





Johann Jacob Prehn,

beyder Rechten Doctor,

Untersuchung der Frage:

# Ob die Legitimation

auffer der Ehe geborner Kinder

sich in einer

## römischen Erdichtung

gründe?

P. 238,

He 34



Rostock,

gedruckt mit Adlerschen Schriften.

1777.



Vertrag über die

Verwaltung der



Verwaltung der

Verwaltung der

Verwaltung der

Verwaltung der



§. I.

## Einleitung.

**W**er bey einer jeden Gelegenheit, wo der Grund des Gesetzes und die Absicht des Gesetzgebers nicht sogleich ausfündig zu machen ist, zur Erleichterung seine Zuflucht nimmt, oder auch in den Julianischen Freyhafen der Unwissenheit 1) einläuft, der erfüllt gewiß die Pflicht nur halb, die einem rechtschaffenen Juristen obliegt. Denn diesem gebührt es vorzüglich, nicht allein die Gesetze zu wissen, sondern sich auch um den rechten Sinn und Grund derselben zu bekümmern 2). Freylich ist dies oft nicht so leicht, indessen doch auch nicht schlechthin unmöglich, ob wir gleich bey vielen willkürlichen Gesetzen uns bloß dabey beruhigen müssen, wenn das Gesetz der gesunden Vernunft nicht gerade zu entgegen ist. Und dieses glaube ich, sey der Fall, wovon Neratius 3) redet, wenn er uns verbietet, den Grund der Gesetze zu erforschen, weil hiedurch nicht selten das, was an und vor sich ganz klar wäre, verdrehet würde. So lange sich aber noch die Absicht des Gesetzgebers ergründen läßt, so lange dünkt mich, muß auch der Rechtsgelehrte sich bemühen, den wahren Grund

2 2 des

des Gesetzes zu entdecken. Dieses hat mich daher bewogen, den von den mehresten Juristen behaupteten Satz: Daß die Fiction das Fundament der Legitimation unehelich geborner Kinder sey, in gegenwärtiger Abhandlung kürzlich zu prüfen.

- 1) *L. 20. D. de LL.* Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.
- 2) *L. 17. eod.* Scire leges non est, verba earum tenere, sed vim et potestatem.
- 3) *L. 21. eod.* Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur. BRUNNEMANN ad h. L.

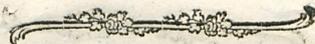
## §. 2.

### Von der väterlichen Gewalt.

Die Natur lehret uns schon, daß demjenigen, dem wir unser Daseyn zu verdanken haben, gewisse Rechte über uns zukommen müssen. Beyde Eltern, sowohl der Vater, als die Mutter, haben das Ihrige zu unserer Erzeugung beygetragen. Was ist also billiger, als daß der Mutter eben die Rechte über den Sohn gebühren, die man dem Vater zueignet? Die väterliche Gewalt ist daher, nach dem Naturrechte, kein privatives Eigenthum des Vaters, sondern beyde Eltern haben gleiche Rechte über ihre Kinder. Sie haben aber auch gleiche Verbindlichkeiten, ihre Kinder zu erziehen, und ihnen so lange den nöthigen Unterhalt zu geben, bis sie ihre eigene Glückseligkeit, ohne fremder Hülfe, zu befördern im Stande sind. 1) Denn der einzigste Zweck der väterlichen Gewalt ist die Wohlfahrt der Kinder. So siehet es mit der väterlichen Gewalt, die sich mit vollendetem Erziehungs-Geschäfte endiget, 2) nach dem Natur-Recht aus. Eine ganz andere Bewandniß hat es mit derselben nach Römischem Rechten. Sie gebührte allein dem Vater und nicht der

der Mutter, 3) welcher auffer der Ehrerbietung nicht die geringsten Rechte über die Kinder zukommen. Der Vater hingegen hatte die unumschränkste Macht über seine Kinder, ja so gar das Recht über Leben und Tod 4). Die Kinder könnten für sich nichts eigenes besitzen, alles, was sie erwurben, gehörte dem Vater, 5) der mit ihnen gerade so umging, als mit seinen Knechten, und übrigen Vieh 6). Diese Gewalt, welche der Vater nicht, blos über seine Söhne und Töchter, sondern auch alle Enkeln und Enkelinnen zc. ausübte, hörte auch nicht eher auf, als mit dem Tode des einen oder des andern, wo nicht der Vater seinen Sohn förmlich emancipirte 7). Obgleich diese väterliche Gewalt in neuern Zeiten sehr eingeschränkt worden; 8) so siehet doch ein jeder, daß selbige von derjenigen, welche den Eltern nach dem Natur-Rechte zustehet, Himmelweit unterschieden sey 9). Es wird selbige auf eine dreyfache Weise erlangt, a) durch rechtmäßige Ehen 10), b) durch Legitimation, und c) durch die Adoption.

- 1) *Io. Ge. Daries institutiones iurispud. vniuers. P. Sperial. Sect. III. §. 575.*
- 2) *Idem l. c. coroll. I.*
- 3) *§. 10. I. de Adopt.*
- 4. Kein einziges Volk übte fast eine so unumschränkte Macht über seine Kinder aus, als die Römer dem Vater verstatteten. Die Perser hatten zwar eine beynahe tyrannische Herrschaft über ihre Kinder, und die Athenienser gleichfalls das Recht über Leben und Tod der Kinder den Eltern eingeräumt, allein die Römer überrafsen hierin alle Völker, daher ihre Gewalt nicht unrecht *patria maiestas* genennet wird. 10. GOTTL. HEINECCIUS in *syn- tagm. antiqu. roman. L. I. T. IX. §. I.* Nach dem Zeugniß des DIONYS. HALICARNASS in *Antiquit. Roman L. II. c. 27. et 28.* soll bereits Romulus den Vätern dieses Recht eingeräumt haben. Jedoch muß man nicht glauben, daß es dem Vater freygestanden, so ganz nach seinem Willkühr seinem Sohn den Kopf abschla-



gen zu lassen; so wie jene Römische Frau ohne alle Ursache aus  
Luft ihren Knecht kreuzigen lassen wollten. IUVENAL Sat. VI,  
v. 219. seqq.

Pone crucem seruo. Meruit quo crimine seruus  
Supplicium? Quis testis adest? Quis detulit? Audi:  
Nulla satis de vita hominis cunctatio longa est.  
O demens, ita seruus homo est? Nil fecerit, esto:  
Sic volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas.

