



13
Pa. 27. num. 20.

167

1709, 7

7

B. C. D.

DISPUTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE
**NEGOTIIS SCRIPTV-
RAM REQVIRENTIBVS**

RECTORE ^{QVAM} MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DOMINO

GVILIELMO HENRICO
DVCE SAXONIAE, IVLIACI, CLIVIAE AC MONTIVM,
ANGARIAE, VVESTPHALIAEQVE ET RELIQVA
INCLTTI FCTORVM ORDINIS INDVLTV
IN ILLVSTRI ACADEMIA SALANA

PRAESIDE

IOHANNE BERNHARDO *Griesen/*

HEREDITARIO in *Pöfen/*

ICTO, SERENISSIMI DVCIS SAXO-ISENACENSIS
CONSILIARIO AVLAE AC CONSISTORII ANTE-
CESSORE VT ET FACVLTA. IVRIDICAE AC
SCABIN. ASSESSORE

DOMINO PATRONO AC PRÆCEPTORE SVO ÆTERNVM

DEVENERANDO,

PRO LICENTIA

SVMMOS VTRIVS^q IVRIS HONORES ET PRIVILEGIA DOCTORALIA

RITE CAPESSENDI,

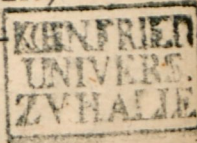
PVBLCO ERVDITORVM EXAMINI
SVBMITTIT

D. IVL. MDCCIX.

IOACHIMVS ERNESTVS WALTHER;

NORIMBERGENS.

IENÆ, LITERIS WERTHERIANIS.



P 494.



INSTITUTIO INVENIENS IURIDICA

DE
NEGOTIIS SCRIPTA
RAM REOVRRENTIBVS

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SARAVINNO PRINCIPIS AC DOMINI
D. O. M. I. N. O.

GAVILINUS HENRICO
DUCE SAXONIAE, VITAE CIVILIS AC MONTIVS
ANGARIAE VESTIPHALIAE ET REIOVA
VIVIT VETORVM ORVAE IVONIV
IN LECTIS ACQUISITIS SAEVA

IOHANNES BERNHARDUS

INSTITUTO IN PRAESENTIA
IOTO PRAESENTIA DUCIS SAXONIAE
CONSILIO ALAE AC CONSILIO ANTI
CESSORE VI ET FACULTATE VINDICIA AC
SCAM ASSISORE

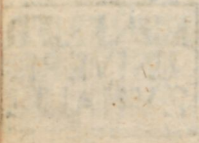
DOMINO PATRONO AC PRINCIPALITATE SVO STANVA
BERNHARDUS

PRO LICENTIA

STANVA PATRONO AC PRINCIPALITATE SVO STANVA
IATE CASSANOVA
VITICO REVOVRENTIUM REAVNI
STANVA

DE MONTIVS
IOHANNES BERNHARDUS WALTHER

INSTITUTIO INVENIENS IURIDICA





I. N. F.

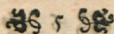


Robationem varias recipere divisiones & modo in plenam & semiplenam, modo in eam quæ sit facti & juris, modo in directam & obliquam, modo in judicalem & extrajudicalem dividi, præ cæteris tamen placere Doctõribus divisionem probationis in artificialem & inartificialem & illam in argumentis & conjecturis, quæ in re ipsa inhærent, i. e. in causa seu quaestione & in eo ipso de quo agitur: Hanc in testibus ac Instrumentis & similibus aliis, quæ extra causam ad faciendam fidem assumuntur, positam esse noto est notius: interim tamen scripturam unice adhiberi, ut fidem faciat, dicendum non est, nam bene notat *Vvesenb. ad tit. ff. de fid. instrum. num. 6.* Instrumenta fieri ad duplicem finem juxta Bald. *in rubr. C. de fid. Instr. lib. 1.* vel & quidem frequentius ad cautionem probationis, videlicet ut in promptu sem-

per habeatur probatio *Cap. Albericus de Testibus. l. 4. ff. de pign. vel ad solennitatem actus perficiendam, quando scilicet scriptura necessaria est cap. I. ubi glossa de cens. in 6. Quam posteriorem considerationem breviter perpendere & Dissertationis Inauguralis loco proponere constitui. Faxit DEUS ut fiat hoc feliciter.*

§. 2. Instrumenta ad solennitatem actus perficiendam fieri paucis casibus, quos recensere Accursium *ad l. 17. C. de pact. statuit Habn. ad Vvesenb. ff. de fid. Instr. n. 6. Imo paucissimos esse, quibus scriptura ad actus essentiam requiratur, cum Ordinario jure ad ejus probationem faciat, asserit Bachov. ad Vvesenb. d. loc. Horum Jureconsultorum facundissimorum autoritate inductus decreveram omnes exponere: sed inspectis Doctorum commentariis reperi haur paucos esse casus, quibus scriptura actus essentiam ingreditur, sed plurimos, quorum unica Glossa *ad c. 1. de censib. in 6. refert. 33. certe tot inveni, ut certis definire terminis nequiverim. Cum vero Dissertationis limites transgredi non placeat, saltem extantiores quosdam casus, reliquis prætermis & alii ocio reservatis, ponderare hac vice constitui.**

