

Carpz. jurispr. for. Part. 3. c. 21.

Mevius Part. 5. Dec. 15.

Antecessores nostri Vol. 4. conf. 21. n. 6.

Lauterbach Colleg. theot. pract. ad tit. qui testam. facere poss.

D. 55.

Stryck de Caut. testam. cap. 24. §. 21. seqq.

Merckelbach apud Klock tom. 3. conf. 110. n. 21.

welches dann dahier, da singulae testatrices sich die Revocation vorbehalten, um so weniger Zweifel hat.

Diesemnach müssen wir auch die vorstehende Frage in Rechten dahin beantworten, daß die von der Jungfer Susanna beschehene revocatio & translatio substitutionis nicht weiter, dann quoad bona ipsius propria, beschehen mögen.

Dieweilen jedoch beyde Jungfer testatrices einander reciproce dergestalt instituirt, daß das lebende, ohne Errichtung eines Inventarii, des vorversterbenden Verlassenschaft vor sich allein erb- und eigenthümlich behalten solle; demnachst erst facta substitutione fideicommissaria & legatis relictis, sie sich samt und sonders expresse reservirt, in deren Ansehen ab- und zuzurhum. Und obwohl die heredis institutio in arbitrium alicujus tertii nicht conferirt werden mag, jedannoch die electio heredis incerti ex certis (in primis quoad substitutionem fideicommissariam) alteri gar wohl committiret und überlassen werden mag.

Brunnem. ad l. 32. ff. de hered. instit.

Stryck de Caut. testam. cap. 16. §. 37. circa fin.

So können wir dem Herrn Requirenten so da mehrere Hofnung machen, daß bey der vielen Dubiis unterworfenen Frage, wann die Sach zum Stand Rechtens gelangt, futurus Judex auf diese besondere Umstände reflectiren und den quæst. Codicill auch quoad bona prædefunctæ sororis vor Rechts gültig erkennen werde. Menſe Mart. 1739.

OBSERVATIO DCCCL.

*Si minus, quam semiplene probatum, in criminalibus locum habet
territio verbalis.*

Quemadmodum semiplena probatio in criminalibus indicium facit ad torturam, ita si minus, quam semiplene probatum, territio vel purgatorium decernitur. Illa & quidem verbalis, si metus perjurii adest, velut si auctori rixæ istud esset imponendum.

Pluri-

Pluribus hæc explicant ICTi Mense Maji 1740. verbis:

Es seynd zwar diejenige Argumenta, so Defensor, um peinlich Bes-
ktagen von der Tortur so wol als der Lebensstrafe zu retten, mit vieler Ges-
schicklichkeit vorgestellet, von ganz ohngleichem Gewicht, wie dann diejenige,
so er, um den defunctum zum auctore rixæ zu machen, vorbracht, auch
womit er der Chirurgorum procediren und versaumen des trepanirens an-
gefochten, von keiner Erheblichkeit zu erachten. Jedoch finden sich auch un-
ter selbigen sehr triftige Momenta, die quoad torturam decernendam ejus-
que gradum die Sache gar dubios machen.

Die vornehmste von selbigen sind, daß 1) der Correas Johannes B.,
vermöge des Plurts. Verweisers N. eingesandten Protocoll de 12. Nov. 1739.
auf seiner Flucht gegen zwey Zeugen sich vernehmen lassen, daß er der Haupts-
Schläger seye und dem Defuncto Friedrich R. 3. Schläge mit einem Zauns-
Pfahl gegeben. 2) Die Zeugin Juliana W. ad Protoc. 28. Sept. 1739.
ad quæst. 4. deponirt: Der Defunctus habe ihr kurz vor seinem Ende er-
zehlet, daß Caspar L. und Johannes L. keine Hand an ihn gewendet. Sie
solle hingehen an Brunnen, da lägen zwey Pfähle, die sollte sie holen, sie hätte aber
nur einen gefurden, 3) die Zeugen, so den Defunctum in seiner Mutter Haus tra-
gen helfen, in ihrer Deposition von dem, was der Defunctus gegen sie ausges-
agt habe, gar sehr variiren, 4) der B. allein flüchtig worden, und der in-
haftirte P. B. in loco verblieben, welches alles dann, wann zumahl die Zeu-
gen ihre Aussagen endlich bestärken, vor P. B. ein grosses Momentum bey-
tragen müssen.

Nun kan man zwar diese und übrige vom Defensore vorgebrachte Ar-
gumenta von der Wichtigkeit nicht halten, daß gar nichts peinliches gegen
P. B. erkannt werden könne, allermaassen 1) den P. B. sehr graviret, daß des
Defuncti Mutter ad Protocollum de 28. Sept. 1739. deponirt, ihr Sohn
habe gegen sie gesagt, daß Caspar L. ihn mit dem Stein, woran sich an-
noch Blut befunden, zweymal auf den Kopf, Johannes B. aber mit dem
auf der Stelle gelegenen Würgerts. Pfahl ebenfalls auf den Kopf geschla-
gen habe. 2) Die beyde Nacht. Wächter E. und M. ad Protocollum de
eodem dato ad Interrog. 9. & Interrogat. 6. & 8. deponiret, wie daß der
Defunctus, als er ihn nach Haus getragen, ihm erzehlet, der Johannes
B. habe ihn mit dem Pfahl auf den Kopf geschlagen, hernach habe ihn ei-
ner mit einem Stein geschmissen, und dieser letztere hätte ihm noch den Tod
angethan &c. dieser letztere aber kein anderer, als der B. seyn kan, weilten der
L. nach dessen eignen Aussage weit zurück geblieben. 3) Dieser B. in der
That

Der hoch sein Schelten kann
für nun solle ihm der Ort
von der Stadt abhänge &c.
daß er ertragen werde &c.
Erkündigung aber, als ob er
unabhängig und Handen gelöst

Erkennend halten dore
Euch der Juliana W. ihre
deponirt seye, mithin da
sich rixæ mecum dore
nicht modus & Casp. quæ

OBSER

licet alteri in fundo suo
et ararium in sumtus in-
rialam

no sine culpa illius, et
suo respondit Facultas

Wenden das Spieß ge-
wessen, daß es nicht mit
verurtheilt. 2) D
erzeugen die bibelich
für die Spieß, die Spieß
verpflichtet werden
aus dem gericht

rechnen, weihen in
sich gegen den dore
für 3) nicht man,
fuer selbe, Thore

Spieß mit einem her
den nach nicht her
das Spieß nicht her
grupus nicht her
geven nach, her
verfügen selbigen
Ordnung

rechnen, weihen in
sich gegen den dore
für 3) nicht man,
fuer selbe, Thore

Spieß mit einem her
den nach nicht her
das Spieß nicht her
grupus nicht her
geven nach, her
verfügen selbigen
Ordnung

rechnen, weihen in
sich gegen den dore
für 3) nicht man,
fuer selbe, Thore

Spieß mit einem her
den nach nicht her
das Spieß nicht her
grupus nicht her
geven nach, her
verfügen selbigen
Ordnung

That durch sein Schelten Autor rixæ gewesen, 4) bey seiner Captur gesagt, nun solle ihm Gott gnädig seyn &c. nun ein Scharfrichter her, der ihm den Kopf abschlage &c. item gegen der L. der habe keine Noth, wie es ihm aber ergehen werde &c. seine nachhero in responsionibus vorgebrachte Entschuldigung aber, als ob er solches aus Furcht vor bevorstehender Gefangenschaft und Banden gesagt, nicht wahrscheinlich ist.

Solchemnach halten davor, daß, wann auch die Zeugen, als die 2. zu E. und die Juliana W. ihre Aussage eyndlich bestärken, minus, quam semiplene probirt seye, mithin da das juramentum purgatorium ob perjurium in autore rixæ metuendum nicht statt hat, ad territionem, jedoch nicht secundum modum a Carpz. quæst. 117. descriptum, mit ihme zu schreiten seye.

OBSERVATIO DCCCLI.

Si quis alteri in fundo suo ædes extruere permittit, ea sub conditione, ut locarium in sumtus impendendos & refundendos impenderet, periculum casus in ipsum non transfert.

Pone, sine culpa illius, ædibus per ignem damnum datum esse;
Sic respondit Facultas:

Alldieweilen das Haus quæst. mit Implorantens Geld dergestalt erbauet worden, daß es nicht wieder restituiret, sondern an der pension decourtiret werden dürffe, 2) das Guth dadurch zu melioriren intendiret, und deswegen 300. Ml. jährliche Pension mehr bedungen worden; Als lieget klar zu Tage, daß das Haus quæst. nicht dem Implorato, sondern Imploranten eigenthümlich gewesen, mithin vermög des ausgemachten Rechtsaktes: Rem suo domino perire, nisi aliud conventum, Imploranten abgebrannt, wenn er nicht zu erweisen im Stande, daß Implorat dieses periculum über sich genommen, oder durch sein Versehen der Schaden entstanden; wogegen 3) nichts releviret, was eingewandt worden, anerwogen quoad imum keine Folge, Titius bauet ein Haus auf, ergo ist es sein: indem er das Haus mit eines andern Geld, ohne daß es dieser wieder verlangt und ihm doch auch nicht schenket, aufbauen kan, quo casu aber denen Rechten nach das Haus nicht sein, sondern des leystern ist, quoad 2dum der 14te paragraphus nicht saget, daß das Eigenthum erst bey dem Abtritt des Miethers gegeben werden, sondern alsdann das Haus dem Vermietther eigenthümlich verbleiben solle, wodurch klar angedeutet wird, daß es des Vermietthers

Crameri Observ. Tom. III. P P vorhero

vorhero schon eigenthümlich seye, nur kam es darauf an, daß es demselben ohne Entgeld eigenthümlich bleiben möchte, weilten er über 500. Ml. nicht darauf verwenden wollen, und sonst seine Einwilligung zu Erbauung desselben auf seinem Grund und Boden nicht ertheilet hätte, die doch Implorat gesucht; dannhero auch nichts hindert, daß er, um den gewünschten Bau nicht zu hintertreiben, gutwillig das Gebäude in baulichem Wesen zu erhalten übernommen, als welches ja einem jeden Conductori frey stehet, ohne daß ihm das Haus dadurch eigenthümlich wird; woraus sich quoad 3) von selbstn ergibt, daß der §. II. des Contractis auch bey dem Haus quæst. Application finde, indem er supponiret, daß die Gebäude auf dem Hof dem Miether nicht eigenthümlich, dergleichen auch von dem Haus quæst. aller erst erwiesen, zudem nichts disponiret ist, als was gemeinen Rechts: *Contractum nempe in conductorem transferre periculum custodiæ, vel ex culpa proveniens, non periculum casus,*

l. 21. cod. de jur. dot.

l. 52. & 3. pro Loc.

l. 80. §. 3. de contrah. Emt.

Rauchb. P. 2. q. 29. n. 22.

Carpz. P. 2. cap. 37. d. 16. n. 6.

mithin, da auch das Haus quæst. ad aedes conductas zu referiren, eben dieses von ihm gelten muß; solchemnach auch hier statt findet, was niemand mit Bestand in Zweifel ziehen kan: *a locatore culpam conductoris probandum esse, si damnum in ædibus conductis per ignem fuerit datum;*

Wernh. Select. observ. for. in suppl. nov. ad Part. 1. obs. 200.

Endlich bey so bewandten Umständen ohnstrittig, daß Revisio von Imploranten frivole gesucht worden, einfolglich derselbe in expensas zu condemniren:

arg. c. 5. X. de dolo & contumac.

Als ist, wie im Urthel enthalten, gesprochen worden. *U. v. R. w.*
Marb. den 15. Nov. 1737.

OBSERVATIO DCCCLII.

Sponsalia sine matris consensu, quando deficit pater, contracta invalida sunt, licet juramento confirmata fuerint.

Alio-

Alioquin patris intentio prævalet, ita, ut sufficiat patris consensus, quamvis dissenserit mater, etiam ex probabili causa. Vnde cum **L**ia, eaque imprægnata, cum patre diceretur semel consensisse in matrimonium, matris dissensus deinceps, filiæque pariter, ac patris revocatio efficere non potuerunt, ut adversus sponsalia a Facultate Wittenberg. pronunciaretur, teste BERGERO (a). At aliter res se habet, quando pater deficit, prout Facultas Marburgensis pronunciavit Mensæ Junii 1740.

Kläger langet Beklagtin ad consummanda per nuptias sponsalia und produciret des Erbs ein Documentum de dato den 21ten Nov. 1733. worinnen Beklagtin sich mit Klägern verlobt zu haben bekennet, und dabey solch Eheverlöbniß, so wahr ihr Gott und alle Heiligen helfen mögen, festiglich zu halten versprochen; Obwohlen nun schinet, daß 1) weilen angeregte Clausul einen End in sich fasset, die Eheverlöbniß, welcher sie angehängt, secundum Auth. Sacrament. puberum C. si adv. vend. unverbrüchlich gehalten werden müste, und 2) der Mutter abgehende Consens nicht erforderlich seye, quod liberos non habeat in patria sua potestate,

pr. Instit. de Nupt. l. 20. §. 25. ff. de Ritu Nupt. l. 20. C. de Nupt.

Jedennoch aber und dieweilen die angegebene Eheverlöbniß gar heimlich in Klägers Haus, in scia matre, remotis arbitris, cognatis, affinibus, aut testibus celebriret worden, immassen die Maria L. im ganzen rotulo nichts davon zu sagen weiß, und keinen Menschen gesehen, ita vero merito præsumitur dolus intervenisse, quando non aperte & in præsentia testium, sed clam & remotis arbitris, cognatis & affinibus sponsalia celebrantur: Lex enim inter alia ideo prohibet sponsalia clandestina, ne fraudes clam adhiberi solitæ committantur & animi vel juvenum vel virginum in negotio tanti momenti dolose circumveniantur, sicuti in fraudem ejusmodi legis salutaris plerumque elicitur juramentum, ut licet lex obligationem promisso clandestino demat, nihilominus juramentum huic additum stringere debeat, & sie ob præsumtionem doli & fraudis, quæ militat contra provocantem ad juramentum, sponsalia talia judex æstimare nequit valida, per benedictionem sacerdotalem consummanda, sed parti circumventæ potius relaxationem a temerario juramento indulgere debet.

c. 12. X. de jurejur.

c. 3. & t. t. X. de clandest. despons.

Bruchner Diff. de clandest. sponsal. jur. th. 17.

Pp 2

Myler

(a) Oecon. Jur. l. 3. th. 6. n. 3. P. 106. collat. Cz. Jurisp. constit. l. 2. del. 59.

Myler de stat. Imp. c. 44. n. 7.

welches hier um da mehr statt findet, da Kläger ein alter Doctor Juris, Be-
klagte eine junge unerfahrne Fräulein, welche kaum 13. Jahr alt, mithin es
ihm gar was leichtes gewesen, derselben alles vorzuschreiben, was ihm be-
liebte, und sie zur Unterschrift zu bewegen, solchemnach das obmotum atum
hinfällt, cum nulla & irrita sint sponsalia. Si enim in se jure non subsi-
stunt, nec juramento accedente convalidari potuerunt:

Harprecht ad pr. instit. de Nupt. n. 134.

Beuft. de Connub. c. 48.

Cum ei vis fortior, quam negotio principali, non sit attribuenda, sed idem
illud naturam actus principalis sequatur,

Gail. 2. obs. 23. n. 20.

Accedit, quod juramentum contra bonos mores praestitum non sit obliga-
torium, sed ipso jure nullum:

c. 58. de Reg. jur. in 6to.

omnesque Canonistae uno quasi ore perhibeant, quod juramentum non
debeat esse vinculum iniquitatis, quodque vergens in praedictum tertii
servandum non sit.

c. inter caetera c. 22. quaest. 4. c. 8. c. 17. c. 28. X. de jurejur.

Zugeschweigen, daß das juramentum nicht actu corporali praestiret, son-
dern der Beklagtin bloß vorgeschrieben, und sie zur Unterschreibung verlei-
tet worden.

Hiernächst ad illud quod jure Romano matrum, seu liberos in sua
patria potestate non habentium, consensus in sponsalia liberorum nicht er-
forderlich, moribus nostris hingegen mehr auf reverentiam, als patriam po-
testatem gesehen wird, jene aber sowohl der Mutter, als dem Vater ge-
bühret, wo nicht sponsalia clandestina seyn sollen, mithin non solum pa-
tris, sed quoque matris consensus dazu requiriret wird, non quidem co-
pulative, sed subordinate & salva sexus prerogativa, consequenter tunc
demum, si deficit pater, ut hic. Als ic.

OBSERVATIO DCCCLIII.

Modus Territionis realis a Carpozio Quäst. 117. Pr. Cr. descriptus, etiam extra Saxoniam observatur quidem, est paucissimis in locis, & vix alio in casu, quam ubi Torturae locus esset. Simulque resolvuntur Quästiones

stiones, utrum Milites in omnibus delictis ad Legionem suam remittendi sint? & quid requiratur, si ab ordinariis judicibus deprehendantur & Processus formetur?

§. 1.

Territio videtur species simulationis, adeoque sine cruciatibus esse.

Verum Dicaſteria Germaniæ in modo Territionem realem peragendi, mirum in modum variant (a). Certe differentia realis ſit neceſſe eſt inter verbalem ac realem Territionem. Realem vero conſtituit Modus a Carpzovio deſcriptus, ſpecimen Torturæ aliquo modo ob cruciatuſ habens.

Quodque a Facultate in caſibus extra Saxoniam occurrentibus obſervatus fuerit, compertum habeo, probatque Cauſa Fürſtlich, Heſſen-Rothenburgiſchen Fiſcalis contra Eliſabeth M. von Obern, Suhl P. B. in qua Menſe Jul. 1740. Icti Rationes ſic ſubduxerunt:

Es hat P. Beſlagte ad Lib. Artic. in ihren Reſponſionibus bekannt, daß ſie der F. den Ranzen im Stall abgenommen, und unter der Schürzen in deren Schwagers Anton S. Hauß getragen, woſelbſt die F. und ihre Schweſter ihr eine Köße mit Sachen zugeſtellet, mit der Anweiſung, daß ſie nach B. in des R. Hauß tragen und abgeben ſolle, unterwegs aber der ſo genannte Vetter, Andreas mit den dicken Waden, der ſie vorhin nur einmal zu O. geſehen, ihr gleich vorm Dorf begegnet ſeye, und verlangt, daß ſie ermeldte Köße nicht nach B. ſondern nach S. tragen ſolle, welches ſie auch gethan zc. Sie will aber im geringſten nicht bey ſich kommen laſſen, daß ſie gewußt, daß geſtohlene Sachen im Ranzen und Köße geweſen, daran die F. und der Vetter Andreas mit den dicken Waden Theil hätte, beyde auch Diebe ſeyen, ſondern gibt vor, daß ſie nur bloß als eine Böttin gegen Lohn dieſen Gang gethan.

Wann man aber die aus dieſer ihrem Bekännniß entſtehende Indicia ſamt ihren Variationen und Abgang vom erſten Protocoll. Inquiſit. neſt der Fuga, mithin Fiſcalis in der Deductions-Schrift angeführte argumenta gravia erweget, und des Defenſoris Ausflüchte dagegen hält, ergibt ſich, daß der peinlich Beſlagtia die Tortur erſchienen, wobey jedoch davor zu halten, daß ultra territioſnem realem, welche aber juxta modum a Carpz. c. 117. Pr. crim. deſcriptum zu bewürken, nicht zu ſchreiten ſeye.

(a) Heil, in Judice & Defenſ. in Proc, Inquiſit. c. 5. §. 50.

§. 2.

