

nsil. et resp.

515

Consilia et Resp:
No: 2616.

649.
Jur.

D. D. D.

Der

Patriotische

Gewiſte

Welcher ſeine

Bernünfftige Gedancken

Über

Einige Lehr- & Sätze

Aus den

Jure Naturali, Gentium, Publico, Ci-
vili Canonico & Feudali

eröffnet,

Solche nach der

Wahrheit und gefunden Bernunfft
beurtheilet und

Denen Liebhabern derer Rechte
mittheilet

Durch

Justinum de Bona mente

1. Communication.

A. O. R. 1725.

Cölln /

Ben Peter Marteau.



D. D. D.

Pactio

Wirt

1710

Ernennung

der

Ernennung

zum

Ernennung

zum

Ernennung

Ernennung

Ernennung

Ernennung

Ernennung

Ernennung

Ernennung

Ernennung

Ernennung

Ernennung



D. D. D.

Vernünftiger Leser,



A anieko deinen Augen
einen Patriotischen Ju-
risten präsentire und
dir dessen vernünftige
Gedanken über einzi-
ge Lehr-Sätze aus denen Rech-
ten bekandt machen; So will ich hof-
fen, du werdest solche auch vernünft-
tig betrachten und deine Blöße ja nicht
durch unverständiges Tadeln zuer-
kennen geben. Denn, gleichwie ich
kein Bedencken getragen, dich vor
vernünftig auszugeben: Also sollte
es mich ewig gereuen, wenn ich mich
darinnen betrogen finden und erfah-
ren sollte, wie du zwar Augen und
Nasen, aber keine gesunde Ver-
nunfft hättest. Laß dich also nicht
schimpffen, sondern siehe vielmehr
gegenwärtige Bogen mit klugen Au-
gen

gen an; Zuvor aber setze dich ein wenig bey mir nieder, und beliebe diejenigen Ursachen anzuhören, welche mich gegenwärtige Gedancken ans Licht zu stellen bewogen. Ich habe zeithero wahrgenommen, daß fast der meiste Theil derer Gelehrten, sie mögen nun die schwarze Kappe umhaben, oder sie mögen unter des Justiniani Leib-Fahne geschworen seyn, oder sie mögen mit Urin-Gläsern und Arzney-Bullen umgehen, oder sie mögen endlich sich ihre Peruques mit Schül-Staub einpudern, zwar die Kinder-Schulhe, aber nicht das præjudicium auctoritatis abgelegt. Dieses verursachet, daß hier eine Heerde und dort ein Hauffen der Pseudo-eruditorum sich einen Gelehrten Leit-Hammel erwehlet, welchen sie blind folgen und auf dessen Aussprüche und Meinungen ärger, als der Jude auf sein Schemhamphorasch, sich steiffen: Es sollte mir ein leichtes seyn, diesen Satz bey allen 4. Facultæten erweislicher zu machen, allein ich will nur bey meinen Herren Glaubens-Genossen

nossen

nossen und Amts-Brüdern bestehen
bleiben, da ich denn ein grosses ver-
wetten wollte, daß unter zehen dersel-
ben kaum einer seyn würde, welcher
mehr seiner gesunden Vernunft
und dem genuinen Verstand seines
Gesetzes folgen sollte, als daß er nicht
mit der Autorität und Meinung
des Bartoli, Baldi, Cæpollæ, und an-
derer solcher Kirchen-Lichter mehr
sich schützen, und seine Meinung,
worauf er etwa blindlings mit der
Nase gefallen, damit behaupten
dürffte. Allein, wie kan man ih-
nen doch solches vor übel halten, daß
sie an anderer Männer opinionen
wie Schuster-Pech bekleben bleiben
und kan ich es auch wohl übers Her-
ze bringen, daß ich, ohne zu beden-
cken, wie leichte man heute zu Ta-
ge mit Conferirung der Charge ei-
nes Regers-machers sey, eine solche
Doctrin, welche in denen Augen de-
rerjenigen, so die Lehr-Sätze ande-
rer Doctorum, wie die Nonne das
Pater noster herzu beten gelernet,
vor span-nagel-neu dürffte erkläret
werden, vorbringe, welche gar leicht

verursachen könnte, daß mancher armseeliger Rabulist und kleines Causen-machergen, welcher sich ohnedem über die drey præcepta generalia juris in specialioribus nicht gar zu tieff verstiengen und daher nothwendig die Meinungen anderer Rechts-Lehrer, weilen er selbst einer Sache besser nachzudencken nicht gelernet, zu seinen Scharwenzel und Nothnagel brauchen muß, sonst seine bey dem sauren Bier erdapete Frau mit Käse und Brodt ernehren müste, welche er doch noch zur Noth mit solchen gestohlenen Sachen an einen fetten Kälber-Braten sättigen, oder ihr auf Unkosten des Clienten ein niedlich Häßgen vorsetzen könnte. Doch die lieben Herren werden ja nicht böse; ich rede, wie mirs ums Herze ist, wollen sie sich getroffen befinden, können sie sich nur melden, es wird mir lieb seyn sie kennen zu lernen und ihnen noch mehr dergleichen parallel-historien zu erzehlen. Es ist mir ohnedem unglaublich vorkomen, daß einem Dupondio, der sonst nichts ge-

than

than, als daß er biß an den 10. Titul
 derer Institutionum: de nuptiis kom-
 men und etwan über den 5. Titul
 des II. Buches derer Pandecten: de
 aleatoribus privatissime ein Collegi-
 um practicum gehöret, das practi-
 ciren nicht so, wie der Kuh das neue
 Scheun = Thor, vorkommen solte.
 Dürffte sich nun ein solcher herum-
 schweiffender Don Qvixete in denen
 Rechten bey mir angeben und mich
 durch sein lebendiges Exempel vor
 einen ungläubigen Thomas schelten:
 So werde gar gerne die Wahrheit
 dessen erkennen und in Zukunft da-
 vor halten, man könne, ohnerach-
 tet die vier Könige in der Charte ei-
 nen weit besser, als die 4. Theile des
 Corporis Juris bekandt, dennoch den
 Mahmen eines berühmten Rechts-
 Consulenten und Practici wegschnap-
 pen. Aber ich habe nun lange ge-
 nung mit solchen Leuten geredet, wel-
 che wohl Zeit Lebens nicht klug wer-
 den dürfften, wenn sie auch das Salz
 ärger als eine Ziege äßen, ich müste
 nur besorgen, sie dürfften mich auch
 etwan in die Zunft ihrer Spiel-Ge-
 sellen

sellen aufzunehmen suchen; Daher
 nehme ich lieber mein adieu und will
 hingegen mit Leuten, so weit geschei-
 ter, als sie, noch etwas discouriren,
 und ihnen entdecken, daß mir nichts
 mehr die Zeit meines Lebens zuwie-
 der gewesen, als wenn ich gesehen,
 daß man in keinen materiis juris sei-
 ne eigene Vernunft und Gedancken
 zu Rathe gezogen, sondern, was et-
 wan ein Dictator in foro vorgeschwa-
 get, als ex tripode dictum angenom-
 men; daher habe ich mir allezeit bey
 Bekandtmachung derer Rechte die
 Mühe genommen, so mich auch nicht
 gereuet, mehr mein eigen Gehirn,
 als die Autoritates anderer Docto-
 rum, welche öffters auff einen sehr
 seichten Grunde fußen, darbey zu
 Rathe zu ziehen, und denen Wahr-
 heiten selbst immer tieffer und gründ-
 licher einzusehen. Gegenwärtige
 vernünftige Gedancken werden
 solches an Tag legen, und satzsam
 weisen, daß man durch fleißiges
 meditiren viele difficultäten über-
 winden könne. Ich suche damit kei-
 ne eitele Ehre, noch viel weniger will
 ich