§. 3. Inter negotia scripturam requirentia, juxta



juxta ordinem in *l. 1. ff. de Stat. hom.* traditum; primum sibi vendicat locum legitimatio per subsequens matrimonium. Quæ opinio quidem *Bachov. ad Treutl. Disp. 2. §. 6.* non arridet, & ideo legitimatio definitionem, quod sit Legis actio qua liberi naturales consentientes vel si ejus ætatis sint, ut consentire nequeant, postea id ratum habentes legitimantur. *Treutl. d. Disp. 2. §. 6.* improbat, quasi hoc quidem in oblatione curiæ & rescripto Principis, non vero in legitimatione per subsequens matrimonium verum sit, cum lex hunc effectum semel & in genere dederit matrimonio, quod simpliciter consensu extra solennia & scripturam contrahitur. Quæ de causa etiam absque dotalibus instrumentis hanc legitimatioem procedere tanquam effectum posita causa. Quod inde confirmari opinatur, quod in istis instrumentis non sit necesse facere mentionem liberorum, itaque etiam illa ad hos legitimandos nihil operabuntur. Quod porro inde adhuc clarius elucere credit, quod alias non possent legitimari liberi nati ex concubina paupere, quæ dotem dare nequeat. Sed melius hanc rem trutinans *Bachovius ad §. ult. Inst. de nupt.* priorem mutavit mentem asserens Justinianum voluisse in hac legitimatioem specie

A 3 inter-

intervenire instrumenta, idque pluribus in locis,
 quam ut id bona fide negari aut citra cavillatio-
 nem argumentum istud removeri possit, in ci-
 tato enim §. *fin. de nupt.* eum uti duobus abla-
 tivis absolutis qui inducunt necessitatem, sive
 faciunt conditionem implendam in forma spe-
 cifica: quod & verum est. Neque huic adver-
 satur, duos ablativos absolutos non semper im-
 portare conditionem sed sæpe factum tantum
 referre ac dispositioni accedere. *l. 2. §. 3. ff. de*
O. J. l. per ff. de transact. l. 2. §. ult. mand. l. 5. C. de
naufi. Ad hos enim casus non referendum §. *ult.*
de nupt. manifesto liquet, siquidem in §. *12. Inst.*
de hered. qua ab intest. def. requiritur, ut præter
 matrimonium *etiam* nuptialia instrumenta con-
 fecerit, qui mulierem in suo contubernio copu-
 laverit, non ab initio affectione maritali Quod
Nov. 12. c. ult. Nov. 18. c. ult. Nov. 74. in pr.
Nov. 89. c. 8. l. 10. & 11. Cod. de nat. lib. sufficien-
 ter corroborant. Et quoniam Imperator nullo
 loco de hac legitimatione tractat ut non memi-
 nerit instrumentorum dotalium, solidum hoc
 præbet argumentum esse Instrumenta de Legiti-
 mationis necessitate, non saltém si quis tutius
 contrahere velit, tanto majus de matrimonio
 constare possit. Neque movere potest,
 quod

§ 7 § 4

quod dotalia sive nuptialia instrumenta tantum ad probationem pertinere videantur *l. 23. §. 3. C. de nupt.* sicque non requirantur ad essentialia actus, nam quædam quæ natura sua tantum ad probationem directa sunt, possunt per legem fieri essentialia actus per *l. 17. C. de fid. instr.* & hæc est potestas legis ut aliquid addere possit actui, quod ad ejus essentialiam alias non pertinet *l. 6. ff. de just. & jur. arg. §. 2. Inst. de patr. pat.* Et hic non agitur de simplici matrimonio contrahendo, sed Legitimatione per subsequens matrimonium, quam operatur autoritate legis quæ hanc Instrumentorum solennitatem voluit accedere. Quod vero in Instrumentis non debeat fieri liberorum mentio adversari *Nov. 89. c. ii.* videtur, ubi de liberorum consensu constare debet; & quamvis in Instrumentis eorum meminisse parentes necesse non sit, hoc tamen ad ipsum legitimationis actum non pertineret. Argumenti vero de concubina paupere allati Bachovium pœnitet & pudet, siquidem dotalia solent dici Instrumenta, quoniam frequentissimum est in nuptiis contrahendis intervenire, alias nuptialia appellantur *d. §. 2. Inst. de hered. que ab intest. def.* Moribus autem hanc solennitatem cessare communiter docent Doctores *ad §. ult. Inst. de Nupt.*

§. 4.

§. 4. Scripturæ ad Legitimationem necessariae Causa efficiens remota est jus civile, quod ex citatis textibus tum ex §. *fin. Inst. de nupt.* constat. De jure vero Canonico ad essentiam legitimationis instrumenta necessaria non esse inquit Bachov. *ad. d. §. fin.* Quæ opinio à Dd dicitur recepta Ang. in *d. §. fin.* per *cap. Tanta ubi Canon. com. X. Qui filii sint legit.* Verum hoc alias famosum *cap. Tanta*, illud evincere non videtur, quia in eo nec expresse disponitur quod legitimatio absque dotalibus instrumentis celebrari queat, nec quicquam in eo habetur, ex quo istud vel probabili aliqua ratione elici possit. Neque obstat, quod Pontifex nullam mentionem faciat instrumentorum dotalium nec ea expresse requirat, sed effectum legitimationis matrimonio adscribat, hoc enim ipso Pontifex instrumenta necessaria esse non negat; nec matrimonio, nisi sub hac conditione, si dotalia Instrumenta conscripta fuerint atque confecta, vim & effectum legitimationis attribuit; In dubio quippe Canones, non censentur a legibus civilibus recedere, sed eas sequi & imitari *arg. c. I. X. de nov. op. nunc.*

§. 5. Causa vero proxima est consensus eorum qui in contubernio vixerunt, & quoque libe-

