitu viderint, quid ageretur, sed vt specialiter ad hunc testandi actum sint rogati per Auth. *Rogati Cod.*  
de

l. 6. ff. *de Iustit. et Iur.* Maiorem lucem haec accipient, si adire placuerit *Dissertationes* Illustrius huius Academiae Pro-Cancellarii, Dom. IOAN. FRIDER. HOMBERGK zu Bach, Patroni nostri aeternum deuenerandi, pro cuius vita et incomunitate nullo non tempore preces ardentissimas fundimus, in quarum altera *de fundamentis praesumpti-um*, in altera autem *de earum concursu* quam doctissime egit, earumque genuinam indolem ac rationes elegantissime et magno cum eruditionis apparatu exposuit.

*de test.* Cum enim in hoc testimonio maximus subest fraudis atque fallaciae timor, voluit Imperator adhiberi testes non fortuitos, sed in specie rogatos, vt diligentius ad omnia animaduertent: et praemoniti itaque de causa, ad quam adhiberi debent, vt scilicet testamenti factioni intersint per l. fin. Cod. de testam. vbi dicitur, *quos ad testimonium conuocari necesse est.* Nam si casu confluerint, aut alterius rei causa fuerint conuocati, ad testandum non sunt idonei, nisi prius, sese ad testamentum adhiberi, certiorentur l. 21. §. 2. ff. *qui testamenta facere possunt.* Eadem occurrit Iuris dispositio circa instrumenta, quae super solutione conficiuntur, in Nou. XC. cap. 2. et 3. quam tamen ad alia instrumentorum genera non extendendam esse, recte monitum fuit ab Illustri LEYSERO in *Meditat. ad Pand.* Vol. IV. pag. 1060. Ita et lex 35. ff. *de donat. inter vir. et vxor.* requirit, vt diuortium secundum legitimam obseruationem fiat. In quo autem haec consistat, edocemur per l. 9. ff. *de diuort.* vbi PAVLLVS nullum, inquit, *diuortium ratum est, nisi septem ciuibus Romanis pueribus adhibitis, praeter libertum eius, qui diuortium faciet.* In his enim aliisque casibus prohibentur omnimode testes esse, nisi qui specialiter sint rogati.

## §. 5.

Vt igitur testimonia eorum, quos ad probationem causae nostrae adhibemus, omni exceptione maiora sint, duo haec imprimis sunt obseruanda, I. Vt in iis negotiis, in quibus testium solennitatem expresse requirit Ius nostrum, quanta fieri potest circumspectione eius dispositionem attendamus, ne ansam praebemus aduersariis eludendi atque reiiciendi eos, in quorum testimoniis causae nostrae salutem posuimus; II. Vt vterque in foro litigantium sibi prospiciat, ne in numero pro se testantium quis

inueniatur, contra quem excipere possit aduersarius, quod antea nominatim non sit adductus, nec ad testimonium dicendum citatus, sed iam sponte sese obrulerit, proindeque pro suspecto habendus. Quae monita nisi curae cordique nobis sint, non facile causa nostra a nobis sustinebitur, quamuis non aliena sed propria culpa illud nobis obueniatur.

## CAPVT III.

## §. I.

**N**ihil sane iuri naturae tam conueniens est, quam *ut is, qui perfectae aetatis non est, alterius tutela regatur §. 6. Instit. de Atil. Tutor.* Quid enim magis cum naturali aequitate conspirat, quam ut liberi, in tenerima sua aetate parentibus orbati, accipiant tutorem, in quo habeant alterum quasi parentem, qui non tantum personam eorum tueatur, sed et res atque bona, quae iis relicta sunt, administret: quippe neutrum ab ipsis fieri possit, cum huiusmodi aetatum fragile est et infirmum consilium, multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, ut loquitur *VLPIANVS in l. i. pr. ff. de minor.* Negari proinde non potest, doctrinam hanc de tutela ipsis principiis Iuris Naturae inniti, formam autem et effectum descendere ex Iure Ciuili, quod ita disposuit et permisit, ut vel ex testamento, vel a lege, vel denique a iudice daretur. Secundum hanc Iuris nostri dispositionem videamus iam, quid in tutore primario requiratur; cetera enim, quae ad eius officium pertinent, a scopo nostro prorsus aliena videntur, quapropter lubenter ea superfedeamus, ne plus iusto prolixiores deprehendamus. Ad tutoris personam igitur speciatim haec duo spectant;

