

17
193.
21

PRO TESTAMENTIS

DISSERTATIO

QVAM

QVAE EST

SERENISSIMI PRINCIPIS
GRATIA

SINE PRAESIDE

PRO

SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

RITE CAPESSENDIS

DIE XXVI. SEPT. A. R. S. MDCCCXCIII.

H. L. Q. C.

PVBlice DEFENSVRVS EST

HENRICVS CHRISTOPHORVS KIRSCH

IVR. VTR. CAND.

VITEBERGAE,

LITTERIS ADAMI CHRISTIANI CHARISII.



PRO TESTAMENTIS

DISSEPTIMO

SERENISSIMI PRINCIPIS

GRATIA

SINE REUSIONE

SYMMUS IN VITROQUE IURE HONORATUS

DE XXVI. MARTII. A. D. MDCLXXII.

HENRICVS CHRISTOPHVS KIRCH

VITREBOR.

AD HONORIS ADAMI CHRISTIANI CANTAB.





Si quod est negotium, in quo tractando obseruari mere-
tur illud, quod AVGVSTVM bellorum ducibus commen-
dare solitum fuisse SVETONIVS ^{a)} scribit:

Σπενδε βραδεως —

certe in emendando ciuitatum iure saepe valde peccabitur,
nisi, vt GELLIO ^{b)} istius dicti interprete vtat, *ad eam rem
agendam adhibeatur et industriae celeritas et diligentiae
tarditas.* Qui enim ferri potest cunctatio eorum, qui solis
antiquis delectantur, ideoque nihil in legibus nouandum esse
censent, etiamsi veteres aut plane peruersae, aut ab eo, qui
A 2 nunc

^{a)} in Aug. e. 25.

^{b)} in Noct. Att. X. 11.



nunc est, rerum statu moribusque nostris alienae deprehendantur: hanc scilicet rationem praetendentes, quod et omnis mutatio periculosa sit, et nihil impediat, quo minus ciuitas eodem iure, quo adhuc sit vsa, ultra vtatur. Neque vero minus improbandum est, si qui in legibus emendandis tanta festinatione vtantur, vt, siue vitiosum quidpiam animaduertisse sibi videantur, siue vtilitatis aliqua species animo eorum obuersetur, manum correctricem statim admoueant. Etenim magnum est opus atque arduum, cui iurium emendatores praefecti sunt, quod, nisi summa cum diligentia tractent, facillime accidit, vt vtilia vna cum noxiis tollant, aut talia in rempublicam inducant, quae mox abrogari necesse sit, quo ipso dici non potest, quantum legum auctoritati detrahatur. Quare his dictum esse puto, quod idem SVETONIUS *) AVGVSTVM crebro vsurpasse scribit:

sat celeriter fieri, quidquid fiat satis bene.

In quo postremo genere ex inconsiderato bene de republica merendi ardore, vt alias saepe, sic nuper ab iis peccatum est, qui in Gallia constituenda occupantur. Vt enim alia eius rei exempla taceam, quae ex recentissima Francogalorum historia larga manu adferri ^{d)} possent, vno, quod ad

cau-

e) l. l.

d) in mentem ea modo, quaeso, reuocemus, quae a d. IVto ad d. Xnum Augusti, M. DCC. LXXX. IX. decreta sunt: ipsos etiam cordatiores huius

ius



causam meam proxime pertinet, defungar. Nempe praecipitis festinationis notam decretum istud prae se ferre mihi videtur, quo Ephemeridibus publicis testantibus sub ipsis Nonis Martiis huius anni testamentorum usum penitus e ciuitate sustulere. Quamquam enim sanctio ista, quod infra apparebit, Physiocatarum scholae, quam plerique ex istis legum conditoribus sequuntur, valde consentanea est, eaque praeterea efficere volebant, ne maleuoli forte vltimis voluntatibus aliquid, quod aduersus nouum reipublicae statum esset, machinarentur: dubito tamen, an tanto odio eas persecuturi fuissent, si multiplicem, quem praestant usum, accurate considerassent. Quod ipsum, cum scribendi occasio data sit, in eam me adduxit voluntatem, vt testamentorum aduersus Gallos defensionem susciperem. Nempe planum facere in animo est, testamentorum in ciuitatibus usum et rationi non contrarium esse, et ad sensu populorum comprobari, et quod praecipuum fere est, insignes vtilitates producere, adeoque multum abesse, vt exfulare illa mereantur.

A 3

Vti

ius nationis viros confidentes habemus: vid. e. g. quae MOVNIER questus est, apud GIRTANNERVM, in den historischen Nachrichten und polit. Beracht. üb. d. franz. Revol. Th. II. p. 329.

*) Istud vero his verbis conceptum est: *La convention nationale decreta que la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe, est abolie, et en consequence tous les descendans auront une portion égale sur les biens des ascendans. v. le Moniteur universel d. an. 1793. N. 68.*