§§ 2 §§

liberorum legitimandorum *l. fin. ff. qui sui vel alien. jur.* ubi Modestinus ait: *Inviti sibi naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem.* Quod confirmatur per *Nov. 89. c. 11.* Accedit quod invito neque ab homine neque à lege ullum beneficium detur. *l. pen. C. de pact. C. invito de R. I. in 6.* Et licet beneficium videatur legitimatio, multa tamen vicissim secum fert incommoda & onera: Univerſa videlicet illa quæ patriam sequuntur potestatem Hunn. ad *Trent. P. 1. Disp. 2. q. 25.* Neque interest liberi nati sint ex concubina vel ex meretrice cum matrimonium cum utraque recte contrahatur *d. c. inter opera 20. X. de spons.* Item parentes dispares sint genere vel divitiis, siquidem disparitas hæc nihil quoque ad matrimonium pertinet, quod solo contrahentium consensu nititur *c. 1. X. de conj. serv. junc. c. cum apud, 25. de spons.* Quod Canonistæ applicant ad clericum qui in minoribus ordinibus constitutus, sustulit liberos ex concubina sua. Sufficit enim in hac legitimatione quod tempore conceptionis potuerit consistere matrimonium inter parentes. Quo fit, ut & idem retinendum sit in liberis Monachi & Monialis susce-
 ptis intra annum probationis, quod scil. Paren-
 B tes



tes tempore conceptionis poterant matrimonialiter conjungi. Neque officit liberos ex Clerico vel Monacho natos ideo non legitimari, quod eo tempore, quo concepti sunt liberi, pater non erat solutus juxta Canones, quia Regulæ continentia nondum se addixerant. *c. statuiimus 23. X. de regular.*

§. 6. Effectus scripturæ in legitimatione est, fiant liberi antea non legitime nati, legitimi, cuius rationem Dd. addunt, quod vitium præcedentis concubitus purgetur per matrimonium subsequens, dotalibus instrumentis compositis *arg. l. 2. C. de his qui vi met. & l. pen. ff. de cond. ab turp. causi.* & ita retrahatur matrimonium ad tempus conceptionis liberorum. Huncque effectum instrumenta illa sortiuntur, etiam si nuptiæ in articulo mortis contractæ fuerint, quia nuptias non concubitus sed consensus facit *l. 30. ff. de R. I.* Deinde quia matrimonium ad extremum vitæ spiritum recte contrahitur *l. 106. ff. de cond. & dem.* Et denique quod moriens non tam contrahat, quam declararet se maritalem affectionem erga concubinam habuisse *l. 19. vers. neque enim verisimile est C. de nat. lib. Nov. 117. C. 2. vers. ex hoc enim.* Imo &

§§ 11 §§

& operatur scriptura idem in matrimonio putativo, ut si Titius prolem suscepit ex Mævia consanguinea vel alterius uxore, quam talem esse ignorabat, postea cum ea solenniter & bona fide nuptialibus instrumentis compositis contraxit matrimonium. Cujus ratio esse potest, quod eundem effectum habeat matrimonium putativum, quem habet verum & legitimum matrimonium *c. 2. & pen. X. qui fil. sint legit.* Dissentit Panormit. *in c. 6. n. 9. X. qui filii sint leg.* Quod enim liberi ex putativo matrimonio nati legitimi fiant *in dd. capp.* id fieri quod parentes eorum dederint operam rei licitæ, utpote matrimonio antea bona fide & publice contracto, non vero ubi nullum matrimonium præcesserit, nam tunc parentes illicitæ rei operam dabant, atque idcirco nullum ex eo præmium consequi debent. Alii & hanc addunt rationem, quod videlicet matrimonio, hæc vis tribuatur, inquit enim Pontifex *cap. Tanta X. qui filii sint leg. Tanta est vis matrimonii.* At vero matrimonium putativum non esse proprium matrimonium sed improprium. Itaque putativo matrimonio hæc vis tribui non possit: si quidem verba regulariter simpliciter, non secundum quid intelligi debeant *l. 1. §. qui in perpetuum ff. si ager ve-*

B 2

Fig.

Fig. Sed Panormitani ratio nullius momenti esse videtur, cum ea torqueri posset in omnes naturales liberos, in quorum procreatione parentes etiam operam dederunt rei illicitæ & tamen *cit. cap. Tanta*. naturales legitimantur. Sed nec altera ratio momentum habet, nam ex ea sequeretur etiam liberos ex matrimonio putativo postea natos, non esse legitimos, cum & hoc casu non fit proprium matrimonium. Verba proprie accipienda esse, quando scilicet aliter non constat de mente loquentis aut constituentis certum est *l. non aliter 67. ff. de leg. 2.* at vero constat putativum matrimonium à jure equiparari vero & legitimo matrimonio, quod attinet ad legitimationem liberorum *d. c. 2. & pen. X. qui fit. sint leg.* Itaque quod de vero matrimonio constitutum, idem recte transferatur ad putativum matrimonium accedentibus Instrumentis nuptialibus. Quod Ant. Gab. *lib. 8. commun. concl. de Legitimatione concl. 1. n. 6.* intelligit, quando intervenisset saltem in uno ex conjugibus ignorantia impedimenti. Effectus ortus est successio sed de hoc uberius agere non patitur instituti nostri ratio.