vt



vt sit rite constitutus, et a Magistratu competente confirmatus. Ad prius pertinet, vt nemo debeat huic muneri se immiscere, nisi qui vel in testamento expresse sit designatus, vel cui lex illud imponit, vel iudex demandauit: ad posterius, vt nullus ex his pupillorum negotia sibi adsciscere debeat, nisi impetrauerit confirmationem, auctoritate Magistratus interposita. Magistratus enim ante decretum ex officio tenetur inquirere, a) num idoneus sit ad munus hoc gerendum, itemque animaduertere, num satis immobilium possideat, ne ex eiusmodi constitutione praecipiti damnum sentiant illi, quorum maxime interest. Alterum tamen sine altero non sufficit, puta, si quis etiam Crassum aut Varronem diuitiis superaret, verum dissolutis moribus esset, aut contra, si quis probata vita, laudatisque moribus reperiretur, verum propter inopiam neque fideiussorem inuenire, neque sine periculo et proprio detrimento administrationi praeesse possit; tunc sane iudex nequit munus hoc ipsi committere.

## §. 2.

Si ergo verum est, vti mox adstruximus, quod tutorem nil magis quam vitae integritas, et in negotiis gerendis prudentia et in munere perfungendo fides atque candor commendat: imo, si verum est, vt Ciceronis verbis vtar, *sacrum hoc vinculum, quod tutelam vocant, duabus sanctissimis rebus constare, fide et amicitia;* sequitur, quod ab hoc praecipue officio omnes sint propellendi, qui, lucro inhiantes, illud anxie quaerunt, aut vltro ei se ingerunt. Hoc ipsum etiam est, quod in iure nostro vocatur,

a) De necessaria et diligenter instituenda hac inquisitione non inutilia quaedam monuit CHR. SPECHT in *Diss. de Tutor, et Curator.* pag. 16. seq.

catur, *tutelam affectare*, eosque prudenter censet tanquam suspectos ad administrationem non esse admittendos, aut villo modo subleuandos. *b)* Liceat igitur nobis iam eas leges producere, quae huc spectant. Faciunt autem ad sententiam nostram corroborandam ex l. 8. §. 1. ff. *ad leg. Aquil.* haec imprimis verba:

*Affectare quisque non debet, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram.*

Casus quidem, qui in hac lege a Caio proponitur, specialis est. Loquitur enim de mulione, cuius imperitia et infirmitate factum, ut mulae, quarum impetum retinere non potuit, hominem alienum obtriuierint, et mulio censetur de culpa praestanda teneri. Ratio tamen decidendi, qua vitur ICrus, et quam hic apposuimus, generalis est: quapropter etiam nobis licebit, eam ad casus similes applicare. Nunc autem, uti quoque recte monuit GOTHOFREDVS ad h. l. eadem videtur esse ratio in eo, qui tutelam affectat, proinde et eadem legis dispositio. Aut enim intelligit, se vel malo animo ad tutelam accessisse, vel non posse eam ita administrare, ut muneri huic satis-

*b)* Legi hic merentur verba Ioach. Mynsingeri a Frundeck ad Rubric. Titul. Institut. *de suspect. tutor.* ita inquiens: Mirror sane plurimum, cum omnes legislatores tantam egerint curam, ne pueri in aetate pupillari, qua se ipsos tueri non possunt, villo modo laederentur, et tam multi nunc viuunt suspecti tutores, qui fiat, ut hoc iudicium adeo silenscat hisce temporibus, nec vlla de suspecto tutore causa moueatur, raro admodum perducantur in forum nostrum? Quis enim nunc velit excusari a tutela locupletis pupilli? Quis non potius intendat apud iudicem, se ad tutelam proximiorum esse, quam aduersarium? Sic corrumpuntur hominum mores auaritia omnium vitiorum matre!

