





Q. D. E. V. 1754 45
DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
DECISIONE
CASVVM QVAE FIT PRO
AVCTORITATE, 116
19

QVAE
PRAESIDE
DANIELE NETTELBLADT

POTENTISS. BORVSS. REGI A CONSILIIIS AVLICIS
ET PROFESSORE IVRIS ORDINARIO
ORDINIS ICTORVM H. T. DECANO

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CONSEQVENDIS,

D. III. NOVEMB. MDCCLIV.

H. L. Q. C.

PVBLYCO EXAMINI SVBMITTETVR

AB

AVCTORE

TRAVGOTT GVILIELMO ZANGEN
DRESDENSI.

HALAE MAGDEBVRGICAE
APVD IOANNIS CHRISTIANI HENDELII VIDVAM
RECVSA MDCCLXV.

(4)

42



DECISIONES CASUVM QVAE FIT PRO
DANTE PRO AVSTORIALI PLADT

DECISIONES CASUVM QVAE FIT PRO
AVSTORIALI NOTIONIBVS

DECISIONES CASUVM QVAE FIT PRO
AVSTORIALI NOTIONIBVS





DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
DECISIONE CASVVM QVAE
FIT PRO AVCTORITATE.

CAPVT I.
DE
DECISIONIS CASVVM QVAE FIT PRO
AVCTORITATE GENVINA NOTIONE
ET SPECIEBVS.

§. I.



Inter varios, casus in foro obuientes,
decidendi modos, quos *Illustr. DN.*
PRAESES in *dissert. de variis casus in*
foro obuios decidendi modis in genere re-
censuit, mentionem etiam facit §. 17.
modi cuiusdam decidendi casus, quem
appellat decisionem pro auctoritate. Meretur hic, si
quis alius, vt sigillatim pertrahatur & ad certa prin-
cipia

cipia reuocetur: id quod in hoc specimine tentabo. Licet enim iam exstat de hoc themate MANTZELIANA dissert. de decisionibus quae fiunt pro auctoritate, vulgo vom Durchgreiffen, non tamen omnia, quae de hoc decidendi casu modo dicenda, ita sunt exhausta, vt mihi non sit relictum specilegium; prout ex comparatione huius speciminis, cum opusculo modo laudato, caeteroquin satis erudito, patebit primo intuitu cuique.

§. II.

Noto notius est, si per applicationem iuris ad factum decisio casuum facienda, tam ius, quam factum considerandum esse. Ast contingit saepe ius esse dubium, licet constet de facto. Contingit etiam factum esse dubium, licet constet de iure. Contingit porro vtrumque dubium esse. Quid iustum sit circa casuum decisionem, si ius tantum est dubium, non factum, hic non definitio, quum in hoc casu non habeat locum decisio quae fit pro auctoritate. Ast, si factum est dubium, siue tantum, siue ius simul, contingere potest casum obuium pro auctoritate esse decidendum. De dubio facto itaque quaedam sunt praemittenda, antequam ad ipsam huius decidendi modi explicationem me adeingo.

§. III.

Si contingit, dum ius ad factum est applicandum, factum esse dubium, ante omnia tenendum, per legitima, & in vulgus nota probandi media veritatem erui. Quod, si ex voto succedat, casus decisio secundum acta & probata fit, nec hic pro auctoritate aliquid statuendum. Ast, si frustra adhibentur probandi media, nec potest

potest veritas haberi, tunc locum habet decisio quae fit pro auctoritate, quae itaque supponit factum esse ita dubium, ut veritas haberi nequeat, seu, quod idem est, casum decidendum esse incertum.

§. IV.

Differunt scilicet casus decidendi & in eo, quod alii tales sint, ut iam constet de omnibus, de quibus constare debet, ut possint leges iura partium determinantes ad eos applicari: alii vero tales sint, ut nondum constet de omnibus, de quibus constare debet, ut possint leges iura partium determinantes ad eos applicari. Si posterius eorum, de quibus nondum constat, veritas, aut haberi potest, aut non. Si haberi potest veritas eorum de quibus nondum constat, eaque actu iam adest casus dicitur certus. Si vero haberi nequit, incertum eum appellare liceat. Incertus casus vero est, vel casus incertus an, vel casus incertus quomodo. Quum enim quoad quemlibet casum a se inuicem distingui possint, casus ipse & casus circumstantiae, contingere potest constare quidem de casu ipso, aut non de circumstantiis; iis nimirum, quae influunt in decisionem, quippe quae hic saltem sunt attendendae. Si prius, casus incertus dici potest casus incertus an. Si vero posterius, casus incertus sub casus incerti quomodo nomine venit. Ut vero quae de casu incerto, eiusque speciebus, dicta sunt, exemplis illustrentur, sequentia addere placet. Pone orto creditorum concursu adesse qui vrgent separationem. Pone certum esse gaudere separationis beneficio eos qui illud petunt, aut bona diversorum debitorum ita esse commixta, ut, adhibitis li-

cer omnibus probandi mediis, tamen non constet, quae sint huius, quae illius debitoris. Tum adest incertus casus, & quidem casus incertus quomodo: quum constet quidem de casu ipso, non vero de ea circumstantia, quae bona sint cuiuslibet debitoris propria. Porro, si adestent quidem indicia delicti commissi, aut non constaret, reuera delictum esse commissum, omnibus licet veritatem eruendi remediis adhibitis, casus hic esset casus incertus, & quidem incertus an.

§. V.

His de casibus incertis in genere praemissis, clarius patebit, quid sit decisio quae fit pro auctoritate. Quum omnes in foro obuenientes casus sint decidendi, nec illud veterum: *non liquet*, amplius in usu sit, & casus incertus a iudice expectat decisionem. At, si casus decidendus talis est, aliter tamen in decisione eius est procedendum, ac fieri deberet, si esset certus. Oritur inde itaque peculiaris decidendi casus in foro obuios modus, qui locum habet, si casus decidendus est incertus, qui dicitur *decisio casus, quae fit pro auctoritate*, estque is decidendi modus, qui locum habet, si casus decidendus est incertus.

§. VI.

