





1792, 3
445
13
DISSERTATIO IVRIDICA
DE
ADPLICATIONE IVRIS ROMANI
AD
INSTITVTA GERMANIS
PROPRIA

QVAM.

ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM ORDINIS
AVCTORITATE ET CONSENSV

PRO LOCO

PVBlice DEFENDET

D. CAROLVS FRIDERICVS KÜHNE

RESPONDENTE

GODOFREDO PHILIPPO DE BÜLOW

ADSESSORE CANCELLARIAE IVSTITIAE
BRVNSVICO - GVELPHERBYT.
DESIGNATO

DIE VIII. OCTOBRIS CIOIDCCCXCII.

HELMSTADII

EX OFFICINA S. D. LEVCKART.





VIRO
ILLVSTRI
ATQVE EXCELLENTISSIMO
IOANNI PAVLO
MAHNER
SERENISSIMO BRVNOVICENSIVM
DVCI A CONSILIIIS IVSTITIAE
INTIMIS

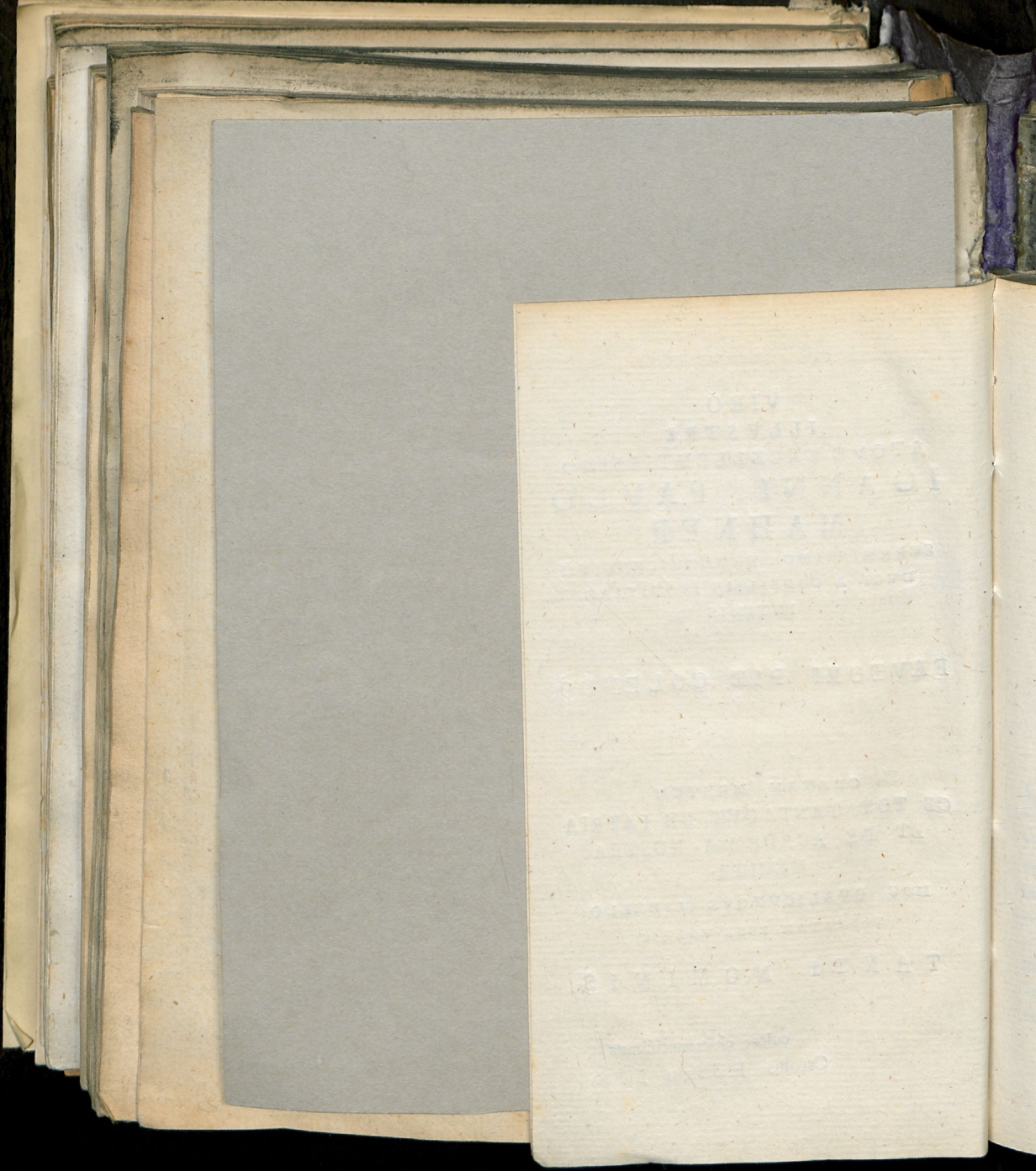
FAVTORI PIE COLENDO

GRATAM MENTEM
OB TOT TANTAQVE DE PATRIA
ET DE ACADEMIA NOSTRA
MERITA

HOC QVALICVNQVE LIBELLO
TESTATAM ESSE VOLVIT

TANTI NOMINIS

cultor obseruantiffimus
Carolus Fridericus Kühne.



CONSPECTVS LIBELLI.

CAPVT I.

De relatione iuris Germ. priv. et iurium
peregrinorum inter se in genere

§. 1-6.

CAPVT II.

De ratione inter ius Germ. priv. et ius
Rom. obtinente in specie §. 7-44.

Sect. I. De institutis Germanis
aeque ac Romanis cognitis §. 9-14.

I. extantibus legibus domesticis §.
9-12.

1. ius Rom. confirmantibus
§. 10.

2. ei contradicentibus §. 11.
12.

II. iis deficientibus §. 13. 14.

Sect. II.

Sect. II. De institutis Germanorum
propriis §. 15 - 42.

I. existente eadem ratione et notione
§. 18 - 21.

II. deficiente ea §. 22 - 42.

I. instituto tali ad genus insti-
tutorum Romanis aequae co-
gnitum spectante §. 23 - 37.

a. quoad characterem di-
stinctivum §. 24 - 30.

b. quoad characterem ge-
neticum §. 31 - 37.

2. ad eiusmodi genus haud spe-
ctante §. 38 - 42.

Sect. III. De institutis mixti gene-
ris §. 43 - 44.

PRAE-

PRAEFATIO.

Instituti ratio.

Satis constat inter omnes, qui Iustitiae se profitentur sacerdotes, quantos errores olim commiserint iureconfulti, omnia, quae inter Germanos celebrantur, instituta, licet Romanis plane incognita, Romani iuris principiis accommodare studentes, principes e. g. nostros electores praefectis praetorio, superioritatem nostram territorialem merito mixto imperio, comitia nostra imperii

A 4

rui

rii senatui populoque Romano, homines proprios et rusticos seruis aequiparantes, et illis eadem ac his iura tribuentes, neque quidquam certi iuris putantes, nisi quod ex corpore iuris ciuilibus probari posset. Quis est nostrum, qui nesciat, quanta hoc modo patriis iuribus, ad quae conseruanda, imo augenda, quemuis amor patriae stimulat, illata sint detrimenta? Sed nunc iam metuendum est, ne, nimis arctis limitibus circumscribendo vsum iuris Romani, ad alterum extremum perueniamus, atque iuri Romano, cui legalis vtique tributa est auctoritas, plus iusto detrahamus. Neque minus constat inter omnes, quam necessario sint certae regulae de recte diiudicandis institutis Germanorum propriis, saepenumero in foro occurrentibus, tradendae. Pertinent huc v. c. cambia, maxima pars pactorum successoriorum, operae rusticorum, iura bannaria, liberatio a patria potestate, quae fit per separatam oeconomiae institutionem, iurisdictio patrimonialis, fideicom-

commissum familiae, communio bonorum inter coniuges, et quae sunt reliqua. Regulae de hoc argumento adhuc traditae grauitati causae satisfacere et rem plane absoluere mihi haudquaquam videntur. Legas enim, quae hac de re docuerunt viri illustres, quorum multa sunt eximia ad iurisprudentiam excolendam: I. B. C. EICHMANN a), I. ST. PÜTTER b), A. D. WEBER c) I. F. RVNDE d) aliique e), et mecum consenties.

Quae quum ita sint, certa hoc de argumento formari principia, maximi momenti putavi negotium. Ego vero quid praestiterim, aequo Tuo, L. B., et competenti iudicio esto relictum.

a) in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts nach Heffeld ad §. 79 et 81. "Man darf nicht aus dem Iustinianischen Rechte diejenigen Deutschen Geschäfte beurtheilen, die von besondrer Beschaffenheit und den Römern unbekannt gewesen sind, wenn sie auch einige Gleichheit mit den Römischen haben sollten." Adiecit deinde: "Jedoch will ich dadurch kei-

nesweges behaupten, daß das Römische Recht gar keinen Gebrauch bei solchen Deutschen Geschäften habe, indem vielmehr alle gemeinen vorhandenen Rechte, also auch das Römische, wenn keine besondre vorhanden sind, wonach Das, was in Ansehung solcher Geschäfte streitig ist, entschieden werden kann, alsdann zur Richtschnur dienen, in wie fern sie sich auf solche Deutsche Geschäfte wohl schicken."
At nonne reliqua est quaestio, quatenus ius Romanum his Germanorum institutis adcommodari possit?

