





10037 10087
OBSERVATIONES
IVRIS ROMANI ET SAXONICI ¹⁴
Q V A S
PRAESIDE
D. GEORGIO STEPHANO
WIESANDIO

PROFESSORE INSTITVTIONVM ORDINARIO CVRIAE
PROVINCIALIS SCABINATVS ATQVE COLLEGII
IVRECONSVLTORVM ASSESSORE

PRO CONSEQVENDIS
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

DIE VIII DECEMBR A. S. R. CIOIDCCLXXVII

H. L. Q. S

AD DISCEPTANDVM PROPOSITVRVS EST

IOANNES DAVID FELLER

LVCCAVIA - LVSATVS

IVRIS VTRIVSQVE CANDIDATVS

SPECIM. V. ET VI.

VITEMBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRISTIANI DÜRKII

ACADEMIAE A TYPIS

OSSEVATIUNES

IVLIS ROMANI ET SAKONIAE

QVAE

EXACTE

D. GEORGIO STEPHANO

WILHELMO

PROFESSORE

TECHNICAE

ARTIS

TECHNICAE

STUDII

IN

M. D. C.

IN

IOANNES DAVID

TECHNICAE

ARTIS

1775



I.

Expositio §. 5. I. de inutilib. stipulat.

Qui ad discendam iurisprudentiam accedere solent, saepius acerbas querelas de variis, quibus in ipso aditu turbantur, scrupulis, passim effundunt. Nam et dictionibus insolitis, et rebus ambiguis se impediri aiunt, quo minus citius in itinere instituto progrediantur. Licet vero hae querelae saepenumero iustae haud sint, cum partim ab ignavia, quae discendi laborem fugit, partim vero a subsidiorum, quibus artis nostrae studiosi instructi esse debent, inopia proficiantur, negandum tamen non est, in ipsis iuris Romani institutionibus inesse locos difficiles atque ancipites, quos quidem, ut discendum studia augeamus, omni cura explanare debemus. Sed, ne quid temere dixisse videamur, iam in praesenti locum, ad quem tamquam ad scopulum multi haesere anxii, accuratius contemplemur. Scilicet verba §. 5. de inutilib. stipulat. ita iacent: *praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quae interrogatus fuerit, non respondeat: veluti, si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione, vel in diem stipulanti, tu respondeas, praesenti die spondeo. Nam si hoc solum respondeas, promitto, breuiter videris in eandem diem, vel conditionem spondidisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit. Putat igitur Tribonianus, eam stipulationem, qua quis viginti stipulanti, non eandem summam, sed minorem promiserit, profus esse inutilem, neque promissorem obstringi, ut decem, ad quae praestanda se adstrinxit, stipulatori interroganti praestet. Huic vero opinioni refragatur Ulpianus in l. 1. §. 4. D. de verbor. obligat. qui mentem contrariam hisce verbis expressit: *si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio, nisi in decem, non erit contracta. Licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse.* Ulpianus igitur eam stipulationem, qua quis plus vel minus, quam interrogatus est, daturum esse, respon-*

A

derit,

derit, tamquam prorsus vitiosam non repudiat, sed pro ea duntaxat summa, quae alterius interrogationem, vel responsonem excedit, inutile esse, arbitratur. Id cum intelligerent interpretes, in varias distracti fuere sententias. Arnoldus Vinnius in *commentar. ad locum excitatum*, Triboniani opinionem simpliciter improbat, hac sola ratione commotus, quia Vlpiano repugnet. Sed hoc modo ista difficultas nondum tollitur, cum plures sententiae in Digestis obuiaie, postea reiectae atque immutatae fuerint. Antonius Matthaei in *suis animaduers. ad institut. p. 259.* agnoscit quidem repugnantiam, quae inter Triboniani et Vlpiani sententias intercedit, eam tamen aliter remoueri haud posse existimat, quam si dicamus, loco adducto esse adiungendam exceptionem, si diuersitas responsonis illico placuerit. Sed nec haec interpretatio omnem scrupulum eximit. Vnde enim eiusmodi consensum sumus probaturi? In stipulatione id solum, quod stipulator in responsonis minus congrua acquieuerit, cum eius vis et potestas ex verbis rite et congruenter declaratis in primis iudicetur, non sufficit, neque subsequutum interrogantis silentium efficit, vt responso minus congrua habenda sit pro legitima. Sed aliam rationem Euerard. Otto in *commentar. suo p. 427.* iniit, qui Tribonianum turpis negligentiae reum postulat, eumque more suo verba Vlpiani non exscripsisse integra, statuit. Hisce adiungimus Franciscum Duarenum, qui in *commentar. ad Digest. Libr. 45. Tit. 1. l. 1. §. 4.* Iustinianum in institutionibus tantum capita rerum attigisse, regulasque communes, exceptionibus in alium locum reiectis, proposuisse, putat. Sed nec haec ingeniosa obseruatio nobis satisfacit. Etenim semper quaerere erit necessarium, quo in loco regula proponatur, num ea in Digestis, an in institutionibus fuerit tradita? Itaque breuiter, quid nobis super loco adducto in mentem venerit, expediamus. Primo quidem negamus, Tribonianum hac in re Vlpiani sententiam respexisse, eumque potius magistri sui Caii, quem vbiuis fideliter sequitur, vestigia pressisse, certissime sumus persuasi. Ita vero Caius in *institut. Libr. 2. Tit. 9. §. 10.* scribit: *si creditor decem solidos debitorem interroget, et debitor quinque promittat, hoc ordine integrum debitum vacillare, cognoscitur.* Inde igitur apparet, Caium in ea opinione fuisse versatum, vt eam stipulationem, quae responsonem interrogationi non prorsus aptam contineret, inutilem crederet. Neque haec opinio, tamquam iuri ciuili prorsus contraria, est vituperanda. Etenim olim iura valde seuera vigerunt, quae postea partim praetorum humanitate, partim vero Iureconsultorum disputationibus atque interpretationibus, magno ciuium commodo,

magis

magis fuere mitigata. Tribonianum vero Caio suo fideliter adhaesisse, illustri exemplo probabimus. Inter veteres disputatum est, num is, cui mandatum est, ut fundum certo pretio emeret, si eundem pluris emisset, mandatorem sibi haberet obstrictum. Multi existimant, ei, qui fines mandati excessit, actionem mandati contrariam ita esse denegandam, ut ne id quidem pretium, quod consentiente mandatario, soluit, ab hoc repetere posset. *L. 3. D. mandat. vel contra.* Sed benigniorem sententiam amplexus fuit Caius in *l. 4. titul. excitat.* atque mandatario ius esse vsque ad pretium constitutum agendi, humaniter praecepit. Hoc igitur praeceptum etiam Tribonianus in *§. 8. I. de mandat.* repetiit. Ex quo satis intelligitur, Tribonianum in iis rebus, de quibus inter Iureconsultos haud satis conuenerat, Caio in primis fuisse deditum. Deinde sciendum est, Caii aetate in stipulationibus adhuc obtinuisse ius strictum, eamque regulam fuisse seruatum, ut, nisi responsio interrogationi prorsus congrueret, tota stipulatio omni effectu careret. Sed ab hoc rigore posteriores Iureconsulti, ut iam Ian. a Costa in *obseruationib.* ad nostrum locum, et Anton. Schultingius in *iusprudent. Ante-Iustinian.* p. 159. animaduernerunt, utiliter recesserunt. Neque vero defuerunt rationes commodae, quibus Ulpianus aliique prudentes adducti, humaniorem sententiam comprobarunt. Ex stipulatione omne commodum transit ad stipulatorem, atque ex contrario promissor onus praestandae obligationis suscipit. Inde igitur nascitur regula, eiusmodi negotium in commodum promissoris, aduersus stipulatorem esse interpretandum. Ita Ulpianus in *l. 38. §. 18. D. de verbor. obligat.* sentit his quidem verbis: *in stipulationibus, scum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.* Cum eo facit Pomponius in *l. 99. Tit. excit.* qui pariter interpretationem ita, ut promissori expedit, faciendam esse arbitratur. Consentit Celsus in *l. 26. D. de reb. dub.* Iuuat hic adicere aliam rationem a Pomponio in *l. 109. D. de verbor. obligat.* ita expressam: *si ita stipulatus fuero, decem, aut quindecim dabis? decem debentur. Item, si ita, post annum, aut biennium, dabis? post biennium debentur.* Quia in stipulationibus id seruatur, ut, quod minus esset, quodque longius, esse videretur in obligationem deductum. Huc accedit, quod maiori summae etiam minor inest, quodque is, qui sibi viginti dari voluerit, etiam in minorem summam consensisse credatur. Certe ad eiusmodi negotium nobis referendum esse videtur illud, quod a Paulo in *l. 110. de R. I.* traditur: *in eo, quod plus sit, semper inest et minus.* Non quidem inficiamur, hanc regulam iustis limitibus esse coercendam, inque ea applicanda multas cautiones esse

esse adhibendas, quas a V. C. Iof. Ludouic. Ernest. Püttmanno in *aduersar. iur. Libr. I. cap. 5.* sollerti cura explicatas fuisse, laetamur. Sed eam ad stipulationis materiam recte transferri, ex eo, quod ipse Vlpianus ad eam respexerit, luculenter patet. Quod si de eiusmodi negotio olim controuerfia incidisset, non erat dubium, quin in oratione ambigua id, quod negotio tuendo maxime erat commodum, esset accipiendum. *L. 12. D. de reb. dub.* In rebus dubiis benigniora praeferimus, atque in oratione ambigua in primis sententiam eius, qui se ad aliquid praestandum obligauit, spectamus. *L. 56, et l. 96. D. de R. I.* Ex his, quae hactenus proposuimus, satis patere putamus, quid de *§. 5. I. Titul. excitat.* statuendum sit. Reprehendimus Tribonianum, quod ius antiquum attulerit, recentius vero praetermiserit, atque posterius ob aequitatem priori longe esse anteponendum, censemus. Sed bene nobiscum agitur, quod in foris nostris Romanarum stipulationum subtilitates locum non obtineant. Conferatur prae aliis Laurent. Andr. Hamberger. de *non usu stipulation. in foris German. in opuscul. p. 153 seqq.*

II.