ich andern berühmten Männern
 ihr bey der Welt mit allen Recht er-
 langtes Ansehen schmälern; sondern
 diejenige Neigung, welche von mei-
 nen zarten Alter an gegen die War-
 heit bey mir verspüret, ist bloß die be-
 wegende Ursache, welche mich hierzu
 bracht und mir noch täglich zuruf-
 fet, alle meine Kräfte dahin anzu-
 wenden, damit in Entdeckung der-
 selben dem menschlichen Geschlech-
 te mögte gedienet werden, wovon
 auch niemalsen ablassen werde, so
 lange mein sterblicher Leib noch ei-
 nigen Athem holet. Ich will also
 hoffen, man werde hierüber nicht
 etwan saure Gesichter machen, oder
 mir wohl gar libertatem sentiendi
 abschneiden und mir verwehren wol-
 len, daß ich derjenigen Spur bestän-
 dig nachgehe, welche mir Vernunft
 und Recht zeigt. Ich habe ja kein
 Handwerck gelernet, sondern ich bin
 solchen Wissenschaften ergeben, wel-
 che sich nicht in unvernünftige Grän-
 zen einschliessen lassen; dahero eige-
 ne ich mir auch allerdings die Frey-
 heit zu, welche sich andere heraus
 nehmen,

nehmen, und kan so gut von ihren
 Lehr-Sätzen und opinionen abwe-
 chen, als ihnen unbenommen ist,
 auch von meinen gegenwärtigen
 Gedanken zu dissentiren. Sollte
 man alles das, was ein oder der an-
 dere vorbringet, vor unstreitig wahr
 annehmen, so würde nur in der
 Welt ein despotismus der Gelahr-
 heit seyn. Eben deswegen besitzen
 wir den Verstand und werden ver-
 nünfftig gebohren, daß wir selbst
 nachdencken, und nicht, wie das
 Kalb dem Fleischer, also auch ande-
 rer Männer Meinungen blindlings
 nachfolgen sollen, sondern das Wahr-
 scheinliche von den Wahren wohl
 unterscheiden und dabey überlegen
 lernen, daß bey den erstern noch im-
 mer einiger Zweifel übrig bleibe.
 Mache du es mein Leser, mit mir
 auch also, ich werde darüber nicht
 böse werden, sondern beständig fort-
 fahren, mich meiner eigenen Ver-
 nunfft so zu bedienen, daß ich durch
 solche alle deine Fehler und Gebre-
 chen entdecken, die meinigen aber
 verbessern könne; doch, ehe du der-
 glei-

gleichen Inquisition mit mir anstellen willst, so biß doch so gut und fange nur erst von dir selbst an, damit du nicht, wenn du den Splitter aus meinen Augen zu ziehen dich bemühest, etwan wohl gar den Balcken in deinen behalten mögest. Noch eines ist übrig, nemlich zu eröffnen, warum mich entschlossen, diese meine Gedanken Stückweise und als ein Journal zu publiciren; Doch dieses ist leicht zu errathen, denn soll ich offenhertzig reden, welches mir auch keine Schande seyn wird, so muß gestehen, daß noch zur Zeit allen Wahrheiten derer Grund- und Lehr-Sätzen unserer Rechts-Lehre nicht vollkommen einsehen mögen; Dahero bin auch nicht vermögend gewesen, alles auf einmahl vorzubringen, sondern ich muß mich damit trösten, daß, wie das Vermögen des Leibes zunehmen wird; also auch die Kräfte meiner Seelen mit denselben zugleich wachsen werden, und ich folglichen mit der Zeit durch die Hülffe Gottes noch bessere Einsichten in die Rechts-Lehren erlangen können; welche denn,
da

Da ich dessen theilhaftig worden, von Stück zu Stück meinen Nächsten willig mittheilen, und mir eine Freude machen will, wenn ich so glücklich seyn kan, daß er es gütig aufgenommen. Doch werde ich mich an keine Ordnung der Zeit binden, oder bemühet seyn, daß etwan mit Ablauf jeden Monats ein Stück dieser meiner Gedancken so gewiß verfertiget sey, als die Brezeln in der Fasten-Zeit. Dieses wäre nur ein Joch vor den Bestand, und könnte leicht ein abortus unzeitiger Gedancken daraus entstehen, sondern, nach dem ich aufgeräumt und die Kräfte der Seelen ermuntert gewesen, eine materiam juris vor die Hand zu nehmen, und solche so, wie es Vernunft und Wahrheit erfordert, zu überlegen, nach solcher Gelegenheit werden sich auch ein oder mehrere Stück meiner vernünftigen Gedancken öffentlich præsentiren, und wenn deren zehen beisammen, allezeit einen vollkommenen Band ausmachen. Ich muß schliessen, bitte mir aber nochmalen einen vernünftigen Leser aus, welcher diese Gedancken ohne Vor-Urtheile bedächtig durchliesset und vernünftig beurtheilet, damit ich auch mit ihm vernünftig reden könne.

D. D. D.



D. D. D.

Des

Patriotischen Juristens

I. Pensée.

Die Machung derer Testamente
ist nach dem Vernunft-
Rechte unbekandt.

Duß ein Juriste das Recht der Na-
tur wohl studiret haben muß, will
er anders in Erklärung derer Ci-
vil-Gesetze nicht unvollkommen
verfahren, ist eine längst ausgemachte Sa-
che. Denn gleichwie es gewiß, daß die
meisten Römische und andere Bürgerliche
Gesetze vieles aus der Vernunft behalten
S. ult. J. de Just. & Jur. also folget noth-
wendig, daß auch dergleichen Gesetze aus
der Vernunft beurtheilet, begränket, er-
weitert und erleuchtet werden müssen.
Wohin zu noch kommet, daß gar öfters
in die Civil-Rechte solche Dinge mit ein-
fließen, welche nach den Gesetze der Ver-
nunft entweder gar nicht zugelassen, oder
doch

- doch wenigstens in solchen nicht begrün-
4. det sind. Es weist solches vornehmlich die Lehre von Testamenten aus, als welche, wenn man die Wahrheit reden will, dem Natur-Rechte gänzlich unbekandt und
 5. in denselben nicht fundiret sind. Ob nun wohl die meisten davor halten, daß zwar die Solennia, welche circa testamenti factio- nem zubeobachten, juris civilis, das Recht aber selbst zu testiren juris positivi, sive naturalis seye; So glaube ich doch, daß we- der das eine noch das andere aus der Ver- nunfft könne erkennet werden. Denn se- he ich das jus testandi selbst an, so ist das selbige eine solche Verrichtung, vermöge welcher der Testator seinen letzten Willen ganz allein erkläret, und, wer nach seinen Todte die von ihn hinterlassene Güther ü- berkommen soll, eröffnet, welche disposi- tion aber nicht eher ihre Würckung und Krafft erreicht, als bis man gestorben, in Ansehung, daß vor unsern Todte uns ie- derzeit freysethet, unsern gemachten letzten Willen, oder Testament annoch zu ändern,
 7. oder zuverbessern. Wie schlecht aber der- gleichen negotium, seine Güther auf eine solche Art ändern zu übergeben, mit der Vernunfft und dem lege naturali überein- komme, wird sich so gleich mit mehrern ver- offenbaren, wenn wir nur dieses voraus- gesezet, daß die ganze Sache auf das cha- pitre vom Eigenthum ankomme. Dieje- nigen
 - 8.