- b) *in den Beitrügen zum Deutschen Staats- und Fürsten-rechte. T. II. n. 28. §. 3.*
"Wäre es nicht lächerlich, wenn man Dinge, die nur Deutscher Herkunft sind und wovon die Urheber der Römischen Gesetze Nichts gewußt haben, nach Römischen Rechten beurtheilen wollte?" *Format deinde exceptiones quasdam, quae tamen nullo modo sufficere mihi videntur, quia innumeri casus, quibus ius Romanum eodem iure adplicari potest, supersunt.*
- c) *in den Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des Römischen Rechts (Wism. 1782. 8.) §. 20.* *"Auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche den Römern ganz*

ganz unbekannt waren, sondern bloß aus Deutschen Sitten und Verfassungen, oder andern Quellen ihren Ursprung haben, läßt sich das Römische Recht ebenfalls nicht anwenden, obgleich eine eingebildete Aehnlichkeit dergleichen unschickliche Anwendung leicht veranlassen kann, und oft veranlaßt hat." Adiicit deinde: "Allerdings würde man viel zu weit gehen, wenn man unsre Regel dahin deuten wollte, daß solche Gegenstände, welche den Römern nicht bekannt gewesen, schlechthin in gar keinem Stücke nach Justinianischen Gesetzen behandelt werden könnten. Sind es Fälle, worauf die eigenthümliche Natur dieses Geschäfts keinen besondern Einfluß hat, so lassen sich die generellen Vorschriften des gemeinen Rechts sehr gut anwenden." *Punctum fixum iam posuit vir illustris, attamen multa, ni fallor, adcuratius indaganda reliquit.*

- d) in seinen Grundsätzen des allgemeinen Deutschen Privatrechts (Gött. 1791.) §. 84. n. 4). "Bei Gegenständen, die den Römern ganz unbekannt waren, kann, ohne den gefunden Menschenverstand zu beleidigen, gar keine Anwendung vom Römischen Rechte Statt finden; und in Ermangelung positiver Deutscher Rechte muß bei solchen Gegenständen bloß nach der Natur der Sache geurtheilt werden." Sed

Sed conf. §. 514 et 515, §. 689 et aliae, ubi vir illustris ipse ius Romanum ad talia iuris obiecta applicavit, ergo nihilominus aliquam dari iuris Rom. ad haec instituta applicationem concessit.

e) v. c. Ill. A. F. SCHOTT in *seiner juristischen Encyclopädie und Methodologie* §. 109. n. 3).

DISSERTATIO
DE
ADPLICATIONE IURIS ROMANI
AD
INSTITVTA GERMANIS PROPRIA.

I. O. SAM. FR. BÖHMER *de praeiudicio
iuris Germanici prae Romano in caus-
sis priuatis*, Franc. 1755. 10. CHR.
I. O. FRANC. IGN. VNGERI *vindi-
ciae iuris Germanici contra abusum iuris
Romani*, Wirceb. 1755. DAV. GE.
STRVBE *von dem Mißbrauche und gu-
ten Gebrauche der alien Deutschen Rech-
te*, in den Nebenstunden, T. V. p. I. 83.
EICHMANN I. in praefat. c. ad §. 79
et 81. PÜTTER I. c. T. 2. n. 23-29.
WEBER I. c. RVNDE I. c. §. 83-86.

CAPVT I.

CAPVT I.

DE RELATIONE IVRIS GER-
MANICI PRIVATI ET IVRI-
VM PEREGRINORVM IN-
TER SE IN GENERE.

S. I.

Status iuris in Germania ante iurium peregrinorum receptionem.

Tempus quondam erat in Germania, quo iura peregrina, quibus hodie utimur, plane essent incognita, neque amplius iuris Romani veteris, sub Caesare quondam et Augusto in Germaniam translati, vestigia reperirentur, seculo scilicet IX, X et XI a). Quibus temporibus Germani suis ipsorum iuribus vitam adcommodabant. Nihilominus leges vniuersales scriptae plane deerant, sed quaelibet potius natio Germanica proprio suo iure utebatur. Inualuerant tamen consuetudines quaedam, ab omnibus vel saltim plurimis Germaniae populis in negotiis quibusdam peraeque custoditae b), quae partim cogitandi ratione,

tione, partim statu publico, partim climate, aliisque, quae omnibus Germanis essent communia, nitebantur. Quae consuetudines, partim ab omnibus populi ordinibus, partim a toto hominum ordine obseruatae, ius Germanicum commune non scriptum constituebant c).

a) PÜTTER l. c. n. 23. §. 27-29.

b) Idem l. c. n. 27. §. 14-19.

c) Idem l. c. n. 27. §. 30-35.

§. 2.

Receptio iurium peregrinorum.

Variis deinde erroribus in fine seculi XI vsque ad XIV iura peregrina, ius Romanum, canonicum et Longobardicum, in Germania legalem obtinuerunt auctoritatem a), et quamuis postea hi errores sint detecti et patefacti, nihilominus effectus eorum, ab imperio et caesaribus siue a potestate totius Germaniae legislatoria confirmati, hodie adhuc durant b). Equidem ita hoc factum est, vt ius canonicum, tamquam ius a potestate summa in rebus ecclesiasticis, secularibus longe anteferendis, ortum,

GER-
VRI-
IN-

eregri-

mania,
e vti-
e am-
caesare
oniam
eculo
mpo-
ns vi-
us le-
erant,
anica
erant
omni-
e po-
aeque
di ra-
tione,

ortum, iuri Romano, a potestate summa in rebus secularibus, ecclesiasticis postponendis, constituto, praefendum c), ius Longobardicum autem in specie in causis feudalibus adplicandum fit d).

a) PÜTTER l. c. n. 23. 24. 25.

b) Idem l. c. n. 26. §. 3-7.

c) Idem in *seiner Literatur des Staatsrechts* p. 46-50. I. H. BÖHMER in *l. eccl. prot.* L. I. Tit. 2. §. 1 sq. RICHMANN l. c. ad §. 79 et 81. n. 5).

d) HORN in *iurisprud. feud.* c. I. §. 37. in f. G. L. BÖHMER in *principiis l. feud.* §. 31. 32. BVRI's *Erläuterung des Lehnrechts* p. 215. SCHNAVBERT's *Erläuterungen des in Deutschl. üb. l. R. nach Böhmer* ad §. 9 et 31.

§. 3.

Mutatio status iuris veteris iuribus peregrinis receptis operata.

Quibus omnibus effectum est, ut ius illud Germanicum commune non scriptum, quod ante iurium peregrinorum receptionem colebatur, iuribus his peregrinis, sicut modo tradidi, receptis, partim obsoletum et inualidum factum, partim vel ob diuersum statum publicum diuer-

diuerfosque mores, vel ob confufiones ex principiis iuris Romani adplicatis metuendas, vel ob alias rationes nihilominus per totam Germaniam vel faltem in toto hominum ordine aut in regione aut loco quodam conseruatam fit a). Exempla, licet fatis cognita, haec illustrabunt. Scilicet valor pactorum fufferiorum b), et pactorum nudorum vis actionem producendi c) conftituit eiusmodi confuetudinem antiquam per vniuerfam Germaniam conseruatam. Ex hoc iure confuetudinario nec minus deriuandus eft mos excludendi feminas a fuffeffione in res immobiles, qui viget inter illufres d). In regionibus vel locis quibusdam denique conseruatus eft modus fuffedendi in res vtensiles maternas et res expeditorias paternas, vulgo *in die Gerade und das Heergeräthe* e), et communio bonorum inter coniuges, ea in primis, quae ad adquaeflum pertinet coniugalem f).

a) PÜTTER in den Beiträgen n. 27. §. 31.
32.

B

b) SAM.

- b) SAM. STRYKII *doctrina de success. ab intest. diff. 8. (c. I. §. 5.)* p. 607-917. LEYSER sp. 43. (m. 5.) et 44. AD. FRANC. HEBENSTREIT. *vindiciae veri valoris paſſorum ſucceſſoriorum tam iure Rom. quam Germ. aduerſ. errores interpretum* (§. 56 ſq.) Erf. 1768. HELLFELD in *iurispr. for.* §. 1664 ſq. ERN. CHR. WESTPHAL *im Deutschen und reichsſtändiſchen Privat - rechte* T. 2. n. 71. p. 385. ſq. RVNDE l. c. §. 653. ſq. p. 512. ſq.
- c) STRYK. in *usu mod.* L. 2. Tit. 14. §. I. L. 12. Tit. I. §. 3. LEYSER sp. 39. m. 5. PÜTTER l. c. n. 27. §. 32.
- d) PÜTTER in *primis lineis iur. priv. princ.* §. 18. Idem in *den Beiträgen* n. 29. RVNDE §. 646-648.
- e) HEINECCII *ius Germ.* L. 2. §. 424. PVFENDORF. T. I. obf. 93. WESTPHAL l. c. n. 75. 76. RVNDE §. 682. Qui *plura cupit, legat 10.* CHPH. REGNER's *practiſches Handbuch von der Gerade und dem Heergewälde*, Lipſ. 1781, 8. F. H. M. KERSTEN *von der Inteſtaterbfolge, dem Heerg. und der G.* ed. 2. Altenb. 1786, 8. G. A. HOFFMANN' s *ausführliche Beſchreibung der G. und des H. in Ober und Nieder - ſachſen*, Lipſ. 1733.
- f) I. H. IOS. WESTHVS. d. *de origine communionis bonorum inter coniuges, ſpeciatiim*

speciatim per dioecesim Monasteriensem, Göt. 1773. FR. IOS. BODMANN'S wahrer Ursprung der Gemeinschaft der Güter unter den Deutschen Ehegatten zur Erweiterung Westhusens Grundsätze hiervon. Francof. ad M. 1784. 8. WESTPHAL l. c. T. 2. n. 44. Loca et regiones, in quibus obtinet haec consuetudo, recensuit I. A. HOFMANN in seinem Handbuche des D. Eherechts (len. 1788, 8.) §. 78 et 79.

§. 4.

Partes iurium peregrinorum non receptae.

At enim vero ex his modo prolatis patet simul, in iis partibus, quibus peregrinus status publicus, apud nos numquam receptus, moresque peregrini supponuntur, peregrinorum iurium adplicationem fere omnem cessare, quia eodem statu iisdemque moribus non utimur; ergo quoque quaestio de iuribus negotiorum, quae his moribus et huic statui innituntur, non nisi ob analogiam quandam in foris nostris occurrere potest a). Sed de his vberius posthaec agemus (§. 18 sq.).

a) WEBER l. c. §. 16-19. PÜTTER l. c. n. 28. §. 12. 13. EICHMANN l. c. ad §. 79 et 81. n. 2).

§. 5.

Duplex iuris hodierni genus.