Zur Ehre der Menschheit und der Damen glaube ich nicht, daß  
unter den weichgeschaffenen Seelen, wenn sie auch noch die Macht  
hätten, heutiges Tages solche Teufel angetroffen werden —. Der  
Vater übte also dieses Recht als Richter seines Hauses, als or-  
dentliche häusliche Obrigkeit aus, wovon uns HEINECCIUS l. c.  
§. 5. verschiedene Beyspiele geliefert. Ohnedem ist es wegen der na-  
türlichen Liebe des Vaters zu seinen Kindern nicht zu vermuten,  
daß er dieses Recht so sehr gemißbraucht haben sollte, wenigstens  
scheint mir dieses aus den häufigen Arrogationen zu folgern.  
Denn wer seinen gesunden Verstand hat, wird sich doch von kei-  
nem, als Kind annehmen lassen, wenn er sich dadurch der  
Herrschaft des andern so unterwürfe, daß er ihn, wenns ihm be-  
liebte, tödten könnte. *Conf.* CORNELIUS VAN BYNKERSHOECK  
de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos.

- 5) Dieses Erwerbungsrecht des Vaters durch die Kinder ward aber  
nachher durch die Einführung der *peculiorum* gar sehr eingeschränkt.
- 6) So gut er seinen Hund oder Ochsen verschenken, verkaufen, oder  
für einen verursachten Schaden hingeben konnte; so stand ihm  
dieses auch in Absicht seiner Kinder frey, welche gewissermassen  
noch übler daran waren, als die Knechte. Denn diese wurden  
frey, wenn sie einmahl freygelassen waren, die Söhne hingegen  
konnten zweymahl verkauft und manumittirt werden, sie fielen  
immer wieder in die Gewalt des Vaters zurück, und nur durch  
den dritten Verkauf, und darauf erfolgte Loslassung, wurden sie  
frey. Die Töchter aber und Enkel kamen nicht, wie einem jeden  
bekannt, wieder in die väterliche Gewalt, wenn sie einmahl ver-  
kauft und manumittirt waren.

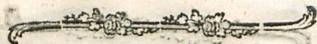
7) Heu-

7) Heutiges Tages ist zwar die feyerliche Emancipation nicht sehr in Gebrauch, indem ein Kind schon dadurch von der väterlichen Gewalt befreyet wird, wenn es seine eigene Wirthschaft anfängt, in dessen findet man doch noch zuweilen in grossen Handelsstädten Beyspiele davon, damit Fremde dem Sohn eher Glauben zustellen, und ihn nicht mehr als *filium familias* ansehen mögen.

8) *L. un. C. de his, qui parent vel liber. occid.* Die Gewalt des Vaters ist anist mehr nach den Grundsätzen des natürlichen Rechts eingerichtet, und räumt dem Vater kein Recht über Leben und Tod seiner Kinder mehr ein, sondern verstatet ihm lediglich ein mässiges Züchtigungs-Recht. *L. 3. C. de patr. pot. CHR. THOMASIVS de vsu pract. tit. institut. de patria potest. Halae 1712. FERD. AVG. HOMMEL de vsu hodierno patriae potest. romanae in foris Germaniae speciatim Hamburgensi. Lips. 1732.*

9) *Car. Andr. Christiani Gedanken von dem Unterscheid des natürlichen und Römischen bürgerlichen Rechts in Ansehung der väterlichen Gewalt. Königsb. 1740.*

10) Nach den Römischen Grundsätzen heist es: *Pater est, quem iustae nuptiae demonstrant.* *Iustae nuptiae* sind solche Ehen, welche nach Vorschrift der Geseze eingegangen sind: Nach alten Römischen Rechte waren drey Gattungen, die Ehe zu vollziehen bekannt, a) durch ein feyerliches Opfer, *per confarretionem*, b) durch einen Kauf *per coëntionem*, welche von einigen Rechtslehrern, mit der vorigen für einerley gehalten wird, und c) durch die Gewohnheit *per vsum.* *Conf. GVNDDINGIANA P. 37. n. I.* Diese Gattungen aber kamen mit der Zeit ganz aus der Mode, und es genügte die Errichtung der Ehepartung und Bestimmung des Brautschatzes, *instrumentorum dotalium s. tabularum nuptialium*, welche schlechterdings nothwendig waren, eine Ehefrau von einer Concubine zu unterscheiden, zu unsern Zeiten ist dies freylich nicht hinreichend. Es muß die priesterliche Einsegnung dazu kommen, welche heutiges Tages das einziggste Kennzeichen einer gesegmässigen Ehe ist. Diese von dem Kayser Leo in der 89. Nov. vorgeschriebene, von der Kirche schon längst eingeführt gewesene Gewohnheit, wird jedoch nach Canonischem Recht



Rechte, und nach dem Tridentinischen Concilio so wenig zu einem matrimonio rato erfordert, als selbige unter uns Protestanten allgemein angenommen worden, indem es in Holland bekanntlich nur erfordert wird, daß die jungen Eheleute aufs Stadthaus gehen, und ihre Namen ins Stadtbuch einschreiben lassen.

### §. 3.

## Von der Legitimation überhaupt.

Da der Vater nur allein die in einer rechtmäßigen Ehe gebornen Kinder in seiner Gewalt hat; 1) so folgt hieraus unmittelbar, daß er über die von ihm außer der Ehe erzeugten Kinder keine Rechte habe. Alle Kinder, welche in einer rechtmäßigen Ehe 2) erzeugt werden, heißen eheliche, und alle außerhalb der Ehe in die Welt gesetzte, uneheliche. Diese sind entweder aus einem erlaubten 3) Bey Schlaf mit einer Concubine erzeugt, oder aus einer verbotenen Beywohnung entsprungen. Erstere heißen insbesondere natürliche Naturales, seu Nothi. Letztere haben ihr Daseyn entweder einem lasterhaften verbotenen Bey Schlaf zu danken, e damnato coitu sunt procreati, wohin die in Blutschande und Ehebruch erzeugte Incestuosi et Adulterini gehören, 4) oder einer sonstigen leichtfertigen Beywohnung. War diese mit einer ehrbaren Frauensperson 5) geschehen; so hießen sie insbesondere unächte Spurii. War hingegen die Mutter eine öffentliche Hure; 6) so wurden diese Hurkinder Vulgo quaesiti 7) genannt. Ob nun gleich diese unschuldige Creaturen bey dem wichtigen und vielleicht von den Hauptpersonen oft ohne Absicht vollzogenen Zeugungsgeschäft nicht mit zu Rathe gezogen waren; so mußten sie doch in gewissem Betracht das Versehen derjenigen büßen, die bey ihren verliebten Uarmungen die Ursache ihres Daseyns geworden waren. Anist hat zwar der Unterschied unter den natürlichen und andern außer der Ehe erzeugten Kindern aufgehoret, allein dem ungeachtet