Vti vero CICERO in legibus edendis,
a Jove Musarum primordia,
 ordiebatur, ²⁾ sic in hacce scripture tum demum recte me ver-
 fari posse intelligo, si *rationi* principatum tribuam. Cuius de
 testamentis praecepta cum indaganda mihi propono, non potest
 non in mentem venire eorum, quae a longo inde tempore ma-
 gna cum sententiarum discordia de vi atque effectu vltimarum
 voluntatum in statu naturae inter scriptores iuris naturalis agitata
 sunt. ³⁾ Et poterat quidem istam litem decisam esse existimari,
 postquam principes nostrae aetatis philosophi legem, quae ho-
 minibus extra societatem civilem viuentibus de testamentis fer-
 uandis ferebatur, calculo suo antiquauerant. ⁴⁾ Ecce vero! re-
 pente nouus ei suavor exortus est, ⁵⁾ cui, cum haud paucis de
 philo-

f) Non equidem nescius sum, plura de eodem argumento scripta exstare,
 quae a LIPENIO diligenter commemorantur. v. *Bibl. Iur.* Vol. I. p. 397.
 Vt vero taceam, repetitam eius tractationem temporibus aptam esse,
 nouas quasdam, necdum satis explicatas causas reperire me posse spero,
 quibus testamenta lectoribus commendem.

g) de legg. II. 3.

h) Catalogum eorum texnere HÖFFNER in *N. R. des einzelnen Menschen*,
 §. 107. et VLRICH in *initiiis philosophiae iusti*. §. 304. cfr. etiam ME-
 STERI *Bibliotheca iur. natur.* s. v. *testamentum*.

i) vidd. recentissimi de iure naturali scriptores, HVEELAND in *den Lehrsätzen*
des N. R. §. 283. et SCHMALZ in *reinen N. R.* §. 75. Anm.

k) HEYDENREICH in *d. Originalideen über die kritische Philosophie*. Leipzig
 1793. S. N. 4. *Skizze einer Untersuchung über die Gültigkeit der Testa-
 mente nach dem Naturrechte*.



philosophia egregie scriptis magnam sibi famam hoc tempore parauit, aequas aures praebere conuenit. Quo ipso moueor, vt causam, quam saluis rebus meis omittere possem, tribus saltem verbis adtingam. Cum autem quaestio in eo sit posita, vtrum extra legum ciuiliu sanctionem ab ipsa ratione hunc testamentis effectum tribuere iubeamur, vt heres institutus alium quemuis ab hereditate acquirenda iure optimo possit excludere: quid iure domini facere liceat, aut an declaratio voluntatis ab vna modo parte atque ita, vt poenitentiae locus sit, facta, vim vllam habere possit, disquirere parum attinet. Neminem enim rectam de proprietatis indole sententiam concepisse puto, quin testamenti factionem, si ita rem spectes, rationi consentaneam esse lubenter concedat. De isto dubitatur, num sola testatoris mens tantum valere possit, vt et reliqui omnes abstinendi ab hereditate, quae, cuius illo mortuo dici possit, non intelligo, necessitate obstringantur, et vero heres ius cogendi consequatur, quo aliorum istam forte occupandi libidinem recte repellat. Iam vero fieri non posse, vt sola hominis voluntas, quamuis legitimo modo declarata sit, obligationem iusue in aliis producat, ipsae officii iurisque notiones demonstrant. Restat igitur, summis de iustitia praeceptis, vnde omnis iurium cogendi atque officiorum perfectorum, quae vulgo dicuntur, ratio ducenda est, **contrarium esse, si quis sententiam in testamento declaratam**

42:71

Conte-



contemnat. Quod nullo modo probari potest: idque SCHMALZIVM¹⁾, cuius de iure naturali praeceptis imprimis delectari soleo, tam accurate demonstrasse puto, ut γλαυκας Αθηνας Φεγεω mihi viderer, si rationibus, quibus usus est, de meo quidquam adiiicerem. ^{m)})

Sed

D) dicit enim l. l. wenn die Dispositionen des Eigenthümers überschritten werden, und ein anderer die Sache sich zueignet, so wird weder der Verstorbene, noch der von ihm bestimmte Erbe, dadurch beleidigt: der Verstorbene nicht, weil er kein Recht in dieser Welt der Erscheinung mehr besitzt, weil Beleidigung eines Verstorbenen, d. i. Behandlung seiner als Mittel, nicht mehr denkbar ist: der Erbe nicht, weil durch die Hinwegnehmung der Sache durch einen andern, ehe er sie nämlich occupirt hat, keines seiner Urrechte verletzt wird.

m) Quae adhuc disserui, sufficere posse existimo, ut intelligatur, quare nuperus testamentorum secundum praecepta rationis defensor causam perdidit. Vti enim in universum nimis sedulus fuit in adducendis refutandisque rationibus admodum infirmis, quibus dubito, an in tanta iurisprudentiae naturalis luce ad oppugnandam testamentorum vim hodie quisquam usurus sit (v. p. 172-73. lit. a-e. et p. 184. 85. n. 7. 8.): sic longo sermone de iure atque fonte dominii et de effectibus voluntatis, eo, qui in testamentis observatur, modo declaratae in hac quidem causa plane, ut videtur, potuisset superfedere. — Deinde perspicere non possum, quam petitionem principii eos committere dicat, qui testamentorum in statu naturae effectum ideo negant; quod hereditas a defuncto relicta ad res nullius referri debeat. Id enim ex ipsa testamenti notione propterea demonstratur, ut nemini, si ista occupetur, iniuriam fieri adpareat. Quod tamen ipsum rationibus magis luculentis doceri posse lubenter concedo. — Quid quid denique ad refellendam argumentationem a SCHMALZIO propositam

tam



Sed, uti iam dixi, quaecumque sententia accipiatur, mea nil interest. Siue enim quis testamenta in ipso naturali hominum statu inuiolata esse defendat, sane verendum non erit, ne mihi eorundem auctoritatem in ciuitatibus munire cupienti forte contrarius sit: siue vltimas voluntates, si ex solius rationis praeceptis aestimentur, irritas esse putet, legibus tamen ciuilibus easdem sustineri posse, concedere eum oportebit. Quid enim? nonne ampla est in nouis iuribus constituendis imperantium potestas? quippe legum naturalium non ea modo vis est, ut vetent aut iubeant, quas contrario iure abrogari nefas esset: magna earum virtus in permittendo est posita, quae ad ea omnia porrigitur, quae rationi non aduersantur. Atque ita fit, ut plura in ciuitatibus utilitatis causa recte