#
#
100 p. 14
 Quibus praestructis facile intelligi potest, duplex hodie in Germania ius obtinere, scilicet I. ius ~~commune~~ domesticum, partim iuris veteris communis non scripti, contra iuris peregrini principia conseruati, reliquias complexum, partim ex legibus recentioribus, iuri peregrino derogantibus, vel scriptis vel non scriptis, vel communibus vel particularibus, ortum; et II. ius peregrinum commune receptum, quod tamen eatenus tantum legali pollet auctoritate, quatenus neque diuersus status publicus diuersique mores adplicationem eius impediunt, neque consuetudines antiquae conseruatae supersunt, neque leges vel consuetudines nouae adfunt iuri huic derogantes. Eodem modo leges imperii quoque, quae iudiciis, vt secundum *iura imperii communia* iudicent, imponunt a), sunt interpretandae, et his verbis tam iura scripta quam non scripta intelligenda b).

a) *Ord.*

*Definitio, anquos suo delinere corona in, maxime, appa
re usque legitime, consuetudine inde deinceps.*

DE RELAT. IVR. GERM. ET IVR. PEREG. 21

- a) *Ord. Cam. de 1495. §. 3. R. I. N. §. 105. Ord. ind. l. aul. tit. I. §. 15 et tit. 7. §. 24. etc.*
- b) STRYK in *U. M. discursu praelim. §. 27. PÜTTER l. c. n. 27. §. 40. 41.*

§. 6.

Non omne ius domesticum est correctorium.

Ius ~~commune~~ domesticum continet igitur principia iuris Germanis propria et a iuris peregrini praeceptis diuersa. Quod ius domesticum (id enim ex antea dictis iam patet) omne tamquam ius correctorium, ius peregrinum corrigens, considerari nequit; qui quidem error a Ictis seculi XVI saepe fuit commissus, atque ex quo inferebant, haec iura semper esse strictae interpretationis, et, quantum fieri posset, iuribus peregrinis adcommodanda. Quae opinio nullo iure defendi potest. Sunt enim consuetudines domesticae, quae iam ante iurium peregrinorum receptionem inualuerant et obseruabantur, quae ergo tamquam ius commune non scriptum eadem pollent vi, qua ius commune scriptum gaudet, imo quae potius adiu-

Ord.

uandae sunt, quam opprimendae a). Porro nec regula, qua nititur haec opinio, scilicet: ius correctorium esse strictae interpretationis, recte sese habet; nam potius ex ratione eius est interpretandum, et in subsidium demum, quum sensus ex eius ratione erui nequit, refringendum, quia mutatio legis non praesumitur b).

a) PÜTTER l. c. n. 21. §. 24.

b) STRV. in *Synt. iur. civ. ex. 2.* §. 50.
STRVBE in *den Nebenstunden*, T. 5.
n. 32. §. 8.

CAPVT II.
DE RATIONE INTER IVS
GERMANICVM PRIVATVM
ET ROMANVM OBTINEN-
TE IN SPECIE.

§. 7.
Connexio.

Demonstrata iam generali relatione iurium receptorum et iuris domestici inter

torio, proconsulis et quae sunt reliqua, in statu publico Romanis proprio fundata, iuris Romani obiecta; stipulationes, iura patronorum, operae libertorum et alia, ex Romanorum propriis moribus orta, instituta, apud nos non occurrunt, et, quod ex consequentibus (§. 18.) patebit, praecepta Romana his de argumentis scripta in paucissimis tantum casibus adplicari possunt. Omnes potius caussae, in foris nostris obuientes, oriuntur 1) vel ex institutis Germanis aequae ac Romanis cognitis; 2) vel ex institutis solis Germanis cognitis; 3) vel denique ex institutis ex vtrisque mixtis. De quibus omnibus suo ordine agam.

SECTIO I.
DE INSTITVTIS GERMANIS
AEQVE AC ROMANIS
COGNITIS

§. 9.

I. Exstantibus legibus domesticis.
Maximus institutorum, quorum iura in foris diiudicanda veniunt, numerus est

iusque quaedam omnia, quae non ad ea accipere, sed
 quae non ad ea accipere, sed
 quae non ad ea accipere, sed
 quae non ad ea accipere, sed

DE INSTIT. GERM. ET ROM. COGNITIS. 25

est eorum, quae inter Germanos aequae
 celebrantur ac olim apud Romanos. Re-
 fero huc ex multis: contractus, seruitu-
 tes, testamentariam et legitimam suc-
 cessionem, pignora et hypothecas, tute-
 lam etc. In quibus diiudicandis ante
 omnia leges domesticae, de tali argu-
 mento quidquam disponentes et iuri
 Romano praefereandae, inuestigandae
 sunt, siue ex iure veteri non scripto
 supersint, siue sint leges scriptae re-
 centiores iuri Romano derogantes.
 Repertis eiusmodi quibuscunque iuri-
 bus domesticis, iam erit disquirendum:

- 1) vtrum ius Romanum tantum confir-
- ment, 2) an potius contrarias contine-
- ant dispositiones? *3) an potius ius Rom.*

1) Ius Romanum confirmantibus.

In priori casu adplicationi iuris Ro-
 mani confirmati et in domesticum trans-
 mutati nihil plane obstat; imo huius iuris
 domestici interpretatio ex iure Romano
 desumenda, eique convenienter vel de-
 claratiue vel restrictiue vel etiam exten-
 siue concipienda est. Exemplum prae-
 bet

non fuit
 nota, sed con-
 spicitur, quae
 non
 non culpa
 tueri in de-
 creto praes.

B. S.

communis h. iuris coeque, tutela fructuaria, facienda,
 testamenti factio reposita per maiorat.

aliqua,
 data,
 s, iu-
 m et
 ribus
 runt,
 18.)
 argu-
 m ca-
 otius
 s, ori-
 s ae-
 ex in-
) vel
 ixtis.
 m.

NIS
S

iura
merus
est

bet MAXIMILIANI Imp. confit. de Notariis de testamentis ordinandis dispo-
nens. Confirmat enim expresse ius Ro-
manum, et hinc in locis, vbi incomple-
ta aut obfcura est, supplementum aut
interpretationem ex iure Romano repe-
tit. In testamento parentum inter li-
beros e. g. duos testes requirit a); sed
hic locus, vt iuri Romano conueniat, de
solo testamento p. int. l. nuncupatio in-
telligi debet b).

in testam.
parent.
int. lib.
Iuris, nullus
Nov. 107.

a) MAX. I. Ordnung der Notarien, tit.
von Testamenten, §. 2. circ. f. (SEN-
KENB. Samml. d. R. Absch. T. 2. p.
160.)

b) L. 16. 18. C. fam. ercisc. (III. 36.) arg.
L. 12. D. de testib. (VERNHER P. 5.
obf. 154.) (22, 5.)

§. II.

2) Iuri Romano contradicentibus.

In casu posteriori decisio causae non
ex iure Romano sublato, sed ex iure do-
mestico est defumenda, quia hoc partim
iuris communis domestici, numquam a
Romano sublato, sed potius ei praeferen-
di, partim iuris correctorii habet ratio-
nem.

nem. De priori iam proposui exempla (§. 3). Ius domesticum recentius correctorium vel commune vel particulare est. Exempla eiusmodi iuris communis Romano derogantis sistunt leges imperii, quae e. g. praescribunt a), ut quilibet tutor praeuia cognitione, saluaene sint res pupilli, a magistratu confirmetur, nec administrationem ante confirmationem impetratam suscipiat, quum iure Romano tutor solus testamentarius, imperfecte constitutus, confirmari debeat b). Porro leges imperii c) tutori iniungunt, ut quotannis stante adhuc tutela vel cura reddat rationes, iure Romano finita demum tutela eas exigente d). — Exempla iuris correctorii particularis praebent omnes leges particulares. In terris Brunsvico-Guelpherbytanis e. g. omnes contractus, de bonis immobilibus alienandis initi, cum magistratu intra sex menses, a tempore perfecti negotii computandos, sunt communicandi e). Porro secundum leges particulares plerumque coniux superstes ab intestato semper succedit f), iure Romano

mano solum coniugem pauperem ad successione locupletis admittente g), aut in defectu omnis cognationis honorum possessionem ex edicto vnde V. et V. ei concedente h).

- a) *Ref. Pol.* de 1548. tit. 31. §. 2. et de 1577. tit. 32. §. 2. IVST. CLAPROTH'S *Rechtswissensch. von freiwilligen Gerichtshandlungen* (ed. 3. 1789). §. 149. p. 275 sq.
- b) *L. I. 2. C. de confirm. tutore.* (V. 29) HELLFELD. §. 1310 sq.
- c) *Ref. Pol.* de 1577. tit. 32. §. 3. CLAPROTH I. c. §. 153. p. 303 sq.
- d) *L. I. pr. L. 4. pr. D. de tut. et rat. distr.* HELLFELD §. 1363.
- e) *Constit.* de 2 Decembr. 1744.
- f) In nostris terris de hoc argumento late est. *Constit.* de 30 Dec. 1754. Cf. de his et aliis exemplis LEOP. FRID. FREDERSDORF'S *Promptuarium der fürstlich Brannschweig Wolfenbüttelschen Landesverordnungen*, 5 Tomi, Brunf. 1777-1785, 4.
- g) Nov. 53. c. 6. Nov. 117. c. 5.
- h) *L. vn. C. vnde vir et vx.* (VI. 18.)

At noni de p[ro]p[ri]etate d[ist]inctionem inueniunt, nam in hoc casu ex p[ro]ximitate
magis succedat. —
An inter plures supersubstituitur lineas, gradualis successio, an linealis in
super obuenit?

§. 12.

Interpretatio iuris correctorii.

At enim vero hac occasione oriri potest
est quaestio: quam ratione hae leges
nouae ius Romanum corrigentes, siue
vniuersales siue particulares sint inter-
pretandae? Quas olim omnes Icti ex
iure Romano interpretabantur, et huic,
quantum fieri posset, accommodandas
esse docebant, quia lex correctoria esset
strictae interpretationis. Sed hanc opi-
nionem iam alii satis resutarunt a). Ius
potius correctorium ante omnia ex ratio-
ne sua interpretandum est; imo quum
ex hac ipsa, ob quam lex lata est, ratione
adpareat, non solum casum expressum,
sed alios etiam comprehensos voluisse
legislatores, extensio locum habet b).
Tunc demum, quum ex ratione eviden-
ter colligi nequit, quorsum tendat le-
gislatoris intentio, verum est, quod lex
correctoria iuri communi sit adcommo-
danda et strictae interpretanda, quia mu-
tatio legis non praesumitur c).

p. 38.

