



11

91

92

93

94

95

96

97

98



Pr. 53. num 20.

1775, 56.

16

EXERCITATIO IVRIDICA  
QVAESTIONEM

*Vtrum testator cautionem  
fideicommissariam remittere possit  
continens.*

Q V A M

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE  
P R A E S I D E

D. FRID. GOTTLIEB ZOLLERO

COD. P. P. ECCLES. CATHEDR. MARTISB. CAPITVL. CVRIAE  
IN PROVINCIA SVPREMAE NEC NON FACVLTV. IVRID.  
ASSESS. ET ACADEM. DECEMV.

IN AVDITORIO ICTORVM

D. XXI. APRIL. MDCCLXXV.

AD DISCEPTANDVM PVBLICE PROPONIT

CAROLVS GODOFREDVS HERRMANNVS

LOEBAV. LVSATVS.

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.




.C. 1111 .P. 1111.

1111





§. I.

 Hereditatem, quae per ultimam voluntatem ad nos peruenit, adquirimus vel immediate, ex manibus testatoris, vel mediate, per interpositam personam, illud contingit per testamentum, hoc per fideicommissum. Dicitur fideicommissum ab Ulpiano tit. 25. §. 1. quod non ciuilibus verbis, sed precatue relinquitur, nec ex rigore iuris proficiscitur, sed voluntate datur relinquentis. Teste enim Iustiniano §. 2. *l. de fideicommiss. hereditat.* ab initio omnia fideicommissa fuerunt infirma, quia nemo inuitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat, nam nullo iuris vinculo, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur, inde et fideicommissa appellata. Ast sub imperio Diui Augusti esse.



effectum vltimarum voluntatum consequerentur fideicommissa, adeo, vt proprius crearetur Praetor, qui de fideicommissis ius diceret, quem ideo fideicommissarium appellabant: Est itaque iure hodierno fideicommissum dispositio vltima, qua testator heredeni denominat, ipsi vero restitutionem hereditatis vel totius, vel partis eius iniungit.

§. II.

De diuisione, forma pariter et effectu fideicommissi, vt in praesentiarum agamus, superfluum animaduertimus. Non enim est animus, doctrinam recensere fideicommissorum, cum haec in systematibus ab illis, qui ex proposito de hac materia scripserunt, satis exposita sciamus. Potius nostrum est, vt quaestionem circa fideicommissa obuientem, cuius causa hanc exercitationem conscripsimus, inquiramus et decidamus. Casus, qui ansam huic disceptationi suppeditat, hic est: Titius cum vxore testamentum confecit reciprocum, et maritus vxorem, haec vero maritum heredem omnium bonorum instituit, vtraque pars in simul disposuit, vt si superstes coniux, ad quam hereditas defunctae delata, decedat, id quod superest ad cognatos pariter mariti et vxoris qui hac ex causa heredes dicuntur, aequis perueniat paribus, ita tamen, vt coniugi decedenti potestas super dimidia



dia parte pro lubitu disponendi competat. Insimul verbis prohibetur, ne cognati vxoris, vel mariti, a superstitute coniuge manifestationem vel consignationem bonorum et cautionem fideicommissariam exigant. Decedit primo loco vxor, et maritus ex dispositione testamentaria ipsi succedit. Cognati praedefunctae vxoris, actionem contra maritum mouent, et vt ipsis pro ea parte, quae post eius obitum ad ipsos peruenit cautionem idoneam praestet, desiderant. An haec petitio valeat, et cognatis ius agendi competat, videamus.

§. III.