nigen

nigen nun, welche diesen Satz: testamenti
 factionem esse juris naturalis zu behaupten
 suchen, gründen sich vornemlich auf den
 allgemeinen Schlandrian, und halten da-
 vor, daß, wie man sich eine Sache entweder
 durch die occupation, oder durch die præscri-
 ption u. Verjährung, oder durch Verträge
 und Contracte zu eigen machen könne; also
 auch die succession, sie geschehe nun ab inte-
 stato, oder durch ein Testament, vor ein ha-
 biler modus acquirendi Dominium nach dem
 natürlichen Rechte zu halten sey. Allein, 9.
 wenn man die Wahrheit reden und der
 Sache recht einsehen will; so wird sich fin-
 den, daß Lex naturalis von keiner andern Art
 das Dominium einer Sache zu überkommen
 wisse, als welche durch die occupation, ac-
 cession und tradition geschehe; den modum
 acquirendi derivativum per mortem prioris
 domini aber gänzlich ignorire. Zwar ist 10.
 andern, daß das Recht zu testiren von der
 Vernunft nicht expressa sanctione verbo-
 ten, weiln heut zu Tage ein ieder, nisi na-
 turâ impediatur, vel lege civili prohibeatur,
 ein Testament aufrichten kan; allein es ste- 11.
 het nicht abzusehen, wie man die Declari-
 rung seines letzten Willens und die ver-
 möge solcher entstehende succession und oc-
 cupation in die Güter des Verstorbenen,
 ex ratione herleiten könne, sondern es ist eine
 ausgemachte Wahrheit, daß das jus te-
 standi seinen Ursprung aus denen Bürger-
 lichen

12. lichen Gesetzen habe. Wir dürfen nur den primærum statum ansehen, so werden wir befinden, daß damalen ein jeder die Freyheit gehabt, derer Creaturen nach seinen Gefallen, und so oft es ihm beliebig gewesen, zugebrauchen, welches Recht aber kein Eigenthum involviret, und also auch niemand dasjenige, was ihm nicht zugehöret, weder per contractum inter vivos, noch per testamenti factionem überlassen können; sondern, sobald als einer gestorben, ist auch dessen gehabte possess von einer Sache expires, und also dasjenige, was er hinterlassen, res nullius worden, quæ cessit occupanti.
13. Als nun nachgehends das Dominium, als eine Geburth der menschlichen Gesellschaft seinen Anfang genommen, hat sich zwar ein solches Recht hervorgethan, vermöge dessen man andere von den Gebrauch einer in Besitz genommenen Sache ausschließen können, und welches eigentlich proprietas genennet wird; es hat aber dergleichen jus secundum legem naturalem sogleich mit den Todte des proprietarii aufgehöret, und die occupation derer hinterlassenen Güther, als welche man ebenfalls nicht durch succession auf andere bringen können, einem jeden frey gestanden; bis endlich nach der Zeit die successio in alternis bona, sie geschehe nun ab intestato oder á testato, durch die häufigen Civil-Gesetze immer mehr

mehr und mehr feste gestellet und eingeführet worden, da sonst per jus naturale kein Mensch fähig und vermögend, auf einen andern so wohl die possess, als das dominium seines gesänten Vermögens durch ein aufgerichtetes Testament und Erbens Ernennung zu bringen, anervogen er in solchen 15. Fall weder vor einen fernern dominium noch possessorem seines patrimonii, zu achten ist, wir mögen ihn nun ansehen, da er noch lebet und testiret, oder wir mögen ihn als einen verstorbenen, der sein Testament hinterlassen, betrachten. Ist derjenige, 16. welcher ein Testament verfertigen lassen, oder solches selbst verfertiget, annoch am Leben, so frage ich einen ieden, mit was vor Rechte man vorgeben könne; Titius, Sempronius sey von Mevio zum Erben aller seiner Güther eingesezet worden; ich vor meine Person kan wenigstens keine Ursache finden, ex quo fundamento der instituirte Erbe Dominus der ihm anheim zu fallenden hereditat geworden; Wissen wir denn nicht, daß, so lange ein Testator noch Athem holet, und, wenn ihm auch so gar 17. die Seele schon auf der Zungen säße, solcher dennoch noch immer würcklicher Eigenthums Herr von seinen Gütern bleibe und sein jus domini in illa bona ohne einigen Abbruch vollkommen behalte. Ist 18. uns denn unbekandt, daß unser Wille ambulatoria seye usque ad mortem und daß
 B solcher

- solcher allezeit könne revociret und anders
 19. eingerichtet werden. Und in der That,
 es läſſet nach der gefunden Vernunfft recht
 lächerlich, wenn man diese Worte eines
 Testaments ansiehet: *Hanns Claus soll
 nach meinem Tode dieses Hans haben,
 wenn mir nicht indessen ein an-
 ders zuverordnen gefiele.* Ich zweif-
 fele sehr daran, ob dergleichen actus vor
 ein Testament könne ausgegeben werden;
 vielmehr getraue ich mir zu behaupten, daß
 es nichts, als eine bloſe Willens-Erklä-
 rung ſey, welche aber, da ſie mir weder
 ein dominium, noch proprietät und poſſeſs
 zueignen kan, indem ſolches alles bey den
 Testatore ohne einſige Abkürzung oder
 Verringerung verbleibet, ganz vergebli-
 20. chen ſeyn muß. Hier will zwar der ſonſt
 berühmte *Grotius* in ſeinen ſchönen *opere de
 Jure belli & pacis* Lib. II. cap. 6. §. ult. fol-
 gendes einwenden: *Possum rem meam a-
 lienare non pure modo, sed et sub conditione,
 nec tantum irrevocabiliter, sed & revocabi-
 liter, atque etiam retenta interim poſſeſſione,
 et plenissimo fruendi jure.* Alienatio autem,
 in mortis eventum, ante eam revocabilis, re-
 tento interim jure poſſidendi ac fruendi, eſt
 testamentum. Allein man mögte immer
 hierbey ausruffen: *O utinam tocuiſſes, phi-
 losophus mansuſſes;* denn wie ſehr ſich der
 gute *Grotius* mit dieſen *raisonnement* ver-
 gangen, muß einem ieden leicht in die Au-
 gen

gen fallen. Es ist wahr, ich mag meine 21.
 Sache, so lange als ich lebe, heute, oder
 morgen, cum, oder sine conditione, wenn ich
 nur sonsten darzu tüchtig bin, an wem ich
 will veralieniren; wo stehets aber geschrie-
 ben, daß solche alienation auch per testa-
 menti factionem geschehen könne, oder daß
 ein Testament selbst vor eine alienation zu
 halten sey. *Grotio* zu Gefallen werde mir 22.
 solches nimmermehr überreden lassen; da
 in allen Compendiis juris gelesen, und die
 tägliche praxis bestärcket: quod omnis alie-
 natio per utriusque partis consensum debeat
 perfici; so sich aber mit der natura testa-
 menti gar nicht reimet; allwo zwar der 23.
 jenige, qui transfert, nemlich der Testator
 zugegen, und seinen Consens zu declariren
 scheinet, der acceptator solcher translation
 aber, oder der Erbe, ermangelt, und
 sich nicht heraus lassen kan, ob er mit der
 ihm angetragenen Erbschaft zu frieden,
 oder nicht; hiernechst auch wohl zu mer- 24.
 cken, daß, wenn auch ungestandenen Falles
 das testiren eine species alienationis wäre,
 dennoch solches weder revocabiliter und
 cum conditione, oder irrevocabiliter & pure
 geschehen könne. Jenes deswegen nicht, 25.
 weil es dem ingenio derer Testamenten zu-
 wieder, in Ansehung daß solche an und vor
 sich nichts als nudæ declarationes volunta-
 tis nostræ, citra necessitatem in eam perseve-
 randi, so aber weder einige obligation noch