#

a) SIM. PET. GASSER in d. de brocar-
dico: Statuta interpretanda esse ex iure
communi. ECKHARD. hermeneut. iur. p. 20. cap. 10.
L. 2. c. 1. ibique WALCH. p. 17 id.

e.g. de iure R. succedat ex b) STRVV
proximitate gradus. Atqui si plures lineas ad sint, nec le-
gislatoris circa successio ad hanc faciunt ut magis sit
sua praesumptio, quae succedat extra hanc linea?

ad suc-
) aut
norum
et V. ei

et de
CLAP-
riwille-
(1789)
V. 29)
CLAP-
et rat

to lata
Cf. de
FRID-
ium der
tel'schen
Brant

8.)
§. 12.

b) STRVV. in *synt. iur. civ. ex. 2.* §. 50.c) STRYK. in *disc. praelim. V. M. prae-
mis.* §. 33.

§. 13.

II. *Deficientibus legibus domesticis.*

Haec de diiudicandis iis negotiis, de quibus iam loquor, ubi leges domesticae exstant, quarum obiectum constituunt, videntur statuenda. Quum vero leges domesticae, de eiusmodi institutis, Germanis aequae ac Romanis cognitae, latae, omnino deficient, nihil sane est, quod plenae iuris Romani adplicationi obstet. Nam vel ius naturae confirmat, neque a simplici eius praescripto recedit, et in hoc casu iam ex vi obligatoria iuris naturalis vniuersali, subsidiaria tamen, nos obligat; vel positiuas de his argumentis dispositiones continet, neque tunc ratio adparet, cur minus nos obliget, quia in his in primis dispositionibus ipsa receptione auctoritatem iuris communis obtinuit.

§. 14.

Exempla

Itaque valent apud nos et adplicanda sunt iuris Romani praescripta: de contractibus

tractibus consensualibus, vbi parum a iure naturali recedit a); de termino minorennitatis *), nisi in regione aut loco quodam veteres consuetudines, alium terminum constituentes, conseruatae sint, vel leges nouae alium terminum constituerint **); de emancipationibus b), quas expressas vocant; de adrogationibus et adoptionibus c), vt et de testamentis, praesertim quia ordinatio de Notar. d) praescribit notariis, vt in testamentis ordinandis ius commune obseruari curent; imo formam testamenti Romanam ipsi principes nostri obseruare tenentur e); porro de successione ab intestato, inter incolas vrbium saltem f); de seruitutibus in sensu iuris Romani, quae in non faciendo vel in patiendo consistunt g); quae quidem iuris Romani praecepta adplicari quaeque possunt, licet species seruitutis Romanis fuerit incognita, vel saltem proprio nomine non insignita sit h); de temporibus praescriptionum i), nisi quod iure Germanico detur praescriptio annalis, vbi ius Romanum eam ignorat k), et de

de aliis institutis, vel vna cum iure Romano in Germania receptis, vel antea iam celebratis. Quae tamen omnia interdum legibus particularibus mutata sunt 1).

a) PÜTTER in den *Beitrügen*, n. 28. §. 14. RVNDE, l. c. §. 189. p. 128.

*) LEYSER sp. 327, m. 6. RVNDE §. 295. p. 195.

***) Quas recensuit IO. P. DE LVDEWIG. *de aetate legitima puberum et maiorum, Caesaris, principum, clientum, subditorum, idque Europae vniuersae, praesertim Germaniae*, Hal. 1725. HÖPFNER im *Kommentare über die Instit.* ad §. 230. p. 203.

b) LEYSER. sp. 21. m. 3. STRYK. in *U. M. L. I. tit. 7. §. 17.* Nonnulli eas in Germania penitus cessare putant, v. c. HAHN. *ad Wesembec.* tit. *de adoptionib.* n. 7. at exempla occurrunt in FR. DOM. HAEBERLIN's *neuester D. Reichsgesch.* T. 14. p. 615. I. I. MOSER's *Familienstaatsrechte*, T. 2. p. 779 sq. CRAMER's *Nebenfund.* T. 38. p. 40. et alibi.

c) LEYSER. sp. 20. m. 2. STRYK. in *U. M. L. I. tit. 7.* PFENDORF. T. 3. obf. 46. EISENHART's *R. Handel*, T. 3. n. 3. MÜLLER *ad Leyf.* tit. 96.

tit. 96. ibique alleg. Quidam, hoc institutum Romanum cum pactis successoriis, instituto Germanico, confundentes, dissentiunt, v. c. THOMASIVS *de usu pratico tit. Inst. de adopt.* Hal. 1714.

d) MAX. I. *Ord. d. Notar. tit. von Testamenten.*

e) WESTPHAL. l. c. T. 2. n. 74. p. 443 sq.

f) RVNDE §. 647-650. p. 508 sq. De incolis urbium vid. ERN. L. A. EISENHART'S *Versuch einer Anleitung zum D. Stadt- und Bürger-rechte*, (Brunf. 1791) §. 122. 123. p. 173 sq.

g) HELLFELD §. 620 sq.

h) STRVBE in *den rechtl. Bed. T. I. n. 122.* ESTOR'S *kleine Schriften*, n. 12. p. 760. IO. SAM. STRYK. *de iure cratium*, Hal. 1700. WESTPHAL l. c. T. I. p. 317.

i) IAC. RAVE *principia vniuersae doctrinae de praescriptione*, ed. 3. Hal. 1790, 8.

k) C. G. RICCI *tract. de praescriptione Germanorum veteri iuxta et hodierno*, (Francf. 1728, 8.) c. 4. G. L. BENEKE *de praescriptione Germanorum annuali*. Gifl. 1751.

l) RÜTTER l. c. n. 28. §. 14-16.

SECTIO. II.
DE INSTITVTIS GERMANO-
RVM PROPRIIS.§. 15.
Connexio.

Absoluta iam disquisitione de vsu iuris Romani in institutis, quae apud Germanos aequae ac olim apud Romanos reperiuntur, grauiissima sequitur commentationis meae pars, circa quam in primis versatur oratio et quaestio mea, et qua adplicationem iuris Romani ad instituta Germanis propria, Romanis plane incognita, rite institueudam explicare proposui (§. 8).

§. 16.
Cautela obseruanda. Praemittenda quaedam.

In qua quaestione instruenda summa attentione prospiciendum est, vt nec parata iuris Romani adplicatione sanae rationi et amori, patriae patriisque iuribus debito, inferatur praeiudicium, nec iuri Romano plus iusto detrahatur. Repetendum simul hoc loco est, quod supra (§. 2

(§. 2 sq.) iam monui, ius Romanum in genere quoad omnes eius partes esse receptum, nisi quatenus ob diuersum statum publicum diuersosque mores applicari nequit, aut iura domestica, Romano praeferenda, adsunt. Scilicet diuersi mores illi soli iudicandi sunt, qui instituta plane diuersae notionis et rationis probant. Diuersi mores igitur haud habendi sunt, qui institutum quoddam eiusdem notionis et rationis probant, quamuis eodem nomine non insigniatur, sicut neque ex iisdem nominibus convenientia morum concludi potest. Ad haec ergo instituta non minus, quam ad ea, quibus hodie idem nomen tribuimus, ius Romanum ob receptionem eius generalem applicari debet. Deinde quamuis iuris Romani conditores speciem quandam negotiorum eiusdem generis ignorauerint, nihilominus eandem ob causam praecepta de genere ad hanc quoque speciem applicanda sunt. In consequentibus probabo, ICTOS, quamuis haec principia expresse non tradiderint,

p. 29.
fiduciam
iura fam.
iur. germ.
p. 48.
p. 56.

rint, in obuiis cauffis secundum meam sententiam iudicasse.

§. 17.

Distinctio formanda.

Lectis relectisque, quae ICTi recentiorum temporum de hoc argumento docuerunt, collatisque multis, imo plurimis, casibus, quibus vniformiter fere iuris Romani adplicationem admittunt, his limitibus tota res mihi visa est circumscribenda. Scilicet omnis haec disquisitio ad hanc redit distinctionem: videndum est, vtrum instituti Germanis proprii notio et ratio eadem sit ac instituti Romani, nec ne.

§. 18.

I. Exstante eadem notione et ratione.

Exstante eadem notione et ratione inter institutum Germanicae originis et institutum Romanum, ob causam modo traditam (§. 16.), deficientibus normis domesticis, praescripta Romana de instituto, cuius notio et ratio intercedit, adhibenda sunt. Exempla haec illustrabunt. Portio statutaria in genere est portio

portio hereditatis defuncti coniugis, coniugi superstiti ex lege speciali competens. Datur duplex eius species, altera necessaria, quae necessario relinquenda est, altera voluntaria, in qua coniux superstes ab intestato succedit a). Portio statutaria in specie siue necessaria est *portio hereditatis defuncti (coniugis) certae personae (coniugi superstiti) ex praescripto legum (particularium) relinquenda*. Eadem est notio et ratio legitimae Romanae b), cuius etiam nomen leges particulares interdum ipsi tribuunt c). Ergo, deficientibus normis domesticis legum particularium, decisio quaestionum, in hac portione statutaria occurrentium, ex iuris Romani doctrina de legitima desumenda, et e. g. statuendum est: alterum coniugem dispositione quadam vel inter vivos vel mortis causa alteri eam neque plane detrahere neque minuire posse, quod ius Romanum d) de legitima praescripsit e). Porro coniugi superstiti concedenda quoque est actio expletoria f) utilis ad supplendum id, quod portioni statutariae deest, Attamen

*# pars
samen
dotalibus
p. 67.*

men quaestio, an pacto inter coniuges minui vel plane detrahi possit haec portio statutaria? ex iure Romano soluenda non est, quia exstat consuetudo communis Germanica, quae omnibus pactis successoriis, ergo huic quoque, perfectam tribuit obligationem, iuri Romano, quod in subsidium tantum receptum est, praeferenda g). Adfunt quidem leges particulares, alteri coniugi, vt testamento quoque portionem statutariam possit minuere, permittentes h), sed in hoc casu id dextrum, in quantum minui potest, pro vera eius quantitate habendum est i). Dantur porro leges particulares, quae concedunt, vt coniux alterum coniugem a portione hereditatis ab intestato debita etiam dispositione unilateraliter plane excludere possit k); sed in hoc casu non adest portio statutaria, de qua iam loquor, siue necessaria, sed potius portio tantum ab intestato debita, siue voluntaria.

a) C. F. WALCH *de portione statutaria*.
len. 1776.

b) HELLFELD. §. 544.

c) Cf.