tam adtulit, vereor, ut vim ullam habere possit. Cum enim omne officium ad actiones referatur, adeoque nemini, nisi in quo agendo aliquid efficere licet, obligari possimus, frustra defendit, mortuis officia deberi: ut taceam, iura ab iisdem magis adhuc esse aliena. Quod autem eum, qui voluntati testatoris non obsequatur, ideo iniustum esse dicit, quod rem alii debitam, nec, antequam ab isto repudiata fuit, vacuam arripiat, nonne probaridi causa id ipsum, quod in lite versatur, adducit. — Caeterum in eo valde lepidus est (licet enim eum eodem elogio mactare, quo HOEPFNERVM, virum de iure nostro egregie meritum, ornauit) quod eum, qui testamentis in statu naturae vim nullam tribuat, aequali modo iura donationibus aut emtionibus quaesita vita donatoris venditorisue finire debere contendit. Nempe inter dominum rei eumque, cui testamento adsignata est, magnum intercedit discrimen!

B



recte statui possint, quae a statu hominum naturali, quem nobis fingimus, prorsus sunt aliena. Sic tutelae officium natura nullum est: quod veterum legumlatorum sapientia recte in civilem statum introduxit. Sic natura homines aequales pro genuit: ordinum vero discrimina prudenti consilio a civitatibus reperta sunt. Secundum eandem rationem de testamentis iudicemus necesse est. Cum enim natura amplissimam cuius de rebus suis disponendi facultatem concedat, nec vltus, si istius vocem audiamus, ius certum in alterius bona sibi adferere possit, non video, quid impediatur, quo minus leges civiles vltimis civium de bonis suis transferendis voluntatibus, quippe quibus nullius iura laeduntur, effectum plenissimum tribuere possint. Perturbatricem autem harum rerum omnium *Physiocratarum* scholam, quae nihil plane arbitrio concedit ac solum rationis iussis res publicas regi debere contendit, non magnopere extimesco. Nam et argumentis prostrata est, ⁿ⁾ et euentus eorum, quae magnam partem ex eius sententia in Gallia nuper acta sunt, ita eam fregit, vt nihil magnopere in posterum ausura esse videatur. Atque sic quidem, cum testamentorum in rempublicam introductionem rationi non aduersari ostenderit, totius defensionis meae fundamenta iecisse existimo.

Ac-
ⁿ⁾ accurate hanc rationem excussit REHBERG in den *Untersuchungen über die franz. Revolution.* Hannov. 1793. Th. I. Abschn. I.

Accedit, quam alteram habeo commendationis meae causam, *populorum consensus*. Quanquam autem non defuere, qui CICERONIS *) auctoritate moti *omni in re consensionem omnium gentium legem naturae putandam esse statuerent*, eique argumento tantum nonnunquam tribuerent, ut historicorum testimoniis in ipso iure hominum naturali demonstrando uterentur †): nolo tamen, me huius sententiae factorem existimari. Etenim ex puro rationis fonte praecipua legum naturalium haurienda sunt, cui in populorum legibus atque moribus multa aliunde admixta interfluunt. Quod si vero tale institutum reperiam, quod iam antiquissima aetate sponte ac quasi ipsa natura docente ab hominibus acceptum, postea autem multorum seculorum usu et legumlatorum sapientissimorum auctoritate comprobatum sit: haud sane temere facere mihi videor, si ad communem hominum utilitatem efficiendam saluberrimum istud esse coniciam. At quanti, quaeso, ob hanc ipsam rationem testamenta aestimare oportet! Quoad enim longissime respicere potest mens nostra praeteriti temporis memoriam moris fuisse inter homines intelligimus, ut de bonis suis, quid post obitum fieri vel-

o) *Tusc. Quaest. I. 13.*

p) vid. e. gr. SAM. A COCCENI in *Dissert. prooem. ad Grovium. XII. l. 1. c. 4.*
 est. HUFELAND in *Versuch über den Grundsatz der N. R. (L. 1785.)*
 S. 95.



lent, statuerent. *) Sic in exigua rerum primo aeuo gestarum luce pauca quidem, at illustria existant exempla eorum qui ante
fortunam Priami — — *et nobile bellum*
 liberum in rebus suis transferendis arbitrium securi sunt. *)
 Quodsi vero quis ex certioribus insequentis aetatis testimoniis singulos conquirere vellet, qui apud varias gentes eadem in vltimis voluntatibus declarandis libertate vsi esse dicuntur, *) longum sane eorum ordinem posset producere. Neque tamen hos magnopere curo: vereor enim, ne, qui testamentis aduersari cupiunt, obscuro magis ac parum explicato aequitatis sensu, qui saepissime fallat, quam intelligentia veri certoque consilio ductos eos esse existiment. Quid vero? si summos omnium fere temporum legumlatores excitauero, qui magno consensu testamentorum vsum aut in ciuitates suas introducere, aut, cum consuetudine inualuisset, intactum reliquere: num quis tanta arrogancia praeditus reperietur, qui aduersus talem aciem consistere audeat? praesertim, cum prae-

*) Nihil admodum ad causam meam interesse puto, vtrom pactis an testamentis istud perfecerint: ipsi enim pactis hereditariis, quae sola antiquarum gentium plurimis placuisse volunt, testamenta vtilitate praeflare, infra adparebit.