- einiges Recht, welches der instituirte Erbe von den Testatore zu prästendiren, zu wege bringen kan. Dieses aber auch nicht,
26. weilen einmahlen ein unumstößlicher Satz; quod ultima voluntas semper sit revocabilis, folglich nicht gesaget werden kan, daß demjenigen, an welchen etwas nach der Meinung des Grotii veräußert worden, ein solches firmes jus sey übergeben worden, so niemalen ab alienante, welches doch sonst in omni alienatione, erfordert wird,
27. könne revociret werden. Da nun bey Lebzeiten des Testatoris der von ihn ernennete Erbe einiges Recht in dessen Güther weder erlangen, noch das dominium derselben überkommen kan: So ist noch vielweniger ex lege naturali zu ersehen, wie der gleichen, mortuo testatore, geschehen möge.
28. Denn, da das Testament nicht eher zu seiner Würckung gereichet, und die darinnen enthaltenen Verordnungen ins Werck gesetzt werden, als biß der Testator gestorben, so muß solches nothwendig wieder die gesunde Vernunft lauffen;
29. Man erwege nur recht genau, und dencke nach, wie es doch kömen müsse, daß, da Cajus gestorben und durch dessen Todt folglich auch sein gehabtes dominium und possess über seine Güter exspiriret, dennoch solches jus wieder resuscitiren und vermöge des gemachten Testaments auf den von ihn instituirten Erben kommen soll, das jus civile würde

würde mir bald diesen Knoten mit seinen
albern fictionibus auflösen; allein, da ich
mich nur hier als einen bloßen Naturalisten
aufführe, so halte ich mich auch allein an
das natürliche Recht, und will nach Anlei-
tung dessen, meine Urtheile einrichten.
Wenn ich nun dieses ansehe, so finde ich 30.
nichts mehr als dieses: mortuo Domino
cessat & ejus dominium, ejusque voluntas
possessionem in alium transferendi. Wel- 31.
ches auch nicht anders seyn kan, denn, so
bald als einer gestorben, wird er ein non
Ens, und höret auf zu seyn, folglich wäre
es recht albern und thöricht, wenn man
ihm einige Operationes und Verrichtun-
gen zueignen, oder andichten wollte. Wie
würde doch das mit den ordentlichen Lauff
der Natur übereinkommen, wenn man
einen todten Menschen noch actiones zu-
muthete, und seinem gehabten jure domini,
so ganz und gar cessiret, noch einigen ef-
fect attribuirete. Gewiß, wenn wir das 32.
jus testandi bloß nach der gesunden Ver-
nunfft beleuchten; so ist es eine recht lä-
cherliche contradiction, dem Willen eines
Menschen einige efficaciam und Würckung
anzudichten, welcher seine facultates animi
durch den Todt verlohren, und also, wie
zu seyn, also auch zu wollen aufgehöret hat.
Ja, wenn auch nach dem Natur-Recht 33.
ein jeder seinen letzten Willen ante obitum
suum eröffnen könnte, so würde derglei-
chen

chen doch reipsa vor nichts anders als vor eine tacita derelictio rerum hactenus possessa- rum zu halten seyn, wodurch aber das domi- nium nicht ad alios gebracht, sondern bloß Des Testatoris bisher gehabttes dominium ei- ner Sache aufgehoben, folglich in solche in seinen vorigen Stand der Freyheit wieder gesezet und eine res nullius wird, so sich der

34. primus occupans wieder zueignen kan. Nec obstat, daß hier einige vorgeben, wie das Testament seinen effectum überkomme, moriente Testatore, nicht aber eo mortuo, und, sobald als man anfangt zu sterben, denen Erben die hinterlassenen bona gleichsam übergeben würden. Denn, wer siehet nicht, daß solche Einwendung ex pura fictione juris herrühre, dergleichen albertæ- ten aber in lege naturali nicht statt finden können. Denn in dem Augenblick, da einem die Seele ausgefahren, sind auch die Operationes derselben weg; mithin kan ein verstorbenen Mensch nicht mehr agiren, oder disponiren und seine Hinterlassenschaft einem Erben, welcher doch nicht selten abwesend ist und davon gar nichts weiß, in die Hände geben. Die von andern vorgeschützte natürliche æquität und natura domini aber kan hier ebenfalls wenig ausrichten. Denn, ob es wohl gewiß, daß man durch Contracte und Schenkungen aufm Todes-Fall auch nach dem natürlichen Rechte die dominia rerum auf einen

einen

einen andern zu bringen vermögend, aner-
 wogen solches alles unter noch lebenden
 Personen abgehandelt und durch ihren
 beyderseits darzu kommenden consens voll-
 kommen gemacht wird; so findet doch 37.
 dieses bey den jure testandi keine Statt,
 weiln weder consensus mutuus darbey
 concurrirret, noch diejenigen Personen zu-
 gegen, welche die Erbschafft übergeben,
 und welche das übergebene acceptiren kön-
 nen; indem jene todt und also non Entes
 geworden, diese aber nicht einmahl wissen,
 daß sie zum Erben eingesetzt worden. Es 38.
 ist aber doch, fahren unsere Adversarii fort,
 nicht zu leugnen, daß die proprietät und
 possession zwey diverse jura, und kan also der
 verstorbene Testator zwar den Besitz seiner
 Güther, nicht aber die proprietät der-
 selben, als welches nicht anders als per
 spontaneam renunciationem geschehen kön-
 te, verlieren, daher bleibe ihm unbenom-
 men, dominii jus an solchen bonis einem
 andern, an welchen er wolle, zu übergeben.
 Das erstere leugne ich nun gar nicht, das 39.
 letzere aber kan unmöglich zugestehen, wei-
 len sogleich mit des Testierers Todte auch
 dessen völliges Eigenthum, so er bisher
 über sein Haab und Guth gehabt, aufhö-
 ret, folglichen auch dessen effectus, sie mö-
 gen nun in der possess, oder der proprietät
 bestehen, aufhören und zugleich mit ihrer
 Causa untergehen muß. Wie kan man 40
 aber doch wohl einen zumuthen, fangen
 die

Die barmherzigen Seelen zu queruliren an, daß er dasjenige, was mit so sauren Schweiß und Mühe im Leben erworben worden, der Occupation eines Tertii und ihm ganz unbekandten Menschen bey seinen Todte überlassen, und nicht darmit nach seinen Willen und Gefallen handthieren und darüber disponiren solle? Allein was gehet uns das an; sie mögen deßhalber mit den Todte einen Proceß anfangen, und ihn auferlegen, daß er in Zukunfft nicht mehr die menschliche Natur solviren und alle operationes & actiones humanas aufheben solle. Wenn dieses gelten sollte, so müste auch folgen, daß Mops seine schöne Frau, welche er unter Zerreißung vieler Schuhe und durch manchen sauren Schweiß, ja wohl gar mit erlittenen Schlägen endlichen noch ins Bette bekommen, und, da er sich nun erst recht lustig mit ihr machen will, der Todt kommt und ihn ins kalte Loch wirfft, einem andern legiren und vermachen könnte, damit sie nicht dem primo quasi occupanti per matrimonium zukommen möge. Es halten also die gemachten Einwürffe alle keinen Stich, sondern es ist vielmehr andern, wie pro sententia nostra noch dieses hinzu komme, daß, da die Machung eines Testaments bloß nur eine dispositio eines einzigen Menschens de hereditate in alium transferenda, solches nach

41.

42.

nach

nach denen natürlichen Gesezen vor ganz unvollkommen und nicht gültig zu achten sey; indem kundbaren Rechtens, daß 43. kein jus perfectum, ohne nur, wenn beyde Interessenten bey einen Contract, oder pacto ihren Consens also declariren, daß nemlich der eine etwas geben, der andere aber solches annehmen wolle, auf einen andern könne gebracht werden. Wie 44. will aber von den Jure testandi können ein anders gesaget werden, als wobey zwar der Testator sich verbindlich machet; der von ihn ernennete Erbe aber, weilen er abwesend, solche Obligation nicht eher acceptiren kan, als wenn des Testatoris vis obligandi erloschen; mithin augenscheinlich sich veroffenbaret, daß durch solches testiren nichts beständiges auszurichten, und einmahl vor allemahl gewiß, daß, wie 45. alle diejenigen modi, quibus unius facto acquiritur, Erfindungen des Juris civilis, also auch das Testiren hieher gerechnet werden müsse. Ja nicht nur per legem naturalem, sondern auch von denen Ci- 46. vil-Rechten wird der Actus testandi, vor ein Negotium imperfectum beurtheilet. Denn woher kommet es, daß ein Testierer seinen letzten Willen iederzeit wieder übern Hauffen werffen kan, als weilen der Erbe aus einen solchen Negotio kein Jus quæsitum überkommen, und also die Obligationes sowohl an Seiten des Testatoris,