DE INSTIT. GERM. PROPRIIS. 39

- c) Cf. de *statutis Görliczens.* SCHOTT'S
juristisches Wochenblatt, T. 2. p. 323.
- d) L. 30. 31. 32. C. de *inoffic. testam.*
(III. 28.) L. 2. 3. C. de *inoff. donat.*
(III. 29.) Nov. 92.
- e) Consentiant mecum inter plures:
STRYK *de success. ab intest.* diss. 4.
c. 3. §. 1-3. p. 288. 289. BERGER.
in oeconom. iur. L. 2. tit. 4. th. 34. not.
2 b). RVNDE l. c. §. 689.
- f) ex L. 30. C. de *inoffic. test.* (III, 28.)
L. L. SCHMIDT'S *Lehrbuch von ge-
richtlichen Klagen und Einreden* (ed. 4.
len. 1792.) §. 549 sq. p. 310 sq.
- g) STRYK, l. c. diss. 4. c. 3. §. 20. p. 298.
- h) quod de *Nordhustinsibus* testatur TI-
TIVS in *den Erbsfällen der Stadt Nord-
hausen*, p. 70.
- i) RVNDE l. c. §. 689. n. c.
- k) quod e. g. in terris Brunf. Guelph. fa-
ctum est *Constit. de 30 Decembr. 1745.*

§. 19.

Continuatio.

Aliud exemplum praebet conditio ho-
minum priorum, institutum Germa-
nis proprium, a conditione seruorum
Romanorum longe diuersum. Quia
tamen vtrique quoad personam liberta-

C 4

te

te naturali defituti sunt, et domino debent operas, eatenus vtrorumque conditio est eadem. Ius Romanum autem feruis praescriptione libertatem naturalem acquirere, et iura potestatis dominicae extinguere permittit, et hinc deficientibus normis domesticis ob analogiam eandemque rationem statuendum est, eadem praescriptione homines quoque proprios libertatem naturalem acquirere posse a).

a) RAVE *doctr. de praescr.* §. 96-99.

§. 20.

Continuatio.

Aliud exemplum rustici nostri praebent quoad personam liberi a), ordinem hominum, qui apud Romanos non reperiebatur, constituentes. Saepius tamen praedii sui dominum agnoscunt, et praedium suum vel iure dominii minus pleni vel iure personali possident, et in hisce casibus summa inter eos et emphyteutas vel conductores similitudo intercedit; et ob hanc analogiam statuo: hos rusticos ob census non solutos expelli

*H
Annona
ro nulla
ob calamitatem rusticis mercedem?*

expelli posse b), quamuis vsus fori frustra adhibitis lenioribus remediis ad hunc rigorem demum procedat c), Si autem rusticus, fundum iure pleni domini possidens, census debet, haec censuum praestatio tamquam obligatio ex iure bannario, siue, vt parum adcurate loquuntur, ex seruitute in faciendo consistente descendens, considerari potest, ad quam praestandam rusticus actione vtili confessoria compelli potest.

a) RYNDE l. c. §. 482. 483.

b) BVRI von Bauergütern, p. 129.

c) WESTPRAL l. c. T. I. p. 395.

§. 21.

Continuatio.

Denique nexus feudalis est institutum Germanicum, Romanis plane incognitum, quod iam satis alii probarunt a). Nihilominus ob eandem rationem et notionem in negotiis in hoc nexu occurrentibus, deficientibus normis domesticis et Longobardicis, ius Romanum haud incongrue applicatur, prout quoque ipsi libri feudorum saepius illud confirmant

mant b). Exemplum in primis conspicuum praebet doctrina de debitis feudaliibus. Praescripta iuris Longobardici de hoc argumento incompleta sunt; quia autem deprehenditur debitum a tertio, qui illud non contraxit, soluendum, et hoc iure communi vel ex versione in vtilitatem rei vel personae c), vel ex consensu tertii, quo adcedente contractum est d), oritur, in iure feudali quoque debitum feudale sua natura tale ex versione et debitum feudale consensuatum statuitur e).

a) G. L. BOEHMER in *praesat. ad I. H. Böheri exercit. ad D. T. 3. §. 2. 10.* Idem in *principiis I. feud. §. 12 sq.* A. I. SCHNAUBERT's *Erläuterungen des in D. üblichen L. R. über Böherer* ad §. 12 sq.

b) c. g. H. F. I. pr. II. F. 24. §. 9.

c) L. 3. §. 2. L. 3. §. 9. L. 10 D. *de in rem verso.* HELLFELD. §. 914. sq.

d) L. 2. pr. et §. 1. D. *quod inssu.* HELLFELD. §. 315.

e) PUFENDORF T. 3. obf. 139. 142. 143. 144. HORN. in *iurisprud. feud.* c. 21. STRVV. in *synt. iur. feud.* c. 14.

§. 22.

II. *Deficiente eadem ratione et notione.*

Haec de priori casu fufficiant; iam ad posteriorem progredior. Deficiente scilicet hac eadem notione et ratione, summa attentione disquirendum est, vtrum institutum, de quo quaestio proponitur, ad genus spectet institutorum, Romanis aequè cognitum, de quo vberius disposuit ius Romanum, quamvis hanc eius Speciem ignorauerit; an potius hoc institutum sit generis plane diuersi?

§. 23.

I) *Instituto tali ad genus institutorum Romanum spectante.*

De priori casu primo agam. In instituto Germanico, ad institutorum genus spectante, de quo vberiora existant iuris Romani praecepta, qualitates, essentiam eius et characterem distinctiuum constituentes, i. e. quibus a reliquis eiusdem generis institutis, Romanis aequè cognitis discernitur, distinguendae sunt a qualitibus characterem eius geneticum constituentibus, i. e. quae ei communes sunt

funt cum reliquis eiusdem generis institutis, ob quas ipsas ad hoc genus referendum est.

§. 24.

a) *Quoad characterem distinctiuum.*

Quod adinet ad qualitates, characterem eiusmodi instituti distinctiuum constituentem, hae ex solis iuris domestici praescriptis, et his deficientibus ex natura rei deriuandae et diiudicandae sunt. In his enim vis obligatoria iuris Romani nulla esse potest, quia hoc ipsum est, in quo Germani neque mores Romanorum neque eorum iura receperunt, imo recipere non poterant, quia nulla exstant. Exempla etiam haec illustrabunt.

§. 25.

Exempla.

Finis cambiorum est paratissima debiti solutio, ita ut debitor cambialis iusto tempore vel soluere debeat, vel arrestum personale sibi imponi patiatur. Qui eius finis non permittit, ut omnes exceptiones, quas ius Romanum contra obligationes ex conuentione alias nascentes

scientes admittit, cambio quoque opponi possint, quia, exceptionibus altioris indagationis admissis, solutio diutius differretur; quin potius solae in continenti liquidae exceptiones admittuntur. a)

- a) HEINECCII *elem. iur. camb.* c. 7. sect. 2. §. 3-9. 14. PÜTTMANN *im Wechselrechte* §. 25. et 180 sq. I. PHIL. BEHM *natura et indoles exceptionum in causis cambialibus occurrentium*, Gött. 1783. WESTPHAL. L. C. T. 2. n. 66. P. 358 sq.

§. 26.
Continuatio.

Porro in Germania dantur iura libertatem naturalem restringentia, quae in eo consistunt, vt dominus praedii alieni in alterius rei vel personae vtilitatem aliquid faciat, quae iura bannaria siue seruitutes in faciendo consistentes vocant, quamuis definitio seruitutis facta excludat a), Haec iura igitur secundum principium iuris Romani: quod praedium nihil facere possit, non sunt diiudicanda et pro inefficacibus habenda, quia Germani loco praedii, quod quidem nihil facere posset, dominum eius

eius facere posse putabant, fundamento
saltem obligationis in praedio latente b).

a) L. 15. §. 1. D. de *seruitutibus*.

b) EPHR. GERHARD *de seruitutibus in
faciendo consistentibus*, len. 1710. GOTTL.
GERH. TITIVS *de seruitute faciendi*
in Vol. diff. p. 508.

§. 27.
Continuatio.

Nouum exemplum sistit species tute-
lae Romanis incognita, pactitia scilicet a). Pacto constituitur haec tutela,
et, quia ius ex pacto quaesitum alteri
inuito auferri nequit, testamentariae et
reliquis omnibus est praeferenda. Hinc
ius Romanum, quod triplicem tantum
tutelae speciem format, testamentariam,
legitimam et datiuam, et testameta-
riam reliquis praefert b), apud nos ad-
plicari nequit.

a) Historiam litis de quaestione: an tutela
pactitia in iure Romano fundata sit? re-
peries in D. NETTELBLADT'S *Halli-
schen Beitrögen zur juristischen gelehrten
Historie* P. I. p. 121 sq.

b) L. II. pr. D. de *testam. tut.* HELL-
FELD. §. 1303.

§. 29.

§. 28.
Continuatio.

Deinde saepissime apud nos occurrit species iurisdictionis Romanis incognita, patrimonialis scilicet, quae fundo aut vniuersitati ita competit, vt possessor fundi et vniuersitas eam proprietatis iure exerceant a). Itaque in patrimonio est, et ad quemlibet possessorem, siue sit iurisdictionis capax, siue incapax, transit, et hinc qualitates personales, iure Romano in iudice necessarias b), in domino huius iurisdictionis non requirit, sed potius feminae, minores alique iurium imperiti eam habere possunt c.)

a) HELLFELD. §. 191 ibique alleg.

b) L. 12, §. 2. D. de iudic. et vbi quisque. L. 57. D. de re iudic. Nou. 82. pr. CLAPROTH. in der Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proz. §. 45.

c) GRAMS de femina iurisdictionem habente. HELLFELD. §. 191.