Quod vero in paucissimis extra Saxoniam locis territio cum tali vehementia peragatur, agnovere ICti in causa Fürstl. Suldaischen Fiscalis, contra Johann N. peinlich Beklagten in puncto angeschuldigten Homicidii, Mensē Jan. 1739. verb.

Die von Fiscal urgirte indicia tantum non omnia sind remota, auch so bewandt, ut facta, e quibus elicita, alio modo se habere potuerint, mithin ad torturam decernendam nicht sufficient. Obwohl nun auch des Defensoris conatus, den ganzen Proceß zu annulliren, vergeblich, da jedoch die Indicia weiter gehen, als daß man es auf ein juramentum purgatorium ankommen lassen könnte, so ist die Territio zu erkennen. Ob aber zur territione reali secundum modum a Carpzovio descriptum zu schreiten, oder es bey der territione verbali zu lassen, hat grossen Anstand. Die stärkste Indicia, so Fiscalis urgirt, seynd vornehmlich, daß 1) peinlich Beklagter sich vorhin vernehmen lassen, weil ihm im Garten Schaden am Brunnen-Gestell geschehen, den ersten, den er darinnen antresse, maltraitiren zu wollen, 2) er vorhin ein gehehiziger rachgieriger Mann ist, 3) der Defunctus die Passion gehabt, dem Hasenfang in den Gärten nachzugehen, 4) die an ihm befundene tödtliche Wunde so ausgesehen, als ob sie von einer zweyspizigen Hacke herrühre, 5) Peinlich Beklagter eodem die nach 9. Uhr mit einer solchen Hacke des Wegs nach seinem Garten, wo der Todte gefunden worden, ausgangen, 6) bey dem Examine, in Ansehen der Umstände seines Ausgangs, variiret, sich entfärbt, verstört in reditu ausgesehen, 7) der Anlaß, daß der Entleibte in seinem Garten gefunden worden, dieser gewesen, daß zwey Mantel-Studenten des peinlich Beklagten Sohn besuchen kommen, und von selbigen veranlaßt worden, selbst 3. in den Garten quast. zu gehen, wo beyde erstere remanente filio den Körper gefunden ic.

Dierweilen jedoch die gegen peinlich Beklagten producirte Zeugen in ihrer Aussage eben wohl variiren, der P. in seinem nah angelegenen Garten zu eben der Zeit, da peinlich Beklagter auffer Thor gewesen, war, und nicht das geringste Geräusch oder Getümmel gehört, ohne welches doch der Todtschlag nicht wohl beschehen können, der Jahreszeit nach mehrere Leuthe ihren Weinberg zu decken ausgangen zu seyn, so da glaublicher, weilen der Zeuge, so damahls in der Wachtstube gewesen, seine Karste oder Hacke ebensfalls mit dahin (in die Wacht) gebracht, und gleicher Intention gewesen. Wohlfolglich alle die Facta, worab die Indicia elicirt, so bewandt, ut alio modo se habere potuerint: quoties autem factum pluribus modis se habere

bere potest, toties indicium inde elicited ad torturam decernendam haud sufficit,

Farinac, Vol. 1. conf. 37. n. 20.

dem hinzukommt, daß peinlich Beklagter mit dem Defuncto vorhin nie in Feindschaft gelebt, und obwohl territio pro primo torturæ gradu nicht anzurechnen, jedennoch realis secundum modum a Carpzovio descriptum so violent, daß in den Fällen, wo keine Tortur statt findet, sehr schwerlich zu selbiger zu schreiten;

Als kan es bey der territioe verbali wohl verbleiben, wo zumahlen extra Saxoniam an den wenigsten Orten territio mit der Vehemenz beschiehet.

§. 3.

Agnovere ICTi in eadem causa antecessores, in casu non adeo dissimili territioem realem quidem decrevisse, relativa adjunctioe modi vero non aggravasse, sed judicem mori suo relinquendo, temperasse.

Nachdem peinlich Beklagter in seinen respons. ad libellum 2 actor. Crim. das ihm selbst betreffende mehrentheils bekennet, und nur

ad art. 11. 13. 14. 15. 18. 27. 30. 34. 38. 41. 43. 45. 47. was seinen Vatter angangen.

ad art. 20. daß seine Stief, Mutter darum gewußt.

ad art. 40. daß er mit dem Inquisito N. von 1. fl. und Kopfstück geredet.

ad art. 47. daß er und sein Vatter viele solcher 1. fl. und Kopfstück zu W. und anderwärts ausgegeben.

ad art. 48. daß noch mehrere Complices vorhanden, die er wisse.

ad 52. daß das Münz, instrument von ihm und seinem Vatter angegeben.

ad 60. daß er auf G. gangen, um sich mit dem Inquisito H. zu unterreden.

abgeläugnet hat; so könnte davor gehalten werden, daß Fiscalis suchen torturæ abzuschlagen, vielmehr contra confessum & convictum mit der verdienten Strafe alsbald zu verfahren seye. Weilen aber peinlich Beklagter in seinen Defensions-Schriften obige vor gehegtem peinlichen Gericht sowohl, als vorhin zu G. wie auch ad Protocol. Inquisit. zu W. gethanen Bekänntniß darab zu entkräften gesucht, als ob sie mit Gefängniß und Banden extorquirt seyen, die von ihm abgeläugnete Umstände auch zum Theil so bewandt

bewandt seyn, daß sie, um das Complot völlig zu entdecken, (zumahlen der Vatter aus dem Gefängniß echapirt ist) die weitere Untersuchung erfordern, und notissimi juris ist, confessum ac convictum, de circumstantiis & complicibus per tormenta interrogari posse; so kommt demahlen es darauf an, ob die indicia ad torturam sufficient?

Nun hat zwar P. Beklagter das forum criminale zu W. zuzörderst gänzlich zu decliniren gesucht, es ist auch ex Zieglero, Brunnemanno, Stryckio und andern bekandt, daß die mehreste Doctores die in Römischen Rechten fundirte distinction inter delicta militaria & non militaria in Praxi Germaniæ nicht admittiren, und weisen das Kayserl. Regiment peinlich Beklagten als einen würtlichen Soldaten, so vielmahl reclamirt, ja sogar an Ihro Kayserl. Majestät die Sach gelangen lassen, möchte davor gehalten werden, daß selbiger dem Regiment, zu Vollführung des Processes, auszuliefern seye: ausser dem aber, daß die angezogene Dd. von einem ganz andern Fall reden, giebt der Reichs. Abschied de Anno 1641. §. Wir haben Uns zu desto mehrerer Haltung guter *Disciplin* &c. 47. in gegenwärtigem Fall klare Ziel und Maas, und ist darab das Forum Criminale zu W. völlig fundirt, wie dann auch das Reichs. Hofraths. Conclufum |30| Actorum Inquisit. solches vor best setzet, weisen jedoch in ermeldtem Reichs. Abschied §. 2. mit versehen:

- „ Daß wann der Delinquent über 3. Meilen von seinem Quartier oder
- „ Compagnie auf frischer That in strafmäsigem Verbrechen ergriffen
- „ wird, die Stände nicht allein die Verhaftung vorzunehmen, sondern
- „ auch mit vorgehenden rechtlichen Proceß zu verfahren, und alsdann
- „ die Execution zu thun Macht haben sollen; zu solchem Proceß doch
- „ gleichwohlen sie den nächsten Commendanten, wann der Befehlshaber,
- „ ber, zu dessen Regiment der Straffällige gehört, über die 3. Meilen
- „ von der Stelle, erfordern, und ihn, daß er den Rechten bey-
- „ wohne, frey stehen solle &c.

Und dann in denen an das Kayserliche Salmische Regiment, in denen sub Num. 26. 33. 36. Actor. Inquisit. dergleichen nicht beschehen, die beschehene replic auch, daß Inquisit aller Militar-Chargen sich durch das bezangene Delictum ipso jure verlustig gemacht, obiges Requisite Recess. Imp. nicht heben mag; So hat das Judicium diesem passui des Recess. Imp. vor der würtlichen Tortur annoch ein Genügen zu thun &c.

Das übrige, so von peinlich Beklagten pro avertenda eingewandt, meritiret keine Attention, und ist des peinlich Beklagten dreymahlige Judicial-Bekanntniß post revocationem ein allweg genugsames Judicium, der übrigen

Observat. DCCCLIV. Recessus
 diesen jure nicht zu werden,
 prohemum juramentum
 Verlich Beklagter auf g
 lo quædiones torturales, m
 gradum inclutive, secundum
 prædictum, angetroffen se
 Quibus id manifestum reddi
 in omnibus delictis ad Legio
 zur milites, patens BRVN
 (A. LUDOVICI) cum alij
 &c.

OBSERVAT
 hien dreyßigen Mandatum
 Clausulis ex
 null Recessui Transactio
 vero Transactio Man
 Clausulis Executivis munit
 in Causis Herrn Grafen
 qua Herr Grafen Graf
 Mandatum de non concurre
 mandatum eius tunc ext
 a velimentorum una cu
 ducatum. Sequens est
 Recessus
 Grafen Grafen
 tingen. Würtbur

Stücklich ist auch
 warden, daß dieser D
 weni quarentigste hab
 wien andres nicht, da
 wazung per Mandat
 Grafen Grafen. In

et L.
 &c.

übrigen jezo nicht zu gedenken, besonders der vormaligen Inquisition und gebrochenen juratorischen Caution. Halten demnach davor, daß

Peinlich Beklagter auf gewisse ex articulado libello zu formirende legale quaestiones torturales, mit der Folter, und zwar ad primum usque gradum inclusive, secundum modum a Carpzovio Quäst. Cr. 117. præscriptum, anzugreifen seye.

Quibus id manifestum redditur, etsi usu Germaniæ eo deventum esse, ut in omnibus delictis ad Legionem suam seu Judicem militarem remittantur milites, putent BRVNNEMANN (b), STRYCK (c), BEHEIMB (d) & LVDOVICI (e) cum aliis, huic Sententiæ tamen Facultas non plene accessit.

OBSERVATIO DCCCLIV.

Recessus divisionis Mandatum S. C. operatur, si in vim Instrumenti Clausulis executivis muniti intus.

Quod tali Recessui Transactio subfit, per se patet.

At vero Transactio Mandatum S. C. operatur, si in vim Instrumenti Clausulis Executivis muniti inita, Obs. DXII.

Vnde in Causa Herrn Grafen Georg Carl Ludwig zu Leiningen, Westerbürg, contra Herrn Grafen Christian Johann zu Leiningen Westerbürg petitem Mandatum de non contraveniendo Recessui Divisionis de Anno 1705. sed secundum ejus tenorem exsolvendo ratam suam pecuniariam dotalium ac vestimentorum una cum Interesse & expensis S. C. d. 17. Nov. 1762. decretum. Sequens enim Supplicæ adjunctus erat

Extract Theilungs Recesses zwischen Herrn Grafen Christoph Christian und Herrn Grafen Georg, beyder Gebrüdere und Grafen zu Leiningen, Westerbürg, de dato Grünstadt 1705.

§. 20.

Schließlich ist auch ausdrücklich verabschiedet, vorbehalten und bedungen worden, daß dieser Vergleich und Vertheilung vim & effectum Instrumenti guarentigiati haben, und darauf an den höchsten Reichsgerichten anders nicht, dann in einer abgeurtheilten Sache allerdings executive per Mandata executorialia & immisitorialia erkennen und verfahren

Crameri Observ. Tom. III.

Q9

wer

(b) ad l. 6. C. de Jurisd. omn. Jud. (c) Vñ. Mod. Tit. de Judic. §. 30. (d) in Misc. delinqu. Obsl. 74. (e) Kriegs. Pr. c. 3. §. 11.

werden solle, allermaßen sie sich auch zu dem Ende die clausulas executivas mit und ohne Recht selbst bedungen haben wollen, alles treulich und ohne Gefährde zc.

Vnde petit. Mand.

OBSERVATIO DCCCLV.

Quid juxta Praxin Cameralem introducta Appellatione ab excessu Commissariorum observandum sit?

Id Referens in Sachen Schweigartin contra v. Craylsheim exponit seqq.

Nach der bekantten Praxi und der Lehre b. de Ludolf. de I. Cam. p. 136. werden bey dergleichen Klagen super excessu Commissariorum nicht leichtlich Prozesse erkannt, sondern nach abgefordertem Bericht und darauf erfolgtem Gegenbericht über die Gravamina cognosciret, und demnachst, nach Befund der Sachen, die Beschwerde ex officio gehoben, und die Commission darentwegen erforderlichermaßen instruiert, nach welchem Typo dann auch gegenwärtige Sache einzuleiten dienlich erachte.

Hiebey nun kommt es darauf an, daß wir die von dem ehemahligen Ritter. Hauptmann von Craylsheim den 8ten Dec. 1742. erkannte und in die Rechtskraft getretene Urthel, als welche nunmehr zur Execution gebracht werden sollen, vor uns nehmen und dabey erwegen

- 1) worinn die objecta liquida exequenda sententiæ bestehen? Sodann
- 2) welcherley Posten vor illiquid angegeben werden? Demnachst und
- 3) wie das Liquidum ab illiquido zu separiren, und wie solchemnach die Commission fernerweit legaliter zu verfahren, anzuweisen seye.

Dann das Haupt. Gravamen bestehet darinn, daß die Brandenburg. Culmbachische Subdelegati die Gränzen der exquirenden Urthel überschritten, das liquidum ab illiquido nicht separirt, und den Appellanten in eine unrichtige und übermäßige Summam taxati pretii pro sexta parte hereditaria von 789. fl. 28. fr. condemnirt hätten.

Vnde Sent. 15. Julii 1758. publ.

In entschiedener Sachen weyl. Margarethen Schweigartin, jeso deren Sohn, Friederich Schweigart, armer Parthen, wider auch weyl. Hannibal Friederich von Craylsheim zu Ruglanden, sodann denen von Crayls

Graysheim zu Erlangen, und die Gerichte zu Ruglanden, Mandati de exequendo proprium Judicatum C.C. ejusdemque Rescripti, nunc Executionis, nec non Interventionis, item Supplicæ pro plenariis appellationis processibus. Laßt man es der Intervention und übrigen Einwendungen ohngehindert, bey der unterm 28. Febr. 1755. sub Clausula samt und sonders, und denen allerseitigen Jurisdictionen - Gerechtsamen ohnächtheilig, erkannten, und guten Theils allschon vollzogenen Commission lediglich berenden, jedoch bleibt denen Intervenienten die hiebey in Streit gekommene Jurisdictionen-Puncten von dem Göttelhof in separato, ob sie wollen, gehöriger Orten ein- und auszuführen, ohnbenommen, sondern vorbehalten.

Dann ist die durch Lt. Hert extrajudicialiter übergebene Supplicam pro plenariis appellationis processibus samt dem Bericht und Gegenbericht, auch übrigen dazu gehörigen Supplicis und Beylagen ad acta zu registriren verordnet, darauf sein, gedachten Lt. Herts, beschehen Begehren abgeschlagen, sondern denen, Namens des Herrn Margrafen von Brandenburg-Culmbach verordneten subdelegirten Commissariis, daß selbige fordersamst das von Appellanten Gewaltt eingestandene Liquidum von dem weyl. der Appellatin Schweigartin zuerkannten sechsten Theil der väterlichen Erbstücke an dem Göttelhof, nach dem taxirten Pretio von 70. fl. ohne weiteren Verzug, Zeit eines Monaths, erforderlichen Falls, executive einziehen, fortan aber zwischen beyden Partheyen die Urthelsmäßige Berechnung, sowohl über die zuerkannte fructus perceptos und Schadens-Ersetzung wegen der Waldungs Devastation, als auch über die vom Kaufschilling bezahlte alte und fernerweit currente Herrschaftliche Schuldkosten, auch sonst aufgewandte nöthige und nützliche Kosten formirende Gegenforderung hiernächst vornehmen und selbige derentwegen gültlich oder rechtlich vollends aus einander setzen sollen, aufgegeben.

Soviel aber die von gedachtem Appellanten als illiquid anfechtende Güther, Stücke und Waldungen, ingleichen den bey der Taxation derselben vorgegangen seyn sollende Verstoß betrifft, hat es

1) bey denen in Anschlag gebrachten $3\frac{1}{2}$. Morgen Felds am Gerharts-hofer Weg, sofern gedachter Gewaltt seinen anderweiten Titulum acquisitionis nicht besser, als geschehen, Rechtsförmlichermassen in continenti erweislich machen kan, allerdings sein Verbleiben, sodann

2) solle ermeldte Commission die vormalige Taxatores über den angeblichen gedoppelten Anschlag der 11. Weyher, wie auch

3) der unter dem sogenannten Baurenholz allschon in Anschlag mit begriffen seyn sollenden Holzfliehe, und darauf gedoppelt angefertigter zweyhun-

bert Gulden nochmalts ad Protocollum vernehmen, fortan, bewandten Umständen nach, den ersündenden Verstoß bey dem Taxations - Calculo corrigiren, oder aber, wo das Angeben ohngegründet erfunden würde, es bey gedachtem Taxations - Calculo lediglich belassen und Appellanten in die derentwegen verursachte Kosten condemniren, und zu deren Erlegung anhalten, fort an:

4) den weiters angeblichen Verstoß, wegen der nicht von Appellanten, sondern von Ammon besitzenden sogenannten Vircsch ebenmäßig untersuchen, und erstgemeldtermassen dabey verfahren, und gleichwie

5) sämtliche übrige Waldungen, ausgenommen der Urleiten, ohnwiderspöchliche Zugehörungen des Göttelhöfers seynd, auch Sewald in Besitz derselben zur Zeit der Rechtskräftigen Urthel vom Jahr 1742. sich wirklich befunden hat, folglichen solche mit allem Recht in den Anschlag gebracht worden, als wird denen subdelegirten Commissariis das pretium taxatum pro sexta parte, Einwendens ohngehindert, in die würlliche Execution zwar zu setzen, demnächst aber diese Geldsumme bis zu Berichtigung der annoch vorbehaltenen Segen Liquidation über die aufgewandt seyn sollende Proceßkosten (damit aber die Schollische hieher nicht gehörige Posten keineswegs zu vermengen seynd) wie auch bis zu weiterer Erörterung des im Rechtsstritt angebllichermaßen annoch befangenen Petitorii ad depositum zu bringen, endlich aber und

6) die mit in Anschlag gebrachte und auf tausend fünf hundert fl. taxirte Waldungen die Urleiten genannt, noch zur Zeit auffer der Execution zu stellen, sondern beyde Partheyen über den Umstand, ob solches Holz kein zu dem Göttelhof gehöriges, sondern ein ganz davon abgesondertes anderweites Craylsheimisches Lehenstück seyn solle, annoch ferners genügend zu hören, und dem Sewaldt seinen anderweiten Titulum acquisitivum specificice und sub præjudicio zu erweisen, aufzugeben, fordersamst aber die Güte unter denen Partheyen nochmalten alles Errthes zu versuchen, in deren Entstehung aber ihren Bericht von dem fernerverweitten Vollzug dieses Geschäfts Zeit 3. D. an dieses Kayserl. Cammer. Gericht verschlossen einzuschicken hiemit anbefohlen.

Schließlich ist gegen Dr. Kuland um Willen er sich seines allschon unterm 16. Jan. 1756. der Intervenienten halber gethanen Vorstands nicht entlediget, noch die erforderliche Vollmachten, als wozu ihme annoch Zeit usque ad primam post ferias magnas von Amts wegen angesetzt wird, beygebracht hat, die Straf der Ordnung vorbehalten.

OBSERVATIO DCCCLVI.

An Curator bonorum pro Concuratore solvere teneatur?