fatisfiat, adeoque male fore prospectum pupillo; aut non intelligit. Si non intelligit, tenebitur nihilominus ad damnum omne refarciendum, si quod pupillo obuenerit, quia intelligere debebat. Si autem intelligit, prorsus abstinendum ipsi fuisset a tutela gerenda, quia praeuidere potuerit, infirmitatem suam aut imperitiam pupillo periculofam futuram. Vtroque igitur casu remouendus est is, qui tutelam affectando suspectus est iudici, et quidem ob elegantem rationem, quae redditur in l. ult. Cod. *in quib. caus. in integr. restitut. necessar. non est*, et quae hic locum omnino inuenire videtur, *quia nimirum satius est, ab initio rem factam tectam seruare, quam post vulneratam causam remedium quaerere.*

## §. 3.

Quoties igitur in Iure nostro de modis constituendi tutores agitur, toties quoque hoc iniungi deprehendimus Magistratibus, vt mores eorum imprimis peruestigent, nec eos statim admittant, qui se ipsos offerunt. Ita enim ipsa loquitur lex 21. §. 6. ff. de tutor. et curat. datis.

*Semper autem maxime hoc obseruent Magistratus, ne creent eos, qui se ipsos volunt ingerere,* aut quod idem est, qui *ambiunt.* Et quamuis haec lex restringenda videtur ad solos eos, qui deficientibus testamentariis et legitimis tutoribus a Magistratu ex officio dantur, cum de his totus hic Titulus agat; verum quae his verbis Magistratibus inculcantur, ita nobis generalia videntur, vt quoque in iis recte obtineant, qui aut testamentarii aut legitimi constituuntur tutores, puta, vt, si appareat, eos hac macula laborare, tanquam suspicione grauati a tutela iure meritoque arceantur: c)

D

infra

c) Quid autem, si sat multum cautionis offerat, numne tunc erit

infra dicendis vterius patebit. Liceat autem haec illustrare nunc exemplo, quod nobis praebet l. 6. Cod. *de negot. gest.* In ea enim ita rescripserunt Impp. Seuerus et Antoninus:

*Curatorem tibi quidem patris testamento datum dicis, quod non potest videri iure factum. Quod si, ut proponis, administrationi se immiscuit, negotiorum gestorum actio tam aduersus eum, quam contra heredes eius tibi competit.*

Praefens casus ita videtur conceptus. Ex testamento patris accepit filius curatorem. Iure autem? Negatur ob §. 1. Instit. *de Curator.* et regulariter etiam verum est ob aetiologiam maxime conuenientem, quia Curator principaliter rebus datur adultis et pater disponere de iis non potest, nisi vsque ad pubertatem l. 2. pr. ff. *de vulg. et pupill. substit.* Datus tamen in testamento Curator a Magistratu confirmandus est per allegat. text. Institut. Sed in casu legis nostrae hoc factum non fuerat: interea tamen Curator ius sibi sumsit, quod nondum rite acceperat, et pro lubitu pupilli res gessit; proptereaque de eo dicitur, *quod sese administrationi immiscuerit*, et concessa est aduersus eum negotiorum gestorum actio. Et haec ipsa constitutio est, quae nostram sententiam defendit, ampliat, firmat, quippe quae nihil aliud vult, quam quod nemo debeat attentare munus, aut illi se obrudere, nisi ab aliis dignus iudicatus fuerit, cui illud offeratur. Diutius igitur his inhaerere a scopo nostro alienum foret, cum iam aliae, eaeque elegantissimae leges iure suo explicationem a nobis postulare videntur.