geachtet wird doch niemand leugnen, daß den unehelich Gebornen selbst von ihrer Geburt solche Flecken ankleben, welche die Gesetze nicht einmahl abzuwaschen vermögend gewesen, zu geschweigen, daß sie unendliche Vortheile entbehren müssen, welche eheliche Kinder genießen. 8) Was ist daher wohl billiger, als daß man auf Mittel dachte, den Zustand dieser unglücklichen Kinder so viel möglich zu verbessern, und sie von der Schande zu befreien, die ihnen die uneheliche Geburt, ohne ihr Zuthun, und wider ihren Willen zugezogen. 9) Die Kayser erlaubten daher unter gewissen Einschränkungen den Vätern, ihre uneheliche Kinder zu legitimiren, 10) so, daß sie gleicher Rechte mit den ehelich Gebornen fähig seyn sollten. Die Legitimation ist nach Römischen Rechte diejenige Handlung, wodurch die natürliche Kinder *liberi Naturales* feu *Nothi*, in die väterliche Gewalt gebracht wurden. 11) Nach Teutschem Rechte aber ist sie nichts anders, als ein Mittel, wodurch uneheliche Kinder von der Schande der unehelichen Geburt befreyet werden, und die Rechte der ehelich Gebornen erhalten. 12) Ich habe gesagt, daß denen Vätern dieses Recht nur unter gewissen Einschränkungen zugestanden worden. Sie können also nicht nach ihrem Gefallen diese Legitimation vornehmen, sondern müssen genau die ihnen vorgeschriebene Ordnung beobachten. Und da giebt man gemeinlich drey 13) verschiedene Arten der Legitimation an. Die erste ist, wenn einer seine Beyschläferin heyrathet, (*per subsequens matrimonium*) 14) die zweyte, wenn die Unehelichen der Curie gewidmet, und in das Register der *Curialien*, oder *Decurionum* eingetragen wurden; (*per oblationem curiae*) 15) die dritte endlich ist diejenige, welche durch ein Landesherrliches Rescript 16) (*per rescriptum principis*) geschieht. Von allen diesen besondern Gattungen zu handeln, würde ganz gegen meinen gegenwärtigen Zweck seyn, indem ich



mich lediglich darauf einschränke, zu untersuchen, ob die Legitimation in der Erdichtung des Rechts, fictione juris gegründet sey, oder nicht?

- 1) L. II. D. de his, qui sui vel alieni jur.
- 2) Wenn also die Ehe gesetzmässig, das ist, nach heutigen Rechten durch priesterliche Einsegnung vollzogen worden; so sind die daraus Geborne, eheliche Kinder, ohne Rücksicht, ob die Frau mit dem Manne von gleichen Stande sey oder nicht. Und hievon redet auch das Sprichwort: Kein Weib erägt einen Bastard. Generol. DE SELCHOW in elem. Iur. Germ. §. 495. n. 1. Joh. Fried. Eisenhart in seinen Grundsätzen des I. R. in Sprichwörtern p. 147 versteht dasselbe so, daß alle uneheliche Kinder in Absicht der Mutter rechtmässige Kinder wären, und ein Kind seiner Mutter Rebskind nicht seyn könne. Allein ich glaube vielmehr, daß hier unter Weib: keine Sure, sondern ein Eheweib verstanden werde, und daß also dieses Sprichwort auf die Mißheyrathen ziele, wenn nemlich die Frau mit dem Manne nicht von gleichem Stande ist, daß dieses der ehelichen Geburt des Kindes dennoch nicht schaden solle, weil ein Eheweib kein uneheliches Kind zur Welt bringt. So viel ist indessen aus dem Staatsrechte bekannt, daß wenn Reichs-Fürsten eine Mißheyrath eingehen, die erzeugte Kinder alsdann nicht ebenbürtig geachtet werden, allein nichts destoweniger sind sie doch eheliche rechtmässige Kinder, wenn sie gleich nach Vorschrift der neuesten Wahlcapitulation art. 22 §. 4. der väterlichen Titel, Ehren, Würden, und Erbfolge ohne ausdrückliche Einwilligung der Agnaten nicht fähig seyn sollen. Was aber eine unstreitig notorische Mißheyrath sey, darüber sind unsere Publicisten sich noch nicht einig. — Im vorigen §. n. 10. habe ich behauptet, daß derjenige der Vater sey, welchen die Ehe ausweist. Es fragt sich also, ob jemand das Kind für das seinige erkennen müsse, womit ihm seine eheliche Hälfte in den ersten Tagen nach der Hochzeit beschenkt? Unsere alten Teutschen hielten vorzüglich viel auf Keuschheit, und forderten solche mehr von einem Frauenzimmer, als von einer Mannsperson. GUNDELING diff. maiorem castitatem a feminis, quam a viris requiri. Der ungenannte Herr Verfasser in seinem Tractat: Ueber die Ehe

Ehe, führt im vierten Capitel hievon verschiedene Ursachen an. Sie hatten daher das Sprichwort. Niemand darf die Kuh mit dem Kalbe behalten. Hat jemand indessen wissentlich eine geschwächte Person geheyrathet; so hat er es sich selbst bezumessen; daß daß er jetzt so frühzeitig Vater geworden. In wie ferne er aber sonst auf eine Trennung der Ehe anhalten könne, oder nicht. Davon ist nachzusehen: Die Mecklenburg. Kirchengerichts-Ordnung von Jahr 1570. Tit. Wann einer eine Jungfrau nehme, so vorhin von einem andern geschwächer ist. Weil also die Regel: Pater est, quem iustae nuptiae demonstrant, doch einige Ausnahme leidet; so bedarf solche wohl einer näheren Bestimmung. Ich sage deshalb: Ein Ehelichgeborener ist, wer in einer rechtmässigen Ehe zur gesetzten Zeit geboren wird. Hier aber kommt ein doppelter Zeitpunkt in Betrachtung. Man rechnet entweder von dem Tage der Hochzeit an, oder von dem Tode des Mannes. Im ersten Falle versehen die Juristen ein solches mit Extra-Post angekommenes Kind, mit einem Paß seiner ehelichen Geburt, wenn es am sechsten Monath, oder 182 nach der Hochzeit ankommt. L. 12. ff. de statu homin. L. 3. §. ult. de suis et legit. hered. Das versteht sich jedoch von selbst, daß, wenn der Herr Papa in seinem Bräutigams Stande schon etwas anticipirt haben sollte, cum cingendus iam habeatur pro cincto, dieses dem Kinde an seiner ehelichen Geburt nicht hindere, wenn es auch gleich den Tag nach der Hochzeit anspaziert gekommen. Denn alsdann nimmt Dnus Fircalis nur sein Amt war. Siehet man aber auf den Tag des Todes des Mannes; so läßt der Jurist einen solchen Sprätling noch die Rechte der ehelichen Kinder genießen, wenn er, vielleicht wegen Mangel des Vorspanns oder sonstiger Hindernisse, die ihm auf seinem Wege aufgehalten, erst im Anfange des eilften Monaths angekommen. L. 3. §. pen. eod. L. 29. C. de lib. et post. Nov. 39. c. 3. Sehr umständlich hat hievon gehandelt BERGER in Oecon. Iur. L. 1. Tit. 11. §. 2. und HEISTER in diss. de partu tredecimessri, die ich aber nicht zur Hand habe, soll so gar ein dreyzehmonathliches Kind noch rechtfertigen. Das überlasse ich den Herren Medicinern. Es kann aber auch ein Kind während der Ehe geboren werden, was der Vater doch nicht als das seinige zu erkennen nöthig hat. Wenn 3. E. ein Mann zehn Jahre



in Geschäften verweiset gewesen, und sünde bey seiner Zuhausekunft ein kleines einjähriges Mädchen vor, welches ihm seine treue Ehegattin als seine Tochter darstellte; so darf er selbige nicht dafür annehmen, wo er nicht aus Gefälligkeit gegen seine liebe Frau sich freywillig hiezu entschliessen sollte. L. 8. de his, qui sui vel alieni jur.