Quaestio hæc in *Causa v. Blomberg & Conf. contra Wittib Hildebrand Appell. und Hildebrands Wittib contra Lippe, Dettmoldische Canzley & Conf. Mandati*, a Referente sequentem in modum resoluta:

Es ist alles vergebens, und laufft contra Leges expressas, was Appellantes zu ihrer Entschuldigung anführen, daß sie wider ihren Willen von ihrer Gräflichen Herrschaft zu Uebernehmung der Curæ bonorum genöthiget worden wären, und daß kein Curator vor seinen Mitcuratorem zu stehen und zu bezahlen schuldig sey, sondern ihme allenfalls das beneficium ordinis & divisionis nicht zu versagen stünde, allermaßen in l. 2. §. 3. ff. de curatore bonis dando, expresse disponiret zu finden, neminem invitum cogendum esse, ut fiat bonorum curator; und in §. sequenti 4. dictæ l. 2. stehet der casus in terminis: si tres curatores fuerint (wie in casu præsentis, da der Schloß-Hauptmann von Blomberg, der Hofmeister von Eben und der Cammer-Rath Petri zu Curatoren bestellet worden) & unus ex his nihil attigerit (wie in casu præsentis, da kein Curator was genommen haben will, sondern es bald auf seinen Mitcuratorem und bald auf die Herrschaft selbst, daß er alles auf derselben Befehl und vor sie es weggenommen habe, oder nehmen müssen, schieben will) an in eum, qui nihil tetigit, actio danda est? & Cassius existimat, modum actori non deberi constitui, posseque eum, cum quo vult, experiri &c. und in l. 3. ff. eodem, heisset es: si plures ejusdem bonorum Curatores facti sunt, in quem eorum vult actor, in solidum ei datur actio (a). Wie denn ohnedem per l. 2. §. 2. ff. ad l. Aquil. (b) Exceptio plurium litis consortium aut divisionis in delictis semper cessaret; & quamvis in contractibus reus partem a correo repetere possit (c) tamen in delictis secus est: qui enim ex delicto solidum solvit, solvit illud, ad quod jure tenebatur & se obligatione liberavit, ideoque regressum ad alios habere nequit, inquit Peter Müller (d): daß aber der Herr Graf und seine Commissarii mehr als culpa lata, sondern dolo agiret, mithin sich eines Verbrechens theilhaftig gemacht, geben die in specie facti §. 1. & 2. berührte Facta an den Tag. Wenigstens ist

Q 9 3

gewiß,

(a) Struvius cum Annot. Petri Mülleri ad ff. tit. de curatore bonis dando. (b) quam allegat. Leyser Spec. 531. Medit. 6. (c) l. 2. C. de duobus reis stipul. & promitt. (d) ad Struv. Exerc. 18. lib. 13. tit. 1. §. 54. lit. y.

gewiß, quod juxta allegatum Petr. Müller (e) ejusmodi Curator teneatur actione mandati & si Mandatarius ob dolum condemnatur, fiat infamis (f). Und nun wollen Appellantes den expilirten, den spoliirten oder ausgeplünderten Concurs von Pontio zu Pilato, von einem an den andern verweisen, welches um so weniger geschehen kan, als schon durch die Duisburger Urthel Rechtskräftig erkannt worden, daß ein Curator vor den andern, also unusquisque in solidum, zu bezahlen schuldig sey, mithin der so langwierige Proceß nicht noch länger aufgehalten werden könne.

Sent. den Maji 1758.

In Sachen von Blomberg und Conf. Appellanten eines, wider Wittib Hildebrand und Conf. Appellatin anderen, und dann Herrn Simon August, Grafen zur Lippe, Dettmold mitscitirten ad assistendum dritten Theils; Ist allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß in der am 15. Jan. 1752. publicirten Kieler Urthel, so viel die Ersetzung der aus dem Gräflichen Concurs vergriffenen Gelder betrifft, dergestalt zu confirmiren und bestätigen seye, daß erstere 3. Commissarii samt und sonders, ob und was auffer denen inventarischen Stücken in der sich gefunden und daraus gelöst, oder verbracht worden, endlich zu manifestiren, und nachhero alles, was zu ihren oder anderen privatorum Händen gekommen, mit denen von Zeit der Erhebung verfallenen Interessen, ohne Abzug einiger Kosten, oder Diäten, bezutragen, der Herr Graf von der Lippe aber das zur Gräflichen Cammer gelieferte und verrechnete an Geld und Geldes Werth mit gleichmäßigen Zinsen zu vergüthen und zu erlegen schuldig, davon auch die Appellatin in Urthelsmäßiger Ordnung zu befriedigen seye; als wir hiermit confirmiren und condemniren, Appellanten und Herrn Grafen zu beeden Theillen die bey diesem Kayserl. Cammer-Gericht aufgeloffene Kosten der Appellatin nach rechtlicher Ermäßigung zu entrichten fällig ertheilend, annexis Executorialibus.

OBSERVATIO DCCCLVII.

Quæstor Camerae non solum cum Cesare, sed etiam statibus Imperii in arctissimo nexu est.

Ra-

(e) tit. ff. de curatore bonis dando §. 71. lit. d & Struv, ibidem §. 72. (f) L. P. C. G. §. 5. ff. de his, qui not, infamia.

Rationem in se continet Extractus voti sequentis in causa nota:
Kaiserliche Majestät und hohe Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs haben diesem höchsten Reichs-Gericht nach klarer Maassgab der Ordnung omnimodam Jurisdictionem über die Cammer-Gerichtliche Personen beygelegt.

Der Pfennigmeister wird von Kayserl. Majestät präsentirt. Da aber die Pfennigmeisterey-Cass ein fundus Imperii ist, so ist er besonders auch gegen hohe Reichs-Stände arctissimo nexu specialiter verknüpft, daher auch Exempel vorhanden, wo bey Unrichtigkeit der Cassæ particulaire Rechnungs-Visitatores von Kayserlicher Majestät und dem Reich abgeordnet worden.

OBSERVATIO DCCCLVIII.

Pater binubus non privatur Patria potestate ejusque effectibus.

In Caufa Gebrüdere de Bassompierre tutorio nomine, contra Carl Behagel, illi ad Nov. 22. provocabant, vi cujus liberi parentibus binubis non relinquerentur, ut apud eos educerentur, ne Parentibus secundos Conjuges ducentibus occasio superesset, ob novercalia circa proprium sanguinem verstandi.

Contra ea vero post emanatum sequens Decretum de 25. Septemb. 1762.

Seynd die gebettene Appellations-Process wegen des zweenen, dritten und fünften Articuli Sententiæ a qua erkannt, und fatalia auf 2. Monath erstreckt, wegen denen übrigen Punkten aber respective abgeschlagen, und verordnet, daß Judex a quo und Appellanten dem Appellaten Carl Behagel seine Kinder auch aufferhalb Frankfurt nach Offenbach ausfolgen lassen, nicht weniger provisionaliter die 300. fl. jährlich für ihn, auch weiters für Unterhaltung derer Kinder jährlich 200. fl. ausbezahlen sollen. Unbey wird das Frankfurter Curatel-Amt pendente Appellationis processu die jährliche Administrations-Rechnung denen Bassompierre pro Rata der Kinder Erbtheil abzufordern und abzunehmen erinnert, rectius Referens proponebat: Nach der in dieser Sache unterm 25. Sept. 1762. bey denen Appellations-Processen erkannten Verordnung, kommen nun beyde Theile mit verschiedenen Extrajudicial-Vorstellungen wieder ein; und zwar in denen Bassompierischer Seits von Dr. Kuland übergebenen vom 5ten, 12ten und 25. Octobr. a. c. werden hauptsächlich drey Einwendungen wider vorbesagte Verordnung

ordnung wiederholet. Als Imo neue Bescheinigung, daß Behagel in neueren Zeiten zuweilen krank gewesen und das ihm vom Offenbachischen Consistorio gegebene Attestat nicht auf seine verwirrte Gesundheits-Zustände gieng, Ildo daß Behagel wirklich zur zweyten Ehe geschritten, mithin ihm die Kinder um so weniger anzuvertrauen wären. Illcio Der sich nur ohngefahr ad 18000.thlr. belaufende Status maternorum derer Behagelischen Kinder die in der Verordnung ausgeworfene 500 fl. nicht ertragen könnten, immasen die dem Behagel vorhin extradirte ansehnliche Gelder und Mobilien erst vorher conferirt und davon abgezogen werden müßten. In denca Behagelischen Exhibitis Lti Scheurers vom 11ten, 13ten Octobr. und 5. Nov. wird hingegen Imo angeführt, daß Magistratus Francofurtensis die verordnete Kinder Extradition nicht exequiren wolle, sondern durch den Bassompierischen angezeigten Recurs anhero sich habe irre machen lassen, wehalb Ordinatio pœnalis an gedachten Magistrat begehret wird.

Ildo Zeigt Behagel selbst seinen transitum ad secundum matrimonium an, welcher ihn aber an der patria potestate und educatione liberorum nichts hindere, sondern nur confectionem Inventarii Bonorum proliam primi thori ersfordere.

Illcio Begehret Behagel Augmentationem deren vor die Erziehung und Unterhaltung der Kinder ausgeworfenen 200. fl. weilten solches sowohl Status maternorum ertrage, als auch ohnmöglich wäre, mit 200. fl. so erwachsene Kinder zu unterhalten.

Da man nun ad 1) in priori deliberatione sehr umständlich aus dem Bericht und Original-Attestatis erwogen, daß bey Behagel keine solche gefährliche Krankheit oder üble Aufführung obwalte, welche die Extradition deren Kindern an ihn in Rechten verhindern könne, und dann die neue Bassompierische Producta daran nichts abändern und sehr ohnwahrscheinlich lauten; so kan man die cum Causa cognitione gegebene Provisional-Verordnung nicht aufheben, sondern muß in ejus consequentiam die gebetene Pœnal-Verordnung wider den Magistrat erkennen. Ad 2) transitus patris ad secunda Vota benimmt nirgendswo demselben patriam potestatem und dessen Effectus in liberis primi thori. Die Gesetze gehen allenthalben mehr in odium novercarum, als vitricorum; findet also auch Referens dadurch seine Meynung quoad extraditionem liberorum in nichts geändert. Zu vollkommener Sicherheit aber wollte er dem Decreto eine Erinnerung an den Frankfurter Magistrat beyrucken, daß dieser dasjenige zu besorgen nicht verabsäumen werde, was denen dasigen Statuten gemäß, bey Schreitung des

des Vattern zur zweyten Ehe Behuf seiner erster Ehe Kinder zu verfügen erforderlich seye.

Ad 3) muß es ebenfalls bey denen ausgeworfenen 300. und 200. fl. ex rationibus prioris deliberationis belassen. In die von Behagel gebettene Augmentationem kan aber auch noch nicht willigen, weilen der Status maternorum und dessen Ertrag ex actis noch nicht liquid ist; Es wäre dann, daß Behagel eine mehrere Liquidität zu einer erhöhenden Summa beybrächte, wohin ihm den Vorbescheid geben wolste. Und da übrigens diese Sache per reproductionem processus judicial werden muß; so wolste auch alle diese Suppliquen vorläufig ad Judicium verweisen.

Reliqui cum Dn. Referente.

Decretum d. 25. Sept. 1762.

Diese nebst vorherigen Supplicationen facta reproductione Appellationis judicialiter; und ist die gebethene Pœnal-Verordnung erkannt; sodann versiehet man sich zu dem Magistrat der Reichs-Stadt Frankfurt, daß selbiger dasjenige, was denen dasigen Statuten gemäß, bey Schreitung des Vattern zur zweyten Ehe, Behuf seiner ersteren Ehe Kinderen zu verfügen, erforderlich, zu besorgen von selbst bedacht seyn werde. Ferner ist puncto alimentorum Dris Ruland und Lt. Scheurer anderweites Begehren noch zur Zeit abgeschlagen, sondern würde gedachter Lt. Scheurer den Statum maternorum und dessen Betrag zu einem höheren Quanto besser, als geschehen, darthun, solle ferner ergehen, was Recht ist.

OBSERVATIO DCCCLIX.

Sola Confessio Successoris in Territorio Germaniæ de versione debiti in utilitatem ejusdem sufficit, nec Creditor, qui in ea se fundat, ad probationem versionis tenetur.

In *Causa Wirthin contra Hessen-Rheinfels Debitor excipiendo* provocabat ad L. 93. §. 1. ff. de Legat. 3. vi cujus Confessio defuncti tantummodo hæredibus necessariis, scilicet Liberis, vel Hæredi universali de jure noceat: cum tales factum defuncti præstare teneantur, adeoque sola confessio debitoris de versione in utilitatem feudi nullatenus sufficiat, sed Creditor, qui in ea se fundat & ex feudo solutionem petit, illam versionem probare tæneatur.

Enimvero Successor in Territorio Germaniæ pro universali habendus est, juxta ea, quæ Op. T. IV. Op. XIV. coll. Obf. DXCVI. latius deduxi:
Cramerii Observ. Tom. III. Rr Quando

Quando itaque Quæstio de obligatione successoris in Territorio Germaniæ ad debita Antecessoris ex honesta necessitate non tantum principatus sed & personæ suæ familiæque principalis contracta solvenda occurrit & versio hæc in dubium vocatur, solam confessionem istiusmodi successoris de versione, ad eam probandam sufficere, in aprico positum est. Sicque in dicta Causa existimatum, daß Successor universalis vorhanden, und Fürstliche Brief und Siegel, die mit aller Präsumtion begleitet und keiner Falschheit so schlechterdings zu beschuldigen, daß also impetrantischer Theil mit allem Jug an das hohe Fürsten-Wort, oder den deutlichen Begriff des Schuldbriefes, oder Clausulam Versionis sich halten könne; Zu unumgänglicher Bestreitung einiger Kosten und höchstnöthiger Auslagen zu unsers Catholischen Hauses Besten.

Eoque magis, quo evidentius vi Sententiæ Cameralis d. 4. Junii 1745. publ. tantum sufficit, quod debitum zum suchenden Nutzen des Lands contractum sit: ut adeo præcise non requiratur versio actualis, modo in intentione fuerit.

Quod si quis considerat ut & confert Commentatiunculam meam, daß ein Agnat dasjenige, was ein Rechnungsführer aus Amts-Rechnungen active zu fordern behalten, als Landes-Successor, ohngeachtet Fürstlich oder Gräfliche Allodial-Erben vorhanden, zu bezahlen schuldig (N. St. P. XXI. XII.) haud diffitebitur, firmo tali niti.

Sententia publ. 8. Octobr. 1762.

In Sachen Ewen Dorotheen Wirthin, modo deren Erbin, Klägerin eines, wider weyland Herrn Ernst und Christian, modo Herrn Constantin Landgrafen zu Hessen = Rheinfels und Rothenburg, Beklagte andern Theils, Rescripti Citationis ad videndum exigi Capitalia & liquidum recessum activum cum Interesse & Expensis, seque condemnari; Ist mit Verwerfung der eingewandten Exceptionis fori declinatoriæ, allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß Herr Beklagter an Klägerin nicht allein die eingeklagte Capitalien samt ruckständigen Zinsen, sondern auch den Activ-Recess nebst ebenmäßigen Zinsen a tempore litis motæ, jedoch nach Abzug der verglichenen Rata, weyland Herrn Landgrafen Ernst, zu bezahlen schuldig und dazu zu condemniren seye; Als wir hiermit schuldig erkennen und condemniren. Die bey diesem Kayserl. Cammer. Gericht derentwegen aufgetoffene Gerichtskosten aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend.

Dann

Dann ist ermeldtem Herrn Beklagten zu wirklicher Execution und Vollziehung dieser Urtheil Zeit 3. J. p. T. & P. von Amts wegen angefehrt, mit dem Anhang, wo er deme also nicht nachkommen wird, daß er jetzt, als dann, und dann, als jetzt, in die Strafe 10. Mark löthigen Goldes, halb dem Kayserl. Fisco und zum andern halben Theil der Klägerin ohnnachlässig zu entrichten und zu bezahlen fällig erklärt seyn und der Real-Execution halber ferner ergehen solle, was Recht ist.

OBSERVATIO DCCCLX.

Quodsi contra complicem ultra territorium progredi non licet, alter vero ad torturam gravatus est, hæc præcedere debet.

Hac enim peracta fieri potest, ut territorium opus non sit, sed genus poenæ illi complici dictandæ statim determinari possit.

Sic Facultas Mensis Julii 1737.

Wann auf die von Inquisito G. und dessen Frauen sub Num. 23. 24. & 26. gethane Bekännniß sofort gesprochen werden sollte, so müssen die vom Defensore Num. 33. angeführte ziemlich scheinbare Momenta in mehrere Consideration gezogen und allen dreyen Inquisiten eine proportionirte poena extraordinaria alsbald dictirt werden; allermassen selbige, die sie am schwersten gravirende Umstände, so ihnen die S. bey der Confrontation unter Augen gesagt, beständig abgeläugnet, das aber, was sie gestanden, so eingestehet ist, daß der flüchtige Jäger S. der Hauptdieb seye und diese so ungeschuldig sich ausgehende Eheleute verführet habe, daß sie von dem, dem W. durch den Jäger zugefügten Diebstahl participirt hätten. Er geben aber die ganze Acten solche Indicia an Hand, darab mit ziemlicher Gewisheit zu schliessen, daß G. & uxor Erzdiebe und ihr Haus eine Diebsherberge, seine beste oder schlimmste Profession auch in Verfertigung von Diebs-Instrumenten bestehe, und er bey dem, dem H. zugefügten Diebstahl der Hauptdieb gewesen seye. Wannhero G. mit der Tortur ad primum gradum (inclusive) anzugreifen und auf die bey der Confrontation abgeläugnete Umstände wegen dieses am H. verübten Diebstahls und dabey vorhin der S. Aussage nach genommener Abrede, das Amthaus zu L. zu bestehen, sondern auch wegen der übrigen Indiciorum, so im Brunnen gefundene Diebschlüssel, worunter ein Kirchenschlüssel seyn soll, item das falsche Geld, so unter der Stubenschwelle gefunden worden, zu befragen seye. Des Defensoris Ausflüchte machen hierbey gar keine Irrung und können deren einige aus Ley-

feri Specim. 535. Medit. 6. 17. 18. Specim. 536. Medit. 1. 14. beantwortet werden. Es ist zwar die Frau nicht viel weniger gravirt, weil jedoch vor jeho ultra territionem gegen selbige nicht wohl procediret werden könnte, so hat man vor erst den Mann in dem ersten Grad torquiren zu lassen, dann so wird sich das weitere ergeben, auch zeigen, ob uxor cum vel sine fustigatione des Landes zu verweisen seye.

OBSERVATIO DCCCLXI.

Homicidium pro culposo, nec casuali habendum est, quod ab eo commissum, qui circa rem necessariam, aut utilem non occupatus, omnem debitam diligentiam non adhibuit & verisimiliter scire potuit, factum suum alteri nociturum esse.

Homicidium casu fieri existimatur, quoties commissum est ab eo, qui operam dat rei licitæ, idque facit debito loco, ac tempore atque omnem diligentiam adhibendo occidit. Horum alterutro deficiente, homicidium non fortuitum, sed culposum habendum est. Casus veri nominis referuntur art. 146. C. C. C. quibus sequens, qui in Facultate 1731. occurrit, accenseri non potuit.