*) vid. GROTIUS de I. B. ac P. II. 6. §. 14.

*) Multos nominauit idem GROTIUS l. I. 1. 2. §. 12. cfr. HEINECCI *Elementa iur. germanici*. l. 2. tit. 6. 7.

ter eos, qui in Gallia nuper legum conditores subito exorti sunt, neminem fere ex aduerso collocare possit. Nam MOSEN quidem, qui inter reliquos, qui antiquitati iura dedere, micat, — — — *velut inter ignes* — — — *luna, miltiores,* — — — propter eam, quam ciuitati dederat formam, agros hereditarios omni commercio exemisse constat: praeterea vero eum Israelitas ab vltimis voluntatibus condendis, quibus ante sua tempora vsi sunt, non prohibuisse, MICHAELIS, summus in legibus eius interpretandis artifex, ita demonstrauit, *) vt tantulum de isto addere supervacuum esset. Similem fere testamentorum causam ex LYCVRGI legibus apud Lacedaemonios fuisse tuto statuere posse mihi videor: neque enim PLVTARCHVS, ad quem referre se solent, qui istius *ἐπιτάξεως* omnem vltimarum voluntatum vim sublatam esse volunt, aliud quid docet, nisi quod domum eamque, quam quisque acceperat, terrae Laconicae sortem, ante EPITADEVM Ephorum in alios transferre non lieuerit. **) Quanta in legibus excogitandis

B 3

sagaci-

*) v. dessen mosaisches Recht, S. 80.


**) In vita Agidis, p. 797. edit. Xylandri. Verba haec sunt: *ὃν μὴν ἄλλω καὶ τὸν δίκον ὃν ὁ Λεουργος ἄριστε φύλατταν, τὸν ἀριθμὸν ἐν ταῖς διαδοχαῖς, καὶ πατρός καὶ τὸν κληρὸν ἀπολιπόντος, ἀμοσγενῶς ἢ ταῖς αὐτῆ καὶ ἰσοτῆς διαμενονσα τὴν πόλιν ἐκ τῶν ἄλλων ἀνεφέρην ἀμοσθημάτων. Ἐφορευτὰς δὲ τις ἀνὴρ δυνατός, ἀνδραῖς δὲ καὶ χαλκὸς τὸν τροπὸν, ἐπὶ κεινὸς ἀρεμῆ, πρὸς τοῦ νότου κτήνη γενόμενης διαφορας, φητῶν ἐγγραψεν, ἰξαναγ*



sagacitate SOLONEM fuisse existimamus, qui multis peregrina-
 tionibus operam dederat, vt populorum instituta atque mō-
 res cognosceret, *) et Athenas reuersus talia iura statuit, quae
 et ciuitati, vnde ortus erat, maximo vsui, et omni posteri-
 tati admirationi fuere. Hic igitur, quem Graecia, ingenio-
 rum prouentu feracissima, in septem sapientum numero hā-
 buit, cum vitiose apud suos inductum esse animaduertet,
 ne quis de hereditate sua statuere posset, hanc, referente
 ISAEO, **) legem scripsit: ἔξαινα ταῦτα ἑαυτοῦ διαθεσθαι, εἰ μὴ πατρὸς
 ἔξαινα τὸν οἶκον αὐτοῦ καὶ τὸν κληρὸν, ὃς τις ἐθέλοι, καὶ ζῶντα δούνα,
 καὶ καταλειπὸν διατεμενον. Non quidem sum nescius, apud opti-
 mos graecos scriptores vsitatum esse, vt cunctas alicuius facultates
 οἶκον adpellent. At vero huius ἑρμῆως sensum explicare me posse ne-
 go, si priora eius verba ita, vti apud XYLANDRYM scripta reperiuntur,
 legamus. Quare cum codice Vulcobiano aliisque anonymis (vidd. va-
 riae lectiones in Plutarchi Παροιμίαι in App. edit. laudatae, p. 95. sqq.)
 ea sic exprimenda esse censeo: ὄν μὴ αἴμα καὶ τῶν οὐκ ἔων, ἂν ὁ Δῆμος
 ἄρσενε Φυλάττειν τὸν ἀριθμὸν caet. saepe enim nomen apud graecos in
 casu relatiui ponitur, etiamsi sequens verbum alium casum postulet.
 cfr. v. c. i Cor. X, 16, τὸν ἄρτον, ὃν κλώμεν, οὐκ κοινώνομε τὸν
 σωματός του χριστοῦ ἐσιν. Iam vero οἶκος, si vocabulum in plurali
 occurrat, omne alicuius hominis patrimonium interpretari, genio
 linguae contrarium esse puto.

*) Licet enim mihi eorum sententiae accedere, qui secundum PLUTAR-
 CHUM (in Solone p. 79.) πολυπεριεγίας ἐνεκὸ μακρῶν καὶ ἰσθμίας, ἢ κρη-
 νῶν ἀποματισμῶν peregrinatum eum esse existimant: σαφῶς μὲν γὰρ ἢ ὁμολο-
 γουμένως ἔρασης.