Huic notioni respondet egregie ipsa denominatio, quae in vernacula per vocem: *Durchgreiffen* satis concinne exprimitur ab *Illustr. MANTZELIO loc. cit.* Loquutione illa: *pro auctoritate agere* & voce germanica: *Durchgreiffen*, cum uti solemus in communi loquendi usu, si, dum agimus, notionem actionis sufficienter determinata non sumus instructi, aut tamen, cum
omnia

omnia in apurum produci nequeant, vt res exitum habeat, statumus aliquid. Cum itaque in his angustiis fit contitutus iudex, si casus, quem decidere debet, est incertus, merito dicitur, quod pro auctoritate decidat eum vulgo, *das er durchgreiffe*, si, vt res exitum habeat, tamen eum decidit. Quod vero aliud sit *in einer Sache durchgreiffen*, aliud *eine Sache aufgreiffen* ex infra dicendis patebit.

§. VII.

At, ne forsan in limine huius tractationis mihi obiiciatur, de quo tu scribis nihil est, quum non liceat iudici casus in foro obuientes pro auctoritate decidere, statim euincendum erit, hunc decidendi casus modum ad entia rationis haud referri posse. Circumfertur quidem regula, iudicem secundum acta & probata pronunciare debere, cui e diametro contrarius videtur hic decidendi modus, quum tum, si hoc adhibito casus deciditur, iudex pronunciet, vt ita loquar, deficientibus actis & probatis. Licet vero, vt contra hanc regulam vincat, quem defendo, decidendi casus modus, ad c. *Afferte mihi gladium* 2. X. de praesum. prouocare nequeam, cum in eo fundatum non esse lubens fatear, non desunt tamen alia defendendi media. In excitata regula acta & probata, secundum quae iudicem pronunciare vult, opponuntur iudicis conscientiae, eaque vult, iudicis non esse pronunciare secundum ea, de quibus ex actis non constat, sicque, quum nec hoc fiat, si casus pro auctoritate deciditur, hunc decidendi modum dictae regulae contrarium esse dici nequit. Praeterea haec regula supponit probari posse, de quibus constare debet, vt possint leges iura partium

tium definiens applicari, nec, si hoc impossibile est, locum habet. Restrungenda itaque est ad casuum certorum decisionem, nec locum habet, si contingit casum decidendum esse incertum, qualem supponit decidendi modus de quo loquor. Quae licet ita se habeant, nondum tamen extra omnem dubitationis aleam positum esse sentio, licere iudici pro auctoritate casus decidere. Quiescere debere dici posset, si deest sufficiens probatio, causam, donec probationis defectus suppleri possit. Recte. Quiescat, modo quiescere possit. Tum enim hunc decidendi modum locum non habere concedo, prout ex infra dicendis patebit. At dantur causae quae quiescere nequeunt tamdiu, sicque forsitan in aeternum. Quid tum? Pro auctoritate decidendus est casus, ut exitum habeat causa, quae indecisa relinqui nequit.

§. VIII.

Quum itaque modus decidendi casus in foro obuios hic explicandus, neutiquam ad non entia referri possit, de speciebus eius inuestigandis iam ero sollicitus. Ipsas leges nonnunquam, quid pro vero habendum, si casus decidendus est incertus, definire, vel ex *tit. ff. de rebus dubiis* satis patet. At saepissime deficere legum hac de re dispositionem, non solum ex legum positivarum ipsa natura & indole a priori facile cognosci potest, sed & per experientiam a posteriori comprobatur. Ostende mihi, ut unicum tantum hic adducam casum incertum, legem, quae determinat quantam pecuniae summam capiat sacculus, de quo testes deponunt, eum fuisse capiti hominis aequalem.

Quae

Quae quum ita sint, decisionem casuum quae fit pro auctoritate non incongrue diuidi posse conicio, in eam quae fit *secundum arbitrium legislatoris*, & in eam, quae fit *secundum arbitrium iudicis*, prout, quid in casu incerto pro vero habendum leges vel definiunt, vel non. Neutiquam enim implicat casum decidi pro auctoritate, & tamen iudicem sequi hic legem, quum pro auctoritate decisionem fieri, nondum inuoluat eam fieri secundum arbitrium eius qui decisionis auctor est. Quumque *Illustr.* DN. PRAESES in *Dissert. de variis casibus in foro obuios decidendi modis in genere* iam demonstratum dederit decisionem quae secundum legislatoris arbitrium fit, abire in decisionem secundum legem ipsam & secundum argumentum ex lege, illamque in eam quae fit secundum strictum ius & secundum aequitatem, hanc vero in decisionem ex lege in specie sic dictam & decisionem secundum analogiam, hae subdiuisiones & hic locum habent, licet, quae ibi iam dicta sunt, hic repeti, non sit necesse.

§. IX.

His iam recensitis speciebus decisionis pro auctoritate addo alias, quae ex alio oriuntur fundamento. Licet saepe, si casus pro auctoritate deciditur, decisio fiat diuidendo litis obiectum inter litigantes, semper tamen hoc modo controuersia non dirimitur, nec dirimi potest. Inde oritur secunda diuisio decisionis pro auctoritate in eam, quae fit diuidendo litis obiectum inter litigantes, & quae ita non fit. Priorem speciem appellare liceat dictionem *diuisoriam*, posteriorem uero *non diuisoriam*. Sententia ipsa uero, quae decedit

B

casum

casum adhibito priori decidendi casus pro auctoritate modo, dici posset sententia diuisoria, quam LVDEWIGIVS in *denen gelehrten Anzeigen P. I n. 198.* appellat *ein Schnitterurtheil*, in Franconia vero, teste KIPPINGIO in Dissert. proemiali *de diuerso iudicis a summi imperantis arbitrio & vtriusque norma §. 8.* quae praemissa est EIVS libello *de SCTis supremorum in Imp. R. G. iudiciorum*, ein *Bauernbescheid* dici solet.

§. X.