§. 7. Legitimationem sequitur Tutela dativa

§ 13 §

tiva quæ sine Magistratus decreto non existit & quidem ejus qui tutores dare potest l. 5. §. 12. ff. de reb. eor. qui sub tut. Franzk. lib. 1. ref. VI. n. 5. Utrum vero ejusmodi decreto opus sit in tutela testamentaria non convenit inter Doctores. Negat hoc Gail. Lib. 2. Obs. 107. n. 5. inquit. *Quod si testamentarii Tutores dati sint, tunc sufficit loco Curatorii exhibere copiam collationatam testamenti vel aliud legitimum documentum, ex quo constare judici posset, constituentes actorem esse testamentarios, nam sola & nuda allegatio, quod videlicet testamentarii tutores sint, non sufficit. Et adeo per interlocutoriam injungitur constituentibus, vel doceant se esse testamentarios, & ita judicatum esse in Camera 26. Jan. 1568. Sed contrarium verius esse puto per R. I. de Ao. 1548. tit. 31. verb. daß auch ein jeglicher Vormünder Er sey gleich in testaments-weise verordnet / oder durch das Recht oder Richter gegeben / sich die Vormundschaft nicht unterziehen soll / die Verwaltung seye ihme denn zuvor durch die Oberkeit decernirt und befohlen.* Et hanc ordinationem præferendam & non sequendum præjudicium recte judicat Vultejus in Jurispr. Rom. l. 2. c. 30. maxime cum citata ordinatio post hoc præjudicium sit repetita in R. I. de An-

no 1577. Tit. 32. Et sic, non attento isto præjudicio, secundum ordinationem in causa quadam gravissima, in judicio summo Hassiaco ventilata esse pronunciatum.

§. 8. Hujus ordinationis autorem non agnoscimus alium quam Imperatorem Imperii Romano germanici uti non solum initium Recessus, sed & subscriptio testantur. Ideoque necesse non est ex Legibus Romanis nostro Imperatori tribuere potestatem, quæ olim Cæsarum fuit Romanorum. Sed eam ex statu veterum Romanorum Regum, qui juxta Tacitum *de morib. Germ.* suadendi magis, quam jubendi potestate præferunt repetere, neque rationi neque modernæ administrationi convenire, omnes veritatis amantes profitebuntur. Quod vero Leges in comitiis condantur, non adimit Imperatori legum ferendarum potestatem. *Potest enim imo solet fieri inquit Conringius Tract. de precipuis negotiis in com. tract. th. 44. solet, ut Princeps absolutus juret se jus sine amore & odio dicturum, consuetudines patrias non neglecturum, bonorum civium consilio uturum & quæ alia ad laudem & virtutem boni imperii pertinent. In quibus si nulla formula facultatem agendi imperandive imminui constat, manet summum imperium, nec promisso tali, etiam jura-*

¶ 15 ¶

to aliquid decedit. Si enim promisit juravitque aliquid, non ad ipsum jus imperii sed ad modum administrandi tantum pertinens, sive ad modum utendi illo jure, non imminuit imperium: Neque etiam si promisit aliquid Rex aut Princeps, quod ad jura Majestatis pertinet sive partes summi Imperii & usum ejus, v. g. se non laturum leges nisi de sententia ordinum, tum partem summi imperii communicavit, sed potestatem adhuc potest habere summam; nam restringitur hoc modo Imperium & impeditur quodammodo exercitium, non tamen ipsum Imperium definit esse Monarchia, sed solum Monocratia, ut recte loquitur Cyt. Lentulus *de stat. rei Rom.* Lib. 5. c. 7. De Legibus ferendis communi consilio Cæsar cum Electoribus & aliis Principibus deliberat quidem, splendori tamen Majestatis Imperatorie nihil decedit: nec mixtio aut omnimoda communicatio imperii fingenda est. Lentul. d. l. Fieri itaque omnino potest ut aliquis sit & maneat summa præditus potestate, & tamen cum civibus de exercenda illa summa potestate contrahat per modum obligationis. Licet illa adeo perfecta non sit, ut alteri parti jus det cogendi.

§. 9. Quibus observatis non est necessarium, cum quibusdam inter Majestatem & ejus admini-

stra-

strationem distinguere, ut illam Imperatori, hanc vero simul Imperii statibus concedamus. Cum status sit ipsa *ratio* & *ratio* impossibile est, ut status diversus sit actu & re ipsa ab administratione; involvit scilicet contradictionem in adjecto: formam administrandi esse aliam & aliam formam Reipublicæ. Neque Aristoteles aliud sentit l. 4. pol. 5. *Non est autem inquit ille ignorandum, sepe accidere, ut Respublica ex legibus quidem non sit democratica, moribus vero & institutis populariter geratur. Contra vero & apud alios, ut Respubl. legibus quidem sit magis popularis, institutis vero & moribus magis Olibar-gica.* Indicat enim duntaxat jure interdum alium esse statum Reipubl. quam est de facto.

§. 10. Effectus vero hujus decreti est ut gesta tutorum postea subsistant, cum antea quæ à tutoribus expedita sint, ipso jure non subsistant, judicium itaque agitatum cum tutore est prorsus nullum, tali enim casu, etiam si is se gerebat pro tutore, si tamen fuit lata contra ipsum sententia, est ipso jure nulla, nec pupillo nocet. Et istud decretum singulare esse & notandum perpetuo, per quod multi processus impugnari queant, tradit Myns. l. 2. Obs. 31. Potest tamen tutor agere illa, quæ moram admittunt nullam etiam ante

ante decretum arg. l. 7. pr. ff. de adm. Et per.
tut.