**) ἐν τῷ περὶ τοῦ Φιδόκτιμονος κληροῦ. v. PETITVS in legg. att. l. VI. tit. 6.
 f. 3.


 δεῦς ὡς γυνῆσι διέφερες. *) Porro ceteras Graeciae ciuitates, quas inprimis prudentia floruisse constat, ISOCRATES in nulla re magis, quam in testamentorum iure, consensisse testatur. *) Nec in minori illa honore apud Romanos fuere. Cum enim ab antiquissimo inde tempore ipsis in more positum esset, vt vltimae ciuium voluntates custodirentur, b) tantum absuit, vt decemviri, qui duodecim tabulas scripserunt, ei consuetudini derogarent, vt expressa lege suprema patrumfamilias de rebus suis iudicia rata esse statuerent. *) Num vero horum testimonium parui pendere licebit, quos CICERO, at quam subtilis in hoc genere iudex! iis ipsis, qui in Graecia legibus ferendis clarissimi facti sunt, praestitisse censet; quorum iussa ob vtilitatis vbertatem omnibus omnium philosophorum bibliothecis fidenter anteponit. d) Quamquam autem posterior Roma-

z) Qua propter cum SOLONEM multa ab Aegyptiis mutuatum esse constat (v. HERODOT. in *Euterpe* in fine,) MOSIS autem eadem fuerit in eorum legibus imitandis sapientia (v. MICHAELIS l. 1. §. 4.): haud scio, an iniuria fiat, si isti etiam genti, legum optimarum fama celebratissimae, testamentorum vsum vindicemus.

a) in *Aegineico*, in fine.

b) vid. antiquissimam testamentorum apud Romanos formam accurate describentem TREKELL *de origine atque progressu testamentificationis, praesertim apud Romanos.* (Lips. 1739. 4.) cap. 2.

c) hanc *Vlpianus* *Fragm. XI. 14.* his verbis conceptam esse narrat: *ubi legasset super pecunia tutelaue suae rei, ita ius esto; ad quem locum* cfr. SCHVLTING *in iurisprud. aureiusf. h. l.*

d) de *Orat.* l. 44.



Romanorum aetas in scientia legali excolenda operam accuratissimam posuit, multaue legum Decemuiralium capita contrario iure aboleuit, nunquam tamen aliquem extitisse comperimus, qui de testamentorum sanctitate detrudere ausus sit. Neque vero sola antiquitas defunctorum voluntates exitum habere oportere censuit: quis enim cultissimis recentioris aevi nationibus idem placuisse nescit? quas singulas recensere putidum foret: praesertim cum forte suspicari quis posset, eas fato aliquo et coeco legum romanarum amore potius, quam idoneas ob causas, testamentis fauere. At ista suspicio in viris summis haerere non potest, qui in Borussia nuper exemplar proposuere, ad quod reliquae gentes legum codices effingant. Quibus cum testamentorum auctoritatem conseruare visum sit, *) iustissimam sane causam habemus, quare ciuitatibus vtilissima illa esse opinemur.

Age igitur! *utilitatem*, quam adferunt, ipsam accuratius consideremus. Ac primum quidem quis ignorat, quam grauis inter aequitatem atque leges pugna intercedat, quam nullius vnquam legislatoris tanta sapientia erit, vt plane dirimere possit. *Iura enim, VLPiano recte monente, f) non*

*) vid. Allgemeines Gesetzbuch für d. preuss. Staaten. Th. 1. tit. 12. Abschn. 1. §. 9. soweit jemand unter Lebendigen über sein Vermögen zu verfügen berechtigt ist, soweit kann er in der Regel auch auf den Todesfall Verfügungen treffen.

f) l. 8. n. de LL. et SCris.

in singulas personas, sed generaliter constituuntur; aequitas contra sigillatim perpendens momenta causarum omnia, quid statuendum sit, disquirat. ^{b)} Vnde fieri non potest, quin plurimis saepe in rebus ius et aequi bonique rationem se-iunctam esse reperiamus, locumque sibi vindicet, quod pro- uerbio dicitur: summum ius summam nonnunquam iniuriam inferre. Cum autem, si iusti esse velimus, ex IULIANI prae- cepto ^{b)} *in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, regulam iuris sequi non possumus:* eas ciuitates iure lau- dandas esse existimo, in quibus ita legibus auctoritas constat, ut propter urgentem aequitatis rationem aliquid possit laxari. In quo saepe admirari soleo Romanorum in iure ciuili con- stituendo sapientiam. Quippe non antiquissimo modo tem- pore, cum rude adhuc atque inchoatum iuris aedificium esset, sed postea etiam, cum iura accuratissime atque ita descripta haberent, ut nulla fere causa incidere posset, cuius decisi- onem non praeberent, neququam ciues ita legibus con- strictos tenebant, ut non plurima tum priuatorum tum iudi- cum inprimis arbitrio permitterent. Sic, ut hoc vno utar, rerum contractarum fidem atque iura diligentissime sanxerant: at nihil impediabat, quo minus contrahentes plurima ex vo- lun-

^{g)} hanc iuris atque aequitatis differentiam egregie exposuit ARISTOTELES,

Ethic. ad Nicom. V. 10.