§. 29.
Continuatio.

Fideicommissa familiae sunt bona, quae paterfamilias quidam descendenti-
bus

bus suis ad conseruandum et augendum
 familiae splendorem ita reliquit, vt sem-
 per a membro familiae possideantur, nec
 vnquam in extraneum alienentur a).
 Quam qualitatem bona, in primis im-
 mobilia, vel lege siue obseruantia parti-
 culari, vel pacto inter membra familiae
 inuito, vel dispositione vnilaterali primi
 acquirentis adipiscuntur, et in casu po-
 steriori adest species fideicommissi Ro-
 mani, siue vltimae voluntatis vnilatera-
 lis, qua alicui hereditas eiusue pars al-
 teri restituenda relinquitur b). Nihilo-
 minus tamen omnia iuris Romani prin-
 cipia de hoc argumento tradita ad haec
 bona adplicari nequeunt c). Quaeri-
 tur e. g.: an in restituendis his fidei-
 commissis quarta Trebellianica detrahi
 possit? Iure Romano quarta in vltimo-
 ribus quidem restitutionibus cessat d).
 non autem in prima; sed in nostris fi-
 deicommissis ob finem eorum cessantem
 ne in prima quidem restitutione potest
 detrahi, quia quarta parte deducta valde
 minueretur fideicommissum, neque am-
 plius tantum, quantum testator voluit.

ad conferuandum imo augendum familiae splendorem valeret, cui tamen ex eius intentione eodem modo in perpetuum, quousque membrum familiae superstes est, debet inferuire e). Eandem ob causam restitutio horum bonorum vltra quartum quoque gradum fieri debet f), neque ius Romanum adplicari potest, quod ad quartum gradum eiusmodi restitutiones restrinxit g). Denique in hisce bonis non vltimi possessoris, sed primi adquirentis beneficio succeditur; restitutioni potius obnoxia sunt, de quibus igitur possessor neque inter viuos neque mortis causa dispo- nere potest. Successor ab antecessore exheredari nequit h), neque ex iis debetur legitima, neque successor antecessoris facta praestare tenetur i). Quae omnia deficientibus normis domesticis ex natura rei defumuntur.

a) WESTPHAL. I. C. II. 57. p. 232 sq.
 J. C. RICHTER *tentamen theoriae de fideicommissis familiarum illustrium et nobilium Germaniae ad habitum et mores hodiernos spectatae*, Mog. 1790.

50 CAPVT II. SECTIO. II.

- b) I. H. BÜHMER *de fundamento patrum ad fideicommissum inclinantium*, in *exerc. ad P. T. 2. p. 403.* PVFENDORF. T. 2. obf. 85.
- c) I. C. HEIMBURG *differentiae iur. comm. et Germ. in doctrina de fideicommissis*, Ien. 1714. B. G. H. HELLFELD. *de fideicommissis familiarum illustrium, eorumque si alienata sunt reuocatione*, Ien. 1779.
- d) L. 22, §. vlt. L. 47, §. I. L. 55, §. 2. D. ad SC. Trebell.
- e) STRYK in V. M. L. 36. tit. 1. §. 7. BERGER in O. I. L. 2. tit. 4. th. 34. not. 2 b). BÜHMER l. c. c. 2. §. 11. WESTPHAL. l. c. n. 57. §. 25. p. 241.
- f) STRYK *de succ. ab int.* diss. 7. c. 3. §. 38-41. WERNHER in *sel. obs. for.* T. 1. P. 4. obf. 135. T. 2. P. 8. obf. 256. I. L. SCHMIDT's *öffentl. R. Sprüche* n. 14. p. 98 sq.
- g) Nou. 159.
- h) WILDVOGEL *de fideicommissis familiarum nobilium conuentionalib.* §. 9. WESTPHAL. n. 57. §. 24. p. 240.
- i) Exceptiones vid. apud RVNDE l. c. §. 695.

§. 30.
Continuatio.

Modus liberandi se a patria potestate Germanis proprius, qui fit per separatæ oeconomiae institutionem, longe discrepat a Romanorum emancipatione a). Haec enim liberatio plerumque patris contingebat beneficio, paucis casibus exceptis b); ob quod patris beneficium dimidius aduentitiorum ususfructus, tamquam emancipationis praemium ei concessus est c). Ratio huius dispositionis cessat in liberatione per separatæ oeconomiae institutionem, quae etiam inuito patre fieri potest d); ergo cessat quoque hoc praemium. In eo solo casu, quo hodie haec liberatio tamquam verum patris beneficium considerari potest, praemium eius debetur, scilicet in vera emancipatione e).

a) MÜLLER *ad Leyf.* P. I. ohf. 100.
BÖHMER *exercit. ad P. T. I.* p. 944.
HEIMBURG. *difficillima emancipationis capita*, §. 7. sq.

b) L. 31. D. *de adopt.* §. ult. I. *quibus modis ius p. p. solu.* Exceptiones tradit I. P. WALDECK *in instit. Heinecc.* §. 144. not. b)

- c) §. 2. I. *per quas personas cuiq. adquir.*
L. 6. § 3. C. *de bonis, quae liber.* (VI. 60.)
HÖPFNER *im Kommentare über die*
Instit. ad §. 161.
- d) STRYK. in *U. M. L. I.* tit. 7. §. 26.
BERGER in *O. J. L. 2.* tit. 2. th. 33.
n. 9.
- e) STRYK. l. c. BERGER l. c. LEYSER
sp. 164. m. 4. CRAMER in *den Wetzelar.*
Nebenst. P. 81. p. 117 sq. PVFENDORF.
T. I. obf. 89. §. 16. 17. HELLFELD.
§. 908.

§. 31.

b) *Quoad characterem genericum.*

Iam in commentationis meae serie
mihi agendum est de qualitatibus insti-
tuti Germanis proprii, quae ei commu-
nes sunt cum reliquis eiusdem generis
instituti, Romanis aequè cognitis, ob
quas ipsas huic generi adnumeratur.
Ex supra iam demonstratis facile patet,
ius Romanum ad has quoque species,
licet ipsi haud cognitae, applicari posse
(§. 16). Hoc enim ius generatim de
toto institutorum genere, ad quod et
haec species pertinet, est receptum,
quamobrem huic quoque speciei quali-
tates generis tribuendae sunt. Exem-
pla

pla sententiam meam confirmabunt,
 quae, ut eo magis conspicua sint, ex antea
 (§. 25 sq.) formatis deriuabo.

§. 32.

Exempla.

Cambium est conuentio, ex qua ori-
 tur obligatio cambialis; quae igitur est,
 obligatio ex conuentione ad quam iu-
 ris Romani placita generalia de omnibus
 obligationibus ex conuentione optime
 adplicari possunt. Quidquid ad obliga-
 tionem ex conuentione producendam
 requiritur, ad obligationem quoque cam-
 bialem necesse est. Ergo consensus
 requiritur, et quidquid consensus,
 idem impedit hanc obligationem a).
 Actiones ex pacto tolluntur praescriptio-
 ne tricennali b); ergo deficientibus dif-
 positionibus domesticis cambialis quoque
 actio triginta annis finiri censenda est c).

a) HELLFELD §. 287-302. GODFR.
 LVD. MENCKEN *de personis cambiali-
 ter contrahere prohibitis*. HEINECCII
elem. iur. camb. c. 5.

b) L. 3. C. *de praescript.* 30. l. 40. *annor.*
 (VII. 39.) L. 1. §. 1. C. *de ann. except.*
 C 3 (VII.

(VII. 40.) RAVE in princ. doct. de
praescript. §. 127 sq.

- c) LVDOVICI *Einleitung in den Wechsel-*
proz. c. II. §. 23. I. FR. EISEN-
HART. *instit. iur. Germ. priu.* L. 3.
tit. 17. §. 29. HEINECCII *elem. cit.*
c. 6. §. 14. WESTPHAL l. c. P. 2.
n. 68. §. 7. p. 375.

§. 33.

Continuatio.

Iura bannaria sunt iura libertatem re-
rum naturalem restringentia. Eiusdem
generis sunt seruitutes Romanae, et eo-
dem modo, quo hae praescriptione vel
alio modo constitui vel finiiri possunt, iu-
ra quoque bannaria constitui et tolli posse
(statuendum est), imo eadem actiones,
quas ius Romanum ex seruitutibus con-
cessit, vtiliter saltem ex iure quoque ban-
nario concedendae sunt b).

- a) L. 16. C. de usufructu (III. 33.) L. 16.
C. de seruit. et aq. (III. 34.) RAVE
l. c. §. 103. EICHMANN. *ad Ravii*
§. 84. n. f).

- b) HELFELD §. 685 sq. MENCKEN
doctr. de actionib. sect. I. c. 2. membr.
5. et 6. SCHMIDT von Kl. und Einr.
§. 471-480. p. 265.

§. 34

§. 34.

Continuatio. Tutela vero fiduciaria?

Non rationis responsae

Tutela pascitia est quidem institutum Germanis proprium, quatenus pacto constituitur; est tamen species tutelae, et quae ius Romanum de omni tutela praescripsit, eadem ad hanc quoque speciem, licet Romanis incognitam, adplicanda sunt a).

a) LEYSER *de tutela pascitia*, Helmst. 1726. HÖPFNER *de tutela pascitia et natur.* Lips. 1731.

§. 35.

Continuatio.

Iurisdictio patrimonialis est quidem species iurisditionis Germanis propria, quae in eo a iurisditione Romana recedit, quod hereditaria sit, et nomine proprio exerceatur; nihilominus tamen est iurisdictio, et in ceteris omnibus ex communibus de qualibet iurisditione traditis regulis diiudicari debet. Quidni igitur huic iurisditioni subiecti electo arbitro priuato iudicem patrimoniale praeterire possint? Quidni prorogatio quoque eius locum habeat, hac iurisditione

D 4

stione domino eius potestatem, subditorum libertatem magis, ac iure communi licet, restringendi, haud tribuente a)?