§. II. Scripturam esse de substantia testa-
menti scripti & nullo modo abesse posse, & si
absit, testamentum sit nullum, inficiatur nemo.
Sed an idem dicendum sit de subscriptionibus
testium expeditum nondum est. Cum Alcia-
tus 5. paradox. 17. testes ad solennitatem non sub-
stantialem, sed probatoriam requiri statuatur, quæ
etiam sententia Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10.
th. 4. lit. A. verior videtur. Quoniam majus
hic est periculum falsitatis & agitur de proban-
da ejus voluntate, qui in rerum natura non est
arg. l. 8. §. ult. verb. ut nullum locum relinquat
insidiis & l. ult. verb. ne quid falsitatis incurrat.
C. de fideicomm. igitur idem sentiendum de te-
stium subscriptionibus, cum finis generalis testi-
um & scripturarum sit probatio, ut & supra
jam traditum. Neque eos movet, quod uno
teste deficiente corruat. Nam hoc vel referri
posse ad probationem quam non nisi septem te-
stibus eorumque subscriptionibus lex vult im-
pleri, vel quia qui sex tantum testes adhibuit,
aut subscriptiones omisit, cum jus scire præsumat-
ur, actum elusorium facere voluisse videatur.
Verum enim vero, cum Imperator in §. 3. Inst.

C

de

de test. ord. non agat de ultimarum voluntatum probatione, sed de testamentis ordinandis & non tantum septem testes, sed insuper eorum subscriptiones delideret. Præterea voluntatem uno contextu septem testibus adhibitis declaret testator requiratur, ablativi vero absoluti potissimum in dispositivis conditionem habeant, liquet inde, spectare testes & eorum subscriptiones ad testamenti scripti essentiam. Non obstant rationes ab Alciato allatæ, nam ex supra jam traditis modo constat sapius scripturam ad fidem faciendam adhibere, non tamen ubique, quod quædam quæ natura sua tantum ad probationem directa, possint per legem fieri essentialia actus. Sicque deficientibus testium subscriptionibus non probatio testamenti perit, quæ in testamento solenniter facta superflua est, sed ipsum testamentum.

§. 12. Unde vero originem ducant subscriptiones testium inquirere supervacaneum est cum perspicue satis id significet *cit.* §. 3. *Inst. de testam. ord.* Efficiunt vero subscriptiones hæc una cum aliis, ut testamentum subsistat, & vitio haut laboret; possit voluntas suam sortiri finem & effectum & ex quæ placuerunt similiter servantur.

§. 13. Licet vero ex nomine constet, literarum obligationem constituere scripturam, id tamen Bachovius inficiari audet, licet contra omnem juris rationem. Quis enim ignorat, Imperatorem in §. ult. *Inst. de oblig.* expressè & perspicue satis, obligationum ex contractu proficientium quatuor referre species. Aut enim, inquit *re* contrahuntur, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *consensu*. Cum nunc species sint quæ sibi opponuntur, literarum obligatio sub mutuo certe contineri haut potest, sed alia sit obligatio, ab ea, quæ re contrahitur diversa, certum est. Et si heres ejus, qui cautionem exposuit, etiam si pupillus sit, si legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo debitum solvere compellatur, ut constituit Imperator Alexander l. 8. *C. de non num. pec.* Quidni & litteris vis obligandi tribuenda. Quod ipsum adhuc magis confirmat Imperator in l. 14. *C. de non num. pec.* Deinde *pr. Inst. de lit. oblig.* & olim scriptura fiebat obligatio & hodie obligatur, *si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est*, adeoque in scriptura obligatio fundamentum habet, non in numeratione, sive vera, sive præsumta. Et quia de essentia mutui est, tradi pecuniam *princ. Inst.*

Quibus mod. re contr. oblig. hoc autem hic non requiratur, utriusq; naturæ diversitas sufficienter patet, & alio in loco agi de mutuo, & alio de literarum obligationibus, neminem latere arbitror.

§. 14. Neque juvat Bachovium primo, quod nullo alio juris loco mentio fiat hujus obligationis, sed specierum tantum trium, quæ re aut verbis, aut consensu contrahuntur, hacque ratione cogantur dicere hanc obligationem olim incognitam à Justiniano demum introductam. Etsi ita sit, inde tamen non sequitur aliud, quam cæteras obligationum ex contractu species vetustiores quidem esse, non vero obligationem prorsus nullam esse literarum. Introducere vero hanc obligationem plane alienum ab ipsius mente & manifesto falsum esse, & solum tempora mutasse, reluctatur jam supra citatis textibus admodum perspicuis. Alterum argumentum Bachovii magni pretii non est, dum pergit: qualis est actio & ejus intentio, talem etiam oportet esse conditionem & naturam obligationis & contractus: Atqui intentio actoris est, quod numeravit pecuniam, in quo & numeratione necesse habet fundari intentionem eamque probare per *l. 3. C. de non num. pec.* Quod si obligatio revera ex literis esset, liceret age-

agere sub hac formula : *Ajote mihi debere, quia scripsisti te mihi daturum, ejusmodi obligationem fateor lege induci posse non minus, ut obligatio verbis nascitur ore prolatis. Sed nego ullam talem obligationem jure nostro esse introductam. Inquit Hahn. ad VVsenb. tit. ff. de reb. cred. n. 9. ad hoc argumentum respondendum, distinguendo inter tempus proponendæ exceptionis contra chirographum & actionem ipsam ex chirographo. Hæc statim oritur quidem ex literis & si ante biennium instituat, hoc habet onus annexum, quod actor teneatur probare pecuniam esse numeratam. Ex valde extraordinaria ratione, scilicet, propter odium, fœneratorum ante numerationem cautionem exigentium. Vnde hoc in casu præsumtio non est contra constituentem ut alias jure ordinario obtinet. l. 26. ff. depos. Quod si agatur ex chirographo biennio elapso manifestissime constat, causam ejus nullam aliam esse, quam literas, cum exceptio non admittatur l. 8. C. de non num. pec. Hæc quidem à Hahnio allata vera sunt, interim directo argumentum Bachovii non solvunt, quod vult actorem se non fundare in scriptura sed in numeratione quod potius per Hahnii responsionem confirmatur, cum enim*