Insignis virtus clausulae codicillaris offenditur.

Quod officium ipsa suadet ratio, vt parentes liberis suis quouis modo prospiciant, et quod ipsi possedere patrimonium, ad eosdem tamquam heredes naturali vinculo sibi coniunctissimos, transmittant, hoc etiam ius ciuile diligenter commendat. Licet enim ea potestas, quae in duodecim tabulis patrifamilias Romano fuit tributa, teste Pomponio in *l. 120. D. de V. S.* tam late acciperetur, vt quisque suo arbitrio heredes instituere posset, postea tamen aliud receptum est serioque cautum, vt liberi potestati patriae adhuc subiecti, vel heredes instituerentur, vel nominatim et rite exheredarentur, idque commodum omnibus sine vlllo flexu discrimine, contingeret. *L. 11. D. de liber. et posthum. heredib. instituend. L. 1. D. de iniust. rupt. et irrit. et L. 4. C. de liber. praeter.* Ne vero ciues Romani hanc necessitatem iniquis ferrent animis, Iureconsulti noquam excogitarunt causam, quae parentes ad obseruandum officium communi vtilitati consentaneum, magis impelleret. Statuerunt scilicet, liberos in bona parentum non iure proprio et singulari succedere, sed eorum obitum, tantum continuare, liberamque eius administrandi potestatem tunc nancisci, de qua re copiosius exposuere Cornel. van Bynkershoeck

kershoeck *Libr. 2. Obseruat. cap. 1. et Georg. Christian. Gebauerus in dissertat. qua successio ab intestato civilis sifitur, Sect. 1. §. 4.* Hanc iuris Romani sanctionem vniuersa probauit Germania, ita, vt apud nos testamenta, in quibus liberi a parentibus fuere praeteriti, pariter omni vi desituantur. Sed hoc loco ad aliam quaestionem accedimus, quae digna esse videtur, vt paullo studiosius excutiat. Accidit saepius, vt parentes testamenta condant, in quibus ideo, quod liberos suos iam ex vita migrasse credunt, licet de eorum morte plene persuasi haud sint, extraneos heredes scribunt. Vt vero eiusmodi testamenta eo magis redantur secura, ea, adiecta clausula codicillari, firmiter munire solent. De his acres vulgo moueri lites, saepe intelligimus. Permulti statuunt, eiusmodi testamentis omnem vim esse adimendam. Neque haec opinio videtur esse spernenda, propterea quod testamentum, cui sollemnitas necessaria deest, vim iuris non habeat. Quis vero clausulae codicillari tantam vim inesse credat, vt vitiosum testamentum sustinere queat? Sed vsus fori talia testamenta, modo solitis codicillorum sollemnitatibus facta sint, ita salua sartaque conseruat, vt tanquam fideicommissa valeant. Itaque heres praeteritus, qui alias ab intestato succederet, rogatus esse censetur, vt portione legitima contentus, reliqua ex hereditate heredi scripto restituat. Iuuat hic commemorare eam speciem, quae mense Ianuario 1776. a Cancellaria Sorauienti Iureconsultis Vitembergensibus, vt super ea certum ferrent iudicium, fuit oblata. Quaedam vidua, cui vnicus fuerat filius, quem ideo, quod ante multos annos in terras remotas discesserat, et de cuius vita, licet in eadem exploranda admodum fuisset sollicita, nihil certi compererat, credebat esse mortuum, testamentum facit, in quo filium praeterit, extraneumque heredem scribit. Defuncta vidua, heres scriptus hereditatem ex testamento poscit, atque iudicem, qui eandem obliuandam curauerat, rogat, vt ea sibi tradatur. Iudex responsum in hac caussa dubia ab ordine nostro flagitabat. Nos vero in hunc modum respondimus: daß der verstorbenen Marien Sophien Göggin Verlassenschaft gerichtlich zu inuentiren, und mittelst gerichtlichen Inuentarii, der Betrag des dem abwesenden Johann Gottfried Steinen davon zustehenden Pflicht-Theils, behörig zu eruiren, sodann aber nurgedachte Verlassenschaft George Christian Wilhelm Benzeln, wenn selbiger zuschderst, so viel die vorbenannten Steinen davon gebührende Legitimum betrifft, hinlängliche und tüchtige Caution bestellet, zu verabsolgen. Adiecimus vero hasce dubitandi et decidendi rationes:

Obwohl in denen Rechten verordnet, daß derjenige, welcher ein Testament errichtet, nothwendig seine Kinder entweder als Erben einzusetzen, oder selbige nahmentlich aus einer rechtmäßigen Ursache zu enterben schuldig, und ein Testament, worinnen solches nicht beobachtet worden, als ungültig und zu Recht unbeständig angefochten werden kann,

L. 30. D. de liber. et postum.

L. 3. §. 3. D. de iniust. rupt. testament.

hiernächst George Christian Wilhelm Menzel in der fol. 16. seqq. eingereichten Vorstellung, daß ihm die von der verstorbenen Marien Sophien Gdäkin hinterlassene Erbschaft, ohne Einschränkung und Bedingung zu verabsorgen, aus verschiedenen Gründen, und insbesondere deswegen behauptet, weil vorerwähnte Gdäkin in ihrem am 20sten Decembris des 1774sten Jahres errichteten und fol. 9 seqq. Actor. G. in originali beygebrachten Testamente, welches sie zur gerichtlichen Verwahrung übergeben, ihn zum Universal-Erben ihres gesammten Nachlasses instituiret, die Testatrix als eine freye und vernünftige Person über ihr Vermögen auf den Todesfall zu disponiren befugt gewesen, und im nurbemeldtem Testamente, daß ihr im Jahr 1746. in die Fremde gegangener einziger Sohn Johann Gottfried Stein, auf einer Reise nach Grönland, auf einem Hamburger Schiffe als Chirurgus unverheyrathet und ohne einige Erben verstorben, ausdrücklich geäußert, auch anbey, wie sothane wegen ihres Sohnes gethane Declaration, weiter keinen Zweifel unterworfen, die Meynung heget, und zu deren Bestärkung theils darauf, daß selbiger bereits im Jahr 1720. geboren worden, und nicht zu vermuthen sey, daß selbiger bey seiner herumirrenden Lebens-Art ein hohes Alter erreicht, sich beziehet, theils aber darauf, daß er schon im Jahre 1746. in die Fremde gegangen, und seit dieser Zeit nicht das mindeste von sich hören lassen, auch seine Mutter, ohngeachtet sie ihn, besage derer fol. 29 seqq. befindlichen Beylagen, in verschiedene Zeitungen setzen lassen, und sich alle ersinnliche Mühe gegeben einige Nachricht von ihm zu erlangen, dennoch hierauf außer demjenigen, was ihr der Chirurgus Johann Ehrenfried Meym, in denen fol. 59. seqq. ad Acta gegebenen Briefen gemeldet, einige Nachricht nicht erhalten können, sich beruhet, auch, daß das von nur erwähntem Meymen ertheilte Zeugniß, wasmaßen selbiger wirklich verstorben und in Hamburg begraben worden, für wahr und richtig anzunehmen, dafür halten will;

Dennoch aber und dieweil aus obangezogenem Testamente erhellet, daß die verstorbene Gdäkin ihren Sohn mehrbemeldten Steinen aus denen daselbst angegebenen Gründen wirklich für todt gehalten, und ihres zweyten Ehemannes

mannes Schwester Sohn, welcher gegenwärtig ihren Nachlaß verlangt, aus der Ursache, weil sie von ihrem zweytem Ehemanne viele Liebe und Treue genossen, auch die Erbin seines ganzen Vermögens worden, zum Universal-Erben benennet, in dem Testamente auch ausdrücklich die Clausula codicillaris enthalten, diese aber so viel bewirket, daß das von ihr errichtete Testament, wenn auch solches gleich, ob defectum sollemnitatis internae, dereinst angefochten werden wollte, dennoch in vim fideicommissi, bey Kräften zu erhalten,

L. 76. D. ad Sct. Trebell.
Struv. in iurispud. Roman. German. Libr. 2. Tit. 28. §. 4.
Stryck. de cautel. testament. Cap. 16. §. 14.
Horn Class. VII. Responf. 14.