3) Nicht, als ob die Römer es für Recht hielten, neben dem Ehebette noch eine Ruhebank zu haben. Nein sie erlaubten nur einem Unverheiratheten, der ins Ehekostor noch nicht getreten, und die Ehegelübde noch nicht abgelegt hatte, sich eine Concubine zu halten, weil sie den Concubinatus, als eine natürliche Ehe betrachteten. Heutiges Tages aber ist aller Bey Schlaf ausserhalb der Ehe verboten. R. P. D. 1530. Tit. 33. et 1548. Tit. 15. §. 1. CHRIST. THOMASIVS diss. de concubinatu. Hal. 1714. GE. ZACH. WINCKLER diss. genuinus concubinatus ex mente Legum Roman. conceptus. Lips. 1736.

4) I. H. BOEHMER diss. de legitimatione liberor. ex damnato coitu procreatorum. Hal. 1727.

5) I. C. C. OICHLERSII (Oelrichs) pressa responsio ad quaest. aliquot perplexas coniugales, qua in primis probatur, quod virgo deflorata non sit meretrix etc. 1766. Wenn eine ehrbare Jungfer in der glücklichen Schächer Stunde von ihrem Adonis überrascht, sich denselben ganz überläßt, und nachher die Welt mit einem Bürger vermehrt; so würde man unrecht handeln, eine solche Person, die so ein Hufeisen verlohren, eine Sure, und ein solches Jungfern Kind, ein Surkind zu nennen. Nam

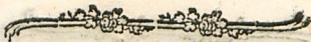
Ludit amor sensus, oculos perstringit et auferit  
Libertatem animi et mira nos fascinat arte.

BAPT. MANTVANVS eclog. I.

6) Das ist eine solche Person, welche ihren Leib für Geld Preis giebt. Darinn sind sich indessen die Gelehrten nicht einig, ob es öffentlich geschehen müsse. MARCELLVS in L. 41. de R. N. behauptet, daß es schon genüge, wenn es nur des Gewinnes wegen geschehen, c. II. C. XXXII. qu. 4. und sie ohne Unterschied einen jeden zugelassen. L. 43. §. 1. ff. eod. Die Glossatoren wollten aus dem c. 9. §. 1. Dist.

Dist. 45. herleiten, eam tantum esse meretricem, quae plures, quam 23000, accepta pecunia, admisit. Sollte diese Meinung gelten; so würden wir vielleicht wenige öffentliche Huren haben, oder sie müßten jedesmahl einen ordentlichen Buchhalter und Controllleur dabey nehmen, der richtig Buch hielte. — So wie in Frankreich jezt die Betten durch einen ordentlichen Notarius protokolliert werden.

- 7) *Vulgo quaesiti*, qui et *σπόροι παίδες*, quasi spurii terrae filii, patre nullo, vel saltim incerto procreati dicuntur, *QUINCTIL. L. III. Instit. Orat. c. 6.* heißen sie deswegen so, weil sie keinen gewissen Vater angeben können, *L. 23. ff. de statu hom.* Zuweisen werden sie überhaupt für uneheliche Kinder genommen, und denen ehelich gebornen entgegen gesetzt. *L. 2 D. ad SCt. Tertullian.*
- 8) Nach Römischen Rechte waren die *liberi naturales* freylich nicht so übel daran, wie jezt. Sie hatten von ihrer unehelichen Geburt gar keine Schande oder Makel, sondern hatten, wenu man die Erbfolge in des Vaters Güter ausnimmt *§. 2. I. de hered. qual. et diff. §. 5. I. de success. ab intest.* sogar viele Vorzeige vor den rechtmäßigen Kindern zum voraus. Diese waren in der väterlichen Gewalt, und konten daher nichts eigenes besitzen, sondern acquirirten alles dem Vater. Jene hingegen waren ihre eigene Herren ( *sui iuris*), ihnen gehörte alles, was sie sich erwurben, sie hätten darüber ein völliges Eigenthum, und konnten damit schalten und walten, wie sie wollten, auch Testamente machen, welches einem *filio familias* nicht freystand *ic. BOEHMER L. C. §. 4.*
- 9) Heutiges Tages aber sind alle unehelichgeborne mit einer gewissen Makel behaftet, wenigstens wird dieses von den mehresten, wiewohl ohne Grund und gegen die Geseze dafür gehalten. Denn, wenn gleich der Reichs - Schluß vom Jahre 1731. von Abschaffung der Handwerks-Mißbräuche ausdrücklich bestiehet, daß sie von Zünften und Gilden nicht ausgeschlossen seyn sollen; so weiß doch ein jeder, wie schwer es hält, solche obgleich ungegründete Vorurtheile abzuschaffen.
- 10) Das Wort *legitimare* und *legitimatio* selbst finden wir nirgends in unserm *Corpore iuris*. Ich weiß zwar wohl, daß die *Nou.*



89. c. 2. de primo modo legitimationis und c. 8. et 9. de secundo et tertio legitimandi modo überschrieben ist. Allein ein jeder weiß auch, daß die Ueberschriften von einer fremden Hand hinzugefügt worden, daß die mehresten Novellen ursprünglich griechisch verfaßt gewesen, und daß die barbarische Uebersetzung keinesweges dem Kayser Justinian angerechnet werden könne. IO. FRID. HOMBERGK de Vach in praefat. der von ihm herausgegebenen aufs neue übersezt Novellen, und dessen Herr Sohn AEMIL. LUD. HOMBERGK de Vach, in diatribe de nouellar. lingua originar. Marb. 1741. c. I.