Quum vero *l. 34. ff. de negot. gest.* ob stare videatur modo adductae speciei decisionis pro auctoritate, quam appello decisionem diuisoriam, paucis ad eam respondendum. Agit in hac lege PAVLVS de alimentis ob auia praestitis nepoti, quae eius heredes repetebant a nepotis heredibus, & ita tandem definit hanc controuerfiam: *in re facti facilius putabo auiam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta: maxime si etiam in rationem impensarum ea retulisse auiam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, vt de vtroque patrimonio erogata videantur.* Hic PAVLVS manifesto reuicit sententiam diuisoriam, quum nequaquam admittendum esse dicat, vt de vtroque patrimonio, scilicet auiae & nepotis, erogata videantur. Vnde & FREHERVS *L. 1 Verisim. c. 27.* anile & rusticum appellat per diuisionem litem decidere, nec non FABER in *rationalibus ad l. 34. ff. de negot. gest.* hunc decidendi modum reuicit. Ast non solum LVDEWIGIVS *loc. cit.* satis euicit, licere omnino iudici per diuisoriam sententiam liti imponere finem, sed & h. KOENIGIVS in *diurnis Hallensibus de ann. 1751. num. 2.* hunc

hunc decidendi modum exemplo quodam illustravit. Facilis etiam est ad dictam legem, quae obstare videtur, responsio. Neutiquam in eo generatim hic decidendi modus reicitur, sed tantum in casu ibi proposito. Vnde nec desunt aliae leges in quibus casus incerti hoc modo sunt decisi, veluti §. 4. I. de vulg. subst. l. 40. ff. de hered. instit. l. 3. ff. si pars hered. l. 15. ff. de hered. instit.

C A P V T II.

DE

DIFFERENTIA INTER DECISIONEM
CASVVM QVAE FIT PRO AVCTORITATE
EIVSQUE COGNATA.

§. XI.

Quum non solum alii modi decidendi casus in foro obuios, sed & praeterea 1) sententiae Principum ex plenitudine potestatis latae, *die Macht-sprüche*, 2) is procedendi modus, quo iudex litem, vel ab initio tollere, vel in ipso processu cursu sopire studet, *das Aufgreiffen einer Sache*; 3) fors quam appellant decisoriam, cum decisione casuum quae fit pro auctoritate facile confundi possint: operae pretium erit differentiam, quae intercedit decisionem pro auctoritate, & haec modo recensita eius cognata, hic explicare.

B 2

§. XII.

§. XII. Quod itaque attinet 1) reliquos casus in foro ob-
 vios decidendi modos, praeter hunc de quo hic agi-
 tur, equidem iam supra §. VII. euietum est, & cum,
 si pro auctoritate decisio fit, vel secundum legislatoris,
 vel secundum iudicis arbitrium eam fieri, & ipsas sub-
 diuisiones horum decidendi modorum etiam hic lo-
 cum habere, indeque videtur ut genus & species dif-
 ferre. Licet vero nec hoc a veritate alienum sit, no-
 randum tamen 1) decisionem quae fit pro auctoritate,
 differre a decisione quae fit pro auctoritate seu se-
 cundum acta & probata in eo, quod haec casum cer-
 tum, illa casum incertum esse, qui decidendus est, sup-
 ponat. 2) Si decisio pro auctoritate fit secundum le-
 gislatoris arbitrium, siue fiat secundum legem ipsam,
 siue secundum argumentum ex lege, tumque in priori
 casu siue secundum strictum ius, siue secundum aequi-
 tatem, in posteriori vero siue secundum argumentum
 ex lege in stricto significato, siue secundum analogiam,
 lex qua tum utimur non ipsa iura partium definit, sed
 potius determinat, quid in casu incerto pro vero asu-
 mendum sit, deficiente sufficiente probatione. Econ-
 tra vero, si decisio non fit pro auctoritate, tum, si se-
 cundum legislatoris arbitrium deceditur casus, lex quae
 applicatur est talis, quae ipsa partium iura definit. E.
 gr. pone patrem & filium in eodem periculo periisse,
 de eo vero, quis primus perierit, non constare, quum
 haec circumstantial tamen in casu decisionem influat.
 Hic casus est casus incertus quomodo, nec aliter quam
 per decisionem quae fit pro auctoritate decidi potest.
 Quum vero *l. g. §. 2. ff. de reb. dub.* definiat tum, si fi-
 lius

lius pubes fuit, intelligi supervixisse patri, sicque adfit lex determinans quid hic pro auctoritate statuendum, decisio pro auctoritate quae fit secundum legem seu legislatoris arbitrium hic locum habet. Ast haec lex earentis, quatenus hanc rem dubiam definit, non determinat iura partium, & non nisi eatenus secundum eam decisio pro auctoritate fit. 3) Decisio quae fit secundum arbitrium iudicis non differt, siue decisio fiat pro auctoritate, siue non, nisi in eo, quod secundum diversa principia pro hac diversitate iudex dirigere debeat suum arbitrium.

§. XIII.

Ordo nunc tangit II) Principium sententias ex plenitudine potestatis latis, *die Machtprüche*. Differre eas ea sententis iudicum per decisionem pro auctoritate factam latis, & in quo differant, tum patebit, si praemissa definitione, comparatio earum cum his iudicis sententiis fiet.

§. XIV.

Non omnino conveniunt Doctores in formando conceptu sententiarum Principis ex plenitudine potestatis latarum. Sunt enim qui, si Princeps dissensui & paritati votorum consulit, ex plenitudine potestatis punctum aliquod decidendo, & hunc aliquid definiendi modum sub nomine hoc comprehendunt, & in hoc etiam casu eius decisionem *einen Machtpruch* appellant. Vid. SCHRADERUS *de sententiis principum ex potestatis plenitudine latis Cap. I. §. 1.* Ast dicenda potius