Obwohlen Inquisit eines Theils nicht wolken an sich kommen lassen, daß durch den den 27. Julii 1738. zu S. Morgens frühe unter der Predigt von ihm beschenehen Pistolen-Schuß, die um selbize Zeit auf dem Fußpfad nach der A. todt gefundene Bettelfrau entleibet worden seye, gestalten denn auch die Distanz von dem Zaunstock, nach welchen er gezelet und selbigen oben an der Seite getroffen, bis zu dem Ort, wo die Bettelfrau gelegen, nach der Beschreibung des Landmessers sub Lit. A. so groß, daß fast unglaublich scheinen möchte, daß die Kugel per repercussionem seitwärts so weit reichen und das Weib tödten können, andern Theils aber derselbe so behaupten vermeinet, daß diese Entleibung allenfalls pro homicidio mere casuali zu achten, mithin er von aller Straf zu absolviren seye, worinn ihm dann auch

Befoldus Conf. Tubing. 217.

das Wort zu reden scheinen möchte, da in einem Casu, wo einem das Gewehr, so er nicht abzuschießen gemeinet, ohnversehens losgegangen, die Kugel durch zwey Wände gefahren und ein Mädchen ertödet, derselbe völlig absolviret worden, additis rationibus, weiln ein casuale homicidium seye, quod præter intentionem & voluntatem committentis contingit, und in lege

lege I. ad l. corn. de sicar. es heisse: quod ea, quæ ex improvise, potius casu, quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxæ imputentur, auch wann schon levissima culpa dabey concurrirt hätte, solche doch in processu criminali nequidem extraordinaarie zu bestrafen seye, cum juxta Card. Tusch, homicidia ex levi vel levissima culpa potius casualia, quam culposa dicenda sint, in gegenwärtigem Fall auch dem Inquisiten ætas minorennis, da er ein Bauers Jung von 17. Jahren, zu statten kommen möchte. All. diereisen jedoch 1) um dieselbe Zeit, da die todte Bettelfrau gefunden worden, in der Gegend kein anderer Schuß gehöret worden, als den der Inquisit gethan, mithin eine solche Certitudo, daß sie von niemand anders entleibet worden, vorhanden, als in einem Fall, wo es auf keine Leibs- und Lebensstrafe ankommt, immer erforderlich seyn kan, Inquisit auch in respons. ad art. 17. solches selbst anerkannt, da er um eine gnädige Straf gebethen und was er vorhin von des Bettelmanns geführten Reden eingewandt, vom Fiscali gnugsam elidiret worden. Sodann 2) der Begriff eines homicidii mere casualis dahier gänzlich deficirt, quippe quod ab eo demum committitur, qui circa rem necessariam aut utilem occupatus omnem debitam diligentiam adhibuit, nec verisimiliter scire potuit, factum suum alteri nociturum esse,

Conf. Tubing. noviss. Part. 4. conf. 137. n. 19.

Der Inquisit aber 3) auf einen Sonntag unter der Kirch die Pistol abgeschossen, folglich circa rem necessariam aut utilem nicht occupirt gewesen; ingleichen 4) ihm wohl wissend war, daß ohnfern des Sauns der Fußpfad hergehe und selbiger von denen aus der Kirch kommenden Leuten frequentirt werde:

Paria autem sunt, in via vel prope viam periculosi quid facere & hoc non minus, quam illud culposum, ac poena extraordinaria dignum.

§. 5. Instit. ad leg. aquil. ibi prope viam.

Nach solchem allen 4) das homicidium pro culposo allerdings zu achten, homicidium namque culpa fieri dicitur, quando quis vel operam dando rei illicitæ, vel in re licita diligentiam non adhibendo occiderit,

c. 8. X. de homicid.

Carpz. quæst. 27. n. 8. 16.

5) Das angeführte Consilium Besoldi belangend, der casus admodum dissimilis ist, da der in selbigem benannte Inquisit keinen animum gehabt, das Gewehr loszuschießen, auch von einer poena corporis afflictiva die Rede ist, gestalten in der demselben untersezten Sentenz der Inquisit nichts desto weniger mit der Straf doppelten Frevels belegt worden.

Es ergeheth dann schließlich unsere Meynung dahin, daß Inquisit, weiß er gleichwohl in re illicita versirt, und keine andere Apparenze vorhanden, als daß die Bettelfrau durch den so fatalen Schuß getödtet worden seye, in eine Herrschaftliche Geldstrafe von 20. bis 25. Rthlr. auch Erstattung aller Kosten fällig zu ertheilen seye.

OBSERVATIO DCCCLXII.

Bigamus convictus, ast non confessus, nec torquendus, nec fustigandus, sed relegandus est, si conjux prior desertione sua crimini causam dederit.

Quemadmodum Bigamia species adulterii est & ad eandem dolus requiritur; ita & pœnam ejus ordinariam mitigat, quod mitigat pœnam ordinariam adulterii & dolum tollit, saltem minuit.

Sic Facultas Menſe Martii 1736:

Obwohlen peinlich Beklagter bey dem ersten Verhör, ad quaestionem 18. 19. 23. 24. 25. 26. bekannt: Er habe das Weibsmensch *quasi*. zu seiner Frau genommen, seye mit derselben in Holland gangen, habe sie in Namur ehrlich geheurathet, und als er mit selbiger aus Holland in dasige Gegend kommen, habe er sich auf benachbarten Dörfern mit ihr aufgehalten &c. So hat doch derselbe, so bald der peinliche Proceß eröffnet worden, sowohl in responsionibus ad libellum artic. als in seinen Defensional-Schriften, ohne Zweifel ad suggestionem Defensoris, solche Confession revocirt und zu vermeinter Defension folgende ganz seichte Scheingründe vorbracht: Man habe 1) mit der Captur und specialen Inquisition voreilig mit ihm verfahren, da zu beyden keine sufficientia indicia vorhanden, indem 2) die aus Uebereilung von ihm gethane Bekänntniß nur von deswegen beschehen, um einen Prætext zu haben, die Ehescheidung von seiner legitimen Frau um so leichter bey dem Consistorio zu erhalten, 3) des Lieutenant B. Schreiben ihn im geringsten nicht gravire, da derselbe vielmehr attestire, daß er sich in Namur nicht habe trauen lassen, auch mit dem Menschen keine 3. Kinder erzielet, &c. 4) die Worte in ermeldten Schreiben, peinlich Beklagter habe sich mit dem Menschen wohl betragen, &c. seyen nicht dahin auszulegen, als ob er sich mit ihr copuliren lassen, und um so weniger, als deren vier als Waschweiber bey der Compagnie gewesen, und er sich dieser als seiner Wascherin und Wärtherin bedienet: Er offerire sich 5) zum juramento purgatorio, daß er sich mit dem Menschen weder

der fleischlich vermischet, noch copuliren lassen: Ueber das alles 6) wann jeposito, sed non confesso, die Bigamia ersichtlich, so könne das letztere Eheversprechen nicht secundum requisita concilii Tridentini bestehen und seye also null; concubitu in totum negato, zu W. auch 7) werde weder das adulterium, noch die Bigamia besag der angeführten Präjudiciorum, nach Schärfe gemeiner und Sächsischer Rechte bestrafet, bey dem allen 8) möchte der künftige Referens in reifliche Consideration ziehen, daß nach obigen allen (id est, wann alle Stricke brechen sollten) seine Ehefrau, vermöge langjährig geführten Processus, ihn sowohl durch ihre Ausweichung, als Denegirung des Debiti conjugalis bößlich deserirt habe, ohne daß das Consistorium ihm behörige Justiz gethan, mithin prius matrimonium ohnedem dissolvirt gewesen.

Man wäre zwar peinlich Beklagter bey fernerm Abläugnen der Copulation und fleischlichen Vermischung ad torturam a Fiscali petitam genugsam indicirt, als welches dessen Confessio NB. judicialis, der Brief von Namur und übrige Umstände ausser aller Contestation setzen. Es macht aber das Protocollum Consistoriale disfalls einen grossen Anstand, als darab erhellet, daß zwar des peinlich Beklagten lieberlich und brutales Leben zwischen ihm und seiner rechten Ehefrau die äufferste Feindseligkeit zwischen ihnen verursacht; indessen doch peinlich Beklagter denen Decretis Consistorii gemäß, seiner Frauen cohabitiren zu wollen sich verschiedentlich erkläret, dieselbe aber beständig renitirt und die Separation gebethen, mithin er secundum acta prout jacent, einigen Schein, daß seine Frau den weitem Verfall verursacht, vor sich hat. Nachdem auch ex Lauterbachio Colleg. theor. pract. Krefio ad O. C. Thomasio de crimine Bigamiae & aliis bekannt, daß, wo dergleichen causæ mitigantes vorhanden, dem Delicto selbstn jedoch fastigatio cum relegatione erschienen, und de relegatione refusis expensis wohl kein Zweifel vorwaltet, quoad fastigationem aber sich der Anstand ereignet, daß gleichwohl peinlich Beklagter auf seinem Abläugnen beständig beharret und Fiscalis ad torturam anträgt; Also und da doch peinlich Beklagter Convictus, utut non confessus, ist klar, daß fastigatio cum relegatione in Sententia zu dictiren, in rationibus decidendi jedoch Senatui frey zu lassen seye, wosern die angeführte Präjudicia und übrige Umstände ersichtlich, es bey der relegatione perpetua per modum aggravationis zu lassen.

OBSERVATIO DCCCLXIII.

Quid decernendum, si contra Inquisitum, puncto adulterii, neque tortura, neque territio, neque juramentum purgatorium, neque egressus e civitate, decerni queant?

Id exposuit Facultas Mens. Dec. 1727.

In Inquisitionen-Sachen contra den Lieutenant Fried. v. L. in puncto adulterii.

Nachdem letztern Interlocut zu folge des Inquisti Defensor die ihm auferlegte Defensions-Schrift einbracht, hat zwar derselbe Inquisitionem generalem und specialem als uull und nichtig ausgeschrien, die Beständniß des Inquisti, als Squalore carceris erpreßt, verworfen, die Zeugen vieler Contradiction überführen wollen, ja das Gericht selbst und dessen Präsidem einer Parthenlichkeit beschuldigt. Es ergeben aber retro acta ein ganz anderes, und ist darab zu ersehen, daß ganz legaliter verfahren worden. Da nun Inquisit das angeschuldigte Delictum beständig läugnet, kommt es darauf an, ob die in criminalibus gewöhnliche media veritatem eruendi hier statt finden.

Zur Tortur oder Territion ist, wann gleich sufficientia indicia vorhanden wären, von deswegen nicht zu schreiten, weil intercessio conjugis innocentis der poenæ ordinariæ ohnedem keine statt läßt, und das medium ipsa poena gravius seyn würde, zumahlen Inquisit ein Mensch von etlich und 20. Jahren zu seinem Metier ganz inhabil würde gemacht werden. Auf das Juramentum purgatorium zu erkennen, ist ob metum perjurii sehr gefährlich. Leyserus gibt in Specim. 142. Med. IX. in casu fere simili ein Præjudicium an Hand, da de perjurio suspecto, loco purgatorii egressus e civitate auferlegt worden. Es stehet aber auch dieser Weg hier nicht wohl einzuschlagen.

Solchemnach halten wir dafür, daß in via regia zu verbleiben und Inquisito das Juramentum purgatorium zwar zu imponiren seye, jedoch dergestalten, daß, wann post seriam admonitionem de perjurio vitando, Inquisit zu dessen Ablegung sich zwar parat zeigete, das Kriegs-Gericht aber finden sollte, daß ein starker metus perjurii übrig bleibe, dasselbe viel eher auf eine proportionirte Summe Geldes, etwa zu 200. Rthlr. cum refusione expensarum zu erlegen, ihm zuzuerkennen hätte.

OBSERVATIO DCCCLXIV.

Articulus 131. C. C. C. in causa Infanticidii non requirit, ut infans mortuus repertus sit.

Vi dicti Articuli sufficit, modo de dolo constet vel *committendo*, vel *omittendo* admissio, super quo delicti reus, plerumque sub tormentis est examinandus.

Sic Facultas Mense Junii 1728.

In Sachen Fiscalis ex officio constituti, contra Maria Clara M. peiniglich Beklagtin, puncto Infanticidii.

Die von Defensore pro avertenda tortura eingewandte Gründe seynd offenbahr unerheblich. Wann derselbe insonderheit behaupten will, daß der art. 131. O. C. erfordere, ut infans mortuus repertus sit, hier aber das Kind, als die Weiber hinzu gekommen, noch gelebet habe, so ist selbiges eine offenbahre Cavillation. Genug, daß peinlich Beklagte demselben die Nabelschnur nicht verbunden, welches pro vera & immediata causa mortis & pro vulnere per se ac simpliciter lethali zu halten (sunt verba Collegii Medicorum in respons. apud Ludovici ad O. Cr. art. 35. pag. m. 50.) Wozu noch kommt, daß sie selbiges bey damahliger Jahrszeit in eine kalte Cammer geleyet, und es noch verheehet, als die Weiber bereits ins Haus gedrungen gewesen.

Da nun peinlich Beklagte in ihren respons. läugnet, den Vorsatz, das Kind zu tödten, gefasset zu haben, so ist ihr die Tortur erschienen.

conf. Berger El. Crim. P. 2. p. 340. 354.

Gedoch solche ad primum gradum *inclusive* sufficient zu erachten. Sie ist dabey dann auch in den quæst. torturalibus wegen des andern Kindes zu befragen, so sie vorher schon ermordt haben solle.

OBSERVATIO DCCCLXV.

Quomodo & per quæ indicia probetur, Concursum notorium esse?
in specie Leodii.

§. I.

Quo constet, num Titulo Padeſtarum de iis, quæ in fraudem Creditorum alienata sunt, Locus sit nec ne? Quæstio hæc enodanda est, enodandaque in Causa de Grady contra de Heyme App.

Cramerii Obs. Tom. III.

Ss

Nimi

Nimirum Antonius Latour, Leodii Mercator, secunda Junii Anni 1744. a Consule de Grady summam viginti trium millium septingentorum & quinquaginta Florenorum Brabanticorum mutuo acceperat eo Pacto, ut de Medietate summæ intra quinque, de altera Medietate vero intra septem Menses Rationem redderet. Etsi autem Antonius Latour ob magnum, quod cum Clavis ferreis in Civitate Leodiensi faciebat commercium, ab imminente Decoctione quam longissime abesse videretur, accidit tamen, ut non modo ipse, dum viveret, Creditori suo de Grady satisfacere & pecuniam mutuo acceptam reddere non posset, sed & ipso defuncto, Vidua ejus Debitum Mariti in se suscipere teneretur, quæ 2. Januar 1748. Syngrapha desuper exarata declaravit :

Se esse Debitricem Ex-Consuli de Grady Summæ 23750. Brabantiæ Florenorum ac binas Syngraphas ab ejus Marito 2. Junii 1744. exaratas, quæque eidem originaliter restitutæ fuissent. Item bis mille ducentorum quinquaginta Brabantiæ Florenorum, quibus amicitia causa erga Familiam Latour contentus esse voluerit Consul de Grady loco reddendæ Rationis conformiter dictis binis Syngraphis.

§. 2.

Ast nec huic promisso satisfactum est. Siquidem Vidua Latour, cum per duos Annos stipulatas usuras solvisset, rursus defecit, nec ab Anno 1750. tam quoad Capitale, quam quoad Usuras quidquam solutum reperitur. Cumque debita dictæ Viduæ indies auferentur, nec illa amplius Literis Cambialibus ad illam directis, seu, ut ex recepto More dicitur, drassatis, debita cum Punctualitate satisfaceret, primum incertus rumor per Civitatem sparsus est, Viduam Latour Decoctioni ita proximam esse, ut Creditores de securitate Crediti periclitari possent. Quare Vidua Latour, cum videret, extrema quæque sibi tentanda esse, ut Honori suo consuleret & Decoctionem publicam, seu Fallitam, quantum fieri posset, a se averteret, Fratre suo Canonico Buxhon desuper opem ferente 17. Aug. 1748. maximam Creditorum suorum partem in ædibus Advocati Buxhon convocari jubet. Quibus cum Canonicus Buxhon inexpectatum Sororis suæ, Viduæ Latour, statum proposuisset, communi Consilio de inveniendis iis Mediis, quibus & Honori Viduæ Latour & securitati Creditorum prospici possit, actum est. Quæ speciatim utriusque Partis Propositiones, aut Consilia tunc fuerint, in Actis determinate probatum non est; quamvis utraque Pars conveniat, Viduam Latour, aut magis ejus Fratrem Canonicum Buxhon petiisse, ut singuli Creditores certam Debiti

Debitori Partem remitterent, Creditores vero a desiderata remissione haud alienos fuisse, ea conditione, ut Vidua Latour, Inventario super statu activorum & passivorum genuine confecto, cessionem Bonorum faceret.

§. 3.

Inter alios Creditores huic sequentique Conferentiæ 20. Augusti habitæ Consiliarius de Grady proprio & Matris nomine interfuit & Consilia tunc per Creditores inita eousque approbavit, ut Crœnendalum, ubi tunc cum tota Familia habitabat, redux, Epistola desuper exarata & quæ in Actis prioribus reperitur, proprio, Matris, ac Sororum Nomine declararet :

Se in magnam etiam Debitori Remissionem consentire, ea Lege, ut Consilia conjunctim a Creditoribus capta punctatim adimpleantur, ac Remissione facta Debitricis Filii pro residuo se obligarent, nullus Creditorum Viduam in Jus vocaret & infaultum hoc Negotium communi Auxilio finiretur.

§. 4.

Sed videtur, reliquos Creditores, partim quod Viduæ de Grady Creditum magnum omnino esset, partim quod illud, ceu debitum Chirographarium præceteris omnibus Prælationem prætereundum posset, eo elaborasse, ut, si fieri posset, seclusa Vidua de Grady, propriæ suæ securitati consulerent. Ex articulis per Viduam de Grady exhibitis, quæque in actis prioribus reperiuntur, constat, 26. Aug. inscia Vidua de Grady, ceteros Creditores in ædibus Viduæ de Hayne, quæ & ipsa inter Creditores Viduæ Latour erat, convenisse, ac omnibus ibi congregatis Viduæ de Grady Procuratorem Cartier ex improvise supervenisse, ac notificasse, Viduam Latour Confessionem Repertorii, ad quam ejus filii in prioribus conferentiis se obligaverant, non modo recusare, sed & Actionem Injuriarum huic minari, qui dicturus aut publicaturus fuerit, eam foro cessisse, fallisamque esse.

§. 5.

Interea rumor, Viduam Latour foro cessisse, non modo Leodii, sed & per Hollandiam sparsus fuerat, eousque, ut Mercatores Hollandici Literas Cambiales a Vidua Latour ad onus eorum tractas, seu directas, solvere recusarent. Hos inter Joannes Hox, Mercator Roterodamensis, Epistola ad Viduam Latour exarata declarat, se Literas Cambiales a Vidua Latour ad eum directas, quamvis ipsius Debitor esset, cum protesto

invitum quidem, sed ea solum de causa remisisse, quod foro cessisse diceretur, Legesque Civitatis Roterodamensis præciperent, post fori cessationem nemini, nisi Creditoribus falliti solutionem fieri posse. Literæ Tenor notatu dignus est & ad Decisionem præsentis Controversiæ eo plus facit, quo magis ex eo apparet, quo tempore Vidua Latour non modo Leodii, sed & in Hollandia pro fallita habita fuerit. In Literis 29. Augusti exaratis declarat Hox:

Heri de mane, hoc est 28. Aug. post Adventum Nuntii, seu vulgo Postæ Leodiensis sparsum fuisse Roterodami rumorem, infortunium Viduam Latour eam in conditionem constituisse, ut cogeretur cessare solvere. Quare cum in Legibus Patriæ suæ sancitum esset, huic, qui foro cesserat, solutionem amplius fieri non posse, se eo necessitatum fuisse, ut Literas Cambiales a Vidua Latour ad eum directas cum protestatione reverti sineret. Tandem sperat, optatque, per primum Posto reditum de falso & non fundato rumore informari.

§. 6.