B 5

- toris, als des heredis ermangeln; und, weil solches die Bürgerlichen Legislatores wohl gesehen, sind sie freylich genöthiget worden, dasjenige, was einmahl per testamenti factionem in republica war eingeführet worden, durch lauter fictionibus, als ob in den Moment, da einer verschieden, dem Erben dessen hinterlassene bona wären übergeben worden, welche auch solche Offerturung acceptiret, und die angetragene Erbschaft zugleich mit adiret hätte per L. I. C. de S. eccles. L. 54. ff. de acqu. hered. L. 193. ff. de R. I. vollends in seiner Beständigkeit und Würde zu erhalten, was sonst per sanam rationem unmöglichen vor gültig und kräftig könnte gehalten werden. Doch ehe ich schliesse, ist noch ein einziger Scrupel zu heben übrig.
47. Man giebt vor, daß, wenn man statuiren wollte, wie eines andern Eigenthum mit den Todte aufhörete, und die Occupation desselben einem ieden frey stünde, viel Unglück und Verdrießlichkeiten daraus entstehen würden; Es ist solches allerdings wahr, wenn wir die Menschen so ansehen wollten, wie sie heut zu Tage sind, nicht aber, wie sie billig seyn sollten. Es würden auch, nachdem das Jus testandi einmahl per leges civiles eingeführet und zugelassen worden, gewiß dergleichen Verwirrungen und Turba
48. menta nicht aussen bleiben; allein, wenn
man

man noch heut zu Tage von Testamen-
 ten nichts wüßte, sondern gebräuchlich
 wäre, daß eines hinterlassene Güter dem
 primo occupanti anheim fielen; so müßte
 nicht gut seyn, daß wir Menschen uns
 nicht, wie bey andern Sachen geschehen,
 also auch in solchen Fall wieder alle zu-
 besorgende Unruhe prospiciren könnten. Es
 ist also diejenige Doctrin, welche den Ur- 50.
 sprung derer Testamente aus denen na-
 türlichen Gesezen herleiten will, im Grun-
 de falsch, vielmehr ist ein- vor allemahl
 gewiß, daß das Recht einem andern sein
 Haab und Guth durch ein Testament zu
 übergeben, bloß von den Römischen Rech-
 te eingeführet, und nach der Zeit all-
 mählig auch bey andern Europäischen
 Völkern in Übung gebracht worden.
 Ja, wenn man die reine deutsche Wahr- 51.
 heit reden will, so ist eigentlich Neid und
 Ehr-Geiz die Mutter gewesen, welche
 eine solche Geburth, so mit denen Grund-
 Sätzen des Vernunft-Rechtes gar nicht
 accordable, herfür bracht. Denn, wenn
 man alle Testirenden auf ihr Gewissen
 fragen sollte, was sie doch zu Machung
 eines Testaments bewogen, so würde
 wohl der wenigste Theil mit Grunde der
 Wahrheit sagen können, daß es aus Lie-
 be zur Erhaltung der Ruhe nach den
 Todte geschehen, sondern die meisten wür-
 den bekennen müssen, daß keine andere
 causam

- causam impulsivam sie hierzu gehabt hätten, als weilien sie entweder nicht gerne sähen, daß der oder jener ihm ab intestato succediren sollte, oder weilien sie doch auch nach ihren Tode von ihrem eingesetzten Erben wünscheten gelobet zu werden.
52. Es würde dahero nichts unbilliges seyn, wenn man in der Republicq die Testamenta gar wieder abschaffete oder doch wenigst facultatem testandi enger einschloße. Denn warum sollte nicht, wenn man ja sich einiger Uneinigkeit über Occupation der Verlassenschaft besorgete, die Republicque solche in Besitz nähmen, und nachgehends einem andern, der sich um das gemeine Wesen wohl verdient gemacht, den Nutzen und Gebrauch solcher occupirten Güter wieder zueignen können. Allein, es sey genung hiervon, ich verhoffe sattfam gezeuget zu haben, wie wenig die Vernunft von den Rechte Testamenta zu machen erkenne, nechstens will auch zeigen, daß die successio ab intestato ebenfalls aus der Vernunft nicht eben könne hergeleitet werden.

II. Pensée.

Unter Gerichte können keine *con-*
suetudines legi contrarias ein-
führen.

Es ist bekandt, wie alles Recht 1.
entweder aus *expres* gegebenen
Gesetzen, oder aus hergebrach-
ten Gebräuchen und Gewohn-
heiten bestehe. Wie nun bey Einführung
jener unterschiedenes zu beobachten, wo-
bey die *prudentia legislatoria* ihre gute
Dienste thun muß: Also werden *ad con-* 2.
suetudinem introducendam gemeiniglich
drey Stücke erfordert, als 1.) *rationabili-*
tas, 2.) *actuum frequentia*, & 3.) *temporis*
diuturnitas. Doch, wenn man die ganze
Sache bey Lichte besiehet, so brauchet es
dieser Weitläufftigkeit alle nicht, son-
dern es ist genung, wenn die stillschwei-
gende approbation dessen, welcher die *pote-* 3.
statem legislatoriam hat, hinzukommet und
solche einzuführende Gewohnheiten ver-
bindlich machet; da denn freylich von nö- 4.
then, daß nicht nur eine Sache oft muß
geschehen seyn, indem sonst das Still-
schweigen eines Ober-Herren eher ein
Connivenz, oder indulgenz, als ein Bey-
fall, oder Beliebung, als welches nur aus
oft

- oftt wiederholten actibus zu schliessen ist,
5. genennet werden mag, sondern es müssen auch dergleichen, actus, welche gewisse Gebräuche und consuetudines zu introduciren vermögend seyn sollen, nicht heimlich und im Winkel, sondern quod bene notandum öffentlich und vor den Angesicht eines Principis geschehen seyn. Denn, wie kan ich sonst mit Grund der Wahrheit sagen, daß der Superior diese oder jene Gewohnheit gebilliget und gut geheissen, da er niemalen etwas davon erfahren noch erfahren können; hat aber ein Ober-Herr zu vielen mahlen gesehen, daß man in verschiedenen actibus so und nicht juxta præscriptam legem procedet, hat auch darzu stille geschwiegen, ja, da es endlich so gar vor ihn gelanget, es darbey bewenden lassen, so würde alsdenn mit guten Rechte solche neue Gewohnheit vor beständig und tacite approbiret zu achten seyn. Es fraget sich aber, ob denn nothwendig solche wieder die ausdrücklich gegebenen Gesetzen lauffende Handlungen oder Gewohnheiten dergestalt müssen geschehen seyn, daß sie der Ober-Herr mit seinen eigenen Augen gesehen und mit seinen eigenen Ohren gehört haben müsse?
7. Hier sagen nun die meisten Juristen, es sey einerley, ob es der Superior selbst gesehen, und gelitten, oder ob es dessen im Lande habende judicia, sie mögen

mögen nun hohe, oder niedere seyn, erfah-
 ren und gut gesprochen haben. Allein ich 8.
 halte davor, daß darbey billig ein Unter-
 scheid zu setzen sey. Ist etwas vor denen 9.
 hohen Gerichten im Lande, als da die
 Regierung, Appellations - Gerichte, und
 Hoff - Gerichte sind, geschehen und von ih-
 nen durch öffteres zulassen nicht disappre-
 birt worden; so ist nicht zu zweiffeln, daß
 solches vor den Angesicht des Ober - Her-
 ren selbst geschehen zu seyn geglaubet wird,
 angesehen dergleichen hohe Gerichte den
 Superiorem immediate präsentiren, und et-
 was von der legislatoria potestate mit par-
 ticipiren. Ist aber etwas bey denen judiciis
 inferioribus, als bey denen Aemtern, Stadt-
 Gerichten und dergleichen vorkommen,
 woraus man eine Gewohnheit induciren
 wollte, so wäre dergleichen allerdings
 null und nichtig, ohngeachtet es die Sprü-
 che derer Schöppen - Stühle, und Facul-
 taten gebilliget hätten, aus Ursache, wei-
 len dasjenige, was wir oben von denen
 hohen Gerichten gesaget, alhier keine statt
 finden kan, weilen solchen niedern Gerich- 10.
 ten und Collegiis bloß die Geseze zu inter-
 prediren und solche ad casus zu appliciren
 freysethet, ihnen aber nicht die Macht ge-
 geben ist, die von Landes - Herren gegebene
 Geseze nach eigener Willkühr und Ge-
 fallen zu bessern, zu ändern, oder wohl gar
 auf=

aufzuheben, als welches ad potestatem legislatoriam gehöret, so aber der Oberherr vor sich und seine hohe Judicia im Lande behalten hat, es wäre denn, daß solche Urthel-Sprüche und actus judiciorum inferiorum von denen obersten Gerichten gebilliget und confirmirt würden.