Iure Romano ab initio, si rogatus erat heres, post mortem restituere, quicquid ex hereditate superfuerit, heres fiduciarius ad praestandam cautionem neutiquam erat obligatus, nec fideicommissario competeat actio; Cum enim haec dispositio tacitam conditionem, si quid reliquum foret, complecteretur, heres fiduciarius totam consumere poterat hereditatem, et si nihil supererat, nihil restituendum esse videbatur. Probat hanc sententiam Papinianus *l. 54. ff. ad SCtum Trebellian.* Titus rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere, quod medio tempore alienatum vel deminutum est, quandoque peti non poterit, si non interuertendi fideicommissi gratia, tale aliquid factum probetur; *verbis enim fidei commissi*



*bonam fidem inesse constat.* Suppeditat Ictus hac in lege regulam vniuersalem, heredi, qui rogatus est, restituere id quod post eius obitum supererit, non interdictam esse alienationem bonorum, eoque ipso adfirmat, fideicommissum, quod ex iniuncta restitutione colligimus, conditionem respicere, si aliquid ex bonis post mortem heredis supererit. Dependet igitur ius fideicommissario competens ab euentu conditionis, quapropter, cum ante existentem conditionem nec cedat, nec veniat dies, ab herede cautionem exigere fideicommissarius nequit. Quemadmodum vero omnis regula admittit exceptionem, ita pariter hoc in casu eadem datur. Si nempe fiduciarius animo proposito, vt elidere queat bonam intentionem testatoris, alienationem vel diminutionem patrimonii susceperit, quod demonstrant verba legis, *si non interuertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur.* Quodsi enim hoc contingat, de dolo conuictus est heres, sed cum ille in nullo negotio admittatur, potius, vt verbis legis vtar, bona fides verbis fideicommissi insit, alienatio in fraudem testatoris pariter quam fideicommissarii facta efficit, vt contra heredem actionem instituat fideicommissarius, et ab eodem cautionem exigat.

§. IV.





## §. IV.

Sed iure recentiori Iustianus mutauit causam, et sua constitutione hac de re aliter disposuit. In Nouella enim CII. c. 1. expressis iubet verbis, ut usque ad Falcidiam solum suae institutionis habeat necessitatem seruare is, qui oneratus est restitutione fideicommissi, et non possit aliquid penitus ex illa minuere sufficiens existens, sed heredi quidem supersint tres partes, illi autem quartae solius relinquatur ratio. Cum itaque Imperatori placuerit, conseruare ultimam testatoris voluntatem, quam Iustinianus Nouella XXII. c. 2. pr. legem esse voluit, necessitas exigit, ut heres fideicommissarius ab omni detrimento, quod ipsi ex facto heredis fidaciarium forsitan contingere potest, sit immunis, qua propter eundem ad praestandam cautionem iuris assistentia adigit.

## §. V.

Quae cum ita sint, defendenda videtur sententia; testatorem, qui fideicommissum constituit, heredi in praeiudicium fideicommissarii cautionem lege adprobatam remittere non posse, cuius rei rationes haud deficiunt. Expediti nempe iuris est, leges expresse voluisse, ut heres, cuius fiduciae restitutio hereditatis est commissa, fideicommissario ad quem ex dispositione testatoris hereditas venit, idoneam praestet securitatem, per quam non elisoria sit ultima voluntas



Iuntas: hanc ob causam Imperator l. 1. Cod. vt in possessionem legatorum: quoniam actor nihil amplius postulat, quam vt fideicommissi nomine caueatur, iubet, vt non debeat is, qui iuri dicundo praest subtiliter cognoscere, debeat nec ne fideicommissum, sed tantum decernere, vt satisfidetur. Quodsi satis dationem denegat heres in possessionem mittitur fideicommissarius, quod probat l. 6 C. b. t. Certa est forma iurisdictionis, qua fideicommissi seruandi causa in possessionem rerum, quae in causa hereditaria sunt, aut dolo malo esse desierunt, is, cui legati vel fideicommissi nomine satis non datur mittitur, Conf. l. 5. eiusd. titl. l. 10. ff. vt in possess. legat. Wernb. P. II. Obs. 452. A quo onere nec heredis dignitas, nec defectus dilapidationis liberat. CARPZ. P. III. C. elect. IIX. def. 38. n. 3. MÜLLER ad fruu. Exerc. 36. §. 51. Est itaque cautio fideicommissaria ex iure praescripta, et ex lege supra citata 6 Cod. vt in possess. legator. ad formam iurisdictionis pertinet, testator vero vltimam suam voluntatem, vt legibus repugnet conficere non potest. Nemo enim l. 55. ff. de legat. 1. potest in testamento suo cauere, ne leges in suo testamento locum habeant quod communi nititur principio: omnis nempe actio, quae legibus est contraria, et iisdem repugnat, caret effectu. Quicquid enim Praetor de pactis l. 7. §. 7. ff. de pactis. Pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduersus leges, plebi-