tius in hoc casu Principis decisio, seu, si mauiis, definitio, *der Ausschlag*, & ipsa haec actio *den Ausschlag geben*; quam *ein Machtpruch*, & ipsa actio *einen Machtpruch thun*. Mitto itaque hunc significatum & ad alterum me conuerto, quem pro magis apto habeo, & in quo sententiae Principis ex plenitudine potestatis latae magis conueniunt cum iudicis sententiis, quae ex decisione pro auctoritate facta oriuntur. Venit nimirum sub nomine sententiae Principis ex plenitudine potestatis latae etiam, vt ait SCHRADER *loc. cit. §. 4. pronuntiatio inter litigantes a superiore, qui plenitudine potestatis pollet, facta, non attenta vbique iuris communis dispositione*, quae definitio non plane reiicienda, licet aliqua indigeat emendatione. Scilicet, aut in latiori significato definienda Principis sententia de qua loquor, vt vtrumque conceptum modo laudatum exhauriat definitio, aut in magis proprio & stricto significato. Si prius, dic: est Principis pronuntiatio qua aliquid, modo ab ordinario diuerso, definitur seu determinatur. Si vero posterius, dic: est Principis pronuntiatio, qua modo ab ordinario diuerso aliquid definitur in litibus ciuium. Hac si incedis via, facile lites, quae ratione ipsius conceptus obueniunt, componi & aliorum definitiones cum datis conciliari possunt. Si itaque e. gr. *Illustr. MOSERVS in der Abhandlung von kaeyserlichen Machtprüchen in Rechts-Staats- und gemischten Sachen §. 1.* hanc suppeditat definitionem: *ein Machtpruch ist eine Erklarung, Verordnung, oder Befehl eines Regenten, wodurch er eine Sache auf eine sonst ungewoehnlliche und ausserordentliche Weise entscheidet*, eam secundum generalem conceptum formatam esse, quilibet

quilibet statim videt. Quod itaque cum aliorum definitionibus non conveniat, inde esse statim apparet, quoniam alii sensum magis pressum adsumunt & secundum eum definiunt. Caeterum, quod attinet illustrationem definitionis a me suppeditatae, notandum est, modum ab ordinario diversum, cuius in definitione mentionem feci, varie concipi posse. Quum vero hic mihi otium fecerit *Illustr. MOSERVS loc. cit. §. 2.* id eius potius, quam meis, his exprimere placet verbis: „Machtsprüche gehen also allezeit von denen sonst gewöhnlichen Arten eine Sache zu behandeln oder zu entscheiden, ab: Dieses aber kan auf verschiedene Art geschehen. Entweder nemlich fordert der Regent die Sache durch einen Machtspruch von ihrer ordentlichen Instantz ab und spricht selbst darinn, ohne daß entweder die gewöhnliche Formalitaeten übergangen oder einer Parthey Gerechtsamen dadurch verkürztet waeren, oder daß der Regent sich eine außerordentliche Gewalt herausgenommen habe. Oder die Sache wird zwar für ihrer ordentlichen Instantz verhandelt, aber es wird darinnen ein Spruch erteilet, ohne daß die gewöhnliche formalia processus beobachtet worden waeren und ehe die Sache denen Rechten und Gerichts-Ordnung nach, zum Spruch reiff gewesen ist. Oder der Regent spricht einer Parthei etwas zu oder ab, so ihr nach denen in diesem Staat hergebrachten Rechten ordentlicher Weise nicht respect. zu- oder abgesprochen werden koennte &c.

§. XV.

His de ipsa notione sententiarum Principis ex plenitudine potestatis latarum praemissis, quae sit inter eas, & sententias per decisionem quae sit pro auctoritate latas, differentia, statim patebit. Illarum auctor est princeps: harum iudex. Illae locum habent tam si adest casus incertus, quam si adest certus: hae vero requirunt casum decidendum esse casum incertum. In illis negligi possunt leges, praesertim tum, si nullius laeditur ius quaesitum: in his neutquam. Illae supponunt extraordinarias circumstantias, sub quibus salus vel securitas publica requirit modo ab ordinario diuerso procedi: hae vero tales circumstantias non supponunt. Sufficiant hae differentiae, quum ex iis iam satis constet differre omnino inter se sententias Principis ex plenitudine potestatis latas, & sententias per decisionem pro auctoritate factam latas.

§. XVI.

Progredior III) ad illum procedendi modum quo iudex vel processum imminens ab existentia reprimit, vel eum in medio cursu sistit, sicque causam abruptum, vulgo *da der Richter die Sache aufgreiffet*. Fit hoc ut plurimum in odiosis, & in iis litibus, ex quibus plures possunt generari. Non est huius loci inquirere, quatenus & quando iudici liceat hoc modo litium numerum imminuere, aut abbreviare processum, quum non sit huius loci hunc procedendi modum examinare & ad sua principia reuocare.

Sufficit

Sufficit itaque mihi hunc procedendi modum plane reijci non posse, prout vel exempla, in quibus transactio multa locum habet, comprobant. Melius porius est definire, an & in quo differat huius procedendi modus a decisione pro auctoritate facta, quem in finem huius procedendi modi definitionis praemittenda. Si iudex aut imminentem processum auerit, aut coeptum finit, antequam causae cognitio vel coepta, vel, licet coepta sit, nondum tamen absoluta est, *causam abruptere* dicitur, *er greiffet die Sache auf*. Unde patet tum, si causam abruptit, eam non decidi, quippe quod absque praecua causae cognitione, eaque, si coepta sit, nondum finita, fieri nequit, quum antea non constet de iuribus seu obligationibus cuiusque, quae tamen decidendo determinandae sunt. Ideo porius, ne opus sit decisione, causam, antequam ita instructa est, ut decidi possit, iudex abruptit. Quum itaque hic procedendi modus pro decisionis specie haberi nequeat, inde iam patet eum differre a veris decisionis speciebus, qualis est ea, quae fit pro auctoritate. At iustas forsitan, licet non sit vnum idemque, causam abruptere & decidere casum obuium pro auctoritate, sicque pro synonymis haberi nequeant hi duo procedendi modi, fieri tamen posse indicem per decisionem pro auctoritate causam abruptere, *daß er durch einen Durchgriff die Sache aufgreiffe*. Hoc concedere possum, licet raro locum habeat. Pro auctoritate enim decisionem fieri supponit casum decidendum esse incertum, at de eo

C

quod

quod incertus sit, constare nequit, antequam causae cognitio est finita, prout ex ipsa casus incerti notione patet, causae cognitione finita vero causam abrumpi dici nequit, repugnante notione huius procedendi modi. Quae quum ita sint, non nisi tum hoc fit, si locum habet exceptio quam regula infra §. XIX. explicanda patitur.

§. XVII.