III. Pensée.

Ein ieder Reichs-Stand kan in seinen Lande die Reichs-Gesetze aufheben.

1. **D**urch die Reichs-Gesetze verstehe hier nichts anders, als die zu Zeiten zwischen Kaysen und Ständen auf denen Reichs-Tagen errichtete Verträge, welche man sonst
2. Recessus Imperii nennet. Ob nun wohl die meisten von denen Hhln. Publicisten denen selbst überhaupt eine allzu generale Verbindlichkeit bezulegen bemühet sind; So ist doch andern, daß hierinnen ein gewaltiger Unterscheid zu sehen; denn sie sind entweder wahre Reichs-Grund-Gesetze, oder sie sind nur Privat-Reichs-Satzungen.
3. Bey jenen ist wohl an der überhaupt ihnen bezulegenden Gültigkeit und Verbindlichkeit nicht zu zweifeln; aber bey diesen muß wohl allerdings
4. dings

dings nur eine gemeßene Verbindlichkeit zu
 sehen seyn. Denn, wie ein ieder Reichs= 5.
 Stand wieder willen nicht mag angehal=
 ten werden, die in seinen territorio, biß=
 her üblich gewesene Rechte und Gewohn=
 heiten, wenn gleich ein wiedriges in den
 gegebenen Reichs=Abschiede wäre verfü=
 get worden, abzuschaffen: also stehet auch 6.
 jedem Landes=Herren frey, gegen solche
 Privat=Satungen in seinen Lande ein an=
 ders anzuordnen, oder dergleichen Reces=
 sus imperii gar abzuschaffen. Nun will 7.
 zwar unter andern *Vitriar. Jur. Publ. Lib. III.*
Tit. 17. Schweder. Jur. Publ. Part. spec. Sect.
II. cap. 13. §. 2. und der seel. Horn. Jur. Publ.
Cap. IX. §. 2. & 3. solches verneinen; allein
 ich getraue mir solches mit gehöriger
 Vorsichtigkeit zu bejahen. Es ist wahr, 8.
 daß ein Land=Stand in die Verbindlich=
 keit eines solchen Reichs=Abschiedes mit
 eingestimmt; iedoch ist auch gewiß, daß
 dergleichen iederzeit mit Vorbehalt ihres
 Landes=herrlichen Gesetz=Gebungs Rech=
 tes geschehen, als welche allerdings zu
 præsumiren, nicht aber davor gehalten
 werden kan, als hätte ein Reichs=Stand
 durch solchen gegebenen Beyfall in einen
 recessum imperii seine potestatem legislato=
 riam stillschweigende fahren lassen, in An=
 sehung, daß hier auch die Rechts=Regel
expressa nocent, non expressa non nocent.

§

L

- L 195. ff. de. R. 7. seinen Platz finden
9. muß; Hiernächst stehet nicht abzusehen, wie der durch den gegebenen Beyfall vermeinte Schein der Unterthänigkeit der Landes-Hoheit die Hände können gebunden werden, sondern es führet nur solcher eine solche Verbindung mit sich, daß man nemlich selbst in seinen eigenen Privat-Sachen für denen Reichs-Gerichten
10. gleiches Recht nehmen wolle. Ueberdieß würde superioritas territorialis vor unvollkommen zu achten seyn, wenn nicht der Fürst befugt wäre, gegen die Reichs-Privat-Gesetze in seinen Landen niedrige
11. Verordnungen zu machen; da aber nun bloß conditionaliter eingestimmt werden, so kan ein Reichs-Stand nicht absolut verbunden seyn, nichts wieder einen gegebenen recessum imperii anzuordnen, sondern, so bald als die Bedingung, nemlich in Ansehung seiner Lande, aufhöret, sogleich stehet ihm frey, entweder die alten gegenseitigen Rechte zu maintainen, oder nach vorkommenden Umständen andere neue gegenseitige Gesetze zu
12. promulgiren. Es sind ja unsere Reichs-Stände befugt, ihre eigene gegebene Gesetze, wenn es ihnen beliebig zu ändern; wie will ihnen doch also zu verwehren seyn, nichts niedrigeres gegen die Reichs-Privat-Abschiede nach Convenienz ihres Landes

Landes

Landes zu verhängen. Was übrigens 13.
Horn. an schon oben angezogenen Orte
 hierwieder aus den Chur-Sächsischen
Mandat de aequilibrio ann. 1656. und *Strycko*
 in seinen *Ufu Modern. ff. de LL. §. 8.* anz
 führen wollen, bestehet auf einen seichten
 Grunde; sonderlich ist das von *Stryckio*
 angezogene Chur-Brandenburgische Man-
 dat und die darinnen befindliche Worte
 mehr für unsere Meinung, als gegen die-
 selbe. Denn da stehet ja ausdrücklich:
 Chur-Fürstliche Durchlauchtigkeit seye
 nicht anständig, so wenig als andern von
 dem Reichs-Schluß, der ihren Landes-
 Constitutionen nichts entgegendes begreif-
 fe, abzuweichen. Ja selbst *Hornius*
 scheint in den 3. Spho des IX. Capitels
 von seiner vorigen Meinung wieder ab-
 gewichen zu seyn. Schließlichen gefället 14.
 mir hierbey das *Raisonnement* des be-
 rühmten *Herrn D. Speners* in *Wit-
 tenberg* / so er hierüber in seinen deut-
 schen *Jure Publico* in 1. Buch, Cap. 9.
 §. 12. not. d) p. 260. führet, über alle
 massen wohl, wenn er saget: Die *Quæstio*
Juris ist von der *Quæstione Consilii* hier al-
 lerdings zu unterscheiden; was *Rechtens*
 ist, mag deswegen nicht gleich zu Rathe
 stehen. Darinn ich also gerne dem für-
 trefflichen *Autori* des *Europäischen Ze-* 15.
volds Tom. I. p. 167. beypflichte, wenn er

alle Behutsamkeit bey Gebrauch ihres behaupteten Rechts denen Landes- Herren anrath. Da muß es denn auf genaue Ermessung des Staats-Nutzens und der Coniuncturen ankommen, ehe ein Lands-Herr gegen die Reichs-Privat-Gesetze etwas Niedriges zu verordnen sich entschließet. Genung, daß, wenn er es endlich rathsam findet, die Reichs-Justiz sein Unternehmen gnüglich schütze.

IV. Pensée.

Der Schuldner muß die opponirte exceptionem non numeratae pecuniae erweisen.