dere potuisset, nunquam cogitasset. Ponas enim casum; heredem, cui testator cautionem fideicommissariam testamento remisit, sine dolo et culpa bonis ita lapsum esse, ut post eius obitum nihil superfit, quod fideicommissarius consequatur. Sine effectu nunc est dispositio testatoris, qui tamen sine dubio cum relinqueret fideicommissum, voluit, ut liberalitas habeat exitum. Cum itaque in dubio benigniora sint sequenda, ea vero benigniora dici promereantur, quae ultimam conseruant voluntatem, melius erit, ut denegemus potestatem remittendi cautionem, quam ut eandem defendamus.

#### §. VII.

Sed quamuis haec, quae in antecedentibus diximus, veritatis quandam speciem prae se ferre videantur, verior mihi tamen est sententia, voluntatem testatoris non esse restringendam, sed potius remissionem cautionis ex eius dispositione habere effectum, quod ex tribus capitibus probo 1) ex natura negotii 2) ex legis dispositione et 3) ex autoritate practica. Quod ad primum attinet, nemo negabit, a testatoris voluntate dependere, utrum testamentum condere, fideicommissum relinquere velit, nec ne; Cum enim legibus duodecim tabularum, ut legasset suae rei, ita ius esto, patrifamilias de rebus suis disponendi inter viuos et mortis causa competat potestas, in aprico est positum testa-



testatorem ultimo iudicio, cuilibet aliquid ex bonis relinquere posse, dummodo non existat violator legum. Cum igitur solummodo ex eius dependeat arbitrio, an heredem onerare, et tertio fideicommissum dare velit, merito et eius voluntati est relinquendum, remittere heredi cautionem, quam ut securus reddatur, nec de fide heredis dubitare possit, leges ipsi concesserunt. Regula enim communis; cui competit maius, illi et competit minus, in hoc quoque causa applicationem consequitur. Poterat nempe testator integram hereditatem relinquere heredi, et nullum constituere fideicommissum, quod est maius, merito ergo illi, si tertio ex mera liberalitate aliquid ex bonis suis confert, competere debet facultas, cautionem, quam alias imponere poterat heredi, huic remittere. Excipimus tamen casum, quando heres in dolo versatur, et animo inuertendi fideicommissum et elidendi voluntatem testatoris, dispositionem bonorum suscipit. Cum enim, dummodo ex sana ratione rem consideremus, praesumere debeamus, testatorem ideo remisisse cautionem, quia existimabat heredem bona fide acturum esse, contrario existente, haec praesumptio merito cessat, et hinc ultimum secundum regulas communes, ut iudicium habeat exitum, testari voluisse testatorem colligimus.



## §. VIII.

Alterum probandi caput, praestant nobis leges: Ipse Iustinianus Nouella CII. c. 2. dum cautionem imponit fiduciario heredi, sententiam confirmat, quod testantur verba finalia, *nisi et ipsam testator sicut in pronuntiato nobis facto prohibuit*: addita ratione, *cum enim et ipse testator omnem non fideiussionem solum, sed etiam cautionem relaxauerit, non aliter disponere non est morientis conuicere voluntatem*. Clariorem adhuc reddit sententiam Imperator MARCVS l. 2. C. in poss. legat. Ipsis ait, *rerum experimentis cognouimus, ad publicam utilitatem pertinere, ut satisfactionem, quae voluntatis defunctorum tuendae gratia in legatis et fideicommissis introductae sunt, eorundem voluntate remitti possint. Quocumque enim iudicio voluntatis, cautio legati vel fideicommissi remitti potest*. Hoc idem imperator l. 6. repetendo confirmat, et insimul ad cautionem usufructuariam adplicat, excepto tantum casu, quando testator usufructuario satisfactionem, ut boni viri arbitratu vtatur fruatur, remittit. Eo ipso limitationem patitur l. 1. C. de usufr. Plerique etenim, qui de huius legis interpretatione sunt solliciti, in ea versantur opinione, Imperatorem remissionem cautionis penitus intertixisse testatori, quod vero ex hac lege neutiquam apparet, quippe verba, *tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata*