11. Man darf sich daher gar nicht wundern, wenn bey den Römern die unehelichen Kinder sich oft sehr lange bedachten, ehe sie in die legitimation willigten. Denn ohne ihren Willen konnte der Vater sie nicht legitimiren. Ihr Interesse verrieth zu stark dabey, indem sie sich jetzt eines andern Gewalt unterwerfen sollten, an Statt, daß sie bisher ihre eigene Herren gewesen.
- 12) So wie bey den Römern der Hauptzweck der legitimation darinn bestand, daß die Kinder, welche in der väterlichen Gewalt nicht waren, in dieselbe gebracht werden sollten; so war derselbe bey den Teutschen lediglich die Wegräumung der mit ihrer Geburt verknüpften Schande, damit dadurch die legitimirte mit den ehelich gebornen gleiche Rechte erlangen mögten. Hieraus nun ergibt sich schon von selbst der Unterschied unter der Römischen und heutigen legitimation, und damit ich es kurz fasse; so siehet erstere mehr auf den Vortheil des Vaters, letztere aber hauptsächlich auf den Nutzen der Kinder.
- 13) Einige rechnen hieher noch die vierte Art aus der Nov. 117. c. 2., wenn jemand sein natürliches Kind in einem öffentlichen oder privat Instrument, welches jedoch drey glaubwürdige Zeugen unterschrieben, Sohn oder Tochter genannt. IO. FABER in Breviario Codicis ad L. 4. C. de natural. lib. CVNR. RITTERHUSII Ius. Inltinianeum P. IV. p. 243. seq. Andere geben fünf, andere acht und mehrern Arten an, welche anzuführen, überflüssig seyn würde.
- 14) Vor Constantin dem Großen, der diese Art einführte, kannte man noch gar kein Mittel, wodurch der Vater die ausser der Ehe erzeugte Kinder zu rechtmäßige eheliche machen konnte. Durch diese

Constitution wollte Constantin hauptsächlich den Concubinatus abschaffen, und verordnete deshalb, daß alle vor dieser Verordnung im Concubinatus erzeugte Kinder legitimirt seyn sollten, wenn der Vater seine Beyschläferin hernach heyrathete, und deshalb sollte dieses sich nicht mit auf diejenigen erstrecken, die nach dieser Constitution den Concubinatus der Ehe vorziehen würden. Weil indessen dieselbe uns nicht ganz aufbehalten ist; so läßt sich hievon nichts mit Gewißheit bestimmen.

Justinian aber hat in dem L. 10. C. de natural. liber. auf beständig dieses Mittel allen im Concubinatus lebenden freigelassen. Bey unsern teutschen Vorfahren war der Gebrauch, daß solche ausser der Ehe erzeugte Kinder, während der Trauung, der Mutter unterm Mantel kriechen mußten, wosfer sie Mantel-Kinder genannt wurden. CHR. G. SCHWARZ de antiquo ritu legitimandi liberos per pallium. Alt. 1747. RUD. CHR. HENNE de legitimat. liber. per subsequens matrimon. Erf. 1754. CAR. DV. FRESNE in Gloss. mediae et infim. latin. sub voce, PALLIUM. Gruppen von Mantelkindern cap. 6. der teutschen Frau p. 255. seqq.

15) Hievon hat ausführlich gehandelt mein sehr schätzbarer Freund und Gönner der vormahls zu Jena und Rinteln jetzt zu Hamburg mit vielem Ruhm lehrende Herr Professor IO. WUNDERLICH in pereleganti libro singulari de legitimatione per oblationem curiae Ien. 1759. Diese legitimation ward vom Kayser Theodosius dem jüngern verordnet, ist aber anitz völlig ausser Gebrauch, da die Decuriones bey uns cessiren, und sich zu den Raths-Stellen in den Municipal-Städten immer Leute genug finden, die sich sogar, wenn's an Geschicklichkeit fehlet, den Zugang durch ihre harte Thaler oder Ducaten verschaffen sollen, wie die böse Welt sagt.

16) Diese hat Kayser Justinian zum Urheber, Nou. 74. c. 2. et 89. c. 9. und findet eigentlich nur dann Statt, wenn jemand durch eine Ehe mit der Concubine die legitimation nicht beschaffen kann. In wie ferne selbige vom Kayser geschehen müsse, oder von den Kayserl. Pfalzgrafen, oder dem Landesherrn vorgenommen werden könne und müsse, ist hier der Ort nicht zu untersuchen. Man kann hiervon nachlesen: GABR. SCHWEDER de jure liberorum in. Icio vel invito patre legitimat. Tub. 1705. GE. H. AYRER de



de rescripto legitimaciones principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi essent. Gott. 1748. M. G. PAULI de legitimat. per reser. princ. Gedan. 1756. M. H. GRIEBNER de jure legitimandi comit. palatin. in terris princip. imp. Vit. 1709.

## §. 4.

## Was das Fundament der Legitimation sey?

Johann Schilter 1), Johann Strauch 2), Johann Gottlieb Heineccius 3), Georg Beyrer 4), und andere 5) sind der Meynung, daß die Legitimation sich auf eine Erdichtung des Rechts gründe, vermöge welcher fingirt wird, daß ein außser der Ehe geborner auß einer rechtmäßigen Ehe erzeugt sey? Da nun bey einer jeden Fiction doch immer eine moralische Möglichkeit supponiret werden müßte; so könnte die Erdichtung einer vorhandenen rechtmäßigen Ehe auch nur unter solchen Personen Statt finden, denen in Gemäßheit der Geseze eine gültige Ehe einzugehen frey gestanden. Hieraus folgern sie die Rechtmäßigkeit der Legitimation natürlicher, und die Unrechtmäßigkeit in Blutschande, Ehebruch, und Hurerey erzeugter Kinder. Ihre Gründe sind diese: Ein Weib, welches eine Ehefrau seyn konnte, es auch nach dem Natur-Rechte wirklich war, und nach Römischen bürgerlichen Rechte nur allein durch ihre eigene Entschliessung, sola animi destinatione, von einer wirklichen Ehefrau unterschieden war, könnte wohl fingiret werden, eine Ehefrau desjenigen zu seyn, dessen Concubine sie doch nur gewesen: Dieses könnte aber keineswegen von zu nahen in göttlichen Gesezen verbotenen Bluts-Verwandten, und eben so wenig von einem Ehebrecher und Ehebrecherin gesagt werden, weil sonst behauptet werden müßte, daß einer zu gleicher Zeit zwey Frauen gehabt gehabt hätte, welches offenbar gegen klare Vorschrift der Geseze, die Vielweiberey begünstigt heißen würde.

1) in

- 1) in *praxi iur. rom. ex.* 36. §. 131.
- 2) in *Iure Iustinian. priu.* Diss. IV. th. 3.
- 3) in *Element. Iur. civil.* §. 166. et 167.
- 4) in *delineat. institut.* L. I. T. X. p. 23. (n. d.)
- 5) Fast die mehresten Juristen, als *Wesenbeck, Gubelinus, Coccejus* 2c. setzen alle den Grund der Legitimation in einer Fiction.

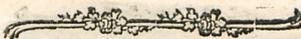
## §. 5.