Itaque 29. Augusti 1759. Viduam Latour coram Scabinis Leodiensibus eum in finem citari fecit, ad videndum reproduci Chirographum per citatam relaxatum quondam Marito citari procurantis de 2. Junii Anni 1743., nec non eodem contextu cogendam eam, ad recognoscendum rem gestam, scripturam & signaturam, sin minus, videndum obtineri decretum, illud recognosci & ad Acta publica insinuari, seu vulgo realisari.

§. 7.

Cum vero ad emanatam Citationem Vidua Latour non comparuisset, ad Instantiam Partis citantis recognitio 2. Septembr. per testes de manu & sigillo Viduæ Latour deponentes facta & per sententiam Scabiorum de eodem dato realisatio producti Chirographi concessa fuit. Neque diutius merata est Vidua de Grady securitatem debiti realiter quærere. Siquidem facta Realisatione Chirographi coram Scabinis Viduam Latour citari curavit, quatenus summarie probaret, se Facultates & Bona habere sufficientia pro securitate sortis & usurarum. Sin minus, ad videndum, contra eam procedi ad convictionem, seu vulgo bannitionem. Qua obtenta, ac 7. Sept. tertia vice repetita, cum interea temporis variaz Literæ Cambiales a Vidua Latour non solutz, sicque cum Protestatione ad Drizanten, seu eum, qui Cambium assignaverat, remissæ fuissent, Viduæ Latour Procurator Cartier 12. Sept. attento, quod imminentissimum subesset periculum ob Literas Cambiales ad partis adversæ
onus

onus protestatas, nec non ingentis damni timor, quod contingere posset per frivolas Viduæ Latour oppositiones, Causam pro summaria, ac de Hora in Horam declarari petiit. Cui petito delatum & per Sententiam Scabinalem Causa ob imminens periculum pro summaria, ac quater in Die tractanda declarata est.

§. 8.

A quo Scabinorum Decreto, licet Vidua Latour ad Consilium ordinarium Leodiense appellasset, attamen 16. Sept. per secundam sententiam scabinalem Causa pro summaria declarata, ac Viduæ Latour injunctum est, quatenus alleget & deducat intra sex horas, quidquid ad Jus suum facere putat, sin minus, primordiali citationi intra eundem terminum satisfaceret. In cujus consequentiam tandem 19. Septembr. per Scabinos Viduæ Latour plenaria paritio primordialis Decreti demandata fuit.

§. 9.

In hisce rerum Angustiis, cum Vidua de Grady solutionem & satisfactionem Chirographi sui judicialiter prosequeretur & Literæ Cambiales a Vidua Latour scriptæ undique cum protestatione remitterentur, tandem Vidua Latour extremum remedium aggressa, 23. Septembr. omnibus suis Creditoribus coram officiali Leodiensi citatis Cessionem Bonorum obtulit. De cujus citationis effectu tamen, quamvis illa a Creditoribus reproducta fuerit & in Actis prioribus reperiatur, non constat, quamvis probabile sit, confectionem Inventarii super statu activorum & passivorum ea de causa fieri, sicque Cessionem Bonorum ideo ad effectum perducere non potuisse, quod Vidua de Grady, prout nunc dicitur, immisionem in immobilia Viduæ Latour petierit & obtinuerit, quæ dein in ædes dictæ Viduæ immissa, Repertoria & Libros mercantiles edere, sicque Inventarium confici recusavit. Siquidem cum Vidua Latour sufficientiam substantiæ suæ, ac in quantum citanti Viduæ de Grady satisfacere posset, in termino præfixo non docuisset, ac vel eapropter Vidua de Grady in omnia Bona Viduæ Latour per Saisiniam immitti postulasset, primo Mandato Prætoris, seu, prout Leodii dicitur, parvo Legis Præcepto, prius ter reiterato 27. ejusdem dicti Mensis Sept. sæpedita Vidua de Grady in omnia immobilia Viduæ Latour immissa est, cum Mandato, ne re saisita, seu immissa Vidua de Grady in fruitione ædium & Hypothecæ ab ea saisitæ impediretur. In cujus Decreti sequelam Vidua de Grady in ædes Viduæ Latour ad Pontem, vulgo Pont Maghina, sitas cum consueta Juris formalitate immissa est.

§. 10.

Et sic intra XX. circiter Dierum spatium Vidua de Grady Realisationem Chirographi, ejusdem judicialem recognitionem, citationem ad videndum, se immitti in Bona facta, imo & ipsam saisiniam, seu Immisionem auctore prætore obtinuerat, absque quod in actis reperiatur, quenquam reliquorum Creditorum per totam hanc litem, licet auctore prætore, sicque publico strepitu & inceptam & absolutam, quidquam opposuisse.

§. 11.

At vero, cum Filius Viduæ Latour supplica per eum 28. Sept. in Consilio ordinario Leodiensi, peracta, petiisset, ut in Locum Matris, quæ a commercio desisterat, in societatem Mercatorum reciperetur cumque præterea reliqui Creditores, licet nondum legaliter confecto Inventario, ex sola ac extrajudiciali Viduæ Latour declaratione vidissent, eam debitum suis solvendis imparem esse, maximamque Debiti partem per Viduam de Grady ejusque debitum chirographarium absorberi; tandem 3. Novembr, communi Consilio coram Scabinis Leodiensibus citationem summariam impetrant ad cogendam Viduam de Grady, quatenus in Judicio edat tituli causas & rationes, vigore quorum & quarum jactaret, se esse in possessione & manuplicatione, aut detentione domus, aliorumque Bonorum mobilium aut immobilium, quæ ad Viduam Antonii Latour pertinent, ad, iis visis, capiendam Conclusionem congruam & in casu non productionis, invaliditatis, aut non subsistentiæ videndum pronunciari, reliquos Creditores tunc agentes esse tituli anteriores & præferendos.

§. 12.

Vidua de Grady ad emanatam hanc citationem non statim comparente, Creditores reliqui causam hanc pro summaria & quater de Die tractanda declarari petunt. Quod cum, contradicente licet Vidua de Grady, 4ta ejusdem Mensis Octobr. obtinuissent, 8va ejusdem Mensis per Sententiam Scabinalem eidem impositum est, quatenus allegaret & deduceret, quidquid ad Jus suum conferre posset, intra sex horas, sin minus, intra eundem terminum produceret suos titulos sub pœna Juris dicendi. Ac tandem post longas æque ac inutiles disceptationes, an & quatenus nempe actio summaria locum habere posset? Vidua de Grady titulum, vi cujus in possessionem ædium Viduæ Latour immissa fuerat, producere coacta, ad Chirographum a quondam Antonio Latour exaratum, ad agnitio-

agnitionem ab ejus Vidua dein Anno 1748. factam & tandem ad realisationem ad Decreta Prætoria, sicque in ejus sequelam saisitas, seu occupatas ædes Viduæ Latour provocavit.

§. 13.

Quibus omnibus in Judicio productis, Creditores reliqui realisationem Chirographi a Vidua de Grady impetratam æque, ac sequentem Immissionem Hypothecæ, seu Saisiniam vel ea solum de causa irritam esse dixere, quod in Edicto de Anno 1719. art. V. cautum esset:

Nullos actus etiam judiciales intra quindenam notæ decoctionis in fraudem Creditorum collusorie factos effectum Juris habere posse.

Quare cum ex Epistolis Joannis Hox, Mercatoris Roterodamensis, æque, ac ex Literis Cambialibus ab ipso non acceptatis constaret, decoctionem Viduæ Latour in Mense Augusto 1758. Leodii non solum, sed & Roterodami adeo notam fuisse, ut dicta Vidua ad vel circa 24. Augusti Jure merito pro fallita haberi debeat, ac foro cesserit, jubente lege omnes actus intra quindenam a 24. Augusti numerando in fraudem ac detrimentum reliquorum Creditorum factos, irritos esse.

§. 14.

Cumque diu multumque disceptatum fuisset de tempore, quo fori cessio a Vidua Latour facta publica ac notoria dici potuerit, per Sententiam Scabinorum de 30. Octobr. pronunciatum est:

Partem citari procurantem in sua actione, sine & conclusione bene fundatam esse, salvo tamen cujuslibet Jure, quoad bona immobilia in Liberos quondam Antonii Latour devoluta, conformiter articulo XXII. capituli XI. Consuetudinum.

§. 15.

A qua Sententia Vidua de Grady, cum domum saisitam cum omnibus mo. & immobilibus in conformitatem Sententiæ restituere, ac cum ceteris Creditoribus ad Cridam concurrere injungebatur, Appellatione ad Consilium ordinarium Leodiensè interposita, tandem 18. Nov. Gravamina sua exhibuit. Nempe prætensionem suam extare ab Anno 1742. fuisse pleno thoro & vivente quondam Antonio Latour contractam, neque præter realisationem, seu insinuationem ad acta publica factam quidquam novi intervenisse. Hæc omnia vero eo minus contra Articulum V. Edicti de Anno 1719. fuisse facta, cum Appellans de Grady neque in quindena ante notam decoctionem cum Vidua Latour contraxerit, neque ut Creditrix Viduæ, sed vel magis in conformitatem primæ obligationis, ut
Creditrix

Creditrix defuncti Antonii Latour considerari debeat. Neque etiam Viduam Latour tempore realisati Contractus publice pro decocta habitam fuisse, cum realisatio in Mense Augusto facta, Leodii vero ante Nonam Septembris nulla Litera Cambialis protestata, sed omnes omnino soluta, sicque commercium a Vidua Latour tunc temporis adhuc continuatum fuerit. Sic quoque cessionem Bonorum a Vidua Latour 23. Sept. oblatam saisiniæ, qua Vidua de Grady sibi securitatique suæ prospexerat, obesse non posse, cum a tempore realisati Chirographi usque ad 23. Sept. plures omnino, quam 14. dies intervenerint, sicque casus Articuli V. in Edicto de Anno 1719. propositi omnino cessaret.

§. 16.

Ad quæ per communis Creditores 20. Nov. responsum est: Teste Epistola Antonii Hox, Rumorem de cessione fori per Viduam Latour facta jam 29. Augusti publicum fuisse, hoc vero non aliter, quam per Literas 25. Leodii scriptas factum, Rumorem vero illum, antequam desuper Roterodamum scriberetur, saltem vel una Die prius in civitate Leodiensi notum, sparsumque fuisse. Quibus si addatur Epistola Canonici Buxhon, qua ille ipse Rumorem fallitæ jam a 5. Septemb. notum fatetur, imo ipsam illam declarationem, qua Vidua de Grady, dum 11. Sept. Bannitionem, seu convictionem Latour petierit, eam foro cessione & publice & in scriptis declaraverit, dubitari non posse, realisationem Chirographi æque, ac saisiniam a Vidua de Grady impetratam intra quindenam noti jamjam Concursum factam, sicque in sequelam Articuli V. de Edicto Anni 1719. tanquam in fraudem reliquorum Creditorum Impetratam nullius esse Valoris. Quapropter Creditores communes petiere, ut per Consilium ordinarium Leodiense decideretur, Judices a quibus per suam Sententiam de 30. Octobris novissimi bene pronunciaffe & judicasse. Tandem cum more Leodiensi omnes probationes in prima Instantia productæ, in secunda itidem de novo repetitæ fuissent, sicque acta in imensum exerevissent, munimentis in conformitatem decreti de 20. Dec. ex utraque parte junctis, ac Commissione ad amicabilem totius litis compositionem 19. Jan. 1759., sed nullo effectu tentata, 22. ejusdem Mensis per Consilium ordinarium Leodiense, sicque in secunda Instantia pronunciatum est:

Scabinos Leodienses bene pronunciaffe & judicasse & ab eorum Sententia partem appellantem male provocasse, Partem appellantem in expensas secundæ Instantiæ condemnando.

§. 17.

Ab hac sententia, sic per duas Instantias confirmata, Vidua de Grady Appellationem ad Cameram interposuit & 5ta Julii 1759. plenarios Appellationis Processus obtinuit. Libellus Gravaminum aliquam facti narrationem continet, quamvis in illa, ut plurimum fieri consuevit, ea omnia, quæ Parti appellatæ prodesse & realisationem Chirographi ac Saisiniam contra ac prohibente Edicto de Anno 1719. factam probare possent, omissa fuerint. Tandem Argumenta illa repetuntur, quæ non modo coram Scabinis Leodiensibus, sed & coram Consilio ordinario, sicque bis producta & bis rejecta reperiuntur, ac summariter eo tendunt, magnam quidem suspicionem, justumque timorem de decoctione Viduæ Latour tunc jam fuisse, cum Vidua de Grady sibi, suæque securitati per saisiniam prospicere, necessarium duxerit, illud tamen ad casum Edicti de 1719. eo minus sufficere, quo magis in illo non metus futuræ decoctionis, sed certa, publiceque nota Decoctio requiratur.

§. 18.

Quemadmodum Pars appellans, ita & Pars appellata in Exceptionibus nihil omnino produxit, quod non in prioribus duabus Instantiis iterato allegatum reperiatur, quo non obstante, appellans Vidua non modo replicas, sed & succinctam facti & Juris recollectionem, sed eo magis, magisque inutilem exhibuit, cum ibi non modo ipsissima argumenta in prima Instantia allegata, sed & eodem modo proponantur.

§. 19.

Tota præsentis Causæ difficultas in eo est, ut intelligatur, quid Vidua de Grady, qua appellans, petat, utpote quo intellecto & ea, quæ ad rem faciunt, & ea, quæ Leodiensis Advocatus more suo solito inutiliter omnino immiscuit, quibusque acta ad immensum Volumen excrecere fecit, separari, separari, ac paucis dijudicari poterunt. Eo ut perveniatur, sequens ordo servatus.

- 1) Quodnam sit objectum litis? inquirebatur.
- 2) Actores & rei examinati.
- 3) Actio, per communes Creditores Viduæ Latour in prima Instantia, nempe coram Scabinis Leodiensibus intentata, quatenus ad præsentem Causam spectat, disquirebatur.
- 4) Præsentis Causæ crinomenon proponebatur. Ibidem de Articulo IV. Edicti de 1719. de natura Notorii, ejusque probatione, ac

tandem quibus Argumentis Creditores communes Notorietatem Decoctionis a Vidua Latour factæ probaverint, dicebatur.

- 5) Gravamina ab Appellante in secunda æque ac in hac tertia Instantia producta examinata, quibus
- 6) Rationes decidendi per Judices, a quibus appellatum est, exhibitas addebantur, ac tandem
- 7) prævia summaria priorum repetitione concludebatur.

§. 20.

Quoad 1) objectum præsentis Causæ est realisatio Chirographi, quam Vidua de Grady 2. Septemb. 1758. coram Scabinis Leodiensibus obtinuit, ac Bannicio seu Convictio, quæ 23. ejusdem Mensis secuta est. Ex proposita facti specie jam constat, Antonium Latour, Mercatorem Leodiensem, a Consule de Grady Anno 1742. Summam 23750. Florenorum Brabanticorum mutuo accepisse, eoque defuncto, exarato novo Chirographo totum hocce debitum additis aliis bis mille ducentis quinquaginta Florenis, in ejusdem Viduam fuisse translatum. Ex eodem facto constat, Viduam de Grady, cum videret, Viduam Antonii Latour aut foro cessisse, aut saltem decoctioni proximam esse, ut sibi suæque securitati consulere, 2. Sept. 1758. realisationem Chirographi coram Scabinis Leodiensibus, ac 23. ejusdem Mensis cum Vidua Latour, licet ter citata, in Judicio non compareret, Bannitionem seu Convictionem contra eandem impetrasse, tandemque in ædes saisitas immissam fuisse. Tandem intelleximus, Viduam Latour foro cessisse ac ceteros Creditores, cum viderent, Viduam de Grady in ædes ac Bona decoctæ Viduæ Latour immissam, maximam totius Massæ partem absorbere, 3. Octobris 1758. Viduam de Grady citasse, ut coram Scabinis Leodiensibus ederet titulos, vigore quorum jactaret, se esse in Possessione ædium aut Bonorum ad Viduam Latour spectantium, qua Citatione obtenta, ac per Viduam de Grady edita realisatione 2. Sept. facta, Scabini Leodienses eandem realisationem per Sententiam de 30. Octobris ex Norma Articuli V. Ediæti de Anno 1719. irritam, nulliusque Effectus declararunt, quæ Sententia tandem 22. Jan. 1759. a Consilio ordinario Leodiensi confirmata est.

§. 21.

Non ergo neque in duabus prioribus Instantiis Quæstio fuit, neque nunc est, an, aut quousque debitum illud, quod Antonius Latour per pecuniam Anno 1742. a Consule de Grady mutuo acceptam contraxerat, liquidum aut illiquidum dici possit, nec etiam quæritur, an Vidua de Grady

Grady respectu hujus Chirographi pro Creditrice defuncti Antonii Latour, aut magis ejusdem Viduæ haberi debeat, denique an & quænam prioritas eidem in Concurſu Creditorum competat, aut quousque filii defuncti Latour ad ſolutionem debiti a Patre contracti teneantur? cum de iis omnibus in prima instantia nihil actum reperiatur & Viduæ de Grady ordinato Concurſu, factaque classificatione omnis expositio ac defenſio juris ſui in ſalvo ſit. Sed de eo ſolum hic agitur, an realisatio Chirographi, Convictio & Bannitio a Vidua de Grady impetrata ejus ſit valoris, ut in Præjudicium aliorum Creditorum effectum juris habere, ſicque maximam ſubſtantię partem abſorbere poſſit? aut vero an illa realisatio, convictio & bannitio eo tempore facta ſit, ubi illa in detrimentum reliquorum Creditorum locum amplius non habeat, ſicque tanquam non impetrata & non facta cenſenda ſit?

§. 22.

Hanc convictionem ſeu bannitionem Creditores Viduæ Latour communi nomine tanquam illegitime factam impugnarunt ita felici effectu, ut per duas instantias pro non valida declarata fuerit. Ex quo patet, Creditores contra Viduam Latour actione Pauliana, ſeu ſi mavis, Paulina ea, quæ in illorum fraudem alienata ſunt, revocaffe, quæ & actio in factum reſciſſoria & revocatoria dicitur (a), atque illud eo magis propitio jure, cum debitor rem in detrimentum Creditorum uſucapi, poſſideri, aut judicialiter quemdam immitti patiens, alienaſſe dicatur (b).

§. 23.

Non eſt autem, ut multis probetur, omnem & quamcunque alienationem a communi debitore in detrimentum ſuorum Creditorum factam, irritam eſſe, cum hoc qua juris plani, nullam controverſiam patitur & in præſenti Caſu particulari ſtatuto Leodiensī, ſicque lege patriæ confirmatum ſit. Anno 1719. per Edictum in Patria Leodiensī publicatum non modo ſeveræ Pœnæ in Decoſtores fraudulentos conſtitutæ, ſed & ſtabilitum fuit, quænam alienationes, realisationes, aut Hypothecæ exiſtente decoſtione factæ, aut obtentæ validæ eſſe poſſint. Hujus Edicti §. IV. ita habet:

Tous tres Parts, Ceſſion, Obligation, Payement, ou autre Contract fait par Marchands, qui ſeront faillis, ſeront nulles a l'egard des tiers

Tt 2

tiers

(a) Carpzov. diſſ. de revocandis his, quæ in fraudem Creditorum facta ſunt C. I. §. I.
(b) Carpzov. alleg. Diſſ. c. 3. §. I.

tiers Personnes, si fils ne sont fait quinze jours avant la Faillite publiquement connue, & la realisation de tels acts, Contracts & obligations même d'autre partent date antérieure au dit terme, ne donnera aucun Droit d'Hypothèque, ni autre Privilege, au moins qu'elle ne soit faite avant le meme terme & seront obliges les Contractes de restituer & reparter a la Masse du bien tout ce qu'il auront recues en vertu de tels actes.

§. 24.