Differt itidem a decisione pro auctoritate facta, licet ad cognata eius referri possit IV) fors, quam appellant decisoriam. De sorte in genere eiusque speciebus hic reperere nolo, quae in vulgus nota sunt. Statim itaque ad id me conuerto, quod hoc loco de sorte definiendum, an nimirum & quomodo a se inuicem differant sorti committere causam, & pro auctoritate decidere casus. Notum est ex iuris theoria sorti decisoriae haud promiscue in causis dubiis esse locum, sed tum demum, quum dubium de iure vertatur, factum autem sit certum; id quod rectae rationis principia inculcant, & leges romanae confirmant, inter quas praesertim hic notanda *l. 3. C. comm. de legat. & fideicommiss.* Quum itaque decisio casuum pro auctoritate supponat casum incertum, sicque quod dubium de facto vertatur, nec tum, si sorti committitur causa, decisionem pro auctoritate factam esse defendi, nec aliam similitudinem adesse dici potest, praeter hanc, quod fors decisoria supponat aequae ac decisio pro aucto-

auctoritate facta incertitudinem quandam, aut illa quoad ius, haec quoad factum. Immo tantum abest tum, si causa dubia sortis iudicio committitur, decisionem eius pro auctoritate factam esse dici posse, ut potius per sortem nunquam casus decisio fiat, nec pro peculiari modo casus in foro obuios decidendi haberi possit per sortem facta decisio, licet vulgo dici soleat, *die Sache sey durchs Loos entschieden*. Iudex enim decidit casus obuios & utitur tum, si casus quidem certus est, aut iura partium aequalia sunt, nec tamen vel communioni, vel diuisioni, vel vicibus alternis locus est, sorte tanquam remedio subsidiario determinandi, quod secundum artis regulas determinari nequit. E. gr. si duo in ultimo subhastationis momento quasi vna eademque voce idem obtulerunt pretium, casus est certus, quum constet, qui obtulerint pretium, quale obtulerint pretium, & quo tempore id obtulerint, nihilque adest, quod pro auctoritate definiendum. Aut quum sub his circumstantiis iura partium sint aequalia, iudex nec vni nec alteri rem sub hasta venditam addicere potest, sicque in decidendo ad sortem confugit, ut per eam determinetur cuius esse debeat. Quod dum fit, iudex, non fors, determinat iura & obligationes, quae in hoc casu locum habent, nimirum eius, quem fors elegerit, esse rem sub hasta venditam. Sors vero, quae adhibetur, tum determinat, quis litigantium is sit, cuius res esse debeat, quippe quod iudex determinare nequit. Iudex itaque decidit casum, & fors adhibetur ut

remedium subsidiarium id porro determinandi, quod iudex in sententia indeterminatum relinquere debet. Vid. IVNIVS in Dissert. de sorte remedio subsidiario causas dubias dirimendi. Unde simul regulae: *ubi in iure deficit ars, ibi incipit fors* sua constat ratio.

CAPVT III.

DE

RECTO DECISIONIS CASVVM
QVAE FIT PRO AVCTORITATE
VSV.

§. XVIII.

Amplissimum nunc ingredior campum, dum re-
ctus decisionis casuum quae fit pro auctori-
tate vsus determinandus. Duplex hic mihi
patet via, longa altera per exempla, brevis altera
per regulas generales. Eligo breuem, vt paucis
me expedium. Sunt vero regulae hic tradendae du-
plicis generis. Definiendum nimirum per eas
1) quando locum habeat hic decidendi modus;
2) quomodo, hoc adhibito decidendi modo, casus
sint decidendi.

§. XIX.

§. XIX.

Vt locum habere queat decisio quae fit pro auctoritate, casum decidendum incertum esse necesse est; id quod ex ipsa definitione huius decidendi modi patet. Non sufficit itaque casum esse dubium, sed tum potius eo respiciendum, vt fiat certus, per legitima probandi media hic applicanda. Vnde patet, quod, quum iuramenta saepissime, deficientibus aliis probandi mediis, huic vsui inferuire possint, purgatoria potissimum & suppletoria, quamdiu haec locum habere possunt, ad decisionem pro auctoritate non sit profugiendum. Sit itaque regularum quae determinant, an decisio pro auctoritate locum habeat, vel non, prima, haec: *Quoties per legitima probandi media, praesertim per iuramenta, veritas haberi potest, decisio pro auctoritate non habet locum, sed potius opus est interlocutoria super probatione.* Addo vero illustrationis causa 1) hic supponi factum dubium tale esse, vt id, quod adhuc dubium est, influat in decisionem. Si enim nullius est momenti in causa diiudicanda, non opus interlocutoria super probatione, sed potius statim per definitiuam sententiam causa decidenda est, nec tum decisio pro auctoritate fit, quum constet de iis, de quibus constare debet, vt leges iura patrium determinantes applicari possint, sicque adsit casus certus, licet vna alteraue circumstantia sit dubia. Ea enim, si non influat in decisionem, non est attendenda, nec pertinet ad ea, de quibus constare de-

C 3

bet,

bet, ut decisio per applicationem legum iura partium determinantium fieri possit. Vnde simul patet neutiquam toties, quoties decisio fit, quum quoad factum nondum omnia sunt certa, eam pro decisione quae fit pro auctoritate habendam esse. Attendendum potius an sint talia, de quibus constare debet, antequam applicatio legum iura partium determinantium locum habere possit. 2) Admittit haec regula tum exceptionem in causis criminalibus leuioribus, si, licet locum habeat iuramentum purgatorium, sicque veritas haberi possit, magna tamen adest periurii suspicio. Sub his circumstantiis enim licet omnino iudici ei, qui iuramento se purgare debet, electionem concedere, an iurare, an vero in euentum eum, quo iurare non vult, iam determinatam poenam luere malit. Hic pronunciandi modus vero omnino eareus, quatenus poena iam determinatur, quum tamen casus sit adhuc incertus, decisionem pro auctoritate factam inuoluit. Immo in genere iudex in causis minimis pro auctoritate decidere potest toties, quoties ex exacta cognitione maiora incommoda sunt metuenda. Ratio qua motus hanc admitto exceptionem, haec est. In omni collisione vincere id quod melius est, in vulgus notum est. Si vero in omnibus etiam minimis causis cognitio continuanda semper, donec prodeat veritas, quam haberi posse adhuc spes superest, saepius maiora inde enascuntur incommoda, quam sunt, quae inde oriuntur, quod licet veritas forsan adhuc haberi possit, tamen ab

breuiant-

breviandi processus causa, iudex ad decisionem pro auctoritate iam confugit, & per eam causam abruptit. Tum itaque, prout supra §. XVI. iam monui, fieri potest per decisionem pro auctoritate factam causam abrupti, *dasi die Sache durch einen Durchgriff aufgegriffen werde.*

§. XX.