Berger in Oeconom. iur. Libr. 2. Tit. 4. §. 36. not. 1.
auch jedes Testament dergestalt zu interpretiren, daß die vom Testator's beäußerte Absicht, so viel möglich, erreicht werde,

Mevius Part. 7. decif. 18.

hiernächst obbemeldten Wenzels Vorgeben, als ob der abwesende Stein nunmehr pro mortuo zu achten, in Erwägung, daß nach seinem eigenen Anführen, selbiger erstlich 56 Jahr alt, gleichwohl ein Abwesender nicht eher, als bis er das 70ste Jahr seines Alters erfüllet, verstorben zu seyn praesumiret wird, auch daraus, daß dessen Mutter von seinem Leben und Aufenthalt einige Nachricht nicht erhalten, die zuverlässige Folge, als ob er unverheyrathet und ohne Descendenten zu hinterlassen; verstorben, nicht hergeleitet werden mag, und das, was der Chirurgus Keym in denen fol. 59 seqq. inducirten Briefen versichert, eben so wenig einen hinlänglichen Beweis abgeben kann,

Leyser. specim. 95. Meditat. 11 seqq.

zwar rechtlichen Beyfall nicht verdienet, jedoch, da mehrerwähnter Wenzel von der Götthin zum Universal-Erben in ihrem Testamente eingesetzt worden, und der abwesende Stein, wenn er, oder dessen rechtmäßige Descendenten dieserwegen noch einige Ansprüche machen sollten, auf alle Fälle ein mehrers, als die davon gebührende Legitimam nicht fordern können,

L. 30. C. de inoffic. testament.

Nouell. 115. cap. 3.

selbigen der gesammte Nachlaß, wenn die Legitima, mittelst gerichtlichen Inventarii, in Nichtigkeit gesetzt und dießfalls hinlängliche Caution praesentiret worden, billig zu verabsolgen, so sind wir ic. Conferantur quoque Nicol. Christophor. de Lyncker decisio. centur. XI. No. 1030.

III.

De debitore creditori plus, quam ab eodem accepit, promittente.

Qui necessitate coacti, pecunias ab aliis sumunt mutuas, vti plerumque in chirographis scribendis solent esse faciles, ita quoque facilius pactiones ineunt sibi aliisque molestas. Ad arbitrium creditorum vt eo magis se accommodent, citiusque speratae pecuniae commodo potiantur, liberales exhibent cautiones, tamquam luculenta animi grati documenta, quae auidi creditores prompta manu arripiunt curaque religiosa custodiunt. His negotiis cum in vita communi nihil sit frequentius, non erit a nostro proposito alienum, nunc paullo propius intrare eos, qui, dum pecuniam sumunt mutuam, creditori eam subministranti plus, quam acceperunt, se reddituros, promittunt. Sed eiusmodi promissionem, siue scriptura est confirmata, siue nuda voce declarata, obligationem ciuilem haud parere, potius legum sanctionibus improbari, breuiter ostendemus. Ac primo quidem testimonium denunciamus Vlpiano, qui in *l. 11. D. §. 1. de reb. credit.* haec tradit: *si tibi dedero decem sic, vt nouem debeas, Proculus ait et recte, non amplius te ipso iure debere, quam nouem. Sed si dedero, vt undecim debeas, putat Proculus amplius, quam decem condici non posse.* Cum eo consentit Paulus, qui in *l. 17. D. de pass.* mentem suam ita expressit: *si tibi decem dem et paciscar, vt viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* Eandem sententiam tradit Harmenopulus in *epitom. iur. Libr. 3. Tit. 5, 67.* Licet vero haecce regulae aequitati naturali parum videatur esse amica, est tamen iuris ciuillis rationibus salutique publicae maxime congrua. Etenim mutuum rei traditione perficitur, ideoque is, qui mutuum accepit, eatenus tantum, quatenus res ipsa intercessit, ad eam restituendam obligatur. *L. 52. §. 1. D. de obligat. et action.* Hac ratione compulsi Imperatores Diocletianus et Maximianus in *l. 9. C. de non numerat. pecun.* rescripserunt, neminem ultra id, quod accepit, obstringi. Cum quoque in eiusmodi negotio res fungibilis in eodem genere, atque, vti *ex l. 3. et l. 6. D. de reb. credit.* perspicitur, ita reddenda sit, vt creditor idem, quod dedit, recipiat, nulla eidem sit iniuria, si ultra rem alteri datam, nihil amplius consecutus fuerit. Huc accedit, quod in contractibus stricti iuris omnia seuerius diiudicemus, nihilque contractae obligationi ex aequitate adiiciamus. Sed facile prospicimus, varia non incommode nobis obici posse, cum Vlpianus in *lege supra allata* eam potestatem, quam creditori concedit,

debitori deneget, cumque illi permittat minus, quam dedit, accipere, huic vero arbitrium aliquid amplius reddendi adimat. Sed hoc mirum non est, cum magnum discrimen inter vtrumque intercedat. Creditor ius suum remittere haud prohibetur. Potest esse liberalis ideoque in continenti de restituenda summa minore pacisci. Diuersa vero est debitoris conditio, qui, dum pecunia indiget, aliqua necessitate, quae liberalitatem excludit, durius premitur. Quodsi igitur is pacto adiecto, ad plus restituendum se adstrinxerit, illud, vti iam recte docuit Gerard. Noodt *ad edit. praetor. de pact. et transact. cap. 12.* obligationem ciuilem non parit. Id vero vtilitati publicae conuenire maximopere, quisque facile intelligit. Interest omnium, cauere fraudes negotiaque improba, quibus egenis hominibus saepius magna damna inferuntur. Fac, debitorem in chirographo profiteri, se plus, quam ei vere numeratum est, accepisse. Quis quaeso eiusmodi impiam simulationem aequo ferat animo? Non scriptura, sed rei veritas in contractibus est consideranda. *L. 7. C. plus valere, quod agitur.* Odiosae vero vilis sunt Imperatori Iustiniano artes occultae fallacesque machinationes, quibus potissimum creditores consilia debitoribus suis periculosa, tegere student, quae in *l. 23. C. mandat. vel contra* serio vetat. Irascitur peruersis eorum moribus, qui aliorum bonis insidias struunt variisque artificijs lucrum turpe captant. Ita enim in *l. 26. C. de usur.* sancit: *interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere vel retinere filiquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cuiuscunque causae gratia.* Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, id tam ipsa minuenda pars, quam usurae eius exigi prohibeantur. Tantum igitur adest, vt nos eiusmodi pactiones, quibus debitores se ad reddendam ampliorem, quam acceperunt, summam obligarunt, ratas habeamus, vt eas potius tamquam illicitas improbandas esse arbitramur. Neque existimandum est, nos hic tradere iura moribus antiquata, cum et Germania prauitates vsurarias vehementer horreat. Vt alia omittamus, ex iure domestico vnicum eundemque praecipuum locum adiciamus. Elector Augustus in *ordinat. Torgau.* de anno 1583 Tit. vom Wucher, postquam foeneratorum artes periculosas in vniuersum damnauerat, haec subiungit: daß auch daher allerley Räncke, vorthelhaftige Contracte und Partihirey erdacht würden, dadurch man den Wucher zu beschneiden und zu verblümen, und der darauf gesetzten Straffe zu entgehen vermeynet, als: daß etliche eine gewisse Summa Geldes, als



achthundert Gulden hingleihen, und doch in der Verschreibung tausend Gulden, oder mehr setzen. Haec quidem sanctio cum postea anno 1609 et 1625 fuerit repetita inque mandato, quod anno 1766 aduersus dolo-
 fos decoctores euulgatum est, §. 2 denuo confirmata, uti *ex codic. Au-
 gust. Tom. I. p. 1055 seqq. 1123 seqq. et Tom. III. p. 924* cognoscitur, et
 hodie in foro diligenter erit obseruanda.

III.

Promissio verbis: so Gott will, declarata, est pura.