1. **E**Xceptio non numeratae pecuniae, oder wie sie auf Deutsch genennet wird, die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes bestehet hierinnen, daß eine schriftliche Obligation vor sich selbst nichts beweise, sondern die Vermuthung da sene, der Debitor habe das Geld noch nicht bekommen L. 3. C. de non numerat. pecun. es wären denn zwey Jahr von dato der Obligation anzurechnen verflossen und der Schuldner hätte binnen solcher Zeit propter non numeratam pecuniam keine Klage erhoben. Wenn nun solche zweyjährige Frist noch nicht geendiget, und

und der Schuldner beschweret sich per
 actionem über die nicht geschene Bezah-
 lung des Geldes, und will entweder das
 Geld, oder seine Handschrift wieder ha-
 ben; So hält man gemeiniglich den
 Creditorem an, daß er erweisen muß; das
 erborgte Geld sey gezahlet worden, wenn
 gleich in der ausgestellten Verschreibung
 Debitor solcher Exception renunciert hätte.
 Es ist solches fast die einhellige Doctrin 3.
 aller Rechts-Lehrer, sonderlich saget der
 Reichs-Hoff-Rath Berger in seiner
 Oeconomia juris Lib. III. Tit. 4. §. 4. not. 9.
 p. 635. ausdrücklich: Creditori indistincte
 intra biennium onus probandi incumbit.
 Doch ich sehe nicht, was mich abhalten
 sollte, zu statuiren, daß von Rechtswegen 4.
 der Beweis der Zahlung dem Debitori ob-
 liege, worinnen mich um so mehr die ge-
 meine Rechts-Regel: reus excipiendo actor
 fit bestärcket. Diese meine Meinung zu 5.
 behaupten wird erst nicht nöthig seyn
 Grænevvegen de Legibus abrogatis ad tit. C.
 de non num. pec. n. 3. vor mich anzuziehen,
 zumahlen ohnedem bekandt, daß dieser
 gute Jurist der Römischen Rechts-Ge-
 lahrheit spinne feind und nur ein Erheber
 seiner Holländischen Rechte und Gewohn-
 heiten sey; es brauchts auch nicht, daß 6.
 ich deswegen den Peretrium ad Cod. eod. tit.
 n. 7. anziehe, da solcher ebenfalls nur auf

- Die Holländischen Rechte siehet; sondern es ist genung, daß ich mich auf den modum, wie die Jura romana in unsern Deutschland eingeführet worden, beruffe, und
7. daraus darthue, daß solche Römische Gesetze und Verordnungen nur in soweit bey uns recipiret worden, als sofern sie unsern einheimischen alten Gesetzen und Gewohnheiten, auch dem Genio der Deutschen Nation nicht entgegen, oder in diesem Fall durch eine ausdrückliche Constitution bekräftiget sind. Nun aber ist solche aus den Römischen Gehirn entsprungene exceptio privilegiaria, nicht nur dem Naturell derer Deutschen (als welche auf einfältige Treue und guten Glauben mehr als andere Völcker halten) sondern auch ihren eigenen Gesetzen, wie *Schilterus in Praxi Jur. romani in foro germanico Exerc. XXII. § 22. - 30.* Deutlichen dargethan, gewaltig zuwieder, wird mir auch niemand in denen neuern Reichs- oder Landes-Gesetzen das geringste Vestigium, als ob man diese privilegirte Exception, und was sonst darbey circa probationem, verordnet, öffentlich authorisiret hätte, darthun können;
 10. vielmehr leget sich aus denen Reichs-Satzungen und vornemlich denen Sächsischen Constitutionibus *Tir. von Brieff und Siegel* / das Gegentheil allenthalben am Tag; bey dem Concluso des hohen

hen

hen Appellation-Berichtes zu Dresden a-
ber, welches *Carpzov. Lib. II. Resp. 89.*
anführet, ist noch vieles zu erinnern übrig;
Der *Usus fori* kan auch die Sache nicht ^{II.}
ausmachen, weilen niemand hieran ei-
gentlich Schuld, und, daß bishero immer
es nach der alten *Leyer* gangen, verursa-
chet, als unsere Herren *Practici*, die sich
nicht gerne in Untersuchung dergleichen
Dinge das Gehirn zerbrechen wollen,
sondern nur fein nach ihrer löblichen Mo-
de scil. über diese Materie hinschleichen und
nicht gar viel davon gedencken. Endli-
chen ist auch die Ursache, warum diese Ex. ^{12.}
ception ein so grosses Privilegium hat, ganz
umsonst und nichtig; denn, wenn gleich
nicht zu leugnen, daß einer, so Geld bor-
gen will, dem Gläubiger Cour machen
und alles eingehen muß, wie er es verlan-
get, und, wenn er nach ausgehändigter
Obligation die Zahlung des Geldes mit
Ungestümme pouffiren wollte, der Creditor
ihm gar das Dar-Lehn verweigern wür-
de; So kan mich doch niemand überrez-
den, daß einer zwey ganzer Jahr eben
warten müsse; denn ist er in grosser Noth,
so leidet solche nicht einen so langen Ver-
zug, ist aber die Bedürffniß mittelmäßig,
so kan er schon andere Gelegenheit finden,
wenn er siehet, daß sein Gläubiger mit ihm
betrüglich umzugehen gemeinet ist; ja es

ist vielmehr ungereimt, daß eine Obligation auf ein Jahr nicht eher als nach zwey Jahren solle gültig werden; nicht zu gedencken, warum es nicht angehen solle, daß man, wie in andern Contracten, so nicht zu meinen Nutzen eingegangen worden e. g. in deposito, also auch in einem mutuo den Beweis von demjenigen, der solche Exception vorschüzet, fordere. In dessen heisset es auch hier: *ulula cum lupis &c.*

V. Pensée.

Die Endes-Relation findet auch
contra matrimonium statt.

1. **D**as in Ehe-Sachen eine Parthey der andern die Klage ins Gewissen schieben könne; leget die tägliche Praxis am Tag, nur darinnen will ein Unterscheid gemacht werden, ob die Endes-Relacion pro matrimonio oder contra matrimonium geschehen, das ist, ob derjenige schweren soll, welches da behauptet, es sey ein Ehe-Versprechen geschehen, oder aber derjenige, welcher solches Ehe-Versprechen läugnete.
2. Wenn man nun *Communem Doctorum sententiam* untersucht, so wird sich finden, daß fast alle vor den ersten Fall

Fall

Fall portiret sind. Ja, sagen sie, es ist die 3.
 Ehe ein solcher Contract, welchen aus ei-
 gnen Gefallen die Haupt-Interessenten
 nicht wieder dissolviren können, wie ge-
 schwind aber könnte sich nicht derjenige,
 welcher das von dem Kläger angegebene
 eheliche Verbündniß negirte sich von der
 Ehe nach Belieben loß machen, wenn man
 zugestehen wollte, daß er schweren könnte,
 wie er sich nie mit iemanden versprochen;
 hiernechst wäre ja beandt, daß die Ey- 4.
 Des-Relation in allen denenjenigen Sa-
 chen, in deren Ansehen die Partheyen sich
 nicht gütlich vergleichen dürfften, nicht
 zugelassen würde; folglichen da man der-
 gleichen auch in Ehe-Sachen observirte,
 indem darinnen weder auf einen Schieds-
 Richter zu compromittiren, noch auch zu
 transigiren oder sich zu vergleichen er-
 laubet ist, könnte man von der Ehe in 2.
 solchen Fall abgehen und alsdenn die Ey-
 Des-Relation contra matrimonium zulassen;
 Allein bey genauerer Einsehung der Sa- 5.
 che verlieren alle diese Schein-Gründe
 ihre fermete; denn es ist noch nicht aus-
 gemacht, ob denen Verlobten so gar ver-
 wehret, nach denen Göttlichen Rechten
 von einem getroffenen Ehe-Verlöbniß
 nicht wiederum abzugehen; und gesetzt
 auch, daß solches nicht angieng, so ist
 doch dargus kein richtiger Schluß zu