### Die Fiction kann nicht der Grund der Legitimation seyn.

So grosse Hochachtung ich auch für obgenannte Männer hege, und so sehr ich sie wegen ihrer wirklich grossen Verdienste um die Rechtsgelahrtheit schätze; so kann ich doch hierinn unmöglich ihrer Meynung beypflichten, und dieses um so weniger, da sie selbige im mindesten nicht bewiesen, sondern einer den andern getreulich nachgebietet hat. Es sey mir daher erlaubt, dieses etwas näher zu prüfen. Viele und vorzüglich die ältern Rechtsgelehrten haben es für die größte Zierde, und Vorzug des Römischen Rechts gehalten, daß sich dasselbe auf Erdichtungen gründe, weshalb verschiedene einen Ruhm darinn gesucht, neue Erdichtungen zu erfinden, 1) und ganze Bände von den Fictionsen des Rechts 2) zuschreiben. Allein meines Bedünkens bedarf es der vielen Fictionsen gar nicht, welches bereits der grosse Jurist *Gottlieb Gerhard Titius* 3) sehr gelehrt und umständlich gezeigt, und ohnedem muß ein Rechtsgelehrter sich bemühen, den wahren Grund eines Gesetzes ausfindig zu machen, ohne sofort seine Zuflucht zur Fiction zu nehmen. Es ist dies gewiß der leichteste Weg, die Gesetze zu erklären, allein als-

E

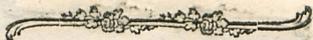
dann



dann wird auch kein einziges für die Erdichtung sicher seyn. Durch eine Fiction versteht man hier aber keine Lüge, oder bössliche Verstellung 4), sondern man nennt eine Fiction des Rechts, wenn ein Gesetz etwas als wirklich annimmt, was doch nicht ist, oder umgekehrt etwas, was wirklich da ist, als wenn es nicht existirte. Wer siehet nicht ohne mein Erinnern von selbst, daß die Erdichtung ein wahres Uding sey, und ein blosses Spiel der Vernunft, was also auch keine Kraft haben, oder Verbindlichkeit hervorbringen könne, wenn derjenige, der fingirt, nicht die Macht hat, das zur Wirklichkeit zu bringen, was er sich erdacht hat. Wenn also eine privat Person den Einfall hätte, sich einzubilden, Cajus, der ihr nichts schuldig, habe ihr 50000 Rthlr. versprochen, und wollte selbige aus dieser Fiction von ihm fordern; so würde sie gewiß von einem jeden billig ausgelacht werden. Es heißt sonst: *vana sine viribus ira*, allein man kann diesfüglich auf die Fiction anwenden. *Vana sine viribus fictio*. Denn der Landesherr, der die unumschränkte Macht in seinem Lande hat, und an die Zustimmung seiner Unterthanen nicht gebunden ist, kann immer fingiren, wenn er Contribution ausschreibt, als wenn alle einzelne Unterthanen dieserhalb einen besondern Vertrag mit ihm gemacht hätten, er hat die Macht seine Unterthanen zur Zahlung anzuhalten, wenn sie allenfalls die Fiction nicht gelten lassen wollten. Er hingegen würde es gewiß nicht für baares Geld annehmen, wenn diese sich beykommen ließen, auch ihrer Seits zu fingiren, als wenn sie schon bezahlt hätten. Folglich ist die Erdichtung des Rechts *fictio iuris* nichts als eine Chimaire. Vielleicht aber mag bey der Legitimation wohl eine Ausnahme Statt finden! Dies wird auf die Untersuchung ankommen —. Bey der Legitimation soll fingirt werden, als wenn ein ausser der Ehe gebohrner, in der Ehe erzeugt sey, und schon zur Zeit seiner Geburt eine wirkliche rechtmässige Ehe vorhanden gewesen wäre.

wäre. Diese Fiction würde, aber meiner Einsicht nach, nur auf die einzige Art der Legitimation, durch die nachfolgende Ehe passen, nicht aber auf die andern Gattungen, durch ein Landesherliches Rescript und durch die Anvollirung bey der Curie. Allein auch selbst bey der Legitimation, durch die nachfolgende Heyrath, findet die Fiction keine Anwendung, wenn vor derselben eine ordentliche rechtmässige Ehe vorher gegangen, und, nachdem diese durch den Tod der Frau oder sonsten getrennet worden, der Vater erst die Concubine heyrahet 5). Denn in diesem Fall behauptet selbst **STRAUCH** 6), daß die natürlichen Kinder nur erst von dem Augenblick der vollzogenen Ehe für rechtmässige Kinder gehalten werden, und daß hier keine Fiction, als wenn sie schon ehelich geboren wären, platzgreiflich sey.

- 1) AVG. FRIED. MÜLLER *diff. de fictionum iuris rom. vsa antiquo non vsu hodierno. §. 32.*
- 2) Wer kenne nicht des Solosamischen Rechtsgelehrten ANTONI DADINI ALTESERRAE *Tractatus septem de fictionibus iuris. Paris. 1659.* welcher in der Vorrede das Röm. Recht hauptsächlich wegen seiner Kunst zu fingiren erstaunend lobt, und dies sehr unschicklich mit Beyspielen aus der Bibel bestärkt. *Etiam fictiones, inquit, vsquequaque non respuit ipsa sacra scriptura, et quod perpetuum vel aeternum est pactum, salutis dicere maluit. Variis verborum coloribus veritatis sacramenta insinuavit, et Christus per parabolas et figmenta de infrugifera ficu arefacta, de lampadibus sponfi, de sementis incrementis, Hypocritas apud eum audies per sepulcra dealbata, quae foris marmorea intus nihil aliud, quam cineres, et putredinem continent. Conf. GER. NOODT Probabilium iuris ciuil. Libr. III. c. 12.*
- 3) in einer besondern *Diff. de fiction. Roman. natur. et inconcinn. Lipsiae 1694.*
- 4) *L. 52, §. 15. de furt. L. 16. de lib. caus.*



- 5) Ich weiß zwar wohl, daß *ITTER* de feud. imp. c. 14. §. 4. und *SAMVEL DE COCCEJI* in iure controu. L. I. Tit. VI. qu. 12. das Gegentheil behauptet, allein aus dem L. 10. C. de natural. liber. worauf sich derselbe beziehet, scheint mir dies keinesweges zu folgen. Derselbe redet allein von dem Fall, wenn einer seine Concubine, von der er im Concubinatus Kinder gehabt, heyrathet, hernach mit derselben rechtmäßige Kinder zeuget, alsdann sollen diese jene nicht ausschließen von der väterlichen Erbschaft, weil es, setzt *Justinian* hinzu, glaublich ist, daß der Mann von Anfang an die Intention gehabt, seine Concubine zu heyrathen. Ganz anders aber ist es, wenn schon vor der legitimatio andere eheliche Kinder vorhanden sind, die bereits ein *ius quaesitum* haben. Hievon redet L. 10. C. de nat. Lib. gar nicht. *CONF. TIRAQUELL* de iure primogenitorum qu. 34. *LEYSER*, in med. ad ff. Sp. 19. m. 3.
- 6) *L. c. Thef. IX.* Quodsi matrimonium aliquod intermedium fuerit, puta suscepit quis liberos ex concubina, medio tempore dimissa illa, vxorem iustam ducit, quæ mortua concubinam demum, liberis in concubinatu susceptis non officit, quo minus postea legitimentur. scil. a tempore iustarum nuptiarum. *Diss. FORSTER* de succ. ab intest. L. 6. c. 23. neque hic fictio retractionis alicuius admitti debet. quasi operaretur legitimatio istud, vt a tempore nativitatis suæ legitimi fuisse fingerentur, quod recte extra hunc casum alias statuitur.