- a) Consentunt mecum inter plures: STRYK. in *U. M. L.* 2. tit. I. §. 2. MENCKEN. *tractat. proces.* diss. I. §. II. 12. LEYSER sp. 29. m. 5. qui iam satis argumenta dissentientium refutarunt.

§. 36.

Continuatio.

Fideicommissa familiae ea, de quibus iam antea institimus orationem (§. 29.), quae scilicet ulti- ma voluntate unilaterali fideicommittentis relicta sunt, constituunt speciem fideicommissorum Romanorum, et eatenus tantum a iure Romano recedunt, quatenus eorum finis adplicationi eius repugnat. Hinc statuendum est, eadem requisita, quae iure Romano ad constituendum fideicommissum necessaria sunt a), in constitutione horum quoque fideicommissorum obseruanda esse, atque dari ad bona tali fideicommissio onerata consequenda eadem remedia, quae ius Romanum ad fideicommissum consequendum concessit b).

a) WAL-

a) WALDECK. *Instit. Heinecc.* §. 454-457.
§. 488. 489.

b) SCHMIDT l. c. §. 636-650.

§. 37.

Continuatio.

Modus liberandi se a patria potestate per separatae oeconomiae institutionem nihilominus ad modos, quibus filius filiae familias viuo patre sui iuris fieri et patria potestas extingui possit, pertinet. Hinc omnes effectus, quos hi producant, ille quoque producit. Hac pertinet, quod liberi, modo Germanico a patria potestate liberati, ius sui heredis haud retineant, nec hereditatem ipso iure sed interueniente aditione adquirant a), quia ius sui heredis est effectus patriae potestatis ex vnitate personarum promanans b), et patria potestate sublata cessat haec vnitas, ergo etiam ius sui heredis c); quod pater liberis, ex filia filiove, separatae oeconomiae institutione liberato, natis, pupillariter substituere non possit d) et sic porro.

a) КОСН *in success. ab int.* §. 6. ibique alleg.

D 5

b) §. 3.

- b) §. 3. I. *de hered. quae ab int. deferuntur.*
 c) *Consentiunt mecum: GRYPEN in discept. for. p. 208. sq. PVENDORF. T. 3. obl. I. REINHARTH ad Christin. Vol. 4. obl. 27. HÖPFNER in Commentare über die Inst. §. 596. n. 2.*
 d) not. c) cit.

§. 38.

- 2) *Instituto tali ad genus institutorum Romanor. haud spectante.*

Superest in hac commentationis meae sectione, vt loquar de institutis Germanis propriis, quae ne ad genus quidem institutorum Romanis cognitum pertinent, sed plane diuersi generis sunt. Quorum omnium natura atque indoles in nulla parte ex iure Romano definit, sed ex solis iuribus domesticis, iisque deficientibus ex propria eorum notione et ratione ab omni parte diiudicanda est, ita, vt ne ex nomine quidem, quod ipsis peruersè cum instituto quodam Romano commune datur, quidquam peregrini iuris deriuari possit. In his igitur institutis disquirendum est, quomodo in simili casu iam antea sint diiudicata; natura rei est inspicienda; euoluendum

uendum, quid illis introducendis dederit occasionem? meditandum, quid iuris ex ratione cogitandi statuque publico nationis emergat? et qui alii determinantorum iurium et obligationum, in his institutis obuientium, reperiantur fontes; ex quibus omnibus ius adeo certum, vt legibus scriptis haud indigeas, redundabit a).

- a) De his institutis intelligendi sunt: ENGELBRECHT in d. *de genuinis decessorum fontibus in terris Brunsvico-Lunenburgicis*, §. 21. STRUBE in *den rechtl. Bed. P. I. p. 202.* PÜTTER in *den Beiträgen n. 28. §. 3-7.*

§. 39.

Exempla.

Huius quoque speciei exempla quaedam sistere placet. Recompensa dotis siue contrados Germanica, interdum donatio propter nuptias dicta, in vernacula *das Gegengeld, die Widerlage*, tendit ad sola vitae subsidia viduae in viduitate praestanda a). Longe igitur diuersa eius natura est a natura donationis propter nuptias Romanae, quae in securitatem

tatem dotis illatae et vitae subsidia vxori durante matrimonio praestanda tendit b). Hinc quoque huius iura ei tribui non possunt, nec e. g. pignus legale viduae in bonis mariti ob hanc contradotem concedendum est c).

- a) LEYSER sp. 305. PVFENDORF T. 2. obf. 39. *Decis Cassell.* T. I. dec. 129. I. I. MOSER's *Familienstaatsrecht* P. 2. p. 337 sq.
- b) L. 20 pr. et §. I. C. de donat. ante nupt. (V, 3) Nou. 97. c. I. IAC. RAVE *diff. de vera maole donationis propter nuptias Romanae.*
- c) TOB. IAC. REINHART *de uxore in donatione propter nuptias neque dominium neque hypothecam habente*, Erf. 1729.

§. 40.

Continuatio.

Vidualitium porro et dotalitium sunt instituta, ad vitae subsidia viduae in viduitate praestanda comparata, Romanis plane incognita; ergo quoque ius Romanum in determinanda eorum natura atque indole nullum vsum praestare potest a).

a) STRV-

- a) STRYBE in *den Nebenstunden*, P. 5. p. 261 sq. HENR. NETTELBLADT *de dotalitio*, Rost. 1746. PVENDORF. T. 3. obl. 120. G. FR. DEINLIN *de vidua vasalli ab usufructuaria cautione intuitu dotalitii immuni*, Alt. 1735.

§. 41.

Continuatio.

Communio bonorum inter coniuges a), quae plerumque hodie obtinet et ex consuetudine medii aevi per universam fere Germaniam obtinuit b), omnimoda siue in solidum competens, Germanis proprium est institutum. Ius enim Romanum plane non agnoscit communionem in solidum competentem, sed ubique de sola partiararia loquitur c). Inde sequitur, omnia iuris Romani praecepta de societate, quippe quae de partiararia agant, ad hanc communionem bonorum omnimodam adplicari non posse, sed quaestiones iuris, quae in illa oriri possunt, ex solis iuris domestici praescriptis et ex propria huius communionis natura et indole diiudicandae sunt. Quam ob rationem e. g. statuendum est, post

post initam hanc communionem uxorem de debitis mariti, ante contractum matrimonium coortis, teneri, ita, vt repetitio dotis et illatorum, ideoque etiam priuilegium dotis penitus cesset, quod in prouerbii consuetudinem venit: *die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden d*). Post mortem alterutrius coniugis, non exstantibus liberis, ex hoc matrimonio natis, coniux superstes fit dominus solitarius bonorum antea communium, non autem proprie defuncto succedit, quia uiuente adhuc condomino pondum datur hereditas; quam ob causam legitima parentibus defuncti ex his bonis non competit e). Imo ob hanc communionem multae cessant iuris Romani dispositiones de dote, de successione coniugum aliisque matrimonii effectibus. Nihilominus tamen id, quod vulgo tradunt f): "communionem hanc, vt iura dotis Romanae omnino cessent, efficere", generaliter verum non est. Ius enim dotale Romanum est complexus praeceptorum iuris Romani, quae dotem siue constituendam siue iam constitutam

stitutam concernunt. Ob communio-
nem hanc inter coniuges receptam ces-
sat quidem doctrina iuris Romani de
usufructu et proprietate dotis et de pro-
hibita alienatione fundi dotalis, atque
excluditur privilegium dotis in concursu
creditorum, quia haec cum communio-
nis indole consistere non possunt. Minime
autem ob communio-
nis naturam exclu-
duntur ea, quae ius Romanum de dote
sponso praenumerata, de dote constituenda,
cauta et non numerata et eius evictio-
ne, de dote a parentibus constituenda,
de constitutione dotis conventionali, et in
primis de indeterminata eius promissione
ab extraneo facta. Denique neque do-^{hypothec}
ctrina iuris Romani de legato dotis ob
communio-
nem hanc introductam usu
suo destituitur g).

a) H. ARN. LANGE *Rechtslehre von der
Gemeinschaft der Güter unter den D. E-
heleuten*, Bayr. 1766. 4. WESTPHAL
I. c. P. 2. n. 44. p. 18. RYNDE §.
602 sq.

b) *I. Prov. Sax. L. I. art. 31. I. Prov.
Allem. c. 46.*

c) H.

- c) H. KLVGKIST *de regulis iuris Romani e doctrina de societate male ad communionem bonorum inter coniuges adplicatis*, Marb. 1771. BEHRMANN *de iuribus atque obligationibus matris tutricis circa administrationem bonorum a defuncto relictorum sec. ius statut. Hamburg.* (Göt. 1771.) § 3 sq. WESTPHAL. I. c. §. 5.
- d) I. F. EISENHART'S *Grundsätze des D. R. in Sprüchwörtern* (ed. 2. cum notis E. L. A. EISENHART, Lipf. 1792.) p. 129. I. H. BÜHMER *de acris alieni inter coniuges Hamburg. communionis*, §. 21. in exercit. ad P. T. 4. p. 590 sq. CHR. GÖTTL. GMELIN *d. de obligatione uxoris ad soluenda debita a coniugibus contracta moto in primis super bonis mariti concursu creditorum*, Tub. 1785. WESTPHAL I. c. P. 2. n. 44. §. 9. 16 sq.
- e) LEYSER sp. 309. m. 4. FVREN DORF. T. 3. obf. 116. WESTPHAL. I. c. P. 2. n. 47. p. 65 sq.
- f) SELCHOW in *elem. iur. Germ. priv.* §. 351.
- g) Quae omnia vberius tractata inuenies in C. I. SIG. SCHMIDT. siue potius III. G. E. OELTZE, *praeceptoris summa pietate colendi, commentat. iurid. de usu iuris Romani dotalis in foris Hamburgensib.* Helmst. 1788.

§. 42.

Brevis repetitio.

Vt, quae iam de adplicatione iuris Romani ad instituta Germanis propria tradidi, melius cognoscantur, paucis verbis regulas traditas repetere placet.