- formiren, daß man deswegen derjenigen Person, welche solche Sponsalia negiret, keinen Eyd deferiren könne. Es ist wahr, die Verlobten können sich nach ihren Gefallen nicht wiederum trennen, doch nur alsdenn quod notandum, wenn es Sonnenklar am Tage lieget, daß ein Eheversprechen unter ihnen würcklich vorgegangen; allein bey dergleichen Casu beruhet es noch auf höchster Ungewißheit, da die eine Parthey des angegebenen Eheversprechens gar nicht geständig, mithin wird bey Ablegung des Endes contra matrimonium keine so grosse Schwierigkeit zu machen seyn; ja es geschiehet auch in der That dadurch tacite ein Juramentum pro matrimonio, angesehen, wenn man die nicht geschene Ehe per juramentum erhärten kan, ipso facto das Matrimonium zustanden wird. Daß man ferner in causa matrimoniali weder auf einen Schiedsrichter compromittiren, noch auch transigiren darff, solches alles fließet aus einem Päbstlichen irrigen Grunde her. Denn es stehet in dem c. fin. X. de transact, expres, es sey der Ehestand ein Sacrament, und stünde denen Partheyen also nicht zu, darüber zu transigiren. Da nun aber wir Evangelische den Satz: als ob die Ehe ein Sacrament, vorlängst verworffen: So sehe ich nicht ab, wie man doch, die daraus her-

her.

herkommende falsche Conclusiones behal-
 ten und mainteniren könne. Ueberdieß ist 10.
 ein gewaltiger Unterscheid inter matrimo-
 nium contractum, & inter matrimonium
 adhuc contrahendum zu setzen, allermassen 11.
 wohl bey jenen, da es ex jure divino eine
 indissolubilitatem mit sich führet, kein
 transact würde anzunehmen sey; Dieses 12.
 aber allerdings ex honesta causa per trans-
 actionem zu dissolviren, und folglich,
 supposita facultate transigendi, auch die
 Eydes-Deletion anzunehmen ist, zumahlen, 13.
 da es ein in Rechten vergönnetes Mit-
 tel, dessen man sich zum Beweis überall
 gebrauchen kan, es wäre denn von denen
 Rechten ein anders verordnet, welches
 aber in materia sponsaliorum sich nirgends
 findet, da doch diese causa favorabilis ist, 14.
 und daher via probandi mehr zu extendiren,
 als zu restringiren, welches aber doch gesche-
 hen würde, wenn man in Ermangelung de-
 rer Zeugen sich nicht mit der Eydes-Deletion
 helfen könnte, wodurch aber nur zugleich
 Gelegenheit gegeben würde, das Eheliche
 Versprechen promiscue ins Leugnen zu zie-
 hen, wenn dieses für eine beständige Regel
 ausgesetzt bliebe: wie die Juramenti De-
 lation contra matrimonium keine Statt
 fände. Endlich die von einigen hier ent- 15.
 gegen gesetzte gravitas causæ matrimonialis,
 welche der Criminali gleich gehalten wür-
 de,

- de, ist ganz und gar nicht zu attendiren: in Erwägung diese Comparatio eben nicht so gar absoluta seyn kan, weilen sonst folgen müste, es hätte auch die Deferirung eines Eydes pro matrimonio kein Statt,
16. Da ja pro crimine commisso kein Juramentum affirmativum zugelassen, indem kein Mensch sich durch des andern Eyd-Schwur zur Erdaltung einer Leib-oder Lebens-Straffe obligiren lassen kan, nicht
17. zu gedenccken, wie das Reinigungsjurament so wohl in criminalibus als matrimonialibus causis ohne Streit zugelassen wird, mithin zugleich folgen muß; daß die delatio juramenti contra matrimonium an und
18. vor sich gültig seyn müsse, woben auch das periculum perjurii nicht so bey Seite zu sehen, als welches in den Juramento purgatorio eben so wohl als in den Juramento judiciali pro matrimonio sich zutragen kan; in Ansehung ein armer Teuffel, wie Mops ist, eben so leicht pro matrimonio daß er seine reiche Amasiam nicht verliere, meineidig werden, als contra matrimonium, wenn einer die Spittel-Sicke vor seine Braut ausgeben wollte, schweren würde.

VI. Pen.

VI. Pensée.

Denen Lehen = Leuten ist unverschwehret über streitige Lehn = Sachen einen Vergleich zu treffen.

Es ist dieses ein Satz, worüber nicht weniger, als über andere, die Rechts = Lehrer nicht einig werden können; der gelehrte Struyck will es mit Keinen von beiden verderben, sondern stellet in seinen *Examine Jur. feudalis cap. 19. quest. 18.* dieses vor: Es könne ein Vasall sich nur alsdenn vergleichen, wenn er durch den Transact das Lehn = Guth behält, und seinem Contropart nur pro redimenda vexa etwas herausgiebet. Aber, wenn der Besitzer das feudum gar abtreten und der andere ihm dargegen etwas herausgeben wollte: So wäre dergleichen Vergleich ohne Vorwissen des Lehn = Herren für unzulässig zu achten. Wir unsers Ortes können nicht anders, als daß wir davor halten; es könne ein ieder Vasall ohne vorherigen Consens seines Lehn = Herren super re feudali einen Vergleich schliessen; Denn 2. F. 42. stehet ohne Einschränkung: daß ein Lehn = Mann sich vergleichen könne; und hindert

1.

2.

3.

dert

- dert nichts, als ob nur dadurch eine Veräußerung, welche doch, non interueniente Consensu Domini. Denen Lehn-Rechten nach vergebens, nach sich gezogen würde; denn es folget nicht allezeit nothwendig aus einen ieden Vergleich eine Veräußerung, und über dem ist die Alienation nur in solchen Fall verboten, wenn es ganz unstreitig ist, daß demjenigen, der ein feudum veräußert, selbiges gewiß zugehöret habe; allein, wenn iemand einen Anspruch an ein Lehn machet, und solchen mit scheinbaren Gründen unterstützt, so kan man wohl nicht sagen, daß es dem bisherigen Inhaber gewiß zugestanden, sondern dieser hat weiter nichts vor sich, als eine blosser Præsumtion. Mit einen Wort es heisset: à prohibitione alienationis ad prohibitionem transactionis nulla datur consequentia.
4. Ferner finde ich ja ll. F. 26. §. *si Vasallus de beneficio suo agat* 2c. daß ein ieder Lehn-Mann sich vergleichen könne, und daß dasjenige, so er vermöge des Vergleichs von seinen Gegner bekomme, für kein Lehn-Stück zu halten sey; hieraus erhellet nun Sonnen-klar, daß der bisher gewesene Vasall dem andern das feudum abgetreten, und für solchen Abtritt etwas anders bekommen habe, denn hätte er das Lehn nicht abgetreten,

ten, so hätte er auch nichts bekommen
 können, transactio fit dato aliquo. In 6.
 den teutschen Lehens-Rechten habe ich
 bishero noch nicht finden können, als
 ob die Vergleiche von dieser Art nicht
 zugelassen wären, und da nun alle
 Doctores darinnen einig sind, daß in
 Ermangelung anderer Deutschen und 7.
 Landes-Gesetzen das Longobardische Jus
 in Lehns-Strittigkeiten bey uns in sub-
 sidium angenommen; so muß es auch
 wohl hierbey sein Bewenden haben. Und 8.
 was wäre es auch wohl nöthig gewe-
 sen von den Fall erst ein Gesetz zu ma-
 chen, wenn der Vasall durch den Ver-
 gleich das Lehn behält und dem andern
 etwas heraus giebt, denn von dem Fall
 ist wohl niemahlen ein Streit gewesen.
 Und eben dieß ist zu antworten, wenn 9.
 jemand einwenden wollte, das Jus lon-
 gobardicum schliesse doch niemalen des
 Lehn-Herrens Consens aus; denn,
 wenn solcher Consens nothwendig nöthig
 wäre, so wären die angezogenen Leges
 nur überflüssig und ohne Wirkung,
 weilen dieses ohnedem gemeinen Lehn-
 Rechts ist. Dieses gebe ich indessen 10.
 gar gerne zu, daß, wenn der Lehn-
 Herr so wohl, als die Lehens-Bettere
 und Mit-belehnten darthun können, wie
 ihnen durch den Vergleich præjudiciret
 wür-

würde, ihnen freylich ihr Recht in sal-
vo bleibe, zumahlen es allerdings weit
sicherer gehandelt seyn muß, wenn man
bey unter handen habenden Vergleich
auch vornemlich um des Domini dire-
cti Consens mit bekümmert
ist.

E R D E



Cons et resp. 515



3