§. 4.

erit admittendus? Respondetur negando: *expedit enim pupillo rem saluam habere; quam tabulas cautionis, rem saluam fore, ut eleganter ait VERIANVS l. 5. ff. de suspect. tutor. et curator.*

## §. 4

Cum his enim, de quibus hucusque sermo nobis fuit, bene coincidunt, qui in testamento tutelam sibi adscribunt. *d)* Quod nempe nostris temporibus tota die fieri cernimus, ut testatores non ipsi ultimas suas voluntates manu propria conscribant, sed ad eas conscribendas alios adhibeant, idem olim quoque factum fuisse non ignoramus. Nunc autem, cum leges diserte volunt, ut in testamentis sincerissime procedatur, et omnis via falsi praecludatur, maxima sane contra eum militat praesumptio, quod vel dolo, vel minis vel precibus a testatore exegerit, ut aut hereditas aut pars eius aut legatum aut fideicommissum aut tutela denique ad eum perueniat, siquidem ex his vnum aut alterum sibi adscriptum fuisse post testatoris mortem appareat. *e)* Hoc crimen certe eminentioribus semper fuit adnumeratum, et sancitum est lege Claudia et SCto Liboniano, ut, qui illius participes deprehendantur, poena falsi, quae erat arbitraria, adficiantur, ceu liquet etiam ex *Titulo Cod. de his qui sibi adscrib. in testam.* qui totus huic pertinet. Verum cum haec omnia maioris saltem illu-

D 2

stratio

*d)* Ad huius §phi illustrationem insigniter facit *Diff. de his, qui sibi adscribunt in Testamento ad explicationem SCti Liboniani et Edicti D. Claudii*, publice proposita Lipsiae 1731. ab *Illustri MASCOVIO*, Patrono et Praeceptore quondam nostro summopere colendo, quem ut Deus in certissimum totius Reip. litterariae emolumentum diu conservare velit, omnes boni nobiscum exoptant.

*e)* Imo nec iussu testatoris heredem se scribere quis potest, nisi in subscriptione testator institutionem heredis specialiter repetierit, uti ex *CARPZOVIO* refert *BRUNNEMANNUS* ad l. 14. pr. ff. *de lege Cornel. de falsis*, cui adde *PETR. MVLLE. RVM* in *additionibus ad Struuii Syntag. Iur. Civ.* ad h. t.

strationis causa necessario praemittenda existimauimus, nunc in viam redire eo tutius licebit. Quam optime enim ea locum sibi vindicant in materia, cui discutiendae in praesenti Capite studium nostrum impendimus, iis diiudicandum relinquimus, quos tanquam arbitros atque iudices veneramus longe aequissimos. Sed audiamus iam verba l. 18. §. 1. ff. de Lege Cornel. de falsis, vbi PAVLLVS ICtus inquit:

*Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, et si suspectus esse praesumitur, quod vltro tutelam videbitur affectasse, tamen si idoneus esse approbetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est: nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris.*

Tria potissimum huius legis videntur esse momenta, quae quidem distincte erunt a nobis enucleanda. Et primum quidem hoc est, *quod, qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit in testamento, non sit admittendus ad tutelam.* Siue is igitur probauerit etiam, iussu ac voluntate testatoris id factum fuisse aut saltem sine vlllo ipsius facto intercedente, siue non; frustra haec ab illo suscipientur. Adiecit enim prudentissimus ICtus rationem, *quia vltro videtur tutelam affectasse, proindeque semper suspectus praesumitur.* Quid autem hic aliud est affectare, quam ambire, sollicitare, petere? Fugiunt autem Iura nostra homines, qui munera ambiunt, sollicitant, petunt, maxime ea, quae ob onus cum iis coniunctum non tam appetenda videntur, quam vitanda potius et in quantum fieri poterit deneganda. Hinc tales omnes a munere, quod ita anxie quaesiuerunt, repellunt et ad ea obeunda prorsus inhabiles eos pronunciant. Quare autem? quia Ius semper praesumit eos, qui munus aliquod affectant, vana atque turpissima lucri spe inductos. Qua suspicione, qui premuntur,