actor teneatur fundamentum actionis institutæ probare & probationis objectum sit, pecuniam numeratam esse, numeratio pecuniæ non scriptura actionis chirographariæ erit fundamentum, adeoque non scriptura sed pecuniæ numeratio obligationis literarum erit quoque causa. *Qua* de causa recte videtur judicare Faber, quod actor non habeat necesse, imo quod non debeat in libello ponere, quod pecunia sit numerata, sed hoc solum, quod reus scripserit se debere decem ex causa mutui. Quod penitus ineptum non est, secus ac arbitratur Bachovius, neque frustra additur causa mutui, siquidem ex literis est obligatio. Sciendum enim est, Imperatorem voluisse hanc formam in literarum obligatione omnino & exacte observandam, *plane*, inquit Imperator, *si quis se debere scripserit, quod sibi numeratum non est.* Duo ergo sunt requisita ut quis scripserit, se debere, & deinde pecuniam non esse traditam. Alterum si defecerit literarum obligatio haur nascitur. Adeoque omnino confessio, hac forma observata, inducit obligationem non duntaxat probationem. Quod vero reus possit objicere, sibi non numeratam pecuniam, & ea objectione, exceptione proposita, cogi creditorem probare numerationem,
 ex

§§ 23 §§

ex eo non necessario efficitur, ad fundandam actionem requiri numerationem pecuniae, quam probare actor alias necesse non haberet: Notissimum siquidem est posse exceptionem aliud quam intentionem actoris continere. Exceptio enim rei iudicatae remouet actionem etiam in iure fundatam & nihilominus aliud, ab intentione actoris intendit, quod & in aliis exceptionibus evenit. Itaque ad intentionem actoris fundandam sufficit, imo necessarium est, probet debitorem scripsisse se debere quod sibi numeratum non est, & nihil amplius: sed ad excludendam oppositam exceptionem debitori ex æquitate concessam, insuper necessarium est, probet actualem numerationem, quo tamen non oneratur biennio præterlapso, cum tum cesset exceptio quæ ultra biennii metas minime extenditur *pr. Inst. de lit. oblig.*

§. 15. Unde corrui tertium Bachovii argumentum, scilicet: Quod oppugnatur ab exceptione, in eo necesse est, fundatam obligationem esse: atquin exceptio quæ hic opponitur, oppugnat numerationem & quod pecunia numerata sit negat, cæteroquin si vere ex literis obligatio esset, oporteret reum, qui

qui absolvi vellet, excipere, se non scripsisse, neque enim peti potest exceptio ex obligationis diverso genere ad oppugnandum, aliud obligationis genus, nec magis si vere esset obligatio ex literis pecuniæ numeratæ exceptio posset, quam contra eum qui agit ex stipulatu, aut ex emptione. Omnino enim falsum est, quod oppugnetur ab exceptione semper id, in quo fundatur actio, exemplo exceptionis jurisjurandi, ubi intentio actoris potest se fundare in obligatione ex contractu vel delicto proveniente; reus tamen opponendo exceptionem jurisjurandi, non oppugnat debitum, ex ejusmodi obligatione proficiscens, sed fundat se in diverso obligationis genere, scilicet, quod deferente creditore juraverit nihil se dare oportere. Licet enim verum quod petitor intendit, iniquum tamen est, reum condemnari §. 4. *Inst. de except.* simili modo utitur petitor in literarum obligatione se fundat in scriptura, nimirum si debitor debere se scripserit, quod sibi numeratum non est. Equitas tamen exceptionis se fundat in non facta numeratione, adeoque in longe diverso principio. Veritas vero hujus doctrinæ inde perspicua est, quod debitor post biennium etiam juxta Bachovium, obligetur firmiter cessante minimum privilegiata, ut

nt loquuntur exceptione, licet numeratio non intervenerit, sed solæ extent illius literæ. Una vero & eadem obligatio ante biennium & postea, sed illo tempore competente, hoc vero cessante exceptione.

§. 16. Hisce ita positis & satis probatis non arbitror doctrinam Merendæ quam de literarum obligatione proposuit, *controvers. juris Lib. 1. c. 47.* rationi ex asse convenire. Asserit ille primo quod is, qui scripsit chirographum sub spe futuræ numerationis, non obligetur ex natura commercii facti, quod scribens voluerit celebrare mutuuum, quod perfectum non est, antequam pecunia fuerit numerata. *l. 2. §. 2. ff. de reb. cred.* Quoniam quemadmodum verbis obligari quis potest & teneatur promissor stipulanti promissum solvere, utut sub spe futuræ numerationis promiserit. *§. 2. Inst. de except.* quid ni & in literarum obligatione idem obtineret. Certe posse lege induci ejusmodi obligationem, non minus ac ut ex verbis obligatio nascatur ore prolatis, ipse Bachov. *ad Inst. tit. de liter. obl. fatetur.*

§. 17. Non approbandum iccirco quod 2. Merenda *d. l. n. 8.* tradit. Quod scilicet lex non possit facere, ut ex hujusmodi commercio nascatur obligatio. Neque obstat, quod lex sit ju-