Habet ergo citatus articulus Edicti, omnes Cessiones, Hypothecas, Immissiones & quoscunque contractus, existente decoctione factos, aut judicialiter obtentos nullius omnino roboris esse, atque illud quidem, si ils ne sont fait quinze Jours avant la faillite publiquement connue, seu nisi facti fuerint quindecim Dies ante decoctionem seu fallitam publice notam, sive notoriam. Quare cum in facto verum sit, Viduam Latour foro cessisse, cum itidem in controversiam duci non possit, realisationem Chirographi, saisiniam & Immissionem a Vidua de Grady impetratam decoctioni a Latour factæ omnino proximam esse, totius causæ decisio in eo est, ut videamus, an realisatio, saisinia & immissio a Vidua de Grady obtenta quindecim Dies (avant la Faillita publiquement connue) ante decoctionem publice notoriam facta fuerit?

§. 25.

Notorium, seu publice notum, quid dici possit? de eo plurimum inter se discrepant Icti. Dictionem hanc, seu ipsum verbum notorii in toto Jure communi bis solum reperiri volunt, nempe L. 6. §. 3. ff. ad S. Turpillianum & L. 7. C. de accusationibus, ubi in utraque lege Quæstio est de Crimine ad Judicem delato & cujus accusatio in notorietate facti fundata erat, ac ex quo factum, ut ipse Libellus, seu ipsa denuntiatio Notorium nominarear. Communis tamen & maxime recepta definitio est, illud notorium dici, quod cuique aut pluribus patet (c). Cumque hæc sit Actionum nostrarum ratio, ut quisque rebus suis, non vero alienis invigilare studeat, in qualicunque actu ad eos solum attendendum est, quorum intererat aut interesse potuisset, rem scire, ita ut ille actus notorius videatur, quem omnes ii, quorum intererat, sciverunt, aut absque supina negligentia ignorare non potuerunt.

§. 26.

(c) Schreuter Diss. de notorio c. 2. n. 6.

§. 26.

Notorium triplicem originem habet. Aut enim ex evidentia rei, aut ex confessione, aut denique ex alio quodam legitimo modo ortum habet, ac vel inde in notorium præsumtionis, notorium juris & notorium facti dividitur (d). Notorium præsumtionis illud est, quod ex certa & evidenti ratione insurgit, ut paternitas, filiatio, seu, ut clarius dicatur, quod de evidentia rei evidenter præsumi potest. Altera notorii species, notorium juris dicitur, ac duplicem originem habet. Aut enim ex re judicata oritur, quæ pro veritate habetur (e), aut ex propria confessione & aliis probationibus in judicio productis. Judicialis enim confessio plene probat & confitenti nocet, ita ut notorium inducat illius, quod in confessione continetur (f). Tertia denique notorii species notorium facti est, quæ itidem in notorium facti permanentis & facti transientis distinguitur.

§. 27.

Ad constitutionem notorii duo naturalis ratio requirit, apparentiam nempe & existentiam, seu ut res talis appareat, qualis notoria fuisse asseritur, ut in effectu etiam talis fuerit (g) & differt notorium a communi opinione & rumore. Siquidem communis opinio dicitur de re aliqua, vel ab omnibus, vel a pluribus saltem approbata scientia & in hoc quidem convenit cum notorio, differt tamen in eo, quod ut plurimum de præsentis sit, vel proximo præteritis (h). Denique rumorem dicimus particularem aliquam, incertamque asseritionem & incerto auctore & sola suspitione absque probabili causa de re aliqua emanatam & sæpius contra veritatem sparsam (i).

§. 28.

His præmissis, ad propositum nostrum redeundo, verba Ediæti de Anno 1719.

quinze Jours avant la Faillite publiquement connue, ita interpretanda, ut denotent 15. Dies ante decoctionem publice notam, seu ut ex mente hujus Ediæti omnis contractus, realisatio, aut immissio nulla, irritaque dicatur, quæ facta fuerit intra 15. Dies, illud tempus

Tt 3

imme-

(d) Schroeter l. c. c. 2. n. 3. (e) L. 207. ff. de Re judic. (f) L. 1. ff. de confess. L. un. Cod. eod. (g) Beold, in Thef. Pract. vocabulo Notorium in princip. (h) Schroeter cit. Diff. c. 5. n. 8. (i) Schroeter ad tit. de his, qui notantur infamia.

immediate præcedentes, quo decoctio omnibus iis, quorum intererat, aut saltem majori Parti eorum nota fuerat. Atque illud quidem notorietate præsumtionis, seu quando de evidentia circumstantiæ decoctio, seu fori cessio evidenter præsumi potest, sicque duo illa requisita adsunt, quibus notorium constitui dicitur, nempe 1) circumstantias tales fuisse, ut decoctio, seu fori cessio de notoria apparuerit, 2) vero ipsam decoctionem talem, qualis ex apparentia notoria fuisse asseritur, in effectu exitisse.

§. 29.

Realisationem Chirographi Vidua de Grady 2. Sept. ac tandem 23. ejusdem Mensis bannitionem, convictionem & immissionem in bona Viduæ Latour obtinuit. Ut igitur hæc realisatio, illa immissio & bannitio ex Mente Edicti supra allegati effectum juris habere possit, requiritur, decoctionem Viduæ Latour 15. Dies ante 2. Sept. sicque circa medietatem Augusti, publice adhuc notam non fuisse. Illa autem decoctio Viduæ Latour circa medietatem Augusti ita publice nota fuisse videtur, ut realisationem Chirographi a Vidua de Grady 2. Sept. impetratam ex mente Edicti de Anno 1719. nullam, irritamque dicere non dubitari possit. Et sane, si certum sit, ad notorietatem decoctionis non requiri, ut quotusquisque exterus & cujus non interest, de eo notitiam habeat; si vero & in contrarium satis, sufficiensque sit, ut illa decoctio, quæ omnibus Creditoribus, quorum interest, aut saltem eorum majori parti cognita est, notoria dicatur, non satis videndam, quomodo dubitari possit, decoctionem Viduæ Latour circa 20. Augusti omnino pro notoria habendam esse. Quid enim? si ex actis constet, si consentiente utraque parte indubitatum sit, jamjam 17. Augusti cessionem fori a Vidua Latour factam plurimis Creditoribus, imo & omnibus ita notam fuisse, ut hac 17. Augusti inter se convenerint, deliberatumque sit, an & quomodo securitati communi & honori Viduæ Latour prospici possit? Quid? si huic conferentiæ non modo Creditorum plurimi, non modo Consiliarius de Grady, filius Viduæ appellantis, sed & ipsius Viduæ, quæ foro cesserat, Frater ac Filii interfuerint, quis non videt, decoctionem Viduæ Latour & hujus conferentiæ causam & de ea solum ac unice tractatum fuisse, sicque de publica illius notitia nullum omnino dubium superesse posse? Neque etiam dubitare possumus, quænam hujus conferentiæ ratio fuerit, aut quidnam in illa actum sit. Siquidem constat, Creditores omnes a Vidua Latour confessionem Inventarii petiisse, ut eo facto tota substantia per as & libram divideretur. Constat itidem, confessionem Inventarii per Canonicum Boux-

Bouxhon, Fratrem Viduæ Latour, qui tunc huic conferentiæ intererat, non modo acceptatam, sed & eo volente, imo & dictante ingressum seu introitum hujus inventarii, aut magis communem omnium Creditorum declarationem per Advocatum Juer conscriptum fuisse, prout in actis prioribus videre est, ac in qua Creditores declarant, se facta cessione bonorum renunciare Juribus & actionibus, quas in personam Viduæ Latour habere possent, ipsam vero divisionem bonorum secundum normam, in materia moti Concurfus præscriptam, faciendam esse.

§. 30.

Quomodo igitur dubitari possit, Creditores, qui 17. Augusti fere omnes convenerant, quia Vidua Latour confectionem Inventarii petierant, per quos denique formula, seu exordium conficiendi Inventarii jam-jam propositum fuerat & quos inter Consiliarius de Grady nomine matris suæ, seu hodiernæ appellantis, ipsemet aderat, decoctionem Viduæ Latour satis, imo & indubitate scivisse, videri non potest. Hoc siquidem appellantis filius Consiliarius de Grady, qui, uti dictum est, conferentiæ ab omnibus fere Creditoribus habitæ ipsemet interfuerat, in Literis suis ad Advocatum Bourdon 20. Augusti exaratis, satis clare confitetur:

Simul atque adveni in Croenendæl (inquit) notificavi carissimæ matri tristem statum, in quo Familia quondam Domini Latour constituta est.

Quid, quæso, tristis status Familiæ Latour aliud esse, quid per illum aliter denotari poterit, quam illa decoctio, quam illud Fallimentum, quod Viduæ Latour frater æque ac ejus filii in conferentia 17. Augusti habita, omnibus Creditoribus proposuerant, ac de quo hic superius actum est. Ipsum hoc ex allegata Epistola adhuc magis patet:

Nec Mater (inquit) nec sorores se faciendæ remissioni, ac quidem ingenti opposuerunt, modo omnes Creditores id faciant, atque ea lege, ut Consilia conjunctim a Creditoribus capta, punctualiter adimpleantur, præcipue, ut dicta remissione facta filii Viduæ Latour fere obligent pro residuo.

Fatetur ergo Consiliarius de Grady, matrem suam, nunc appellantem, in remissionem Viduæ Latour faciendam consensisse ea lege, ut & reliqui Creditores idem facerent & Consilia a Creditoribus communiter capta, nempe confectio Inventarii & cessio Bonorum punctuatim adimplerentur. Et ex eo patet, jam in priori conferentia omnes Creditores satis intellexisse

xisse, quantum & quousque Vidua Latour faciendæ solutionis incapax sit, ita ut jam tum de remissione communi nomine concedenda conventum sit. Si ergo jam 17. Augusti status insolventiæ omnibus Creditoribus ita notus fuit, ut de remissione Debiti communi nomine faciendæ actum sit, non videri potest, an & quousque dubium superesse possit, decoctionem Viduæ Latour jamjam 17. Augusti omnibus iis, quorum intererat, satis, sufficienterque notam fuisse, nisi velimus dicere, confessionem Inventarii & Cessionem Bonorum, quæ lege Julia introducta fuit, ut debitor per infortunium in solutione impeditur, a Creditoris persecutione liberaretur, denique & remissionem debiti a maxima Creditorum parte oblatam pro signis indubitatis notoriæ decoctionis haberi non posse, cujus contrarium tamen apparet, ac dequo WERNER (k) latius videri poterit.

§. 31.

Altera notoriæ decoctionis probatio & ex qua non minus, quam per nunc allegata propria Creditorum Leodiensium facta, in quibus omnibus appellantis filius ipse præsens fuerat, indubitato signo probatur, Viduam Latour jam Mense Augusto qua decoctam publice notam fuisse, est Epistola Joannis Hox, Mercatoris Roterodamensis, de 29. Augusti, qua negat, se Literas Cambiales a Vidua Latour ad eum directas seu drizatas, solvere posse, ea de Causa, quod Vidua Latour ex publico rumore foro cessisse diceretur. Scribit nempe Roterodamensis Mercator Viduæ Latour, sibi tres Literas Cambiales ab ea directas pro faciendâ solutione præsentatas fuisse :

Sed quandoquidem heri de mane (hoc est circa 28. Augusti) post Adventum Nuncii, vulgo Postæ Leodiensis, sparsus fuerit rumor, quod infortunium Viduam Latour constituerit ea in conditione, ut cogeretur cessare solvere, acceptionem Literarum Cambialium amplius fieri non posse. Se item necessitate cogente eo adactum fuisse, ut Literas cambiales a Vidua Latour ad eam directas cum protestatione remitteret.

Et his Literis ergo plus quam aperte constat, 28. Augusti Roterodami rumorem de concoctione Viduæ Latour non modo sparsum, sed & eousque jam probatum fuisse, ut Mercator Roterodamensis Literas cambiales ad eum directas solvere recusaret. Constat itidem rumorem, qui 28. Augu-

(k) Diss. de Decoctoribus §. 28.

Augusti Roterodami sparsus fuerat, ex indubitata consequentia aliquot diebus antea Leodii fuisse notum. quod vel eo minus mirandum est, quo magis conferentiæ a maxima Creditorum parte 17. Augusti & diebus subsequentibus habitæ notoriæ esse debuerunt. Constat ergo, decoctionem Viduæ Latour circa medium, aut saltem circa finem Mensis Augusti non modo Leodii, sed & Roterodami notam fuisse.

§. 32.

Sed dicamus, decoctionem Viduæ Latour ad finem Mensis Augusti ita publice notam non fuisse, ut effectus notorii habere, sicque Contractus & realisationes postea factas in sequelam edicti de Anno 1719. impedire possit. Hoc, etsi contrarium, notorietatem nempe jam in Augusto publicam probatam, existimandum, ad præsentem Quæstionem non proderit, neque realisationem Chirographi per Viduam de Grady 2. Sept. impetratam validam faciet. Edictum de Anno 1719., in cujus applicatione tota præsentis causæ controversia est, jam sæpe allegato Articulo IV. præcipit, omnes realisationes, Contractus & Immissiones in Præjudicium reliquorum Creditorum factas, nullas & irritas esse. Si ils ne sont fait quinze jours avant la faillite publiquement connue; nisi fuerint facti quindecim dies ante decoctionem publice notam. Jam ergo, cum realisatio chirographi, de quo in præsentiarum Quæstio est, 2. Sept. facta sit, cum ex Mente allegati Edicti de 1719. requiratur, ut hæc realisatio 15. dies ante decoctionem publice notam facta fuerit, sequitur, ad validitatem nominatæ realisationis requiri, ut usque ad 17. Sept. Vidua Latour tanquam de notorio fallita haberi non possit. Cujus eo major impossibilitas videtur, quo minus naturali rerum ordini convenit, ut, cum jam 17. Augusti per conferentias inter Creditores de cessione bonorum, de confectiione Inventarii & denique de remissione debiti a quocunque debitore faciendâ actum esset, cum jam 29. Augusti Mercatores Roterodamenses acceptationem Literarum cambialium recusarent, tamen per integri Mensis spatium certam determinatamque scientiam ad eos, quorum intererat, non provenisse credendum est. Quod eo magis naturali rerum ordini repugnat, quo clarius Canonicus Latour in Epistola ad Capitaneum Cramset scripta de rumore, quem Vulgus super decoctione matris suæ spargeret, conqueritur, ac vel inde indubitato judicio declarat, 5. Septembr. decoctionem Matris suæ publice notam fuisse.

§. 33.

Nullum ergo dubium superest, decoctionem Viduæ Latour, si non circa finem Augusti, saltem in principio Septembris plusquam notoriam fuisse.

fuisse. Cumque Congregatio Creditorum, proposita Confectio Inventarii, recusatio solutionis a Mercatore Roterodamensi facta, per se sumpta, in separato saltem probationem semiplenam majorem faciant, recepti autem Juris sit, duas aut tres probationes, licet semiplenas, si ad idem objectum tendant, ac per se indubitatae sint, plenam probationem efficere (1), decoctio Viduæ Latour circa principium Septembris non modo publica nota, sed & per reliquos Creditores satis, abundeque probata videtur.

§. 34.

Quod si denique in Jure receptum sit, propriam confessionem optimam probationis speciem esse, non videtur, quomodo notorietas decoctionis Viduæ Latour nunc in controversiam vocari possit? cum hoc ipsum Vidua de Grady coram Scabinis Leodiensibus plus quam sæpius confessæ sit. Ex facti specie vidimus, Viduam de Grady 7. Sept. coram Scabinis Leodiensibus citationem contra Viduam Latour impetrasse, ad cogendam eam, quatenus Facultates & Bona haberet sufficientia pro securitate fortis capitalis & usurarum; sin minus, ad videndum contra eam procedi ad convictionem, seu vulgo bannitionem. Scimus hoc actionis genus ex sua natura privilegiatum esse, ac Terminis brevissimis tractari, sed eoque actionis hujus Privilegium se non extendit, ut, prout tamen in præfenti causa factum est, pro summaria ac ter de die a quolibet procuratore tractanda declarari possit. Et sane si illa argumenta inspiciantur, quibus Vidua de Grady tunc usæ est, ut citatio pro summaria declararetur, videbimus, solum ac unicum fundamentum in notoria decoctione Viduæ Latour positum fuisse. Eo pertinet, dum in Protocollo Scabinatus Leodiensis legimus: Procuratorem Cartier petere, ut præfens causa declaratur summaria propter Literas Cambiales ad Partis adversæ onus protestatas, nec non omnimodo ingentis damni apparentias ad eludendum justas ac ingentes Creditorum suorum prætensiones. Item magis aperte in eodem Protocollo, ubi Viduæ de Grady Procurator Cartier asserit: Viduam Latour post trium dierum ludificationem utique ad unumquemque (Creditorum) prætensionibus suis frustrandum & seponendas Facultates suas, si id modo non fecisset, confessionem Inventarii recusasse. Item eodem Protocollo: Rem adeo palpabilem esse, ut emissæ super repudiatis Literis

cam-

(1) Menoch Lib. I. Præsumt. quæst. 41. Brunncmann ad ff. Tir. de probat. quæst. 5. Stryck Diss. de probat. semiplen. c. 5. n. 48. 49.

cambialibus protestationes, quæ ignorari nequeant, ac acceptantur, omnino demonstrat ingens, quod subest, periculum. Item causam summariter esse tractandam, cum adsit Merus amovendarum rerum. Item casum summa celeritate decidendum esse, ob exiguitatem Facultatum Viduæ Latour, quæ in actis probata sit.

§. 35.

Hæc sunt illa argumenta, quibus Vidua de Grady jam in Mense Augusto contra Viduam Latour usa est, ut obtineret citationem, dein 7. Septembris impetratam summariter tractari, nempe Literæ Cambiales ad onus Viduæ Latour protestatæ, periculum, ne justæ prætensiones Creditorum eluderentur, recusatio Inventarii, ut Vidua decocta res suas in Detrimentum Creditorum amovere possit & tamen hæc ipsa Vidua de Grady, quæ, ut dictum fuit, conferentiæ a majore parte Creditorum habitæ in persona filii interfuerat, quæ per eundem filium remissionem debiti pro parte obtulerat, ea conditione, ne ullus Creditorum in Jus vocaret, quæ denique, ut dictum est, jam in Mense Augusto ad notorietatem Literarum Cambialium non solutarum ad confectionem Inventarii fraudulenter, recusatam, imo ad periculum rerum amovendarum judicialiter provocaverat, hæc ipsa Vidua contradicente toto Jure, imo & repugnante sane ratione, negat, decoctionem Viduæ Latour in Principio Mensis Septembris publice notam fecisse. Vbi tamen ipsamet ex nunc dictis Viduam Latour solutionis incapacem, dolosè agentem, res suas amoventem, Creditores defraudantem, sic per tot & tot innumera argumenta decoctam declaraverit. Hæc Vidua, quæ, ut summaritatem citationis impetraret, ut immissionem, bannitionem & convictionem intra aliquot dierum spatium in fraudem reliquorum Creditorum, imo & contra legem conficeret, Viduam Latour tot ac tantis argumentis decoctam declaravit, hæc eadem Vidua, cum videret, in sequelam Edicti de Anno 1719. existente decoctione nullas omnino realisationes & immisiones in fraudem Creditorum fieri posse, notorietatem decoctionis, qua ipsamet tanquam principali ac unico argumento usa fuerat, rursus negat.

§. 36.