muntur, nunquam admittendos censet ad officium publicum, quale est tutela, nemini profecto deferenda, quam cui patriae cuiumque singulorum salus curae cordique est. Alterum caput hoc continet, quod, licet se ipsum tutorem adscripserit, tamen si idoneus approbetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus sit. Et haec quidem est exceptio a regula, quae vult, ut incapaces insuper fiant eius, quod ipsis fuerat relictum: his verbis autem cauetur, ut, quamuis sibi quis adscripserit tutelam, nihilofecius apud eundem ea maneat, modo appareat, dolum omnem ac fallaciam in eo abesse, eumque constanti et perpetua voluntate testatoris fuisse designatum. Attamen non veluti ex testamento, sed ex decreto Magistratus tunc tutor constituitur, id quod hunc singularem producit effectum, ut cum antea tanquam testamentarius confirmandus quidem esset a Magistratu, sed sine inquisitione, nunc autem praeuia inquisitione tum in mores eius tum etiam in bona demum confirmetur. Hoc enim satis manifeste nobis indicant verba, si idoneus esse approbetur, ex decreto tutor dandus est. Ultimo loco in nostra lege disponitur, ut, si forte post obitum testatoris se a tutela gerenda excusare velit, qui eam sibi adscripsit in testamento, non audiat. Sive igitur antea iustam habuerit se excusandi causam, siue ea postea ipsi superuenerit, hoc non attenditur: et ratio quidem ex ipsius legis verbis petenda est, quae ita in fine leguntur, quia consensisse videtur voluntati testatoris. Omne autem quod ab initio est voluntatis, ex postfacto fit necessitatis. Praesumunt porius iura nostra, ut, cum iam ex testamento tutelam adire non possit, prorsus nunc ei se subtrahere mallet, quam Magistratus inquisitioni se subiicere. f)

D 3 §. 5.

f) Non ablimilem casum nobis suppeditat l. 29. ff. de testam. tutel.

## §. 5.

Nonnunquam autem solent homines plures affectare tutelam mediocri patrimonii, ut ab alia forte molestiori excusationem habeant, et quaestio exoritur, quid iuris in iis statuatur? Respondere nobis liceat cum Modestino Icto ex l. 15. §. 15. ff. de excusat.

*Est autem, quando et qui tres habet tutelam vel curam, non habet ius remissionis, puta si quis affectauerit suscipere. Iam autem et tutor, qui modici patrimonii factus est, affectasse videtur.*

Siquidem constat, illud nobis non videri onerosum, quod ipsi cupide ambiuimus: ita nec is, qui, ut in hoc casu est, tres tutelam mediocres affectauit, non excusabitur ab alia quoque suscipienda. Hoc enim impedimentum, si quod est, ipse sibi creauit; hoc autem pro impedimento non habetur, cuius rei elegans quoque exemplum habemus in l. 2. §. 9. ff. si quis cautionem. Praeterea non tam tres tutelae, sed tria onera tutelae non affectatae praestant vacationem, ut est in §. 5. Institut. de excusat. quia magis ponderantur, quam numerantur, id quod ita accipiendum, quod numerus non tam respiciendus sit, quam potius consideranda difficultas rationum conficiendarum et reddendarum, itemque num patrimonii diuisa sint et separata, nec ne. Hinc bene etiam Paulus Ictus in l. 31. §. 4. ff. de excusat. monet, recte facturum Praetorem, si interdum unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat.

## §. 6.

His igitur satis superque deductis commode iam ab hac

*tutelam, quae ex Papiniani libris Responsorum desumpta est, qui eodem, quo Paulus Ictus in nostra lege, argumentandi modo utitur.*



hac materia recedere possemus, nisi nobis adhuc quaestio occurreret explananda, eaque nec iniucunda, nec omni utilitate in foro destituta. Agit ea de pluribus tutoribus circa eandem tutelam concurrentibus, et quaeritur, numne is recte ceteris, quotquot sint, praeferatur, qui maiorem quam reliqui cautionem sponte offert? g) Sedes huius argumenti est in §. 1. *Institut. de satisdat. tutor.* Hoc enim in dubium amplius non vocari persuasum habemus, quod nempe melius sit, ut per vnum administratur tutela, quam per plures, id quod ad l. 3. §. 6. ff. de *administr. et peric. tutor.* egregie demonstraui ICTus magni nominis *Ioan. Schilterus in Praxi Iuris Rom. Exercitat. XXXVII. §. 95. seqq.* At enim vero hoc dubium videtur, cui ex pluribus contutoribus demandari debeat tutelae munus. Allegatus textus *Institut.* disponit, ut alteri alter optionem relinquat, utrum velit satis accipere, an satisdare. Sed nos casum mutauimus, atque proposuimus talem, qui sponte maiorem cautionem, quam nemo alius, offert: et ita hanc quaestionem decidendam esse arbitramur, ut is non solum utique praeferendus sit reliquis, puta, si ceteroquin inhabilis non deprehendatur; verum etiam utilitas pupilli, semper promouenda et quouis modo augenda, illud maxime suadeat. Et hoc ipsum nec legibus nec iuris analogiae repugnat. Stat enim pro nostra sententia l. 53. §. 3. ff. de *furtis.* Postquam enim Paulus ICTus iis, qui alienis negotiis gerendis sese