Fuit apud nos nuper quaestio mota, num is, qui aliquid se datu-
 rum, promiserat, et verba: *so Gott will*, adiecerat, puram obligatio-
 nem iniisset. Licet enim reus animum suum de re actori, tempore con-
 dituto, certo praestanda, satis perspicue significasset, postea tamen,
 cum ideo coram iudice conueniretur, moram commissam ea, quam
 adduximus, formula purgare studebat, actoremque plus tempore pe-
 tiisse, obiiciebat. Aduersarius e contrario obligationem in iudicium
 deductam puram esse, asseuerabat, reumque callido commento, vim
 promissionis datae eludere velle, credebat. Neque id temere affirma-
 bat. Licet enim actiones nostrae diuino arbitrio maxime sint subiectae,
 nosque ab Apostolo Iacobo in *epistol. cap. 4. v. 15* pie admoneamur, vt
 nostrae imbecillitatis probe memores, viribus nostris haud fidamus,
 nobisque persuadeamus, nos, nisi Deus nos adiuuerit, nihil efficere
 posse, formula tamen supra commemorata veram conditionem non in-
 uoluit. Non quidem negamus, negotia saepe in euentum futurum,
 qui vel a casu incerto, vel a factis humanis pendet, conferri, idque
 discrimen in legibus tradi. *L. vnic. C. de caduc. tollend. §. 7.* Sed, uti
 hominem christianum parum decet, spem fortunamque suam casibus
 credere fortuitis, ita quoque is semper debet esse persuasus, omnia,
 quae suscipit, diuini Numinis prouidentia regi. Eth igitur in iis, quae
 se praestitutum esse, spondet, diuini auxilii mentionem haud facit, eo
 tamen tamquam necessario adiumento in rebus recte peragendis carere
 haud potest. Neque nos verba, quibus formula ista concipitur, mo-
 uere debent, vt inde aliquam conditionem eliciamus. Quodsi enim
 quis animum praestandae obligationis ita expresserit, vt eam euentus
 dubius

dubius haud moretur, licet verbis, quae moram innuere videntur, vsus fuerit, pure, non sub conditione se obligasse, censendus est. Ita Ulpianus in *l. 48. D. de verbor. obligat: si decem, cum petiero dari, fuero stipulatus, admonitionem magis quamdam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio, et ideo, licet decessero prius, quam petiero, non videtur defecisse conditio.* Eandem sententiam sequitur Scaeuola in *l. 85. D. de condit. et demonstrat.* In specie proposita reus tempus certum, quo se rem promissam daturum esse confirmauit, adiecerat. Itaque, eo praeterlapso, officio suo satisfacere debebat, cum dies duntaxat incertus conditionem contineat. *L. 75. D. de condit. et demonstrat. et l. 30. §. 4. D. de legat. I.* Huc accedit, quod ipsa vtilitas publica omnia negotia ita interpretari iubeat, vt fraudibus occurratur improbaque fallendi libido coerceatur. Quodsi formulam adductam crederemus certam inferre conditionem, fides in obseruandis promissis necessaria, prorsus labefactaretur, firmumque concederetur malitiae persequium. His rationibus ducti Iureconsulti Vitembergenses exceptionem a moroso debitore obiectam reiecere tamquam friuolam, eumque, vt obligationem contractam praestaret, condemnarunt. Sic vero iudicatum est in causa Joham Christian Gevers aduersus Wilhelm Gottlob Wagen coram praetorio Dresdensi agitata, mensē Martio 1776.

V.

Arbores frugiferae iure Saxonico sanctae.

Grata tutela arbores amplexae fuerunt leges cum Romanae, tum Germanicae, vt eas ab omni iniuria praestarent saluas. Iam priscis XII tabulis erat cautum, vt is, qui iniuria alienas arbores cecidisset, viginti quinque asses, in singulas lueret. Vide Iacob. Gothofredi *fontes quatuor iur. ciuil. p. 64.* et Io. Nicol. Funccii *leg. XII. tabular. p. 150 seqq.* Neque solum grauem multam huius delicti reis fuisse impositam, sed etiam eos durioribus poenis fuisse affectos, ex *l. 2. D. arbor. furtim caesar.* satis luculenter cernitur. Ibi enim Caius haec tradit: *sciendum est autem, eos, qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tamquam latrones puniri.* Varios, quibus arbores laeduntur, modos exponit Cuiacius in *obseruat. Libr. 9. cap. 12.* Neque minorem earum curam gessere nostri maiores, qui
 B 2
 olim,

olim, cum adhuc a puriore religione erant alieni, easdem cultu superstitioso prosequi erant soliti, vti copiosius ostendere Heineccius in *element. iur. German. Libr. 2. Tit. 1. §. 3.* et Io. Guilielm. Hoffmannus in *obseruat. iur. German. Libr. 1. cap. 5.* Postea quidem turpis superstitio fuit abolita, vt ex Caroli M. *capitulat. de partib. Saxon. cap. 20.* constat, nihilo tamen fecius arbores tutela publica aduersus iniurias grauius fuere munitae, ita vt nihil interesset, quo in loco quis eiusmodi damnum intulisset. *Lex Salica* in *Tit. 8.* grauem poenam minatur iis, qui arbores domesticas auferre aui fuerint, siue quis eam ex curte, hoc est, ex area aedificium, quod incolebatur, ambiente, siue extra curtem surripuisset. Eadem quoque in *Tit. 27, 24 seqq.* vtilem securitatem praestat arboribus, quae in agris hortisque reperiuntur, serioque cauet, ne quis arbori frugiferae corticem detrahat. Neque est dubitandum, quin subsecutis quoque temporibus-prisca legis seueritas vsu fuerit seruata. In *legē certe Longobard. Libr. 1. Tit. 19, 8.* luculenta inest sanctio, quae arbores, praesertim frugiferas, acriter tuetur. Quo odio prisca Saxones eos, qui vites arboresque frugiferas effoderunt, vel ceciderunt, persecuti fuerint, satis ex *iur. prouinc. Saxon.* intelligitur. Ita enim Repkoui *Libr. 1. art. 21.* scribit: Leibzucht kann den Weibern niemant brechen, wes der lebendige oder nachgebohrne Erben, noch kein Mann, auf den das Guth erstorben möcht, sie verwickten es dann selber, als ob sie Weinstöcke ausgrüben, oder fruchtbare Bäume abhieben. Putat igitur compilerator iuris Saxonici, feminam ideo, quod vites arboresque sustulerit, amittere dotalium. Sed, licet hoc nimis videatur esse durum, eaque causa non sit idonea, cur vidua lucro legitimo et ad sustentandam vitam necessario sit priuanda, inde tamen, quid veteres de damno arboribus dato senserint, perspicue intelligitur. Vt vero Saxones arbores facerent magis tutas, aliud excogitarunt remedium huic fini assequendo valde aptum. Sanxere scilicet, vt is, qui arbores frugiferas excideret, multam triginta solidorum praestaret. Ita certe in *iur. prouinc. Saxon. Libr. 2. art. 28.* his verbis cautum est: fischet er aber in Teichen, die gegraben sind, oder hauet er Holz ab, das gesetzt ist, oder tragende Bäume, oder bricht er etnem sein Obst ab, oder hauet er malbäume ab, oder grebet Steine aus, die zu Marksteinen gesetzt seyn, er muß dreyßig Schilling zur Buße geben. Ex hoc igitur loco apparet, damnum arbori frugiferae datum, multa triginta solidorum esse luendum. Olim hanc multam semper cessisse ei, qui damnum passus fuerat, ipsumque damnum, ea praestita, fuisse reparatum,

paratum, verbum Buße nos dubitare haud finit. Etenim hoc vocabulum vsurpatur de multa laeso praestanda, non vero de poena a iudice decernenda. Hinc in *Libr. 3. art. 53. iur. excitat.* hoc diferimen traditur: jeglicher Richter hat Gewette in seinem Gerichte und keine Buße. Dann der Richter mag beyde, Kläger und Richter nicht geseyn. Man giebt auch niemand Buß, denn dem Kläger. Conferatur Carol. Guilielm. Gaertner ad *leg. Saxon. Tit. 2. §. 7.* Haec vero prisca iuris Saxonici severitas in *Constitut. 37. Part. 4.* fuit repetita, qua quidem ita cautum est: diejenigen, so tragende, oder fruchtbare Bäume, als Eychen, Buchen, Aepfel- und Birnbäume, Weinstöcke, Weiden, geprüfte junge Bäume, Hopffen und dergleichen abhauert, mit schelen, oder auch in andere Wege verderben, sollen den Werth solcher Bäume bezahlen, und darzu vor jedem abgehauen, oder verderbten fruchtbaren Baum, demjenigen, so er zugestanden, 30 Schilling Pfennige, thut zwey alte Schock, nach Inhalt Sächsischer Rechte verbußen; oder da sie solchen Schaden nicht erstatten, noch die Straff erlegen möchten, sonst willkührlich mit Gefängniß und dergleichen gestrafft werden. Carpzovius putat, mulctam hac lege definitam pertinere ad magistratum, cum is, cui damnum accidit, praeter aestimationem arborum nihil petere queat. Vide eius *definit.* 1. huic legi subiectam. Sed, quis non videt, hanc interpretationem cum ipsis legis verbis non congruere? Sensus eius satis manifestus est, vt ideo cum pluribus declarare haud sit necessarium. Ceterum hic consulendi erunt Berlich. in *decis.* 121. Berger in *Elect. iurisprud. criminal. cap. 1. §. 16.* et Mencke in *Systemat. iur. civil. secundum Pandect. Libr. 47. Tit. 7. §. 3.*

SPECIMEN VI.

I.

De institutione heredis in alterius arbitrium haud conferenda.