## §. 6.

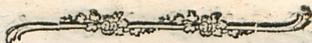
## Wird weiter bewiesen.

So wenig nun überhaupt die Fiction das Fundament der Legitimation ist; eben so wenig darf man selbige deswegen annehmen, um daraus zu beweisen, daß im Ehebruch und Blutschande erzeugte Kinder nicht legitimiret werden können.

fönnen. Denn soll die Fiction gelten, so kann man auch eben so gut unter dem Ehebrecher, und der Ehebrecherin, und unter nahe Blutsverwandte eine Ehe fingiren, als ich fingire, daß eine Ehe, die nun erst vollzogen wird, schon viele Jahre vorher existirt habe. Oder ist dieß etwa mehr unmöglich, als daß ein Kind, was noch in Mutterleibe ist, für schon geboren geachtet wird, wenn von dessen Vortheil die Rede ist. Ich sollte glauben, daß, so gut nach dem jure postliminii fingirt wird, daß ein aus der Gefangenschaft Befreyeter nie in der Gefangenschaft gewesen, oder nach dem lege cornelia, daß ein in der Gefangenschaft Gestorbener, in civitate gestorben sey, eben so gut auch eine solche Ehe erdichtet werden könne. Doch wenn ich auch zugebe, daß Ehen nur unter denen Personen fingirt werden können, denen nach den Gesezen es erlaubt ist, sich zu heyrathen; so leugne ich doch die daraus von den Rechts-Lehrern hergeleitete Folge, daß nur solche Kinder, deren Mütter Ehefrauen ihres Vaters zu seyn verstatet ist, legitimiret werden können. 1) Denn warum sollte ein Jungfernkind, Spurius, nicht legitimirt werden können? Dieser Ehe würde doch nichts im Wege stehen, daß man sie nicht fingiren könnte, und dennoch war sie nach Römischen Rechten verboten. Bey unsern teutschen Vorfahren, die wegen ihrer grossen Keuschheit berühmt waren, hieß es zwar, wer eine Hure zur Ehe nimt, ist ein Schelm, oder will einer werden. Allein in wie weit wir ihnen hierin noch ähnlich sind, 2) sagt uns Herr von Haller:

Ach sie vergrub die Zeit, und ihren Geist mit ihnen,  
Von ihnen bleibt uns nichts, als etwas von den Minen.

Wir sind heutiges Tages so delicat nicht mehr, als unsere Vorfahren. Wir folgen in Ehesachen bekanntlich dem Ca-



nonischen Rechte, ob ich gleich einen jeden aufrichtig bedaure, der auf diese Art sich den Himmel erwerben will. — Dem sey indessen, wie ihm wolle; so werden auch nach Canonischem Rechte 3) solche Spuriös durch die nachfolgende Ehe legitimirt, ohne hiebey etwas zu fingiren.

1) THOMAS. ad Strauch l. c.

2) Man sagt die Liebe sey blind, und das Päpstliche Recht rechnet es uns gar, als ein Werk der Barmherzigkeit an, wodurch man sich den Himmel verdienen könne, wenn man eine Hure zur Ehe nimt, c. 20. X. de Sponsal.

3) c. 6. X. qui filii sint legitimi. Hier setzt ALEX. III. den ganzen Grund der Legitimation in der Ehe, und die Kraft des Sacraments, weil bekanntlich bey den Katholiken die Ehe ein Sacrament ist. BOEHMER l. c. §. 22. seqq.

### §. 7.

#### Der eigentliche Grund der Legitimation wird angegeben.

Aus dem vorhergehenden (§. 3.) ist es ersichtlich, daß die Legitimation bey den Römern ein Mittel gewesen, die väterliche Gewalt zu acquiriren, und daß dieselbe mehr dem Vater, als dem Kinde zum Vortheil gereichet. Damit also die Väter desto eher sich entschliessen mögten, von dem Concubinat abzustehen, und rechtmäßige Ehen einzugehen; so verordnete Kayser Constantin, daß die nachfolgende Heyrath die unehelichen Kinder unter ihre Gewalt bringen sollte. Als aber hiedurch der Endzweck nicht völlig erreicht wurde; sondern auch auf andere Art die Legitimation frey gelassen ward; so hielte man doch einen solchen Vater, der mit einer öffentlichen Hure,

Hure, oder in Blutschande und Ehebruch Kinder erzeugte, dieser Wohlthat unwürdig, weshalb auch festgesetzt ward, daß solche Kinder nie legitimirt, mithin auch nie unter väterliche Gewalt gebracht werden sollten. Ja! um die Eltern noch eher von solchen schändlichen Vermischungen abzuhalten, weil man nicht vermuthete, daß jemand so grausam seyn, und vorsätzlich unschuldige Kinder unglücklich machen würde; so ward so gar verboten, daß die aus Ehebruch und Blutschande Geborne nicht einmahl Alimenter von den Eltern sollten fordern können. 1) Hieraus dünkt mich, erhellet augenscheinlich, daß die väterliche Gewalt der Hauptendzweck der Legitimation gewesen, daß aber das eigentliche Fundament derselben lediglich in dem Willen des Gesetzgebers 2) zu suchen sey, der dieselbe nach Gefallen zu erweitern und einzuschränken berechtigt ist.

1) Non. 89. c. ult.

2) REINHARD. BACHOV. ECHT, Commentar. Instit. L. I, Tit. X. §. ult. n. 6. et verius, inquit, *sola potestate Legis conferi legitimos illos liberos, et hoc ex argumento, quod juxta Non. 89. c. II. legitimatio tantum operatur volentibus et consentientibus liberis, quod omnino repugnat fictioni retrotractionis, qua admissa, perinde ac si liberi eo matrimonio nati essent, fieri non possit, ut non omnimodo liberi essent in potestate.* THOMAS. ad Strauch l. c. At jure romano, et quoad patriam potestatem principaliter ab effectu potius petita est; nihilque aliud denotat, quam respectum ad certos juris civilis effectus, quibus legitimi gaudent, illegitimi vero destituantur, *unde tota legitimatonis materia, tanquam meri iuris positivi, subiecta est arbitrio Legislatoris, pro lubitu ab eo et augeri potest et minui.*

### §. 8.

Und weiter ausgeführt.