g) Dantur utique plures casus, qui eandem hanc rem concernunt, et quos ex instituto percensuit Clarissimus quondam Academiae Fridericianae Professor *Iac. Fried. Ludovici in Diss. de duobus circa idem factum concurrentibus §. 5. seqq.* verum illi omnes ad scopum nostrum ita non faciunt, quam hic, quem in textu adduximus.

sefe obtulerunt, actionem furti denegauerat, ita pergit:  
*Eadem sunt in eo, qui pro tutore gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti, qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisfactione solus administrationem suscepit.*

Cui iungatur l. 85. ff. eod. titul. Cum igitur minime negligenda sunt, quaecunque in fauorem pupillorum introducta sunt, sed potius sollicite animaduertenda; non facile quisquam a nostra sententia diuortium faciet. Accedit etiam ratio iuris, legi huic maxime conueniens. Tutor enim regulariter tantum ad dolum et latam culpam tenetur; is autem, qui administrationem, maiorem cautionem sponte offerendo, sibi vindicat, ad maiorem quoque diligentiam et leuissimam culpam praestandam obligatur: proinde sine dubio melius pupillorum rebus prospicitur, si hic ad tutelam gerendam admittitur, quam quod alius ipsi praeferatur.

#### CAPVT IV.

##### §. I.

Superest, vt singularia, quae occurrunt in materia de negotiorum gestione, a nobis expediantur; quae quo magis trita atque vulgaris est, eo breuiores in iis illustrandis nobis esse licebit. In genere praemonendum, quod regula *Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti*, l. 36. ff. de regul. iur. cum grano salis sit accipienda, vt nimirum eos culpandos esse censeamus, qui inuitis et quandoquidem diserte prohibentibus operam et studia sua obrudunt. Indeque ea ita tantum interpretanda, vt salua maneat negotiorum gestio, quaecunque in villitatem

tem absentium vel ignorantium suscipitur. Verum enim si postea apparuerit, quod quis lucri proprii causa ad negotium alterius accesserit, tunc is ex hoc negotio tenetur actione directa, et dicitur *depraedandi causa accessisse* in l. 6. §. 3. ff. de negot. gest. Sed ad rem accedamus iam propius. Praecipuum, quo negotiorum gestor a mandatario differt, in eo consistit, quod hic iussu ac mandato praecedente alterius negotia gerat; ille autem sponte ea in se suscipiat. Hinc diuersa plane eorum videtur esse causa impulsiva: cum tamen in reliquis, quae obligationem eorum concernunt, omnimode fere aequiparantur. Siquidem enim mandatarius non solum dolum sed et culpam etiam leuissimam praestare debet; ita et negotiorum gestor ad ea omnia tenetur. Quae doctrina quamuis permultis iisque Doctissimis Viris visa semper est aequitati naturali maxime difformis, propterea apud eos fastidium ita excitauit, ut omni occasione illam refutare allaborauerint; ita tamen in Iure nostro ea fundata est, ut sine temeritate eam relinquere nemo possit. a) Quod enim ad negotiorum gestorem spectat, de quo nobis in praesenti sufficit, perspicuus certe textus est in §. 1. *Institut. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* ubi dicitur:

*Ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere,*

E

qua-

a) Quaecunque hac de re ex vtraque parte disputata sunt, summa diligentia conciliare studuit laudatus supra SCHULTERVS *libr. citat. Exercitat. X, §. 67. seq. et Exercitat. XXVIII, §. 85. seq.* quem igitur prae innumeris aliis hic commendare dignum iudicauimus.

*qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

Et cum scimus ex *l. 5. pr. ff. de obligat. et action. eo nomine proditas esse actiones negotiorum gestorum, ut iis aequae inuicem experiri possint de eo, quod ex bona fide alteri praestare oportet; iam dispiciamus, num promiscue omnes huic rigori iuris adstricti sint. Quod quidem cum non possumus non adfirmare, placet tamen, illud ipsius legis, quam nostris verbis exsequi. Loquitur autem *l. 3. §. 10. ff. de negot. gest. hunc in modum:**

*Hac actione scilicet directa tenetur non solum is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis, et ea gessit; verum et is, qui, aliqua necessitate urgente, vel necessitatis suspitione gessit.*

Vt proinde ex his appareat, miseram plane eorum esse conditionem, qui in aliorum negotiis gerendis studium et operam collocant; quam tamen non miseram esse, tunc contendimus, si ex fide et omni qua debent cura atque diligentia ea gerant.

§. 2.

Sed occurrunt nobis iam speciales quidam iique infignes casus, in quibus animaduertere licet, Ius Civile nostrum non fauere eos prosequi, qui sponte interdum et temere aliorum negotiis sese ingerunt; sed summo potius rigore eos persequi. Primum exemplum nobis praebet *l. 23. ff. de negot. gest. vbi Paulus inquit:*

*Si quis*

*Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit restituere cogitur: De eo autem, quod indebitum soluit, magis est, ut sibi imputare debeat.*

Et sane non iniqua haec videtur dispositio, quod in hoc casu ipsi denegatur contraria actio aduersus eum, cuius res gessit, et cuius nomine pecuniam, quam tamen non debebat, soluit. Hoc enim sibi imputer, ceteroquia nemini, quod tam promptus atque paratus fuerit in soluendo eo, quod altioris erat indaginis, neque maiorem adhibuerit industriam in inquirendo, numne etiam illud reuera debeat, cuius personam atque partes tuendas in se suscepit. Quae quamuis ita sese habeant, nulli tamen dubitamus, quin aliud remedium ipsi superfit, quo cum effectu uti possit, si nempe directe agat contra eum, cui ex errore pecuniam soluit, eiusque restitutionem Conditione indebiti in foro competente instituta ab eo petat.

## §. 3.

Magis certe vulneratam dicamus an desperatam causam habet is, cuius exemplum nobis proponit Iustinianus Imper. in l. 24. *Cod. de negot. gest.* Quaestio eo redit: *num is, qui nolente et specialiter prohibente domino rebus eius sese immiscuit, possit repetere sumtus, post domini prohibitionem in res eius factos?* In qua decidenda veteres Ictos iam in diuersas partes abiisse, ipse Imperator perspicue indicat: verum auctoritatem suam interponens sanxit, et edixit, ut Saluii Iuliani Icti sententia obtineret, qui statuit, *nullam esse aduersus dominum actionem scil. post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei, res eius attingere, licet bene ab eo*

E 2

gestae

*gestae sint. Sed, quid deinde, pergit Imperator, si dominus adspexerit, ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores praestet? Et ex responsione, quae iam sequitur, videre nobis licet, Imperatorem nostrum a protegenda tanta malitia abhorruisse, imo potius personam, quam summa cum laude sustinet, sacerdotis iustitiae induisse. Quod, inquit, nullo modo patimur, sed ex quo ea testatio ad eum facta est, vel in scriptis, vel sine scriptis sub testificatione aliarum tamen personarum; ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam competere actionem. Super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura concurrentem.*