Regularum eius generis, de quibus hic loquor, secunda, sit haec: *Quoties, omnibus licet, quae locum habere possunt probandi mediis adhibitis, tamen non constat de omnibus iis, de quibus constare debet, ut casus decisio quae non fit pro auctoritate locum habet, si causa talis est quae quiescere nequit donec defectus probationis suppleri possit. His positus vero perinde est, siue causa decidenda sit civilis, siue criminalis.* Sub his circumstantiis enim alia emergendi via non superest, quam pro auctoritate aliquid statui. Quum itaque superior iudicem constituens velit eum casus in foro obuios decidere, concessit tacite hunc decidendi modum adhiberi, sub circumstantiis in ipsa regula determinatis. Quod vero restringam hanc regulam ad causas quae quiescere nequeunt inde est, quoniam, si quiescere possunt, alia adest emergendi via, quae omnino est tutior. At quaeritur, quando causae pro talibus habendae sint, ut quiescere possint, donec probationis defectus suppleatur. Non audeo, fateor, hanc rem vna & generali definitione comprehen-

prehendere. Faciam tamen nonnullas positiones. I) Si casus incertus est incertus an, saepius contingit causam quiescere posse, donec adfit sufficiens probatio, quam si est incertus quomodo. II) Raro causa civilis talis est, ut quiescere possit tamdiu; saepius vero quoad causas criminales hoc locum habet. Caeterum positis terminis habilibus & in causis criminalibus decisioni pro auctoritate locum esse, ideo monendum esse duxi, quoniam forsitan dubitari possit de iis ex ea ratione, quod probationem luce meridiana clariorem requirant. Ast licet concedam in causis criminalibus grauioribus & atrocibus hunc decidendi modum locum habere non posse, ideo tamen, omnes omnino causas criminales eximendas esse, mihi persuadere non possum. Immo, nullus dubito defendere, saepius occurrere in criminalibus casus pro auctoritate decidendos, quam in civilibus. Ast non ideo, acsi statuum, toties, quoties poena extraordinaria irrogatur, decisionem pro auctoritate factam esse. Casus enim certus esse potest, & tamen extraordinaria poena locum habere. Ideo potius in criminalibus facilius locum habere decisionem pro auctoritate, statuo, quoniam saepius hic contingit veritatem haberi non posse, & inter causas criminales saepius obuenant leuiores, in quibus exceptio, de qua §. praeced. dictum, locum habere potest.

§. XXI.

Sufficiant hae regulae quoad quaestionem, quando decisio quae pro auctoritate fit locum habeat. Progredior nunc ad secundum, quod itidem in hoc capite per regulas definiendum esse §. XVIII. iam monui, nimirum quomodo, si locum habet decisio quae fit pro auctoritate, ea facienda sit. Neutiquam enim iudici, si & casus decidendus incertus sit, ut possit eum pro auctoritate decidere, in suos usus trahere licet illud: *Sic volo, sic iubeo, stat pro ratione voluntas.* Cogitandum itaque de regulis quae instruunt iudicem, quomodo procedendum, si pro auctoritate decidendus est casus.

§. XXII.

In tradendis his regulis a leuioribus & simplicioribus initium faciam. Prima, quam pono, haec est: *Si adsunt leges quae definiunt quid in casu incerto pro vero habendum, iudex in decisione casus incerti simpliciter huic legum dispositioni inhaerere debet.* E. gr. Si incertum est, quis eorum, qui in eodem periculo perierunt, superuixerit alterum, adsunt vero leges hoc definientes, iudex in legislatoris voluntate acquiescere debet. Adde statim regulam secundam: *Si adsunt leges quae definiunt, quae decisionis pro auctoritate species sit adhibenda, eam iudicem adhibere necesse est.* E. gr. Si leges definiunt

D

finiunt obiectum litis in casu incerto esse diuidendum inter litigantes, iudicis est diuidere illud inter eos, qualium legum exempla me iam supra §. X. in medium produxisse recorder. Quum itaque de harum regularum sensu ex adiectis exemplis iam constet, de veritate earum autem nemo dubitare possit, cui est mens sana in corpore sano, nihil addo, sed potius statim progredior ad reliquarum regularum explicationem.

§. XXIII.

Sic itaque tertia, modum decidendi casus pro auctoritate definiens, regula, haec: *Si desunt leges definiens quid in casu incerto pro vero habendum, iudex in decisione pro auctoritate secundum suum arbitrium determinare debet illud, eumque in finem quid probabile sit eruere, eoque inuento pro vero id adsumere debet.* Quum itaque hic omnia eo redeant, ut, quod quam maxime probabile est, inueniatur, idque absque principiis quae logica probabilitium suppeditare debet, fieri ita nequeat, ut de probabilitate maxima plane conuincamur, o quam vellem, tandem aliquando dudum desideratam logicam probabilitium vere pragmaticam prodire. Sed mitto hoc pium desiderium, quum potius de illustratione huius regulae per exempla sit cogitandum. Inter varia exempla vero, quae mihi hic in mentem veniunt, optimum esse iudico illud quod praebet casus, quem narrat, & super quo egregie philo.