Wäre die Erdichtung das Fundament der Legitimation, und wäre sie es in dem Verstande, als die Juristen sie annehmen;



nehmen; so würde heutiges Tages überall keine Legitimation unehelicher Kinder weiter Statt haben, weil bey uns nicht, wie bey den Römern, der Concubinatus erlaubt ist, sondern die Gesetze einen jeden Beyschlaf ausser der Ehe verdammen. Nichtsdestoweniger lassen wir solche Legitimationes nicht nur zu, sondern alle unsere Legitimationes setzen Kinder vor aus, die aus einer verbotenen Beywohnung gezeuget worden. 1) Es haben auch nirgends die Kayser befohlen, daß hier eine solche Fiction sollte zum Grunde geleyet werden, und also stehet es auch den Gelehrten nicht frey, nach ihrem Gurdünken dergleichen Fictiones zu erdichten. Die Juristen verwechseln offenbar die Präsumtion mit der Fiction, welche letztere nirgends als in ihrem Gehirne existiret. Denn (§. 6.) habe ich bereits gezeigt, daß nach dem Begriff der Fiction die Legitimation der Spuriorum, Jungfern-Kinder, die aus einem Beyschlaf mit einer ehrbaren Frauens-Person ihr Daseyn empfangen, nach Römischen Rechte zulässig seyn müßte, da sowohl zur Zeit der Empfängniß, als der Geburt des Kindes, zwischen dem Vater und der Mutter eine gültige Ehe geschlossen werden konnte. Und dennoch wissen wir, daß dergleichen Kinder nicht legitimirt wurden. Dahingegen erlangten solche Kinder, mit deren Mutter der Vater so wenig zur Zeit der Conception, als der Geburt, eine wirkliche Ehe eingehen konnte, durch die nachher erfolgte Heyrath die Rechte der Ehelichgebornen. 2) Es ist also unleugbar, daß die Fiction keinesweges, als der Grund der Legitimation angegeben werden könne, und daß es derselben auch gar nicht bedürfe, da nicht nur nach Römischen, sondern auch nach Canonischen Rechte der nachfolgenden Ehe der Effect der Legitimation beygeleyet worden. Wer hat aber der Ehe solche Kraft anders ertheilet, als der Gesetzgeber. 3) Folglich ist es ausser allem Streit, daß nur allein in seinem Willen der Grund der Legitimation beruhe.

Dieses

Dieses leidet wohl um so weniger Zweifel, wenn die Kinder durch ein Landesherrliches Rescript legitimirt werden, weil es alsdann lediglich von seinem Willen abhängt, ob er die Legitimation ertheilen wolle, oder nicht.

- 1) I. H. BOEHMER I. c.
- 2) Nou. 74. c. 4.
- 3) Nicht nur der weltliche Landesherr hat dieses Recht, sondern auch der Pabst selbst eignet sich dasselbe zu. Denn er saget ausdrücklich in c. 4. X. de concess. praeb. et eccles. non vac. *secundum plenitudinem potestatis de jure possumus supra jus dispensare.* Folglich ist auch er an keine Gesetze gebunden.

### §. 9.

### B e s c h l u ß.

Meine Absicht erlaubt mir nicht, diese Materie weitläufiger auszuführen —. Da ich im gegenwärtigen Winter halben Jahre, ausser dem Lehn-Recht die Institutiones lese, und von Zeit zu Zeit den Sonnabend denen Disputir-Übungen über einzelne Sätze aus den Institutionen gewidmet habe; so gab ich unter andern auch diesen Satz auf: *Fictio iuris non est fundamentum legitimationis.* Allein meine Herren Zuhörer fanden Bedenken, diesen Satz zu wählen, weil sie sich denselben zu vertheidigen nicht getraueten. Dieses hat mich daher veranlasset, diese Lehre von der Legitimation etwas näher zu bestimmen. Ich glaube auch kaum, den Vorwurf befürchten zu dürfen, warum ich keine practischere Materie zu meiner Abhandlung gewählt, wenigstens halte ich es nicht für nöthig, mich darüber zu rechtfertigen. — Es ist freylich schlimm genug, daß man in unserm Römischen Rechte viele Materien antrifft, die heutiges Tages gar keinen practischen Nutzen mehr haben. Hierüber hat unter andern schon längst der berühmte Franciscus Hotomanus 1) mit Recht geklagt. Soll man aber deswegen diese Materie

Materie in den Vorlesungen ganz übergehen? Haben sie denn überall keinen Nutzen? — Ich denke, sie müssen allerdings erklärt werden, weil wir sie zur Erklärung der Gesetze, und zum Verstand derselben nothwendig wissen müssen. Ich halte es daher offenbar dem Zweck entgegen gehandelt, wenn ein Lehrer den Anfängern die Institutiones practisch lesen, und alles practisch erläutern, alles Römische zur Erklärung und Verstand der Gesetze unentbehrliche aber, als alte verrostete Schulfüchseren, aus den Lehrstunden verbannen wollte. Man tadelt es daher mit Recht, daß Heineccius bey jedem Titel im letzten §. den *usum hodiernum* anbringt. Die jungen Leute sollen und wollen ja noch keine Practici, sondern erst gute Theoretici werden. — Man sagt zwar sonst: *Cessante ratione cessat ratiocinatum*. Allein man sagt auch oft mehrere Unwahrheiten. Daß dieser Satz falsch sey, lehren uns, daß ich nur eins anführe, schon die bey Testamenten erforderliche Solennitäten, welche noch immer beobachtet werden, obgleich die *rationes* längstens *cessiret* haben, weswegen sie eingeführet worden. Ein Gleiches sehen wir bey unserm Lehnrecht. Das Soldaten-Wesen ist gegenwärtig auf einen ganz andern Fuß, als vorzeiten. Die Ursachen, weswegen die Lehne eingeführt wurden, haben längst aufgehört, und dennoch haben wir noch heutiges Tages dasselbe Recht. 2)

1) In Antitriboniano, c. 2.

2) Illustr. G. L. BOEHMER in princ. jur. feud. §. 37.

He 34

ULB Halle

3

006 663 664



W 18





Hi. 27. Num.

Johann Jacob Prehn,

beider Rechten Doctor,

Untersuchung der Frage:

Ob die Legitimation

ausser der Ehe geborner Kinder

sich in einer

römischen Erdichtung

gründe?



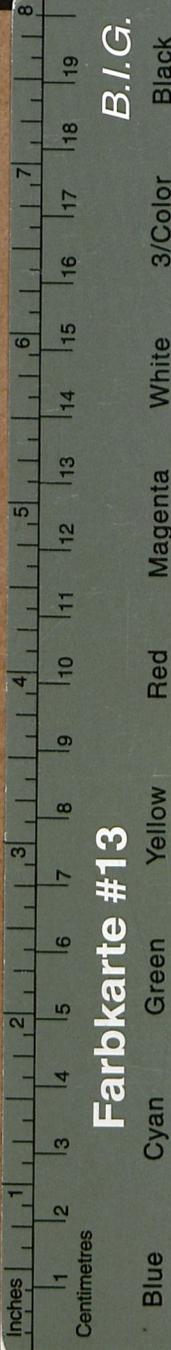
Ke 34



Kostock,

gedruckt mit Adlerschen Schriften.

1777.



4. 2. 2. 1)