## §. 4.

Restat, ut tribus saltem verbis attingamus materiam de Procuratoribus, qui nisi vel mandatum vel praesentis domini auctoritatem habeant, de rato satisfacere coguntur. Ita denuo Imperator Antoninus Pius l. i. *Cod. de Procurat.* decrevit, cautionem ratihabitionis tunc praestandam esse a Procuratoribus, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit. Ex quibus verbis bene colligunt Doctores, quoties evidenter constet, eum non posse unquam exhibere mandatum, toties quoque non sit audiendus, etiamsi de rato satisfacere velit: itemque nec ab eo exigendam esse hanc cautionem, si pro eo faciat praesumptum mandatum, ut fieri solet quotidie in personis  
con-

coniunctis, quae etiam sine mandato admittuntur. Quanto magis igitur cum iis ita procedendum erit, qui absentis rei defensores se sistant, et vltro liti se ingerunt, de quibus agit §. 5. *Institut. de satisfat.* vbi dicitur:

*Si vero reus praesto ex quacunque causa non fuerit, et alius velit defensionem eius subire: nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen, vt satisfactionem iudicatum solui pro litis aestimatione praestet. Nemo enim secundum veterem regulam, vt iam dictum est, alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur.*

Potest enim quilibet se ad defendendum reum absentem vltro offerre, siue in rem sit conuentus, siue in personam, vnde quoque voluntarius siue spontaneus defensor dicitur. Non tamen aliter admittere eum volunt leges, nisi satisfactionem praestet *iudicatum solui*, quod ita intelligendum, imprimis in actione reali, vt non modo caueat de soluendo eo, quod fuerit iudicatum; sed et de damnis, vbi succubuisse, resarciendis: et in hoc casu nec actio ex stipulatu, nec actio iudicati in dominum datur per *l. 28. ff. de Procurator.* Si vero vltro quis in se suscepit defensionem praesentis, qui proprie *cognitor* dicitur, tunc non ipse cogitur satisfacere iudicatum solui, sed dominus litis per *l. 10. ff. iudicatum solui.*

## §. 5.

Sed haec pro instituti ratione iam sufficient. Et cum ea non pro materiae dignitate, sed pro exiguo virium nostrarum modulo exhibuimus; ita Humanissimos Lectores obnixè rogamus, vt hisce conatibus fauere, eoque ipso nos ad maiora quaenis beneuole excitare velint.









Barburg Diss., 1744

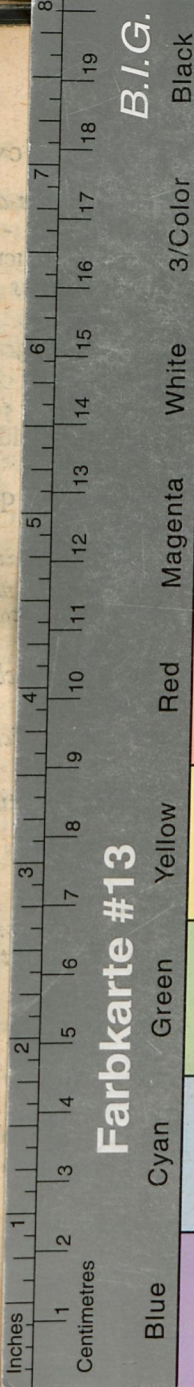
32

1

ULB Halle 3  
004 989 023







Farbkarte #13

B.I.G.

DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA  
DE  
EO QVOD IVRIS EST CIRCA EVM  
QVI SPONTE SESE  
**O F F E R T**  
IN IVRE

53  
13  
1744, 11

QVAM  
SVB AVSPICIIS CLEMENTISSIMIS  
RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI  
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI  
**DOMINI FRIDERICI**  
HASSIAE LANDGRAVII RELIQ.

EX AVTORITATE ET DECRETO  
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS  
PRO  
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS AC PRIVILEGIIS  
DOCTORIS RITE CONSEQVENDIS  
EXCELLENTISSIMORVM ACADEMIAE PROCERVM  
BENEVOLO EXAMINI  
DIE VI. FEBR. MDCCXLIV.  
H. L. Q. C.  
PVBLICE SUBMITTET  
**IOANNES WUNDERLICH**  
HAMBVRGENSIS.

MARBVRGI CATTORVM  
TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MULLERI. ACAD. TYP.