philosophatur *Illustr.* MANTZELIUS in mantiffa
 differt. cuius §. 1. mentionem fecit, adiecta. Narra-
 bo eum retentis ipsis EIVS verbis: „Es waren in
 „einer Stadt drey Brüder gewesen: der eine hatte sich
 „in ferne Lande begeben, der zweite war in der Stadt
 „wohnhaft geworden, und bey demselben hatte sich
 „der dritte Bruder, welcher in der Stille vor sich hin
 „anverbeyrathet gelebet, zuletzt aufgehalten. Der
 „gegenwaertige Bruder hatte den dritten bey ihm ster-
 „benden beerdigen lassen, und seinen ermanigen Nach-
 „laß an sich behalten: darauf war er auch gestorben,
 „und der erstere kam nach einiger Zeit zurücke, und
 „forderte von denen Kindern des Mittlern die Helff-
 „te des Nachlasses des besagter massen verstorbenen
 „Bruders. Es fehlte am inventario, und die be-
 „klagten Kinder wußten von nichts. Doch war es
 „überhaupt nicht zu laeugnen, daß der Mensch qu-
 „weil er fleißig und genau gewesen, wohl etwas nach-
 „gelassen haette. Endlich ward eine Weibsperson
 „ausgemacht, die dem Verstorbenen bey seinen letzten
 „Lager Handreichung gethan, und dieselbe sagte sum-
 „mariter aus, daß der Verstorbene kurtz vor seinem
 „Ende, sich von ihr aus der Lade einen Beutel mit
 „Gelde, der so groß wie ein Kopf, reichen lassen,
 „umh sich daran oder daraus zu erquicken. Es ward
 „also zum obiecto der actionis familiae erciscundae
 „gesetzt, ein Beutel mit Geld, der wie ein Kopf
 „groß: „Pone iam, omnibus licet adhibitis verit-
 „tatem eruendi mediis, de obiecto actionis familiae
 erciscundae nihil praeter hoc constare, in defuncti

bonis fuisse sacculum capiti hominis aequalem numerata pecunia repletum. Hic casus itaque tanquam casus incertus quomodo, pro auctoritate est decidendus. Quum vero deint leges, quae determinant quantam pecuniae summam talis sacculus capiat, id ex arbitrio iudicis definiendum est. Inquirendum itaque in probabilitatem, quae tandem prodibit, si omnia ad quae hic attendendum ponderantur, quae iam detexit egregie *Illustr. MANTZELIVS loc. cit.* dum ita philosophatur: *Consideretur conditio defuncti utriusque & qualitas dicentis. Cogitetur locutionem esse proverbialem, & hominis infimae caueae, videntes quantitatem pecuniae, saepe aliis parum momentosam facile exclamare & dicere vom Scheffel Geld. Statuatur pecuniam esse a veterano collectam, unde non putandum, quod monetae genus fuerit ex obulis & assibus constans. Credatur non fuisse aureos, quoniam eius furinae homines difficulter aureos nummos colligunt, dum libentius thaleros, vel argenteas monetas, tertiam vel duas tertias imperialis continentes coaceruant. His itaque probe ponderatis, sique, ut recte itidem iam monuit *Illustr. MANTZELIVS* testibus crumenae haud vacuae, mox maior, mox minor exhiberentur, interrogarenturque iurato: *Ob der Beutel wohl so, oder so groß, oder wie viel er wohl gröesser oder kleiner gewesen?* tandem pro auctoritate certa summa determinari posset. Similiter, ut illustrationis gratia & hoc addam, si taxatores inter se dissentiant, aliis minorem, aliis maiorem summam renunciant-*

cientibus, summa quae inter utramque media est, recte pro auctoritate statuitur, cum hanc veram esse, probabile sit.

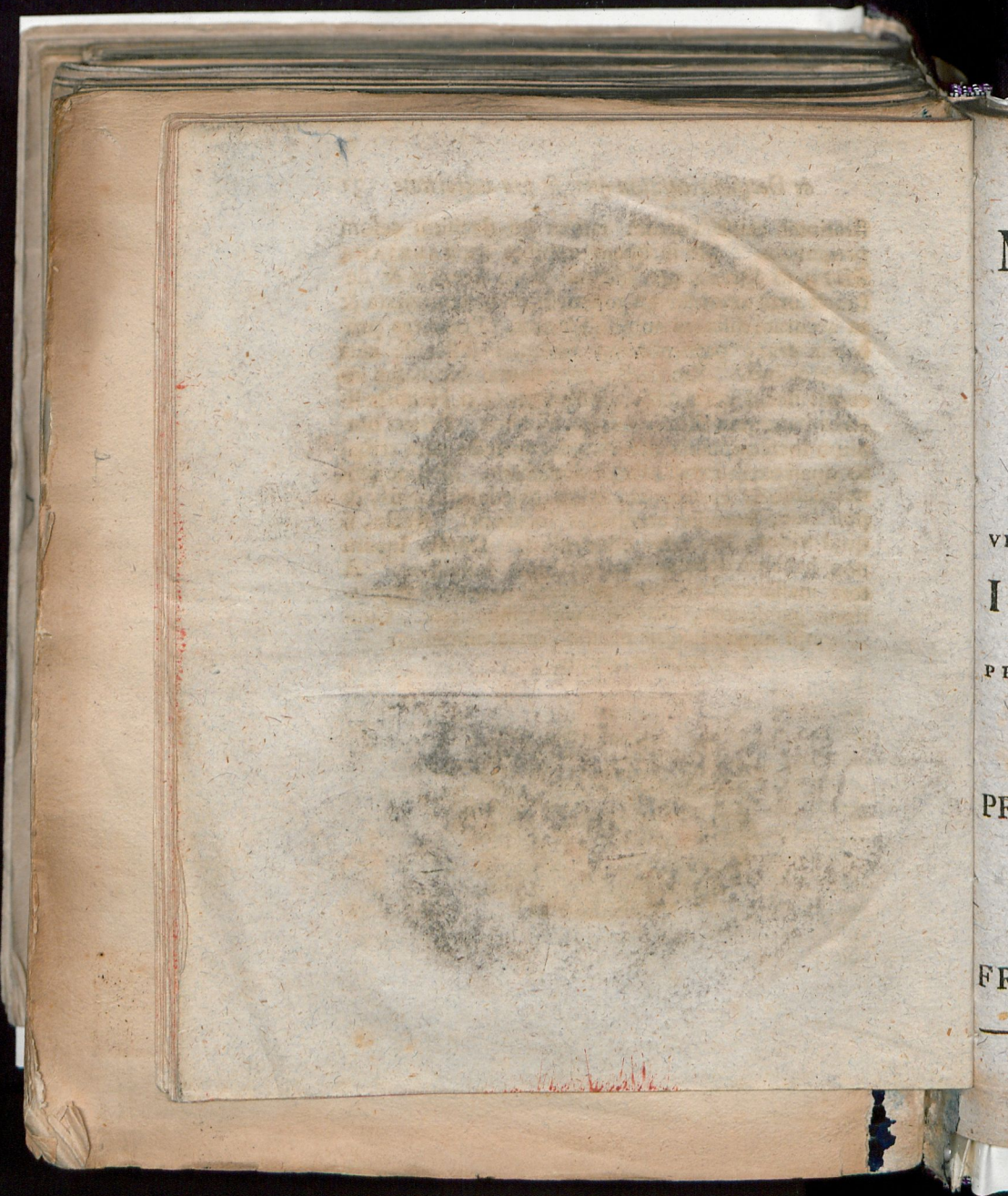
§. XXIV.