*oblata secundum formam S<sup>C</sup>i cautione*, liquido demonstrant, Imperatorem prohibitionem remissionis cautionis tantum ad quasi usufructum restringere voluisse.

§. IX.

Supereft, vt ultimo loco, auctoritati practicae conuenire hanc decisionem, demonstremus, quod tertium probationis caput exigit. Confer: hac de re CARPZ. P. III. C. El. IIX. def. 38. n. 6. Idem in Responsis. lib. VI. tit. III. Respons. 32. num. 3. in quo loco CARPZ. simul probat, remissionem fieri vel expresse vel tacite, ad quod refert, si testator heredi potestatem bona fideicommissio subiecta, alienandi et distrahendi concedit. MENK. ad Pand. tit. vt legat. seu fideicommiss. caus. Knipschild de fideicommiss. c. 12. n. 13. Adde et licebit sententiam, quam nuperrime dedit Facultas Iuridica an den A. zu Subl in causa Schilling c. Kletten.

*Als uns Acta Valtin Schilling und Consorten Klre an einen. Johann Christoph Kletten Bekl. andern Theils betrefend nebst einer Frage zugeschicket worden, und etc. Dennoch etc.*

*Dass Klgr. suchen nicht statt hat. Die aufgewandten Unkosten aber seynd gegeneinander zu compensiren und aufzubeben V. R. W.*



## Rationes.

Ob wohl in den Fall, wenn der testator seinem Erben, daß er dasjenige, was nach seinem Absterben noch von der Erbschaft übrig bleiben würde, an einen tertium als ein Fideicommiss ausantworten solle, anbefohlen, daß zum wenigsten der heres fiduciarius den vierten Theil von dem Vermögen erhalten, und dieserhalb dem fideicommissario hinlängliche Sicherheit verschaffen müsse, die Gesetze

Nou. CHX. c. i.

verordnen, dieses auch in Praxi bewährter Rechts Lehrer Meynung nach

Wernh. P. II. Obl. 452.

also angenommen, und darauf erkannt wird. In dem beygelegten Testamente aber Bekl. Kletten und sein verstorbnes Eheweib ausdrücklich disponiret, daß nach Absterben des überlebenden Ehegattens das Vermögen, welches nach dessen Tode amnoch vorhanden seyn würde, auf des Mannes und des Eheweibes nächste Freunde, und zwar auf jede Linie zur Helfte fallen solle; hingegen wenn der überlebende Theil heyrathen würde, derselbe auf diesen Fall über der Helfte des nach seinen Tode übrigbleiben den Vermögen freye Disposition behalten solle, bestimmt worden. Wannhero, da Bekl. ad secunda vota geschritten, und der Fall eingetreten, wo Kl die Hälfte von dessen Vermögen nach dem Tode nach Vorschrift des testamenti





testamenti zufällt, das dieselbe in Ermegung derer in der Klage angeführten bedenklichen Umstände, sowohl eine eydl. Specification, als auch hinlängliche Caution zu verlangen vermögend, und daher deren Suchen vor unstatthaft nicht zu achten gewesen, es, scheinen möchte.

Dennoch aber und Diemehl in oben angezogenen testamento reciproco, das keines von beyden, welches das andere überleben würde, von des Verstorbenen Freunden und Anverwandten im geringsten turbirt, und belästiget werden, auch kein Anverwandter von dem einen oder dem andern überlebenden Ebegatten eine eydtliche Manifestation. und Caution zu fordern, oder gerichtliche Obsequation Inventur und Sequestration zu suchen befügt seyn solle, ausdrücklich verordnet, hingegen das ein Erblasser dergleichen zu verfügen und dem heredi fiduciario die sonst erforderliche Caution zu remittiren vermögend der Gesetze

Nou. CIIIX. v. 2, in fin.