Multa negotia ita comparata sunt, vt, licet libero consensu sint per-
ficienda, alienum tamen arbitrium, in quibusdam rebus ex natu-
rali aequitate definiendis, haud respuant. In emtione venditione con-
uentio, vt, quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit emta, omnino rata
est, ita quidem, vt, si tertius pretium constituerit, contrahentes ab eius
arbitrio recedere non possint. *L. ult. C. de contrah. emt. et §. 1. I. de emt.
et vendit.* In locatione conductione mercedis constitutio alienae volun-
tati pariter recte subiicitur. *L. 25. D. locat. conduct.* Num vero volun-
tatis vltima in alterius arbitrium conferri queat, non temere quaeritur.
Ea enim debet esse certa atque perspicua, vi, dolo omnique fraude va-
cua. *L. ult. D. si quis aliquem testari prohibuerit.* Et, quem in finem tot
sollemnitates supremum iudicium declaraturis obseruandae, sunt reper-
tae, nisi in eum, vt eiusmodi iudicium reddatur satis tutum? Nihilo
tamen minus Vlpianus in *l. 43. §. 2. D. de legat. 1.* non simpliciter neg-
gat, legatum ab aliena voluntate pendere posse, his quidem verbis: *le-
gatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.* E contrario Mo-
destinus in *l. 52. D. de condit. et demonstrat.* legatum in alienam volunta-
tem conferri non posse, tradit. Sed inter Vlpianum et Modestinum
vera dissensio non est. Recte enim iam obseruauit Cuiacius in *commen-
tar. ad legem Vlpiani adductam*, Modestinum ita esse interpretandum, vt
legatum in merum alterius arbitrium conferri non queat, licet eius
praestatio a facto, quod alter suscepturus est, ita pendeat, vt illud ve-
ram conditionem inuoluat. Eandem vero sententiam secutus esse vi-
detur Vlpianus, ex cuius mente tunc legatum in aliena voluntate poni-
tur, si illud sub adscripta conditione fuerit relictum. Affirmamus igitur,
legata aliorum mero arbitrio non esse submittenda, licet conceda-
mus, saepius ea tunc demum vires habere, si alter certum factum, a
cuius euentu legatum pendet, praestiterit. Sed nondum omnia sunt
fatis

fatis aperta. Cum enim Vlpianus in loco excitato legatum in heredis voluntatem conferri posse neget, alibi vero, vti in *l. 11. §. 7. D. de legat. III.* diuersam prorsus sententiam amplecti videatur, operam dabimus, vt hunc quoque scrupulum dissoluamus. Lex, cuius modo mentionem iniicimus, ita se habet: *quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeat, si voluerit, tamen si ita adscriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaueris, si aestimaueris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur, debetur.* Non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono fideicommissum relictum. In *l. 75. §. 1. D. de legat. I.* vero de hac re sic statuit: *si sic legatum vel fideicommissum sit relictum, si aestimauerit heres, si comprobauerit, si iustum putauerit, et legatum, et fideicommissum debetur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.* Ex quibus satis est perspicuum, legatum ac fideicommissum interdum heredis voluntati omnino permitti, illudque tunc relinquere vtiliter. Sed ideo Vlpianus sibi non repugnat. Non enim est dubitandum, quin eiusmodi legata in voluntatem heredis tamquam in viri boni arbitrium, recte conferantur. Quodsi factum fuerit, heres munus viri boni ita, vti testator optauit, praestare, eiusque desiderio, vti ipsa aequitas iubet, satisfacere debet. *L. 1. D. de legat. II.* Scilicet officia boni viri late patent cumque eximiis virtutibus sunt coniuncta. Pulcre imaginem viri boni exprimit Cicero *de offic. Libr. 3. cap. 19.* vbi eum ait prodesse, quibus possit, nocere nemini, nisi fuerit iniuria laesissus. Summo studio id aget, vt spem testatoris expleat, turpemque suspicionem impietatis euitet. Ita putamus omnia, quae veteres de legato in voluntatem heredis collato praeceperunt, esse interpretanda. Conferatur quoque Cuiacius in *obseruat. Libr. 2. cap. 2.* et Illustr. Frideric. Esaias a Pufendorf in *obseruat. iur. vniuers. Tom. III. obseruat. 9.* lam ad quaestionem accedimus, num quoque heredis institutio in alterius arbitrium conferri queat? Quam iure meritoque negandam esse, arbitramur. Vitium vero potissimum auctoritate Caii, qui in *l. 32. D. de heredib. instituend.* hanc sententiam tradit: *illa institutio, quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est.* Nam satis constanter veteres decreuerunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Quod quidem praeceptum vti moribus antiquis, ita quoque communi vtilitati maxime conuenit. Erat antiquitus receptum, vt ciues Romani testamenta publice atque sollemniter conderent, heredesque palam significaren-

ficarentur. De antiqua testandi forma hic copiosius dicere nihil attinet, cum iam multi iidemque doctissimi viri in ea erudite explicanda feliciter elaborauerint. Ablegamus potius huius rei studiosos ad Gellium *Libr. 15. cap. 27.* eiusque interpretem eruditissimum Io. Ludov. Conradi in *excurs. ad eundem p. 527.* item ad Theophilum in *paraphras. institut. Libr. 2. Tit. 10.* Id tamen silentio omittere haud debemus, Romanis visum fuisse necessarium, ut testator voluntatem suam luculenta ratione exprimeret verbisque vteretur imperatiuis et ciuilibus, non vero precatiuis minusque receptis. Quam in rem testem satis locupletem producimus Ulpianum, qui in *fragment. Tit. 21.* tradit: *heres institui recte potest his verbis, Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse iubeo.* Illa autem institutio, *heredem instituo, heredem facio, plerisque improbata est.* Haec vero verba satis esse certa arbitrioque alieno non obnoxia, quisque intelligit. Non quidem ignoramus, postea prudenter fuisse introductum, ut in heredibus instituentis prisca verborum sollemnitas haud amplius esset necessaria. Sanxit omnino Imperator Constantinus in *l. 15. C. de testament.* ut tabulae testamentorum, quibuscunque verbis, siue imperatiuis et directis, siue inflexis verbis, conceptae, essent ratae. Sed inde non est inferendum, heredis institutionem alieno arbitrio permitti potuisse. Cum enim Iustinianus in *l. 29. C. Titul. excitat.* expressis verbis cauerit, ut a testatore nomen heredis esset scribendum vel nuncupandum, facile est ad intelligendum, eum iuris antiqui regulam confirmasse. Nec hodie aliud erit statuendum. Etenim Maximilianus I. in *ordination. notar.* de anno 1512. Romanas sollemnitates denuo repetiit. Interest profecto omnium, summa hominum iudicia esse firma, eaque fraudibus, cauillationibus incertisque arbitriis non exponi. Itaque Iureconfulti Ienenses, teste Lynckero in *decisionib. centur. 4. No. 314.* testamentum a marito nomine uxoris factum, cuius quidem arbitrio illud vxor prorsus permiserat, tamquam irritum anno 1697 reiecerunt. Adde Stryck. *de cautel. testamentor. cap. 3. §. 7.*

II.

De instrumentis dotalibus ad probandum matrimonium haud necessariis.

Inter grauissima vitae humanae negotia praecipuum locum tenet matrimonium, quod origine diuinum, vsu vero omnibus gentibus commune est. Quod ut efficiatur certius, variorum populorum moribus,

bus, sollempniter est ineundum. Nolumus iam varios ritus, quibus priscae gentes matrimonia inire fuerunt solitae, commemorare, vel ea, quae de institutis Romanis ab antiquitatum scriptoribus diligenter fuere exposita, anxio studio repetere. Potius breuitatis, qua circumscripti sumus, memores, eam quaestionem, num instrumenta dotalia, iure quidem Romano, ad probationem matrimonii sint necessaria, strictim attingemus. Quod quidem argumentum nobis imprimis subministravit Iustinianus in §. 13. *l. de nupt.* vbi quidem duplicem modum tradit, quo liberi extra iustum matrimonium nati, iura liberorum legitimorum nanciscuntur. Primo meminit eorum, qui curiae dati sunt, de quibus copiosa exstat sanctio in *l. 3. C. de natural. liber.* Deinde ad legitimationem per subsecutum matrimonium progreditur, de qua ita constituit: *nec non is, qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur.* Iustiniano vero instrumenta dotalia visa fuisse vtilia tunc, si quis probare vellet, se mores animumque mutasse, atque affectionem, qua huc vsque concubinam amplexus fuerat, in amorem maritalem conuertisse, alibi aperte ostendit. Dilucidius vero suum consilium in *l. 10. et l. 11. C. de natural. liber.* idem Imperator exposuit, cum quibus coniungi debet *Nouell. 12. cap. 4. et Nou. 19.* ex quibus omnibus liquido apparet, Iustinianum tabulis dotalibus magnam vtilitatem tribuisse. Sed hoc non ita est accipiendum, ac si noster Imperator sibi persuaserit, eiusmodi tabulas ad probandum connubium legitimum simpliciter esse necessarias. Etenim recte Vlpianus in *l. 30. D. de R. I.* statuit, solum consensum facere nuptias. Non quidem negamus, olim discrimen inter vxorem iustam atque concubinam, maxime ex dote data acceptaque fuisse diiudicatum. Hinc Lesbonicus apud Plautum in *Trinummo Act. 3. 2. v. 64 seqq.*