Quarta & vltima regularum, quae determinant rectum decisionis casuum pro auctoritate usum, quoad ipsum decidendi modum, haec est: Si leges non determinant an diuisoria, an vero non diuisoria decisio pro auctoritate in dato quodam casu adhibenda, sicque index pro suo arbitrio id determinare debet, & porro neque per leges determinatum, neque per iudicem secundum regulam tertiam determinari potest, quid pro vero habendum sit: in casu quo duo pluresue de aliquo diuisibili obiecto litigant, & quatenus constat de facti veritate, omnium ius aequale est, decisio diuisoria locum habet; in reliquis casibus vero non diuisoria decisio adhibenda, quae multis modis fieri potest pro diuersitate circumstantiarum, regitur tamen hoc principio generali: semper eligendum esse, quod minimum habet iniquitatis. Illustrationis & probationis gratia hic sequentia notanda sunt. 1) Quod in ipsa hypothesi, quam haec regula sistit, remoueam eam casus incerti conditionem, vel in legibus determinatum esse, vel a iudice determinari posse, quid pro vero adsumendum, hanc habet rationem, quoniam hoc posito reliqua per se patent, vt tum non opus sit noua regula. E. gr. si in casu de incerto obiecto actionis familiae erciscundae in

§. praeced. allegato iudex secundum regulam tertiam determinauit, quid hic pro verò adsumendum, reliqua decisionis momenta per se patent. 2) Praeter generalem hypothesein, speciatim, vt decisio diuisoria locum habere possit, requiro a) duos pluresue inter se litigare; b) de obiecto diuisibili; c) quatenus constat de facto, ius eorum aequale esse, ideo, quoniam primum & secundum requisitum adesse debere ipsa huius decisionis speciei natura poscit. Tertium vero quod attinet requisitum, hoc omnino ideo attendendum, quoniam non nisi quoad eos, quorum ius aequale est, diuisio locum habere potest. Ast sufficit secundum ea quae constant ius eorum aequale esse, licet forsitan actu vnus alteriusue ius potius sit. Illud enim non appere, hic idem est, acsi non sit. Exempla quae hoc comina illustrent vbique obuia sunt. Vnicum allegasse sufficiat. Pone duos pluresue de haereditate quadam litigantes, quos omnes defuncti cognatos esse quidem constat, ast quis gradu proximior sit inuestigari non posse. Hic adsunt omnia requisita quae adesse debent in diuisoria decisione. Diuidenda ergo est inter litigantes haereditas. 3) Quum decisio diuisoria supponat certa requisita, vt modo enitum est, iis deficientibus non potest non contradictorie opposita species, scilicet non diuisoria, obtinere. Quomodo vero tum pronuncian- dum sit, si hoc modo pro auctoritate decisio faci- enda vna generali definitione complecti nequit, ad specialia vero descendere iam non licet. Illu- stratio.

strationis causa vnicum tamen ita decisum casum proponam. Sic is quem exhibet LEYSERIANA Med. 3. in Specim. 489. obuia. Bona heredis & defuncti orto creditorum concursu erant commixta & ea accurate discerni impossibile erat. Praeterea probabile erat, patrimonium defuncti sufficere eius creditoribus. Pro auctoritate itaque hic casus incertus decidendus erat. Eligebant Icti Helmstadienses hanc non diuisoriam decisionem. Primo omnium loco expensas concursus vniuersas cum tributis quasi extra concursum collocabant. Deinde omnes defuncti creditores, etiam chirographarios, & post hos, heredis creditores locabant. Recte, si quid video, ita casus est decisus. Diuisio locum non habebat deficientibus terminis habilibus. A tota massa excludi non poterant beneficio separationis gaudentes, absque magna iniquitate. Concipi itaque nequit decisio, quae minimum haberet iniquitatis.





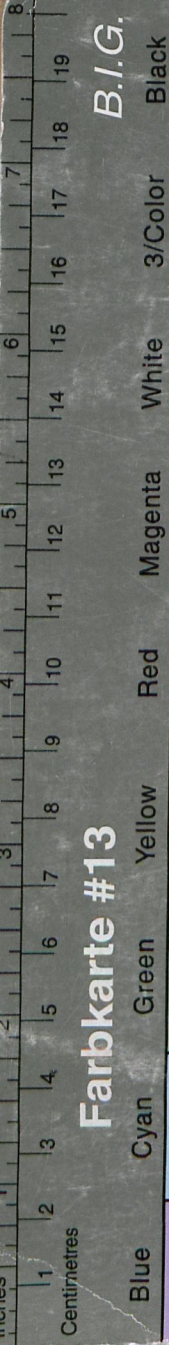
Halle, Diss. 1754

ULB Halle
004 928 13X

3







Q. D. B. V. 1754 45
DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE 116

DECISIONE
CASVVM QVAE FIT PRO
AVCTORITATE, 19

QVAE
PRAESIDE
DANIELE NETTELBLADT
POTENTISS. BORVSS. REGI A CONSILIIIS AVLICIS
ET PROFESSORE IVRIS ORDINARIO
ORDINIS ICTORVM H. T. DECANO

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CONSEQVENDIS,

D. II. NOVEMB. MDCCLIV.

H. L. Q. C.

PVBLICO EXAMINI SVBMITTETVR

AB
AVCTORE

TRAVGOTT GVILIELMO ZANGEN
DRESDENSI.

HALAE MAGDEBVRGICAE
APVD IOANNIS CHRISTIANI HENDELII VIDVAM
RECVSA MDCCLXV.

(4)

(II)