D

sto-

florum & iniustorum regula. l. 2. ff. de legib. & inter
 alia prædicata essentialia legis illud sit, ut sit iusta
c. erit lex 4. dist. adeoque non possit legislator fa-
 cere, ut ex contractu chirographario oriatur obli-
 gatio, cum iustitia commutativa ad quam pertinet
 de contractibus iudicare, hoc non patiat, quæ
 quærat ut æqualitas conservetur, quod hic non fi-
 at, sed magna inter contrahentes sit inæqualitas.
 Sicuti enim non repugnat donatio iustitiæ com-
 mutativæ, licet donator à donatario nihil recipiat,
 nec verborum obligatio quamvis solus promissor
 ad dandum vel faciendum adstringatur, ita nec li-
 terarum obligatio regulis iustitiæ commutativæ
 repugnat. Quæ neque in omnibus negociis æqua-
 litatem desiderat, nec potest, sed solummodo in
 quibusdam, in iis scilicet, ubi mutua obligationes,
 licet ne tunc quidem in cunctis. Quod vero 3. juxta
 Merendam *l. cit. n. ii.* rectissime constitutum sit, ut
 ex solo chirographo, is qui scripsit, condemnari
 possit, ad pecuniam solvendam, quam se debere
 scripsit, verum est, quia *nimis indignum est, quod sua
 quisque voce dilucide protestatus est, id in eun-
 dem casum infirmare, testimonioque proprio resistere*
13. C. de non num. pec. Sed hoc fieri quod sufficien-
 ter probata sit numeratio pecuniæ, cum ex chiro-
 grapho manu rei conventi scripto, constet de numera-

mera-

meratione, & quod iudex non possit ab eo discedere, quod legitimo modo in iudiciis fuit probatum l. 6. §. 1. ff. de off. Pres. non opinor. Neque huc referendum illud Augustini, quod non faciat hoc sapiens iudex voluntate nocendi, sed necessitate nesciendi, & tamen quia cogit humana societas, iudicare, etiam iudicandi necessitate. Quia scriptura non facit hic ad probationem solam, sed inducit obligationem, adeoque non necessitas nesciendi & iudicandi sed ipsa iustitia, quæ vult ut debitum solvatur, efflagitat iudicis sententiam. Quod vero 4. adfert Merenda. n. 18. *civiliter & naturaliter eum qui chirographum scripsit obligari, ad obtemperandum rei iudicatæ, in qua condemnatur ad pecuniam solvendam, cum id postulat adversarius,* non improbo quidem, sed quod hoc fiat hoc casu, quod quis obligari possit, ad parendum rei iudicatæ, etiamsi certo sciat, se iniuste condemnatum fuisse & hoc ex eo descendere, quod Reipublicæ nocet, res iudicatas parvi pendere, approbare nequeo: Non enim literis obligatus iniuste condemnatur sed quia debere se scripsit quod sibi numeratum non est, adeoque etiamsi sciverit iudex pecuniam numeratam non esse, tamen reum condemnare valet, si exceptio non opponatur non numeratæ pecuniæ, quod post biennium exceptione illa omnino extincta manifestius est.

§. 18. Per conventionem quoq; ita mutari contractus natura potest, ut aliter non subsistat quam scriptura perfecta. Venditiones, permutationes, donationes, arrharum dationes, transactiones, & negotia alia, regulariter valent, etiam sine scriptura interveniente, dummodo de veritate rei gesta aliunde constet *l. 9. l. 10. l. 12. C. de fide instrum l. 2. §. 1. ff. de cont. emt. vend. nisi iis, inter quos res geritur, initio placuerit, ut contractus vel aliud negotium in scriptis fieret: tunc enim non nisi perfecto instrumento contractus; vel negotium perfectum intelligitur; Imo non ante ullas habet vires, quam res instrumento comprehensa & in mundum redacta, atque subscriptionibus contrahentium firmata fuerit, quin etiam tabellionis, si ab eo instrumentum fuerit confectum. His nondum secutis, & poenitentiae locus est & nulla ex contractu aliove negotio competit actio *l. 17. C. de fide Instrum.* per mundum intelligit chartam puram *Nov. 44. c. 2.* per schedam vero chartam deletitiam & est prima & rudis negotii annotatio ac delineatio: quae postquam in mundum est redacta laceratur, unde & nomen accepit à scindendo sive lacerando. Extendit vero justinianus hanc constitutionem eamque observari vult, non tantum in conventionibus futuris scriptura perficiendis, verum etiam in praesentibus & pendentibus negotiis, de quibus instru-*

strumentum aliquod scriptum est, nondum tamen in mundum redactum aut à partibus subscriptum *d. l. 17. vers. que omnia.* Si vero de vocibus Instrumenti controversia oriretur & super ea transactum vel iudicatum sit, eam transactionem prætextu hujus constitutionis retractari Imperator vetat *d. l. vers. nisi jam.* Quemadmodum vero constitutio ad varia extenditur negotia; ita excipitur emtio venditio, in qua, tempore hujus constitutionis editæ, scheda aliqua aut instrumentum intervenerit, nondum tamen absolutum & subscriptionibus perfectum, ad quam Imp. sanctionem suam propter utilitatem commercii, porrigi non vult, *sed præscripta jura servari*, i. e. emtionem semel perfectam valere, etiamsi nondum mundum aut subscriptio secuta fuerit *d. l. vers. exceptis V Vissenb. l. c.* donec ergo in negotio in scriptis celebratis aliquid deest & pœnitentiæ locus est, & potest e.g. in emtione emptor vel venditor sine pœna recedere ab emtione & venditione. Ita tamen impune eis recedere concedit Imperator nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum, hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emtor perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet supra arrhis nihil expressum sit *Inst. de emt. & vend.* Actio vero

qua repetit arrhas emtor à venditore, est conditio sine causa vel conditio ob causam dati. Alterum tantum vero consequetur conditione ex lege, referente ex Donell. Wissenb. d. l.