*Ne mihi hanc famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi,
Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.*

Tabellas quoque dotis sollempniter fuisse consignatas, ex multis veterum scriptorum testimoniiis constat, ex quibus hic nominasse sufficiat Suetonium in *vita Claudii cap. 26. et cap. 29.* Nec minus certum est, nuptias furtiuas ab iis, quae publica testificatione sunt manifestae, diligenter discerni. Ita enim *l. 7. C. de repud.* tradit: *uxor, quae in militiam*

tiam profecto marito, post interuentum annorum quatuor, nullum sospitatis eius potuit habere iudicium, atque ideo de nuptiis aliis cogitauit, nec tamen ante nupsit, quam libello duces super hoc suo voto conuenit, non videtur nuptias iniisse furtiuas, nec dotis amissionem sustinere, nec capitali poenae esse obnoxia, quae post tam magni temporis iugitatem non temere, nec clanculo, sed publice contestatione deposita, nupsisse firmatur. Sed haec omnia nos non mouent, vt a nostra sententia discedamus. Etenim nuptiae et sine dote consistunt. *L. 22. C. de nupt.* Olim certe, cum Roma adhuc moribus staret incorruptis, magis virtutes feminarum, quam earum diuitiae appetebantur. Hinc Megadorus apud Plautum in *Aulular. Act. 2. 2. v. 62:*

Dummodo morata recte veniat, dotata est satis.

Saepe quoque apud Romanos tabulas dotis dicis caussa fuisse signatas ab iis, qui, vt maritorum praemia consequerentur, nuptias simularunt, iam obseruauit Heineccius in *commentar. ad leg. Pap. Popp. p. 199.* Non erit incommodum hic afferre auctoritatem Quinctiliani, Romanorum morum peritissimi, qui *Libr. 5. cap. 11. institut. orator.* ita scribit: *nihil obstat, quo minus iustum matrimonium sit mente coeuntium, etiamsi tabulae ob-signatae haud fuerint. Nihil enim proderit signasse tabulas, si mentem matrimonii non fuisse, constabit.* Quae sententia vt est naturae in matrimonii salutique publicae omnino consentanea, ita quoque ipsis legibus Romanis facile confirmari poterit. Etenim Imperatores Diocletianus et Maximianus in *l. 13. C. de nupt.* idem iudicium tulerunt his quidem verbis: *neque sine nuptiis instrumenta facta ad probationem matrimonii sunt idonea, diuersum veritate continent, neque non interpositis instrumentis, iure contractum matrimonium est irritum: cum, omiſſa quoque scriptura, cetera nuptiarum iudicia non sint irrita.* Quae cum ita sint, quid de Iustiniano instrumenta dotalia exigente nobis videatur, intellectu est facile. Restringimus eius sanctionem ad eam duntaxat speciem, quando quis feminam, cum qua in concubinato vixerat et ex qua liberos susceperat, iam in consortium legitimi matrimonii sibi asciscere vellet, eo quidem consilio, vt liberi naturales iura legitimorum liberorum nanciscerentur. Tunc enim necesse erat, vt instrumenta dotalia, non tam ad probationem matrimonii, quam potius ad effectum legitimationis recte peragenda, interponerentur. Consulendus hic erit laudatus Noodtius ad *Libr. 1. Tit. 6. D. et Gebauerus ad institut. in excurs. 4. §. 4.*

III.

De herede gesta defuncti rescindente.

Quod vulgo traditur, heredem facta eius, cui succedit, nullo prorsus modo impugnare posse, id quidem plerumque, sed non semper verum est. Vti enim heres interdum factis antecessoris haud obligatur, ita quoque eadem, ex causa satis iusta, rescindere haud prohibetur. Sed, ne temerarias opiniones consecrari videamur, hanc rem diligentius considerare erit necessarium. Ac primo quidem ipsi in ea sumus opinione, heredem in vniuersum ius, quod defunctus tempore mortis habuit, succedere, hancque regulam tam late patere, vt ad iura realia et personalia pertineat. *L. 62. D. de R. I.* Certe Pomponius in *l. 37. D. de acquirend. vel omitt. hereditat.* hunc sensum clare satis exprimit, his quidem verbis: *heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit: cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.* Vlpianus vero in *l. 52. §. 1. D. de pact.* ait, heredem pacto, quod defunctus iniit, fidem praestare debere. Deinde lubenter concedimus, vniuerso iure esse cautum, ne quis pro parte iudicium defuncti agnoscat, pro parte vero repudiet. *L. 8. §. 10. D. de inoff. testamen.* Caius in *l. 7. D. de bon. libertor.* credit esse absurdum, iudicium defuncti partim comprobare, partim vero euertere. Quin Pomponius in *l. 38. D. de legat. I.* statuit, legatario haud permitti legatum pro parte acquirere, pro parte vero spernere. Adde *§. 4. et 5. I. de inoffic. testam.* Sed nihilo secius regula supra posita varias admittit exceptiones. Vti enim iura mere personalia, verbi causa, dignitas, imperium, tutela, vsusfructus et alia commoda, ad heredes non transmittuntur, sic quoque iidem factis defuncti non in vniuersum ita obstringuntur, vt omnia, quae fecit, praestare cogantur. Perspicue Paulus in *l. 20. D. de poen.* scribit: *si poena alicui irrogatur, receptum est iure commenticio, ne in heredes transeat, cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.* Licet vero ratio a Paulo allata non satis nobis videatur esse idonea, propterea quod finis poenarum primarius non tam emendandis hominibus, quam potius tuendae securitati publicae inferuiat, inde tamen satis intelligitur, poenas in heredes non transire. Quod iam ipsa suadet ratio, cui insontes punire omnino erit contrarium. Delicta suos tenent auctores, neque, vt Callistratus in *l. 26. D.*

Titul. exciit. eleganter loquitur, in crimen alienum succeditur. Conferatur in primis ad hanc *legem* Edmund. Merillii *interpretatio* in *Ottonis thesaur.* Tom. III. p. 622, Quod si defunctus in societate, deposito, similibusque negotiis dolum admiserit ita, ut si adhuc viueret, periculum bonae existimationis faceret, actio famosa aduersus heredes eius, doli haud participes, nullo prorsus modo conceditur. *L. 6. §. 6. D. de his, qui notant. insam.* In genere vero dicendum est, heredes ex factis defuncti illicitis non obligari. Quoties igitur is aliquid suscepit, quod legibus prorsus repugnat, toties inde obligatio ad eiusdem heredes non descendit. Pulcram speciem hic suppeditat. *l. 7. C. de agricol. et censit.* Nec voluntas testatoris legibus bonisque moribus contraria, erit seruanda. Ita heres sub conditione minus honesta institutus, eam implere nec debet, nec potest, sed hereditatem tamquam pure relictam capit. *L. 9. et 27. D. de condit. institut.* Obligatio soluendi aes alienum a defuncto contractum, ad omnes heredes pertinet. Licet igitur quis promiserit, suum heredem debitum totum esse soluturum, haec tamen promissio heredem non adstringet, ut in maius, quam pro rata hereditaria, obligetur. Ita enim Iulianus in *l. 56. D. de verbor. obligat. §. 1. tradit: te et Titium heredem tuum decem auturum spondes? Titii persona superuacua comprehensa est.* Sive enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur, siue pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius, obligabitur, et quamuis conuenisse videatur, ne ab alio herede, quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conuentum coheredibus eius erit. Scilicet ea pacta, quae aduersus leges, plebiscita, senatus consulta atque edicta principum sunt inita, praetor non seruanda esse, existimauit. *L. 7. §. 7. D. de pact.* Nemo pacisci potest, ne dolum praestetur, ne furti vel iniuriarum agatur, ne quis interdicto vnde vi, experiatur. *L. 27. §. 3. seq. D. Titul. exciit.* Quodsi quis eiusmodi pactio-nes inierit, eius heredes inde non obligantur. His aliud exemplum subiungimus. Fac, testatorem in testamento suo prohibuisse, quominus cautio ab eo, cui usufructum bonorum suorum reliquit, exigatur. Si aequitatem respicis, eiusmodi constitutio, uti copiosius monstrauit Illustr. Carol. Ferdinand. Hommelius in *dissert. de iniquitat. leg. Romanar. remission. caut. usufructuar. testatori denegent.* §. 25. a sana ratione non abhorret. Sed aliud in *l. 1. C. de usufruct. et l. 7. C. ut in possess. legator.* cautum est. Igitur eiusmodi prohibitionem heredi non obeffe, statuamus necesse est. Quin ex eo, quod heres in ius defuncti succedat, aliam regulam, stabiliendae nostrae regulae commodam, deducimus. Quicquid

quid enim testator, si is adhuc viueret, rescindere posset, illud quoque eiusdem heres impugnare non impeditur. Fac igitur, testatorem emtionem, vnde vltra dimidium laesus est, contraxisse, vti ipse eam ex l. 2. C. de rescindend. vendit. infirmare posset, ita similem potestatem eius heredi non sumus denegaturi. Ita quoque statuit V. C. Iust. Christ. Ludov. de Schellwitz in *comment. vtrum heredi remed. l. 2. C. de rescind. vendit.* detur. Saepius vero heres vtitur iure singulari legumque beneficiis ita iuuatur, vt defuncti factis stare haud teneatur. Hinc Iureconsulti Ienenfes, cum filia, quae patri heres exstiterat, praedium maternum, quod is distraxerat, post eius obitum repetere vellet, hanc eidem facultatem concesserunt. Vide Lyncker. *decis. centur. 2. No. 116.* Addimus Carpouzium *Part. 2. constitut. 48. def. 3.*

III.