I. Deficientibus normis domesticis ius Romanum ad haec instituta adplicari potest: 1) si instituti talis eadem est notio et ratio ac instituti Romani; 2) si tale institutum ad institutorum genus numerandum est inter Romanos aequè celebratum, in iis qualitatibus, quae ipsi cum reliquis eiusdem generis institutis communes sunt. II. Nullum autem adplicationi iuris Romani locum dare possumus: 1) in instituti, ad genus institutorum, Romanis aequè cognitum, spectantis, qualitatibus, quae characterem eius distinctivum constituunt; 2) in institutis, quae ne quoad genus quidem Romanis cognita fuerunt.

SECTIO III.
DE INSTITVTIS MIXTI
GENERIS.

§. 43.

Instituta mixti generis.

Supereſt tertia commentationis meae
pars de inſtitutis, quae ex inſtituto
Romano et Germanico compoſita ſunt
et mixta. Horum qualitates, quae vel
ad hoc vel illud inſtitutum, ex quo com-
poſita ſunt, pertinent, adcurate ſunt ſe-
parandae, et ex ſuis ſontibus ſuaque na-
tura deriuandae a).

a) PÜTTER in *den Beitrügen*, P. 2. n. 28.
§. 8-II. RVNDE §. 84. n. 5.

§. 44.

Exemplum.

Exemplum licet ſatis cognitum prae-
bent pacta noſtra nuptialia. Quae quar-
tenus

tenus de dote et effectibus matrimonii ex iure Romano descendantibus disponunt, ex iuris Romani principiis, de pactis dotalibus traditis, diiudicari debent, Quatenus autem ibi coniuges de successione mutua aut de effectibus matrimonii ex iure Germanico descendantibus sibi prospiciunt, eatenus ex iure Germanico declaranda sunt. Attamen ratione iuris succedendi in his pactis fundati videndum est, an ex verbis coniugum aut eorum intentione dilucide adpareat, se voluisse, vt post disponentis demum obitum conuentio de successione valeat, quo casu tamquam pactum successorium veri nominis siue obligatorium et simplex, vti Icti loquuntur, considerari nequit, sed potius ex natura donationis mortis causa est diiudicanda. Improbanda quidem est diuisio in pacta dotalia simplicia et mixta tamquam diuisio generis in species suas, non autem ita, vt statuamus, in foris nostris plane non occurrere pacta dotalia mixta, quod contra plures leges particulares b) et vsu fori pugnat.

68 CAPVT II. SECTIO III. DE INST. etc.

- a) Huc refero GOSW. IOS. DE BVR-
NINCK *error pragmaticorum circa di-
stinctionem pastorum dotalium in simpli-
cia et mixta*, Francof. et Lipsi. 1770. 8.
HOMMEL in *rhaps.* obs. 203. PÜRT-
TER I. C. R. 28. §. 9. RVNDE §. 571.
- b) Quas recenset SELCHOW in *iur. Germ.*
§. 306. n. b) RVNDE §. 571. n. a)

etc.
vi-
di-
ph-
o. 8.
für
71.
rm.
)

G. P. DE BÜLOW

CONGRATVLATES

HIS MOST WORTHY AND MOST
REVERED FRIEND

Dr. C. F. KÜHNE

Themis comforted.

Far from her sacred throne, where rais'd on
high,

With equal scales she fix'd th' immortal law,
Pale Themis sits: tears trickle from her eye,
And mournful clouds obscure her pensive
brow.

She fears, her fav'rite priest with alter'd
aim

Profus'd his incense to a foreign power:
Her fav'rite priest, her darling, who would
claim

To heap her shrines with off'rings yet
unseen. —

”Forbear

p.

mitte

"Forbear, o Goddess! nor Thy votary
mourn

"As to Thy worship and Thy fame forlorn:

"For he, still mindful of his hallow'd charge,

"But to Thy honour steers th'advent'rous
foot.

"Nor think to german Justice He repairs,

"In german climes who but Thy temple
rears,

"To german rites Thy roman worship
adds,

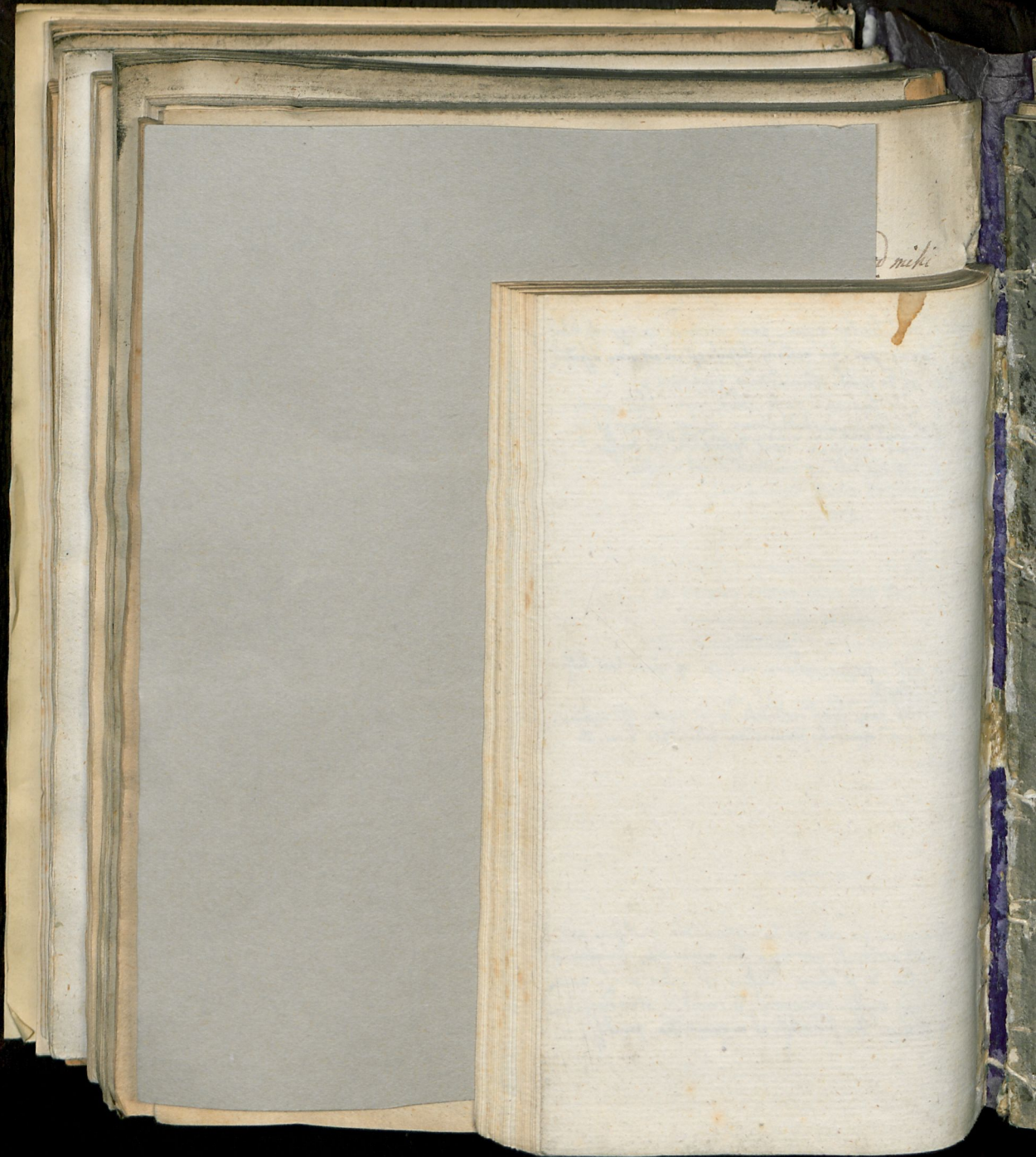
"And spreads Thy glory to the northern
Sea."

In diss. tua, tractat argum. pauce omnino, acceptis ab libro
quod in vtriusq. part. diu multumq. disput. est, et aduocum disputat.
Quae a te in praef. offerunt. breuo quod nunt pp
Quae cum ita sint, omni prospera laude cupimus nobis videtur
conspic. quos suscipisti, cuiusmodi thesura ad tuae rationes et ad
solida principia reuocari, cuius applicationi ad causas in
suis nostris obuias, tota die locus datus atq. occasio.

Secum mihi praecipue agendum vult, qui egregiam hanc diss.
defensionem suscepisti.

Nec dubito, ^{sed} ~~quod~~ eadem diligentia in hoc negotio esse vitandum,
qua sapient iam opponentis prouinciam suscipiendo vixim te
praesepisti.

Nel dico, quam me vobis pro tua incolumitate sanctissime polli-
cetur, si quid acciderit, quo meum tibi observantiam, luculentius
hispitiam possim, me sic donec, industria et vigilantia esse exorta
nem, et magis magisque conuincari. Te consilij beuolentiam
tuam in hominem tui fueris. et ad omnia tua paratiss.



Helmstädt, Diss., 1786-95

ULB Halle

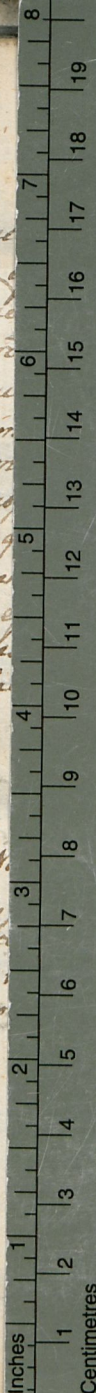
004 327 586



3

f
56.





Farbkarte #13

B.I.G.



1792,3
445
13

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
ADPLICATIONE IVRIS ROMANI
AD
INSTITVTA GERMANIS
PROPRIA

QVAM
ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM ORDINIS
AVCTORITATE ET CONSENSV
PRO LOCO
PVBLICE DEFENDET
D. CAROLVS FRIDERICVS KÜHNE
RESPONDENTE
GODOFREDO PHILIPPO DE BÜLOW
ADSESSORE CANCELLARIAE IVSTITIAE
BRVNSVICO - GVELPHERBYT.
DESIGNATO
DIE VIII. OCTOBRIS CIOIÖCCXCII.

HELMSTADII
EX OFFICINA S. D. LEVCKART.