^{h)} v. l. 15. r. de LL. et Scis.



luntate sua immutare possent. Quam praeclaro autem iure ciuitas caritura fuisset, nisi praetoribus, vt edictis suis leges ad aequitatem inflecterent, licuisset: nisi iudices in fori disputationibus ex formula, *quantum aequius, melius*, priuatorum lites diiudicassent: nisi, vt paucis multa complectar, *ius commenticium*, a ICtis|reperum, ¹⁾ scripti iuris rigorem mitigasset. Ita vero fiebat, vt, quam felicitatem ipsis inuidere posses, in fontibus iuris ciuilibus recensendis aequitatem etiam possent commemorare. ²⁾ Multum itaque in vtilitate testamentorum demonstranda me effecisse existimabo, si *aequitati ista consulere* adparebit. Numquid vero aequius esse potest, quam laboris sui atque operae fructum quemuis ad eum potissimum transferre, quem optime de se meritum esse putet? quem inprimis diligat atque amet? Nonne grauis iniustitia committitur, si, ad quos alicuius morte maximus moeror peruenit, ii successione solatio priuentur? cum haereditas propinquis quidem defuncti, at alienis cedat, quorum

¹⁾ De iure commenticio Romanorum luculenter tractauit PÜTTMANN in *Probabil. iur. ciu. l. 2. c. 1.*

²⁾ Cic. *Topic. 5. ius ciuile est, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, a equitate consistat.* ctr. l. 90. π . de R. I. l. 8. C. de Iudiciis. Multa, quae huc referri possint, habet IO. LYDOV. CONRADI in *Orat. de iuris et aequitatis inter se consensu*, vid. *Ej. Opuscula e iure ciuili. Vol. I. Brem. 1777.*

rum nulla erga istum officia fuere, ^{l)} qui dudum ei inhiantes gaudia prodentem vultum vix fictis lacrymis celare queunt. Quid denique? si cognatus forte desit, si bona post mortem relicta iacere, et a fisco ciuitatis occupari necesse sit, nonne triste et iniquum est, neminem fortunarum suarum heredem facere, neminem designare posse, qui funus committetur, qui sepulchrum exstruat, qui coepta perficiat, qui voluntati obsequatur? eos vero inopes atque egenos relinquere oportere, quos maxime beatos esse cupias? At vero aequa circa successiones iura legibus statui posse frustra speratur. Quamuis enim multum valeat communitio sanguinis, quamvis magna sit vis eius necessitudinis, qua coniuges inuicem copulantur, nemoque facile tam inhumanus reperiatur, quin publica patriae commoda augeri velit: infiniti tamen sunt amoris atque officiorum gradus, quos si quis certa atque perpetua regula vellet complecti, ^{m)} nae! maximas iste ageret ineptias. Cum igitur aequitas postulet, vt in hereditatibus transferendis meritorum atque beniuolentiae ratio habeatur: nullo modo isti satisfieri poterit, nisi vltimae defunctorum voluntates obseruentur. Ita enim debitam cuius gratiam referre licebit: ita, quantum quisque ex iis, qui genere nobis iuncti erunt, officiis atque pietate promeruit, tantum de bonis

C 2

l) Ipsum IUSTINIANVM huius iniquitatis testem aduoco, v. Nov. CXV. c. 3. §. 12.

m) Hinc iure rideri potest WILKENS in Diss. iur. nat. de successione ab intestato, qui multum operae impendit, vt quasi scalas amoris constitueret, secundum quas ordo succedendi ab intestato definiretur.



nis nostris accipiet: ita caris coniugibus, quibus leges saepe parum prospiciunt, *) amicis, iisque omnibus, quibus nostra curae fuere, fidei atque diligentiae praemia poterimus exfoluere: ita nulla iniustitia committetur, si quando in publicum hereditas eius inferatur, qui ita solitarius vixerit, vt neminem nec testamento nec lege heredem relinqueret.

Sed hanc utilitatis, quam testamenta adferunt, partem vterius persequi non necessarium est: in aliam transeamus, quam non minus splendere intelligemus. Etenim in aprico est positum, vltimis hominum voluntatibus *plurima constitui posse, quae et singulis et vniuersae civitati conducant.* Nolo iam tutelae commemorare, quas testamentis deferre solent: non sine causa enim obiiceretur, has quidem subsistere posse, etiamsi de bonis nostris statuere vetaremur. Nolo exheredationum bona mente factarum mentionem iniicere, quibus apud Romanos liberis testatoris optime saepe consulebatur: quippe dura heredum necessariorum conditio recentioris aevi legibus fere incognita est. Nolo etiam istud nimis vrgere, quod sacri Christianorum coetus maximam bonorum, quae tenent, partem testamentis acceptam ferant: nam et fraudibus illa saepe quaesita esse constat, et minime aetas nostra vituperanda esse videtur, quod nimiam in hoc genere liberalitatem obsolescere sinat. At vero splendorem familiarum conseruari, bona singulorum et aduersus ipsorum posses-

*) Dura ex hac parte iura Romanorum fuisse constat, et haud scio, an mitiora, quibus vtimur, nonnunquam aequitatem laedant.

possessorum luxuriam et aduersus aliorum iniurias secura red-
 di, lites inter successores euitari, talia in ciuitatibus institui,
 quibus pauperes sustententur, literarum artiumque studium
 excitetur, atque alatur: nonne haec omnia et publice et pri-
 vatim vtilissima sunt? Quae testamentis effici posse, nemo
 dubitabit. In mentem reuocemus, quaeso, fideicommissor-
 rum familiae relictorum perpetuam fere vtilitatem, legato-
 rum commoditates, magnam, quam testator habet, in suc-
 cesorum salutem multa prudenter constituendi opportunitatem,
 caeteraque, quae vltimarum voluntatum ope perficere licet,
 quae singula recensere infinitum foret. Quoties, vt huic vni
 insitam, acerrima ingenia sese excolendi facultate destitue-
 rentur, nisi supremis maiorum nostrorum iudiciis adolecen-
 tibus litterarum amatoribus large esset prospectum: quo ipso
 dici non potest, quantum studiis humanitatis profuerint. Vn-
 de merito dolemus, tam laudabilem posteris consulendi mo-
 rem huius aetatis luxurie tantum non plane obliterari.