Si tertius quidam Creditor, qui nec conferentiis, inter communes Creditores habitis, intererat, nec ipsamet. Viduam Latour judicialiter toties decoctam declarasset, inopinato superveniens probare vellet, decoctionem Viduæ Latour, saltem quoad ipsum non fuisse notoriam, credendum, eundem, si non jubente lege, saltem suadente æquitate, audien-

omnia ad præsentem causam nihil faciunt, cum hic de eo solum agatur, an realisatio a Vidua de Grady 2. Sept. 1758. obtenta, valida sit? quæ cum per sententias a quibus pro non valida declarata fuerit, alium omnino effectum non habet, quam ut Vidua de Grady ea omnia, in quæ in conformitatem realisationis immissa fuerat, restituere, eoque facto præsentem suam prioritatem ac reliqua quæcunque Jura in ordinario Concurfu, ac debita Juris via probare teneatur. Quod si vero diceretur, per realisationem 2. Septembr. 1758. impetratam priori debito de Anno 1742. nihil novi accessisse, hoc & manifesto Juris ordini repugnare & nulla ulteriori responsione indigere, cum ex se pateat, immissionem, convictionem & bannitionem, per quam Vidua de Grady in ædes Latour immissa est, non fuisse effectum debiti de Anno 1742. contracti, sed realisationis 2. Sept. impetratæ, utpote per quam Viduæ de Grady Jus ad saisiniam datum, sicque via ad immisionem in Bona Viduæ Latour aperta est. Certum est ergo, quod ipsum debitum per realisationem 2. Sept. impetratam nihil omnino novi accessisset, quamvis itidem in controversiam duci non possit, saisiniam, bannitionem & immisionem esse veros effectus realisationis 2. Septembris in detrimentum reliquorum Creditorum impetratæ.

§. 38.

Hujus naturæ quoque est allegatum secundum gravamen, seu magis secunda defensio, dum Vidua de Grady realisationem 2. Septembris factam nihil, præter licitam diligentiam, esse dicit, cum omnibus omnino debitoribus liceat realisationem debiti sui impetrare, ac reliqui Creditores eam negligentiam, quam in non requirenda hac realisatione commisissent, sibi ipsis imputare debeant. Siquidem demus, realisationem, quam Vidua de Grady obtinuerat, diligentiam dici posse, demus etiam, quod omnibus Creditoribus licitum ac liberum sit, hac vel simili diligentia sibi aut suæ securitati prospicere, semper tamen redibit Quæstio, an illud, quod debito tempore factum, licitæ diligentia nomen mereatur, tunc amplius fieri possit, ubi similis diligentia præcipiente clara lege prohibita est, seu magis, an illud, quod existente jamjam decoctione in fraudem aliorum Creditorum factum est, nomen simplicis diligentia mereatur? quod neutiquam statuendum.

§. 39.

Pro tertio Gravamine asserit pars appellans, protestationem Cambii per Mercatorem Roterodamensem Hox factam, per Judices a quibus pro

primo & maximo fundamento notoriæ decoctionis sumtam fuisse. Hoc autem eo magis rectæ rationi repugnare, quo clarius responsum a Mercatoribus Lipsiensibus datum testaretur, Protestationem Cambii pro signo seu indicio decoctionis haberi non posse. At vero nec Judices a quibus notorietatem decoctionis in sola ac unica Protestatione Cambii fundarunt, nec etiam necesse est, illa argumenta notoriæ decoctionis, de quibus superius actum, hic rursus repetere. Constat enim, non solum Cambii protestationem, sed conferentias a majore parte Creditorum in Mense Augusto præsentem, imo & annuente Filio Viduæ de Grady habitas, postulatam confectioem Inventarii, imo & illa propria asserta, quibus Vidua de Grady Viduam Latour solutionis incapacem, ac res suas in fraudem Creditorum amoventem judicialiter dixerat, hæc scimus omnia, in Mense Augusto ac circa principium Septembris facta, veram ac genuinam causam & fundamentum fuisse, quibus suadentibus Judices a quibus decoctionem Viduæ Latour jam in principio Septembris publice notoriam declaraverint. Constat itaque, Judices a quibus recusatione cambii per Mercatorem Hox facta, tanquam argumento adminiculati ac auxiliantibus aliis plenarie probante, non vero tanquam solo ac unico argumento usos fuisse. Et sic prima fronte apparebit, responsum Mercatorum Lipsiensium nihil omnino ad præsentem casum facere. Quemadmodum enim responderetur, sicut interrogatum fuit; ita si non congrua interrogatio data sit, non congruam responsonem sequi necesse est. Prima & secunda Quæstio in allegato Responso data, sequens est:

L'on demande, si ce Marchand par raport a tel bruit repandu, et qui a cessé, peut avoir été réputé pour faillir au moment de ce bruit?

Supponitur ergo, rumorem ex sola recusatione non soluti Cambii ortam, eumque paulo post rursus cessasse. Sed de eo in præsentiarum non agitur, cum rumor notoriæ decoctionis non ex protestatione Cambii, sed ex quotidianis Creditorum conferentiis, ex modo, quo ea publice tractabantur, ex postulata confectioem Inventarii ortus sit, ac protestatio Cambii magis effectus hujus rumoris, quam ejus causa, seu origo fuerit, quod ex dato Responso Mercatorum patet, ubi habetur:

Etwann derselbe durch die verweigerte Acceptation einiger auf ihn gezogenen Wechselbriefe zu dieser üblen Nachrede Anlaß gegeben zc. Hienächst die Verweigerung der Acceptation eines oder zweyer Wechselbriefe, welche bisweilen aus gar guten Ursachen erfolgen können, keineswegs

Observat. DCCCLXV. Quomodo & per quæ indicia &c.
 non enim testantibus...
 de testibus...
 pro causa...
 non solum...
 sed etiam...
 in Mense...
 Augusti...
 facta...
 veram...
 ac genuinam...
 causam...
 & fundamentum...
 fuisse...
 quibus...
 suadentibus...
 Judices...
 a quibus...
 decoctionem...
 publice...
 notoriam...
 declaraverint...
 Constat...
 itaque...
 Judices...
 a quibus...
 recusatione...
 cambii...
 per...
 Mercatorem...
 Hox...
 facta...
 tanquam...
 argumento...
 adminiculati...
 ac...
 auxiliantibus...
 aliis...
 plenarie...
 probante...
 non...
 vero...
 tanquam...
 solo...
 ac...
 unico...
 argumento...
 usos...
 fuisse...
 Et...
 sic...
 prima...
 fronte...
 apparebit...
 responsum...
 Mercatorum...
 Lipsiensium...
 nihil...
 omnino...
 ad...
 præsentem...
 casum...
 facere...
 Quemadmodum...
 enim...
 responderetur...
 sicut...
 interrogatum...
 fuit...
 ita...
 si...
 non...
 congrua...
 interrogatio...
 data...
 sit...
 non...
 congruam...
 responsonem...
 sequi...
 necesse...
 est...
 Prima...
 &...
 secunda...
 Quæstio...
 in...
 allegato...
 Responso...
 data...
 sequens...
 est...
 L'on...
 demande...
 si...
 ce...
 Marchand...
 par...
 raport...
 a...
 tel...
 bruit...
 repandu...
 et...
 qui...
 a...
 cessé...
 peut...
 avoir...
 été...
 réputé...
 pour...
 faillir...
 au...
 moment...
 de...
 ce...
 bruit...
 Supponitur...
 ergo...
 rumorem...
 ex...
 sola...
 recusatione...
 non...
 soluti...
 Cambii...
 ortam...
 eumque...
 paulo...
 post...
 rursus...
 cessasse...
 Sed...
 de...
 eo...
 in...
 præsentiarum...
 non...
 agitur...
 cum...
 rumor...
 notoriæ...
 decoctionis...
 non...
 ex...
 protestatione...
 Cambii...
 sed...
 ex...
 quotidianis...
 Creditorum...
 conferentiis...
 ex...
 modo...
 quo...
 ea...
 publice...
 tractabantur...
 ex...
 postulata...
 confectioem...
 Inventarii...
 ortus...
 sit...
 ac...
 protestatio...
 Cambii...
 magis...
 effectus...
 hujus...
 rumoris...
 quam...
 ejus...
 causa...
 seu...
 origo...
 fuerit...
 quod...
 ex...
 dato...
 Responso...
 Mercatorum...
 patet...
 ubi...
 habetur...
 Etwann...
 derselbe...
 durch...
 die...
 verweigerte...
 Acceptation...
 einiger...
 auf...
 ihn...
 gezogenen...
 Wechselbriefe...
 zu...
 dieser...
 üblen...
 Nachrede...
 Anlaß...
 gegeben...
 zc...
 Hienächst...
 die...
 Verweigerung...
 der...
 Acceptation...
 eines...
 oder...
 zweyer...
 Wechsel...
 briefe...
 welche...
 bisweilen...
 aus...
 gar...
 guten...
 Ursachen...
 erfolgen...
 können...
 keines...
 wegs

wegs einen hinlänglichen Beweis von dem Falliment des Trassanten oder Ausstellers abgeben.

Quæ omnia absque controversia acceptari possunt & ad præsentem Quæstionem non spectant. Siquidem in præsentem Casu, prout dictum est, non sola recusatio non soluti Cambii, sed alia majora, imo & non dubiosa signa decoctionis notoriam fecere & recusatio solutionis, quæ dein secuta est, magis ut effectus notoriæ decoctionis, quam ut Causa, seu ut origo publicæ notorietatis haberi debet. Sic etiam in se verum est:

Daß die Verweigerung der Acceptation eines Wechselbriefs keineswegs ein hinlänglicher Beweis des Falliments seye.

Addita ratione:

Weilen solches bisweilen aus gar guten Ursachen erfolgen kan.

Siquidem Judex a quo nunquam dixit:

Daß die Recusation des Wechsels ein hinlänglicher Beweis seye.

Sed solum eo tanquam argumento adminiculari usus est, ut probaret, notorietatem decoctionis circa finem Augusti eousque omni Dubio caruisse, ut ex effectu hujus notorietatis Roterodami nullæ amplius Literæ Cambiales solverentur. Ad tertiam Quæstionem Mercatoribus factam magis contra, quam pro Appellante responsum fuit. Quæstio est:

Si les Sollicitations lui faites, ou les propositions, qui se font avec un des Creanciers pour avoir quelque remission, le font reputer pour faillis?

Siquidem responsum fuit:

Daß, wann ein Debitor der Zahlung halber von einem seiner Glaubiger zum östern erinnert, gleichwohl nicht bezahlet, er die Vermuthung wider sich erwecke, daß er auch seine übrigen Creditores zu befriedigen nicht im Stande seye, folglich, daß er bey sogestalten Sachen vor fallit zu achten es das Ansehen habe. Doch da die Gesetze nicht zulassen, daß durch einen einzigen Creditoren ein Concurs erregt werde, so könne der Kaufmann quæst. um deswillen, was zwischen ihm und einem einzigen Creditore vorgegangen, von selber Zeit an nicht vor fallit geachtet werden.

Declarat ergo responsum Mercatorum, monitionem solutionis ab uno Creditorum factam, nec tamen secutam debiti satisfactionem, per se omnino fundatam decoctionis suspicionem esse, nec tamen ea propter illum,

lum, qui ab uno Creditore contrahit, pro decocto haberi posse. Quod tamen hic iterum in Quæstione non est. Vidua Latour enim non ab uno Creditore remissionem debiti petiit & confectionem Inventarii obtulit, sed illud congregata fere maxima Creditorum parte actum fuisse, Pars appellans ipsa confessa est. Sic quoque reliquæ Quæstiones idem supponunt, nempe totum Negotium ab uno, eoque solo Creditore actum fuisse, cujus contrarium tamen ex actis patet.

§. 40.

Quartum gravamen, seu magis quarta probationis species in eo est: Joannem Hox post recufationem Cambii ab ipso factam novum ac posterius Cambium acceptasse, sicque sparsum decoctionis rumorem vel ex inde pro non fundato agnovisse. At vero non sola Joannis Hox recufatio, prout dictum est, Notorietatem decoctionis aut inducit, aut probat, sed illa aliis & ita solidis fundamentis fundata est, quæ seposita etiam allegata recufatione per se sufficerent. Dein, quemadmodum unius Creditoris recufatio, aut non solutio notorietatem decoctionis non probat, ita & plus quam sanæ rationi contrarium foret, dicere, unicum Creditorem, qui vel mera animi Bonitate, ne primus debitorem suum perderet, ad ulteriorem Cambii solutionem se obligat, contra notorietatem decoctionis quidquam probare, prout ex Epistola Joannis Hox factis apparet, solutionem ab ipso factam & minimi Valoris 248. Florenorum fuisse & ea de intentione factam, ne primus Viduam Latour bona Fama (ut verba literæ sonant) privasse videatur.

§. 41.

Quintum denique ac ultimum Gravamen in eo positum, eaque per communes Creditores acta aut in conferentiis proposita sunt, utpote acquisitam remissionem debiti, propositam confectionem Inventarii & his similia, invita & non consentiente creditrice facta fuisse, sicque per illa Notorietatem decoctionis probari non posse. At vero cum Viduæ Latour Filii, cum ejus frater Canonicus Bouxhon ex propria appellantis confessione conferentiis interfuerint, cum Procurator Cartier, cui confectione Inventarii commissa fuerat, testetur, se desuper Viduæ Latour locutum, ac eam in Confectione Inventarii consensisse, non amplius dubitari potest, ea, quæ illa quidem non præsentem facta sunt, consensu tamen suo approbata fuisse. Sed neque ad rem facit, an conferentiæ Latour habitæ, an ea, quæ ibi acta sunt, ipsa approbante gesta fuerint, quia hoc ad probationem notorii, de quo hic unice Quæstio est, nihil faciunt &

Observat. DCCCLXV. Quomodo
 In Creditoribus Viduæ Latour in Men
 tione congregati fuerint, tempore quo
 et deinde ab eo tempore facta
 in, quæ
 1) Edictum de Anno 1719. art.
 1) Commissions, nisi quoadmodum dies
 tunc pro terminis declarare &
 1) per delicta factis probat
 fuisse legit, ut principium
 nota hinc posse, sequitur in
 1) resolutionem Chancery
 Septemberi dicitur & hinc
 ut in actibus præcipue
 actum est;
 Quæque in §. 41.
 Dicitur de quæstione
 tum, male vero appella
 pper casum hinc tunc
 no delicta casus comp
 actum, hinc notæ hinc
 hinc et hinc præcipue
 tunc quæ et tunc de et tunc
 tunc cum pro pro una res
 pro innotuitur per hinc
 tunc in ultimum partem
 OBSER
 Si casus innotuit
 Modus referendi dicitur
 Dicitur hinc hinc
 hinc et hinc, hinc et hinc
 hinc.
 Cræm hinc hinc

& sive Creditores Viduæ Latour in Menſe Auguſto ipſa volente, aut non volente congregati fuerint, ſemper tamen exinde verum eſt, notorietatem decoctionis ab eo tempore ſatis ac indubitate probari. Quæ cum ita ſint, cumque

1) Ediſtum de Anno 1719. art. IV. omnes realiſationes, contractus & immiſſiones, niſi quindecim dies ante notoriam decoctionem factæ fuerint, pro irritis declaret &

2) per deducta ſatis probatum, decoctionem Viduæ Latour circa finem Auguſti, aut principium Septembris 1758. pro notoria & publice nota haberi poſſe; ſequitur inde

3) realiſationem Chirographi, quam Appellans Vidua de Grady 2. Septembris obtinnerat & Immiſſionem, quam in ejus ſequelam impetrauit, ex indubitata præſcriptione allegati Ediſti de Anno 1719. nullam æ irritam eſſe;

§. 32.

Quapropter ſeq. d. 8. Oct. 1762. Sent. publ.

Dicimus & pronunciamus, per judices prioris Inſtantiæ bene judicatum, male vero appellatum, proin Sententiam a qua confirmandam eſſe, prout eandem huic confirmamus, expenſas in hoc Camera Imperiali judicio deſuper cauſatas compensando. Porro dictæ Parti appellanti ad docendum, huic noſtræ Sententiæ per omnia paritum eſſe, tempus 2. D. p. t. & p. ex officio præfigimus, ſub tali comminatione, niſi ita egerit, quod ex nunc prout ex tunc & ex tunc prout ex nunc in pœnam decem Marcarum auri puri pro una mediate Fiſco Cæſareo, pro altera vero parte reæ parti irremiſſibiliter perſolvendam declarata eſſe & ratione realis executionis ad ulteriorem partis adverſæ Inſtantiæ fieri debeat, quod juris.

OBSERVATIO DCCCLXVI.

Si cauſa conſcientiæ alterius commiſſa, is juramentum delatum referre nequit.

Modus deferendi duplex eſt.

Man ſchiebt ſie ihm entweder in ſein Gewiſſen: Er ſoll ſein Gewiſſen eröſſnen, oder man ſtellet die Sach in ſeine Wiſſenſchaft und Wohlbe-wuſt.

Jam vero referri tantum potest Jusjurandum in facto alieno & communi, minime in facto proprio illius, cui delatum est Jusjurandum, id quod tamen priori modo obtinet, secus posteriori.

Distincte res explicatur in der Erb. Chur. Sächsischen Proc. Ordnung ad Tit. XVIII. §. 3. Im übrigen ist bey der Eydes Delation zu Verhütung unnöthigen Disputats nicht sowohl darauf, ob die Sache bloß ins Gewissen, oder auch zugleich auf Wissenschaft und Wohlberuht gestellt sey, sondern vielmehr auf die facta selbst, ob sie nemlich propria aliena, oder communia, zu sehen und hiernach das Erkenntniß ex officio einzurichten, es seye die Formul gebrauchet, wie sie wolle, inmaßen denn auch genug seyn soll, wenn der Part bloß saget, daß er über diesen oder jenen Punct den Eyd deferiret haben wolle.

Cur itaque relationi priori in casu locus non sit, per se patet, illustrantque sequentes Facultatis rationes.

Welchergestalt eine Uebermaße durch Tausch und Kauf = Brief, Steuer = Anschlag, auch die auf Serenissimi speciellen Befehl von einem geschwornen Feldmesser vorgenommene Messungen gefunden worden, ein solches geben die ergangene Acta mit mehrerem. Ob nun zwar dieservwegen scheint, es brauche keines Juraments, anerwogen hierdurch der klare Beweis vor Augen liege, daß Beklagter bey seinem Spickgarten an der Ackerzahl eine Uebermaße besitze.

Nam probatio per juramentum est tantum subsidiaria Stryck. Tr. de Jure senf.

Jedemnoch aber und dieweil Beklagters Einwenden wider sothanen Beweis von nicht geringer Erheblichkeit ist, und hauptsächlich weisen er vor, schüret, daß noch nicht erwiesen, daß das alte Steuer-Catastrum nach der 15. schuhichten Ruthen eingerichtet, sondern es solle nach der 16 schuhichten gerichtet seyn, anbey sich gefunden, daß kein einzig Stück, so die andere Leute und Orts Nachbarn besitzen, durch Messung zugetrossen, sondern alle nach derselben Ausrechnung zuviel haben sollen, so hat es mit gedachtem Beweis noch nicht seine völlige Richtigkeit. Wie denn dieservwegen Kläger Beklagtem noch darüber den Eyd deferirt und die Klage in sein Christliches Gewissen gestellt.

Wenn nun Beklagter propriam conscientiam zu eröffnen sich entziehen will, jedoch aber keine argumenta beybringet, welche ihn davon befreien können, in rechtlicher Consideration, quod 1) liceat, juramentum judiciale deferre, quamvis deferens antea nihil probaverit.

L. 35. pr. D. de jurejurand.

L. 12.

L. 12. Cod. eod. & LL. atque Dd. allegati a Struvio Syntagm. jur. Civ. ad tit. de jurejurand. §. 32. Carpz. Part. I. const. 12. def. 2. & 1. resp. 77.

aut probaturus in probatione defecerit.

arg. l. 11. & 12. cod. d. tit. Franzk. ad tit. D. de jurejurando n. 108. Lauterb. tr. Synopt. de jurament. §. 5. n. 79.