De locatione conductione ob metum singularem rescissa.

Conduxerat quis domicilium ad tempus certum, mercede constituta, idque cum familia sua inhabitare coeperat. Dum aliquamdiu in eo commoratur, casu febili accidit, vt quaedam femina, quae in iisdem aedibus versabatur atque eadem contignatione nostro conductori coniungebatur, cultro per pectus transfixo, se ipsa interimeret, horrendumque facinus in loco, per quem conductori eiusque liberis quotidie erant transeundum, perpetraret. Ibi cum exanimata, cruore repleta iaceret, tantum horrorem conductori atque iis, qui eiusdem familia continebantur, incussit, vt postea liberi conductoris per istum locum non, nisi pauidi totoque corpore contremiscentes, iter facerent. Conductor igitur, vt hoc incommodum effugeret, licet tempus conductionis nondum esset elapsum, supellectilem colligit, atque, inuito locatore, ex domicilio conducto emigrat. Locator actione locati eum pulsat integramque mercedem postulat. Reus, se iusto metu compulsam discessisse, ideoque, vt vltra ratam temporis quid amplius praestet, cogi non posse, obiiciebat. Sibi enim suisque cadauer cruentum semper ante oculos versari sibi que magnopere cauendum esse, ne liberis suis inde morbus periculosus contraheretur, aiebat. Quae species cum Iureconsultis Vitemburgensibus decidenda traderetur, ita fuit decisa

mensē

mense quidem Maio 1775, vt damnum hoc modo datum inter locato-
 rem et conductorem diuideretur. Exeunte anno conductor discesse-
 rat, cui adhuc per dimidiam partem subsequenti anni in conducto
 domicilio, secundum legem contractus, fuisset commorandum. Con-
 demnabatur reus, vt pensionem trimestrem adhuc praestaret, ceterum
 actio, quatenus ad consequendam reliqui temporis mercedem erat di-
 recta, reiciebatur. Fuit haec causa omnino anceps atque dubia. Vi-
 debatur conductor esse obligatus, vt totam mercedem solueret, cum
 ante tempus definitum, domum conductam deseruisset. Neque erat,
 cur locator ex tristi casu, qui ei imputari haud poterat, aliquid damni
 perciperet. Metus quoque, quem conductor obiiciebat, non satis ius-
 tus videri poterat. Expressis vero verbis Celsus in *l. 184 de R. I. de-*
clarat, vani timoris iustam excusationem non esse. Dudum quoque
 Christian. Thomafius in *dissertatione* singulari, Halae 1711 habita, mon-
 strauit, contractum conductionis ob metum spectrorum non posse re-
 sciendi. Et quis quaeso, hodie amplius tam timido est animo, vt spe-
 ctra metuenda esse, credat? Interest quoque reipublicae, contractus bo-
 na fide in totos fideliter seruari vanasque exceptiones non attendi. Sed
 non desuere rationes iustae, cur litem, cuius supra memini, ita decidere-
 mus, vt damnum inter locatorem et conductorem diuideremus. Scilicet
 Paulus in *l. 55. §. 2. D. locat. conduct.* haec praecipit: *qui contra legem con-*
ductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad soluendas to-
tius temporis pensiones, ex conducto conueniri potest, quatenus locatori in id,
quod eius interest, indemnitas seruetur. Statuit igitur, ei conductori, qui
 sine iusta causa ex conducto praedio discessit, non esse subueniendum,
 non vero quemuis conductorem, qui fundum deseruit, eadem neces-
 sitate adstringit. Quod si quis iusto metu adactus, ex conducto domi-
 cilio aufugerit, licet periculum, quod timet, vere haud adsit, ei erit
 ignoscendum. Sic enim Alfenus in *l. 27. §. 1. D. Titul. exci.* pronun-
 ciat: *iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mer-*
cedem, nec ne? Respondit, si causa fuit, cur periculum timeret, quamuis pe-
riculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem, sed si iusta timoris caus-
sa non fuisset, nihilo minus debere. Thomafius fundamentum suae sen-
 tentiae in eo posuit, quod metus spectrorum non sit iustus, sed vanus.
 Sed haec ratio ad nostram speciem accommodari haud potest. Quis
 enim neget, liberos tenerae potissimum aetatis admodum esse meticulo-
 sos indeque saepe iisdem graues nasci morbos? Talis vero metus, qui
 parentes

parentes liberorum causa inuadit, est omnino iustus, id quod Paulus in l. 8. §. 3. D. quod metus caus. aperte profitetur, his quidem verbis: haec, quae diximus ad editum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.

V.

De marito a curatore vxoris minoris bona dotalia atque paraphernalia recte petente.

Quae incommoda ex commixtione iuris peregrini ac domestici orta sint, nunc illustri exemplo declarare volumus. Acriter vulgo in foris Saxonis disceptari solet, siue curator feminae minoris obstructus, ut eius bona marito, cui nupsit, tradat? Quae quaestio ut eo rectius diiudicetur, necesse erit mores Germanicos paullo altius repetere, eosdemque cum institutis Romanorum diligentius comparare. Primo quidem ex Tacito de morib. German. cap. 20. certissime constat, apud maiores nostros matrimonia fero fuisse contracta, virginesque non cursu praepropero ad maritos festinasse. Puellarum vero pubertas olim ex matrimonio inuito iudicata fuisse videtur. Ita enim Caesarem de bell. Gallic. Libr. 6. cap. 21. interpretandum esse, putamus. Sed aliud Romae obtinuit, vbi saepius puellae impuberes, praecedentibus sponsalibus, in domum maritorum fuerunt deductae. L. 9. D. de sponsalib. et l. 32. §. 27. D. de donat. inter vir. et vxor. Deinde Germanorum moribus vxores tutelae maritorum subiiciebantur, ut ad arbitrium eorum, a quibus alerentur ac defenderentur, tanto magis sese accommodarent. Hinc in additam. I. ad leg. Burgund. Tit. 13. legimus: *quaecumque mulier Burgundia, vel Romana, voluntate sua ad maritum ambulauerit, iubemus, ut maritus ipse facultate ipsius mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat.* Haec vero tutela non solum potestatem in vxoris personam, verum etiam facultatem eiusdem bona administrandi complectebatur, ut ex leg. Wisigoth. Libr. 4. Tit. 2, 15. clare satis cernitur. Dum enim puella e domo parentum egrediebatur inque marito familiam transibat, potestate parentum liberabatur, solique marito tamquam tutori legitimo suberat. Conferatur Gaertner. ad leg. Saxon. Tit. 7. qui etiam in singulari dissertat. Lipsiae anno 1732 edita ostendit, iure Germanico

D

inter

inter impuberes et minores, tutores ac curatores non distingui. Hoc vero ius olim in primis probatum fuisse Saxonibus, clarissime cognoscitur ex *iur. prouinc. Saxon. Libr. 1. art. 31.* vbi haec traduntur: wann ein Mann ein Weib nimpt, so nimpt er sie in sein gewehr und alles ihr guth zu rechter vormundschaft. Adde *Libr. 3. art. 45.* Sed haec omnia apud Romanos aliter se habent, quorum legibus diligenter est cautum, ne sponfus sponsae, vel maritus vxori curator detur. *L. 1. §. 5. D. de excusat. L. 2. C. qui dari tutor. vel curator.* Neque nuptiae inter modos finiendi tutelam, vel curationem, vllò in loco referuntur. Id cum Doctores recentioris aetatis intelligerent, in diuersas incidere opiniones, variaque excogitarunt remedia, quibus hodie vel vxorum, vel maritorum commodis consulere. Sunt, qui existiment, feminam minorem per nuptias curationi alienae eximi. Neque haec opinio a priscais moribus abhorret, vti iam ad monuimus. Quin in vniuersa Germania receptum, vt filia, quae connubium contrahit, parentum potestate soluat, id quod copiosius comprobauit Christian. Vllric. Grupenius in *disceptat. forensib. p. 106 seqq.* Addimus hic Georg. Beyerum in *delineat. iur. German. Libr. 1. cap. 26. §. 67.* et V. C. Christian. Gottlieb. Riccium in *spicileg. iur. German. p. 475 seqq.* Neque negari potest, etiam moris antiqui expressa vestigia reperiri in nonnullis legibus recentioribus. Sic in *iur. prouinc. Buttiadingico*, quod Pufendorfus *obserrat. Tom. IV. in appendic. exhibet p. 608.* scriptum est: die Vormundschaft, samt der Curatel, soll nicht erloschen seyn, es müssen dann die Kinder 21 Jahr vollkommlich erreichet, oder vor Erreichung solcher Jahre, auf Gutbefinden unsers Praetoris pupillaris und der Vormunder Bewilligung sich verheyathet haben. In *iur. Hadelenf.* quod idem Auctor *Tom. I. obseruat. adiecit, Part. 3. Tit. 1.* haec leguntur: Vormunder sollen gegeben werden unmündigen Kindern, Jungfrauen und Frauen, die nicht begeben noch gehehligt seyn, et paucis verbis interiectis: unmündige unter den Knaben seyn, welche noch nicht achtzehn Jahr alt. Mägdelein aber werden, als lange dieselben zum Ehren nicht ausgeheuert seyn, für münnerjehrige geachtet. Alii e contrario statuunt, moribus nostris curam aetatis ideo, quod minor femina mariti tutelae fiat obnoxia, non perimi. Id igitur potissimum agunt, vt vtramque amico vinculo coniungant. Ne igitur tutelam maritalem, quam sciunt in legibus recentioribus, veluti in *constitut. 15. P. 2.* et in *decis. 24.* de anno 1661 fuisse confirmatam, nimis imminere videantur, marito quidem ius vtendi ac fruendi bonis ad vxorem pertinentibus