Accedit, quo magis testamentorum praestantia eluce-
 at, quod augendae inter ciues *acquirendi industriae* illorum
 faciendorum libertas inferuiat. Nolite tamen, lectores, ex-
 istimare, me ea quaesius praecepta commendare velle, quae
 apud HORATIUM ^{o)} VLYSSI de testamentis captandis TIRE-
 SIAS tradit, quibus pessimam iste heredipetarum nationem de-
 pingit, quae et apud Romanos olim admodum frequens fuit, ^{p)}
 et nullo sane tempore extirpabitur. Istorum enim artes, vt
 par est, maxime detestandas esse censeo. Datur vero hone-
 stum et intra legum fines consistens sese locupletandi studium,
 quod, vt quisque sapientissimus est rerum publicarum cu-

o) L. II. sat. 5.

p) Si quis eam cognoscere cupiat, vid. LEYSER Medirr. ad π. Spec. 375. 76.



stos, ita diligentissime in ciuibus excitandum augendumque esse putabit. Huic igitur vltimarum voluntatum licentiam statuo prodesse. Qua enim cunque re efficitur, vt pecuniarum fructus ad plures peruenire possit, aut liberior ciuibus praestetur facultatum suarum vsus, ea industriam eorum ali necesse est. Quod vti sua quemuis ratio docere potest, qui in rerum causas hominumque naturam curiose inquirat; sic experientiae atque historiae testimonio egregie confirmatur. Etenim si qua gens et antiquiori aeuo et recentiori aetate opulenta et modesta ciuium libertate inprimis florebat, eam maxime industriam fuisse comperimus: cum aliarum contra paupertas atque seruitus ipsum adeo fortunas suas amplificandi studium in iis opprimeret. Iam vero diuitiae ciuitatum in paucis quibusdam domibus coaceruarentur, iisque reliqua multitudine egente, magno publico incommodo, quasi propriae addicerentur, si ex solis legibus, quas in hereditatibus tribuendis certam stabilemque rationem sequi oportet, successio deferretur: vt earum commoda ad plures penetrare possint, testamentorum facultate concessa efficitur. Quod si quis exile forte ac nullius momenti putet, cum raro fiat, vt suprema hominum iudicia familiam egrediantur, is cogitet, quaeso, in iis, quae singula leuia esse videri possunt, si vniuersa considerentur, maximam saepissime ad felicitatem publicam vim conspicuam fieri. Praeterea testamentorum iure in ciuitatem introducto priuatorum de bonis suis statuendi libertatem magnam accessionem capere, optime PLVTARCHVM perspexisse puto, qui SOLONIS de testamentis legem laudans hanc ἐπιμνησιν addit: τα χερματα κτηματα των έχοντων εποισεν. *) In quo, quanta ad ciuium industriam incitandam efficacia in-

*) PLVTARCHVS in Solone. p. 90. ex Edit. Xylandri.

fit, facile intelligitur. Etenim is demum ad labores dies noctesque suscipiendos strenuus atque impiger erit, qui se sibi iisque, quos carissimos habet, acquirere, liberrimaque voluntate parta distribuere posse nouit. At segni otio torpebimus, et tantum, quantum nobis solis sufficiat, adquisiuisse satis habebimus, si negotiorum nostrorum fructus, quamuis inuitis ac reluctantibus nobis, non nisi ad eos, alienos forte nobis homines, peruenturos esse certum sit, quos leges inexorabiles tanquam fato aliquo ad successionem nostram trahant.

At vero, dicet quispiam, has easdem utilitates *pa-*
lis circa hereditates ineundis consequi licet. Quid igitur impedit, quominus maiorum nostrorum sapientiam imitemur, quibus TACITVS nulla testamenta fuisse memorat, *) quanquam pactis eos successionum iura moderasse constat. **) Sed huic facile responderetur: valde enim ad cuiusque salutem refert, ut, quem heredem relicturus sit, ignoretur. Nam succedendi fiducia multos saepe impulit, ut aut eum, cuius vita hereditati acquirendae obstabat, de medio tollere statuerent, aut saltem eo obsequio iisque officiis eum defraudarent, quibus, quorum spes adhuc vacillat, benefactorem demulcent. Quod probe intelligentes Romani pactae hereditatis fidem nulla lege sanxere: testamentis potius ciues uti volebant, circa quae ipsa multa excogitabant, quibus heredis nomen tegeretur. Quare recte facere mihi videor, si propter easdem, quae istos impulere, causas occultam atque mutabilem testamentorum rationem successionis pacto aperte quae sitae firmitati praeponomam. Deinde vero perspicere non possum

*) v. Ej. *Germania* c. 20.

**) cfr. HEINECCIUS in *Elem. jur. germ.* l. 1.



sum, qualis ruina testamentorum iure in ciuitate constituto ei immineat, quam, legitimis, aut pactitiis etiam successio- nibus solis receptis, possit euitare. Quod enim lites isto modo augeri volunt, id quidem a vero non plane alienum est, cum multas testamentarias causas in iudiciis versari no- tissimum sit: neque vero minores controuersiae de iure suc- cedendi legitimorum heredum aut de pactorum heredita- riorum interpretatione oriri possunt, et magna earum litium, quas testamenta producant, multitudo praecaueri forte pos- set, si coram iudice modo testari liceret, eaeque cautiones accurate obseruarentur, quae in nouo legum Borussiae codice huic negotio praescriptae sunt. *) Atque sic etiam altera corrui ratio, qua testamentorum vsum noxium esse demon- strari posse opinantur. Saepe enim malis artibus ea origi- nem debere, a moribundis extorqueri, quorum voluntas quo- uis impulsu moueatur, atque sic euenire volunt, vt bene meritis hereditas iure ipsis debita eripiatur, ista vero tanquam astutiae praemium hominibus nequissimis cedat. **) Sed hoc, quod vrgent, malum non ita frequens est, vt ideo testaments, quae tot tantarumque vtilitatum causas continent, eliminari mereantur, et cum ipsarum prouidentiam legum, tum cir- cumspectam iudicis prudentiam valde eidem prospicere posse non licet dubitare.