Authent. contra ad SCtum

Trebellian.

l. 2. C. vt in Possess. legatorum.

erlauben, dieses auch von bewährten Rechtslehrern

CARPZOV. P. III. Const. El. IIX. def. 38.

MENCK. ad Pand. tit. Vt legatorum feu fidei-  
commiff. §. 3.

KNIPSCHILD. de fideicomm. c. 12. n. 13.

ange-



angenommen und darauf gesprochen worden. Wann-  
bero da Klre etwas von Bekl., wovon derselbe durch das  
von seinen verstorbenen Eheweibe errichtete, und von  
Klre selbst agnoocirten Testament freygesprachen wor-  
den, fordern, dasz derselben Suchen vor unstatthafft zu  
achten keinen Zweifel unterworfen, jedoch in Ansehung  
derer Unkosten vor Klgre so viel, dasz solche zu compen-  
siren, streitet.

So ist, wir im Urtheil enthalten, von Uns billig  
erkannt worden.



Leipzig, Diss., 1775 K-2

ULB Halle

005 359 015



3



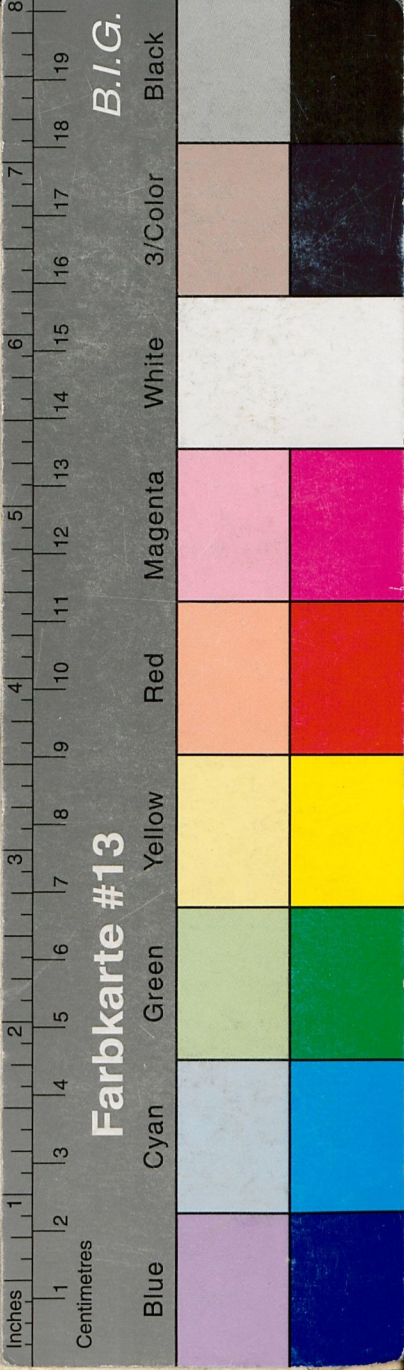


Pr. 53. num 20

1775/56

16

P. 285



EXERCITATIO IVRIDICA  
 QVAESTIONEM

*Vtrum testator cautionem  
 fideicommissariam remittere possit  
 continens.*

Q V A M

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE  
 P R A E S I D E

D. FRID. GOTTLIEB ZOLLERO

COD. P. P. ECCLES. CATHEDR. MARTISB. CAPITVL. CVRIAE  
 IN PROVINCIA SVPREMAE NEC NON FACVLT. IVRID.  
 ASSESS. ET ACADEM. DECENV.

IN AVDITORIO ICTORVM

D. XXI. APRIL. MDCCLXXV.

AD DISCEPTANDVM PVBLICE PROPONIT

CAROLVS GODOFREDVS HERRMANNVS

LOEBAV. LVSATVS.

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.