§. 19. Non aliter itaque negotium in scriptis celebratur ejusque essentiam scriptura ingreditur, quam si placuit vel convenit in scriptis fieri. Neque addit Imp. in cit. l. 17. C. de fide Instr. si placuit vel convenit *expresse vel tacite*. Cum quo si loquerentur Interpretes & quoque sentirent, controversendi & disputandi ansam evitarent; sed dum contra naturalem vocis *placuit, convenit* significationem, sine omni necessitate ei particulam modo *tacite* modo *expresse* addunt, neglectis bonæ argumentationis regulis, non possunt non irremediabilem in Labyrinthum prolabi. Existuntque duæ sibi oppositæ sententiæ & opiniones Doctorum. Alii enim ad negotium in scriptis conventionem *tacitam*, alii vero *expressam* in cit. l. 17. C. de fid. instr. requiri contendunt. Qui illorum partes tuerentur, sequenti solent modo ratiocinari. Animus contrahentium colligi potest, si paulo ante contractum, aut in actu ipso contrahendi, partes petierint, ut calamus afferretur, aut ut accerferetur Notarius instrumenti conficiendi gratia, iccirco tunc in scriptis voluerunt contrahere. Faber *Cod. de Fid. instrum. Def. 14.* & de hac contrahendi ratione intelligen-

§ 31 §

gendam *d. l. 17. C. de fid. instr.* videtur liquere quod nova constitutio aliquid novi debeat continere, nunc vero nihil novi esse per conventionem expressam mutari naturam contractus. Sed huc reponunt, novum esse quod per constitutionem illam conventio illa expresse confirmetur. Deinde quod scheda ab utraque parte scripta non sufficiat, porro quod Notarii subscriptio scripturam non perficiat, sed & partes subscribendo absolvere debeant. Et ut verum fatear resolutio hæc non est de nihilo.

§. 20. Qui expressam conventionem desiderant, moventur. Quod emptio venditio simul atque de pretio conventum, perficiatur *pr. Inst. de Empt. mend.* unde videtur sequi, pactum hoc, ne solo consensu perficiatur, esse detrahens, quia aliquid substantiæ demit, dum contractum, qui revera perfectus, facit non perfectum, quod præsumendum non est intendisse contrahentes, nisi hoc expresserint; Uti enim renunciationes jurium non præsumuntur, ita nec voluntas juri derogandi, nisi exprimatur. Quæ sententia autoritate Brunnemanni idem *ad l. 17. C. de fide Instr.* sentientis, confirmari solet.

§. 21. Certum quidem est exprimendum contrahentium consensum, sed hoc verbis fieri debere,

re,

re, non re & facto, ex dicta constitutione non recte infer-
tur. Et quoque renunciaciones tacite fieri posse, multis
exemplis demonstrat. Giphian tract. de Renunc. c. 1.

§. 22. Verum enim vero licet diffiteri nequeam utriusque sententia inesse saltem veritatis speciem, neutri tamen ad stipulari queo, sed salvo meliori iudicio, sequor opinionem Vinnii ad pr. Inst. de Empt. & Vend. n. 20. quam afferit esse Placentini & Azonis, verba ejus sunt hæc: *Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, verum tum demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur. Id vero actum intelligitur, ut recte Placentinus & Azo, non tantum cum nominatim & expresse convenit, ut non valeat contractus nisi in scripturam redactus esset: verum etiam si simpliciter convenerit ut in scriptis contraberetur, vel quod idem valet, si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscure id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat, neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in d. l. contractus. Qua etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accensetur Notarius contrahendi, & consciendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum, voluisse, censi debent. Hæc si quidem sententia recte & per legitimam consequentiam elicitur, ex l. 17. C. de fid. Inst. dum enim dicitur placuit sequitur tanquam a genere non distributo ad speciem vel expresse, vel tacite argt. l. 2. ff. de pact. particula vel, autem, indicat alterum sufficere §. n. Inst. de hered. Inst. Cum nunc hac vice plura addere non liceat, sit pro concessa gratia*

SOLI DEO GLORIA.

ULB Halle

3

003 331 911



Sl.





Pa. 27. num. 20.

1709, 7

167
7

B. C. D.
DISPUTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE
**NEGOTIIS SCRIPTV-
RAM REQVIRENTIBVS**

QVAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO

GVILIELMO HENRICO
DVCE SAXONIAE, IVLIACI, CLIVIAE AC MONTIVM,
ANGARIAE, VVESTPHALIAEQVE ET RELIQA
INCLYTI FCTORVM ORDINIS INDVLTV
IN ILLVSTRI ACADEMIA SALANA
PRAESIDE

IOHANNE BERNHARDO *Griesen/*

HEREDITARIO in Vöfen/
ICTO, SERENISSIMI DVCIS SAXO-ISENACENSIS
CONSILIARIO AVLAE AC CONSISTORII ANTE-
CESSORE VT ET FACVLTA. IVRIDICAE AC
SCABIN. ASSESSORE
DOMINO PATRONO AC PRÆCEPTORE SVO AETERNVM
DEVENERANDO,

PRO LICENTIA
SYMMOS VTRIVSꝫ IVRIS HONORES ET PRIVILEGLA DOCTORALIA
RITE CAPESSENDI,
PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI
SVBMITTIT

IOACHIMVS D. ERNESTVS WALTHER;
NORIMBERGENS.

IENÆ, LITERIS WERTHERIANIS.