*) vid. *das allgemeine Gesetzbuch für die Preuss. Staaten, l. l. inprimis S. 141. seqq. Anweisung für den Richter wegen Vermeidung künftiger Prozesse.*

**) Ob hanc quidem causam negotiantibus testamenti facione interdicere suadet IYR. MOSSER in *den patriotischen Phantasien, Th. IV. St. 29.*

ULB Halle

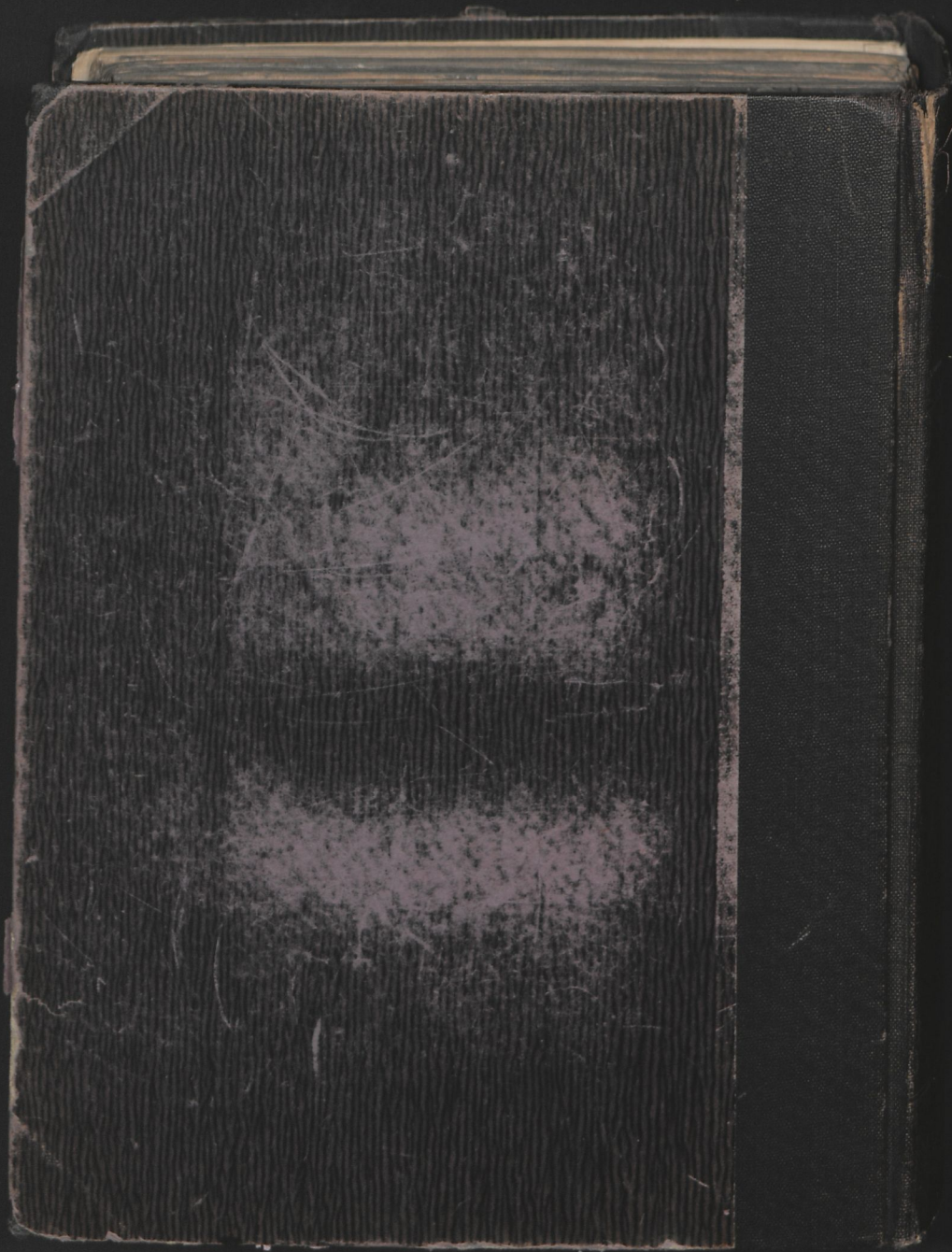
004 334 728

3



Sb.







17
193.
1793

PRO TESTAMENTIS
—•••••
DISSERTATIO
QVAM
QVAE EST
SERENISSIMI PRINCIPIS
GRATIA

SINE PRAESIDE
PRO
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
RITE CAPESSENDIS

DIE XXVI. SEPT. A. R. S. c1010CCXCIII.

H. L. Q. C.

PVBlice DEFENSVRVS EST

HENRICVS CHRISTOPHORVS KIRSCH
IVR. VTR. CAND.

VITEBERGAE,
LITTERIS ADAMI CHRISTIANI CHARISII.