bus concedunt, attamen curatori, quo minor mulier adhuc est instructa, potestatem eiusdem bona administrandi, haud esse adimendam, putant. Consulatur Berger. in *oeconom. iur. Libr. 1. Tit. 4. §. 7. not. 5.* et in *Elect. disceptat. forens. p. 289.* Sed nec haec sententia satis notioni tutelae, si eius vim ex prisca moribus aestimamus, congruere videtur. Eam enim olim semper cum facultate usufructum percipiendi, et per consequens etiam cum potestate bona administrandi fuisse coniunctam, *lex Wisigoth. Libr. 4. Tit. 3. §. 3.* et *ius provinc. Saxon. Libr. 1. art. 23.* aperte ostendunt. Adeatur in primis Io. Petr. de Ludewig in *dissert. de different. iur. Rom. et German. in fructuum attribut. in primis tutel. fructuar. p. 3* seqq. Huc accedit, quod olim, discrimine, quod ius Romanum inter bona vxoria introduxit, nondum recepto, vxor, quae se suaque omnia tutelae maritali bona fiducia permiserat, extraneo curatore haud egerit. Non possumus non hic probare iudicium Beyeri, qui in *delineat. iur. German. Libr. 3. cap. 10. §. 14.* sapienter pronunciat: quod potestas erat apud Romanos, id Germanis constanter appellatur **Vormundschaft**, quae penes patres, maritos et tutores plane eadem fuisse, et in iure usufructus atque obligatione alterum alendi constituisse videtur. Sed, cum ius Romanum mores antiquos partim sustulerit, partim vero vehementer mutauerit, non est mirum, quod tutela maritorum prisca tantopere fuerit perturbata. Commendamus hic harum rerum cupidis ea, quae Heineccius in *dissertat. de perpetua feminar. tutel. cap. 2.* tradiderunt, iamque ad institutum nostrum sine mora reuertimur. Cum enim nuper accidisset, vt quidam maritus, qui sibi vxorem adhuc minorem associauerat, ab eiusdem curatore peteret, vt is bona vxoris huc vsque administrata, sibi tamquam curatori legitimo redderet, inter vtrumque vero de hac re lis exorta fuisset, Scabini Vitembergenses sententiam rogati, sic responderunt:

Daraus so viel zu befinden, dieweil vermöge Sächsischen Rechts, einem Ehemanne als rechtlichen Vormund seines Eheweibes, die Verwaltung deren Vermögens gebühret, dießfalls aber in sothanen Rechten in Ansehung derer annoch minder-jährigen Eheweiber keine Ausnahme gemacht wird, vid. Sächß. Landrecht Libr. 1. art. 31. und daher, daß in Sächsischen Landen die cura aetatis durch die Verehlichung einer noch unminndigen Weibes- Person, in Ansehung ihres dem Ehemanne ein- und zuzubringenden, so wohl Dotal- als Paraphernal- Vermögens aufhöre, von bewährtesten



sten Rechts- Lehrern gegründet behauptet, auch durch Anführung die-
serhalb ergangener Iudicatorum bestätigt wird,

Horn. in Claff. IV. Responf. XV.

Berger in Philocal. fori, Responf. XVIII.

Leyler. Medit. ad Pand. Specim. 350. med. § feqq.

fo ist Beklagter, des beschenehen Einwendens ungeachtet, inmaßen denen
Rechten nach, ordentlicher Weise, ein Ehemann als Vfructuarius legiti-
mus bonorum vxoris, Caution zu bestellen nicht verbunden, übrigens
daß ein Curator actatis, wenn er das von seiner Pflegbefohlenen ihrem Ehe-
manne ein- und zuzubringende Vermögen dem letztern gegen dessen und seines
Eheweibes, wie auch eines ihr hierzu gerichtlich bestätigten Vormunds Quili-
tung gebührend ausantwortet, für selbiges, und dessen nunmehr vom Ehe-
manne übernommene fernere Administration weiter nichts zu haften habe,
von selbst sich versteht, Klägern die Verwaltung des sämtlichen Vermögens
seiner Ehe-Consortin, so ferne davon nicht etwa durch Ehe-Pacta gewisse
Receptitia vorbehalten und ausgedungen worden, abzutreten, und demselben
ben die Erhebung derer Ruzungen von allen ihren Ein- und Zubringen zu
überlassen, ihm auch das von ihr zu inferirende Mobiliar-Vermögen sowohl
als die deren Actiua betreffende und übrige fol. 3^b. bemeldete Documente
vermittelst richtigen Inuentarii, oder eydlichen Specification, auszuantwor-
ten schuldig.

Sic mores patrios, salua tamen, quantum fieri potuit, iuris pere-
grini auctoritate, conseruare volumus.



ULB Halle

3

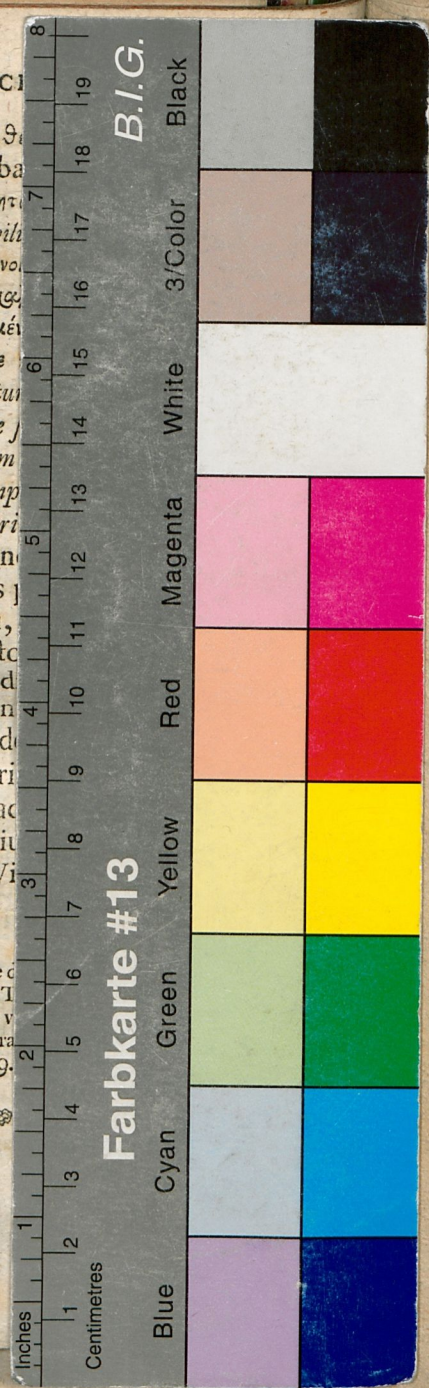
002 265 427



(f) 56.







10087
OBSERVATIONES
IVRIS ROMANI ET SAXONICI ¹⁴
Q V A S
PRAESIDE
D. GEORGIO STEPHANO
WIESANDIO

1999
75
PROFESSORE INSTITVTIONVM ORDINARIO CVRIAE
PROVINCIALIS SCABINATVS ATQVE COLLEGII
IVRECONSULTORVM ASSESSORE

PRO CONSEQVENDIS
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

DIE VIII DECEMBR A. S. R. CIOIOCCCLXXVII

H. L. Q. S

AD DISCEPTANDVM PROPOSITVRVS EST

IOANNES DAVID FELLER

LVCCAVIA · LVSATVS

IVRIS VTRIVSQVE CANDIDATVS

SPECIM. V. ET VI.

VITEMBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRISTIANI DÜRRII

ACADEMIAE. A TYPIS