Quodque 2) non referri possit juramentum super eo, quod alicujus conscientiae tantummodo commissum fuit, wenn die Klage allein ins Gewissen geschoben worden, cum sic factum alienum, nec tantum proprium Actoris conscientiae contra jura; committi posset;

Berger Oecon. Jur. L. 4, Tit. 25. th. 8. p. 111.

Wernher P. 8. Obs. 259.

wie er dann am besten wissen muß, ob er an der Ackerzahl zuviel besitze, oder nicht, als haben wir nicht anders erkannt, dann daß die beschehene relatio juramenti nicht statt habe. Mens. Aug. 1741.

OBSERVATIO DCCCLXVII.

Petitorium cum possessorio retinenda baud inepte cumulatur, si de servitutibus agitur.

b. Boehmeri Doctrinae in Jur. eccles. Protest. L. II. Tit. XII. §. IV. & in Instit. Jur. Canon. Lib. II. Tit. XII. §. V. non videntur esse consonae.

Posteriorem amplexa Facultas Mense Jul. 1749. verb.

Nachdem Kläger im Monath May Anno 1731. wider beklagte Gemeinde beyrn Amte in puncto juris pascendi eine Klage erhoben, ist derselbe durch Decreta vom 4ten und 12ten May in summariissimo geschüzet worden: nachmalen aber, da die Sache per Appellationem an das Hofgericht gediehen, sind gedachte Decreta manutentionis hinwiederum aufgehoben und erkannt worden, daß die Gemeinde in possessione, Klägers Vieh auf der gemeinen Weide nicht zu admittiren, so lange zu schüzen, bis er in possessorio ordinario oder petitorio ein anderes ausgeführet. Als nun hierauf Kläger, um seine Gerechtsame zu wahren, das possessorium retinenda mit dem petitorio cumuliret, hat ihm bemeldte Gemeinde dieserwegen exceptionem inepti libelli opponiret.

Obwohlen nun nach gemeiner Lehre der Rechtsgelehrten das petitorium & possessorium retinenda zugleich nicht cumuliret werden können,

348 *Observat. DCCCLXVII. Petitorium cum possessorio retinendæ &c.*

Brunnemann ad l. 3. C. de interdict.

Franzk. Exercit. 14. quæst. 1.

welche auch

in c. 5. X. de causa poss. & prop.

gegründet zu seyn scheint, allwo Innocentius III. anführet: *possessorium ex interdicto retinendæ vindicationem sua natura præcedere.*

Alldiemeilen aber 1) des Pabsts Assertum zu seiner Raison hat, quod *vindicatio detur contra possessorem*

l. 9. ff. de R. V.

adeoque actor asserat, reum possidere: *interdictum retinendæ vero non detur nisi possessori,*

l. 1. §. 1. §. 4. §. 6. ff.

uti possid. c. 15. X. de judic.

adeoque qui retinendæ interdicto agit, asserat, se possidere, consequenter si utrumque iudicium cumularetur, eodem libello actor assereret, se possidere & se non possidere, quæ manifesta esset contradictio, um deren willen 2) der Beklagte allerdings einen libell anfechtet und dem Kläger Exceptionem inepti libelli opponiren mag, inmaßen es eine bekannte Rechts-Regul: *contraria allegantem non esse audiendum,*

c. 54. in fin. X. de appellat.

l. 188. ff. de reg. jur.

l. 100. ff. de constit. & demonst.

Wie dann die DD. über diesen Mangel eines Klag-Libells dergestalt ergrimmet, daß sie gar sagen: es solle der Richter denselben mit den Zähnen in kleine Stücken zerreißen; wohingegen aber auch ausfündigen Rechtens ist, 3) *actionem confessoriam & negatoriam etiam possessori competere;*

l. 5. §. fin. ff. si usus. petat. conf. Boehmer. de Act. Sect. II. c. 2.

§. 3.

Als ist in gegenwärtigem Casu servitutis pascendi opposita exceptio inepti libelli nicht begründet.

OBSERVATIO DCCCLXVIII.

Ab emtione venditione extrajudicialiter perfecta rescilire non licet sub obtutu, quod confirmatio judicialis impetrata nondum sit.

Confirmatio judicialis adhibetur tantum, ut fraudis & simulationis exceptiones excludantur, consequenter perfectionem emtionis venditionis non suspendit.

Ita Facultas Mense Oct. 1734.

Es authorisirt die Königl. Landes-Ordnung den Beflagten im geringsten nicht, wann sonst der Kauf außgerichtlich geschlossen und zu seiner Richtigkeit kommen, contra fidem datam davon abzuspringen und das Guth einem Tertio hinwieder zu verkaufen, zumahlen eben das ein Klag-Punct mit ist, daß Beflagter zur gerichtlichen Confirmation nicht zu bringen gewesen, wie dann auch an denen Orten, wo die gerichtliche Auslösung üblich, vor deren Bewürkung ein Theil altero invito vom Kauf nicht abspringen kan.

Berger Oecon. p. 247.

Ja selbst in emtione sub conditione contracta, ea pendente & quamdiu spes est debitum iri, findet keine poenitentia statt.

OBSERVATIO DCCCLXIX.

An Judex a quo pendente appellatione, sententiam latam declarare possit?

Sententia quidem juxta formam petitionis partium modis omnibus declaranda est, uti quoque Facultas pronunciavit Mense Nov. 1737. in Revisions-Sachen Schiffer Benjamin Krohns contra Thom. Weller.

Enimvero quaeritur, an id etiam pendente appellatione fieri possit, cum Sententiam semel dictam Judex ipse corrigere nequeat, quia semel officio suo functus.

Quod si vero Judex Sententiam, quæ in rem judicatam transiit, adhuc declarare potest, multo magis certe Sententiam pendente appellatione declarare potest. Prius liquet ex iis, quæ deducit MARTINI (a). Insuper distingue inter corrigere, mutare & declarare. Sententiamque, etiamsi vires rei judicatæ acceperit, ex Libello tamen & petito Actoris declarandam esse, CARPZOV (b) & BERGER (c) docent.

Quid! quod Sententia, quæ per facti evidentiam elidi potest, nunquam in rem judicatam transire intelligitur.

Xx 3

Hinc

(a) in Comm. for. Titio §. 6. n. 254. p. 541. (b) L. 3. R. 97. (c) L. 1. R. 183.

Hinc Facultas Menſe Oct. 1737.

Unervogen in Rechten und der gefunden Vernunft gegründet: *judicis officium justitiæ addictum minime per Sententiam injustam, adeoque multo magis erronee intellectam expirare aut impedire, quia ad justa, quod pronunciatum, redigatur,*

Mevius L. VII. tit. 64. Decif. 11.

sothanes officium judicis cessans aber die Ursache, warum sonst pendente appellatione dem judici a quo die Hände gebunden.

Vultejus de judiciis L. IV. c. 11. n. 201. seqq.

Solchennach kan eine declaratio sententiæ keineswegs Sententia contra Sententiam genennet werden. Sicut enim Sententia erronee intellecta nomen non meretur, nec vim & effectum habet; ita sententia contra illam prolata non recte dicitur esse contra sententiam. Ideo etiam judex quando dixisset, se nullam antea dixisse, non impeditur, aliam rectiorem agnito errore vel iniquitatis sensu proferre,

Mev. P. c.

mithin haben die Gravamina cessiret, und solchergestalt hat die Appellation nicht fortgesetzt werden können. Vbi enim nullum Gravamen, ibi nulla appellatio, sicque judex cum illud revocat, facit, ut super hoc processus desinat.

Mev. L. VII. Tit. 64. Dec. 3.

Dannhero war gar kein bündiges Fundament vorhanden, woraus denen Klägern desertio appellationis beygemessen werden können: cum justa causa ipsis subveniat

Carpz. in proc. T. 18. art. 6. n. 110.

OBSERVATIO DCCCLXX.

An Dolus a tertio adhibitus, si causam contractui dedit, eundem retro nullum reddat? & quatenus probatio lesionis per testes fieri possit?

Prius quidem jam adstruit b. de Leyser firmissimis argumentis, sed sine exemplo juris. Tale suppeditant sequentes de Anno 1740. Rationes Decid.

Der letztere unterm 13ten Febr. 1737. gefällte und pag. act. 637. befindliche Bescheid ist dahin ergangen,

Das

Daß 1) Procurator C. besser, dann geschehen, sich legitimiren, des Endes der Vormund beyder unmündigen Kindern Tutoria mit Ausdruckung der Nahmen produciren solle; Würden sodann 2) Klägere den Werth der verkauften Hofraithe und Güther, wie er tempore venditionis gewesen, beybringen, und die angeblliche Bervortheilung über die Helfste förmlich und deutlich deduciren, Beklagte aber 3) die übernommene und bezahlt haben wollende Schulden, wie nicht weniger den schlechten Zustand der Güther quaest. zur Zeit des Verkaufs reprobando erweisen, 4) Barthel. K. einen Rechts beständigen Titul beybringen, wie er zu den einhabenden Paul H. Güthern kommen seye, dem allen partes intra terminum præjudicialein von 6. Wochen also nachzukommen schuldig und gehalten seyn sollen &c.

Und kommt es also dermahlen lediglich darauf an, ob und wie weit sothanen injunctis allerseitig ein Genügen geschehen seye.

Nun hat des Beklagten Anwaldt die ihm vorhin ertheilte, pag. 533. befindliche Vollmacht durch die pag. 818. beschehene Beybringung des dem Vormund über die in Sententia gemeldete zwey Unmündige von Hochfürstl. Regierung ertheilten Tutorii ergänzet, mithin der punctus legitimacionis seine Richtigkeit erlangt.

Die dem Klägern beschehene Injuncta belangend, vermeinen zwar dieselbe, solche zulänglich erwiesen zu haben, des Endes anführende, daß, ob wohl wegen Länge der Zeit nicht alle Umstände des vor 40. Jahren getroffenen Kaufs verkundschafft werden können, sondern die noch bey Leben sehende Zeugen vieles vergessen, auch die Commissarii hin und wieder, besonders bey der Responzion Test. probator. Imi ad artic. 9. denselben speciahus ex officio befragen sollen, wie viel er meyne, daß ein Morgen der Zeit eigentlich werth gewesen. Item, daß ad artic. 4. über die darinn gemeldten Hofrende und deren Werth die Zeugen entweder gar nicht befragt, oder doch darauf nicht geantwortet, deswegen Klägere um repetition des examinis eventualiter angesucht: und denn 1) ex depositione Test. prob. Imi ad art. I. erhelle, daß der Vormund denen Klägern niemahlen völlige Notiz von ihrem väterlichen Vermögen gegeben, vielmehr sie überredet, als ob auffer dem Häußgen nichts, dann einige wenige sehr verschuldete Güther, vorhanden gewesen seyen, und das bloß allein in der Absicht, um jezige Beklagte, denen er ihr väterliches Vermögen zugespielt, in Sicherheit zu setzen: Ob ihm gleich aus dem Meßbuch wohl bekannt gewesen, er auch zum Theil nachhero eingestanden, daß ihre Eltern noch viele considerable Ländereyen hinterlassen, und wann sie davon Nachricht gehabt, den so præjudicirlichen Ver-

Verkauf nicht eingegangen haben würden, bey dem allen teste Leysero Specim. 59. Med. 4. es in Rechten an dem seye, quod etiam dolus a tertio adhibitus, si causam contractui dedit, eundem retro nullum reddat. Nicht weniger 2) lege sich die ihnen zugesügte *læsio enormissima* darab zu Tage, daß a) vermöge des Schultheiß unterm 7. Sept. 1722. erstatteten Berichts, tempore des quaest. Verkaufs an nicht verkauften Paul H. Güttern 12. Morgen, 3. Sadel, 8. Ruthen Ackerland, und 1. Morgen, 3. Sadel, 27. Ruthen Wieswachs vorhanden gewesen, b) keiner von den Zeugen habe aussagen können, daß solche mit Hecken und Sträuchen bewachsen gewesen, sondern nur soviel verkundschafter, daß einige davon triefsch gelegen, zwischen beyden aber ein grosser Unterscheid seye, mithin die a testibus nonnullis angegebene schlechte Beschaffenheit der Güther, nur von der, wegen Mangel der Leute nicht erfolgten Bau- und Besserung zu verstehen seye. c) Ihr, der mehristen Zeugen ausgesagten schlechten Werth der Güther aber betreffend, widerlege und explicire sich solches aus der testis probator. Imi & 7mi deposition ad artic. 7. & 9. dann da nach selbiger der Morgen illo tempore noch wohl zu 15. bis 20. Rthlr. verkauft werden können, welches auch die Aussage einiger andern Zeugen adminiculire. Wann demnach d) ein Durchschlag gemacht und von der Länderey jeder Morgen, den Beklagter an sich bracht, zu 15. Rthlr. æstimirt, dem auch der in des Schultheiß Bericht gemeldten Werth von Haus und Gärten zugesügt würde, so komme die Summ vom Werth der von Beklagten an sich brachten Gütern zu 246. Rthlr. 11. Alb. 2. Pf. heraus: wann man aber ferner davon abziehe, was sie vor das Haus und Garten an Kaufgeld, auch sonst an den auf den Gütern gehafteten Schulden bezahlt zu haben angegeben, und es allenfalls mit letztern seine Richtigkeit hätte, der Betrag jedoch nur 100. Rthlr. ausmache, folglich die *læsio plus quam enormis* zur Genüge erwiesen seye.

Alldierweilen jedoch 1) ab dem über die Paul H. Güther den 2ten Jul. 1699 errichteten pag. act. 329. befindlichen Kaufbrief constirt, wie daß Johannes H. und dessen Schwester Magdalena K. als der Klägere Eltern und Voreltern selbige an ihren Better Wilhelm H. und zwar Haus, Hof nebst zugehörigen Aekern, Wiesen, Hecken, Sträuchen, besucht und ohne besucht, wie es Nahmen haben möge, mit darauf gestandenen Schulden und Rückständen, Güld- und Herrn. Gelder, also, daß der Käufer alle Schulden, so auf den Gütern gehaftet, auch alle Güld- und Beschwerungen übernommen, nebst selbigen allem 42. Rthlr. am Kauf- Schilling den Verkäufern baar bezahlt hat &c. Mithin 2) nicht der gewesene Vormund, sondern die Klägere oder deren Voreltern Verkäufere gewesen. Auch 3)

wann

Observat. DCCCLXX. An Dolus a tertio adhibitus, &c.
 von dem 1) der Beklagte
 hat, daß der Käufer
 nicht mehr gesehen. Ver
 per bell plus baar
 per ruzar,
 der Klägere
 den Klägern, daß der Käufer
 die Klägere übernommen, wa
 1) der Paul H. Käuf
 werden, (wegen der Klä
 gung, wie hoch Carl
 dag
 pel.) Die er
 wegen der oorum p
 regis desideres oim
 oorum mögen, und
 aus sich nicht mehr,
 definitio etlich ver
 zion, dabin, möglic
 wort meinet, et ad
 nicht fene atque
 Crantz 11. 17

wann iezige Klägere den Vormund eines Doli beschuldigen und ex Leysero erweisen, etiam ob dolum a tertio admissum contractum nullum esse, eben dieser Ictus jedoch alsbald hinzusetzet, modo ipsis illis, qui se deceptos fuisse conqueruntur, nulla negligentia vel culpa imputari possit, die Verkäuferere aber post reditum in patriam eben so leicht vor dem Verkauf das Dorf und Messbuch einsehen können, als nachhero sie und ihre Successores darab behaupten wollen, daß das *as alienum*, wesentwegen der Verkauf beschehen, von diesen und andern Gütern mit grösserem Vortheil hätte getilget werden können: die angebliche *læsionem enormem vel enormissimam* aber belangend, es an dem, daß 4) eines Theils viele alte Icti davor gehalten, probationem læsionis per testes plane non posse fieri, sed per æstimatores, qui valorem, qualis tempore venditionis fuit, sciunt, faciendam esse: und wann gleich andere davon abgehen, selbige jedoch dahin schliessen, probationem, quæ hoc casu per testes fit, claram esse debere, ita ut conjecturæ non sufficiant, talem vero post multos annos ex depositione testium non dari.

Leyser d. l. Spec. 203. med. 5.

und dann 5) die Aussage der mehrsten auch beglaubtesten Zeugen zu Tage leget, daß der quæst. Verkauf tempore belli geschehen, da die Güther nicht mehr gegolten. Verecunde autem in pace non repetitur, quod tempore belli plus haud valuit,

per vulgata,

item, 6) daß die Güther sowohl wegen der aufgewachsenen Herrschaftlichen Onerum, als durch andere darauf gehaftete Schulden, welche beyde die Käufer übernommen, auch wirklich abgetragen, sehr beschwehrt, und 7) da der Paul H. selbige geraume Jahre vorher deserirt, zu trischen geworden, (wogegen der Kläger beschehenes Einwenden, ob seyen sie nur brach gelegen, eine bloße Cavillation ist) wobey 8) nicht auffer Acht zu lassen, daß

per l. 8. C. de omni agro deserto, ibique Ddres.

wegen der onerum publicorum nicht nur die Peræquatores dergleichen agros desertos andern eingeben, sondern auch die inquilini reliqui selbige occupieren mögen, und wann binnen der in d. l. präfigirten Zeit der Dominus sich nicht meldet, noch die Stellungs-Kosten refundirt, selbige den Possessoribus erblich verbleiben, und wie ab solchem allen was hieroben pro ration. dubit. eingeführt, von selbst zerfällt, oder doch keine specialere Antwort meritirt, es auch auf das 3te Injunctum, nachdem das 2te gehoben, nicht ferner ankommt; So haben wir auch bey diesem Posten Inhalt Ur-

theils in Rechten billig erkannt. Das 4te Injunctum aber betreffend, nach dem Barthel K. nicht einmal erschienen, vielweniger intra terminum præjudicialem, wie ihm obgelegen, erwiesen, quo titulo er zu den einhabenden Paul H. Güthern kommen sene, so ist den H. Erben deren Reluicion, weilen sie vermög Kaufbrieffs alle Häuserische Güther erkauf, billig zugestanden worden, es wäre dann, daß Klägere dociren könnten, wasgestalten vor diesem Verkauf die quæst. Stücke bereits wiederlöflich alienirt gewesen.

Die Unkosten haben von deswegen, daß Klägere in einer so veralteten und dunklen Sache probabilem litigandi causam vor sich gehabt, compensirt werden müssen.

Urtheil.

In Sachen Paul H. hinterlassenen Kinder, Klägeren an einem, entgegen und wider Wilhelm H. hinterlassene Wittib und Erben & Conf. Beklagten am andern Theil, wird auf eingehohlenen Rath auswärtiger Rechtsgelehrten hiermit vor Recht erkannt: daß beklagte Wittib und Erben von angestellter Klage pure zu absolviren, der Confors litis aber, Barthel K. die Ländereyen quæst. wieder abzutreten gehalten, und deren Reluicion den Beklagten zukomme, es wäre dann, daß Klägere binnen 6. Wochen an noch erweisen könnten, daß sie, oder ihre Eltern vor dem den 2ten Junii 1699. errichteten Kaufbrieff solche wiederlöflich veralienirt hätten. *Compensatis expensis v. R. w.*

OBSERVATIO DCCCLXXI.

An Expectivatus senior expectativam suam etate juniore, cum consensu concedentis in alterno juris præsentandi exercitio cum alio constituti, cedere possit?

Facem præferre possunt resolutioni hujus quæstionis dissertatio Casp. Henr. Hornii de expectativa Eccles. nec non Triga Responsorum Boehmerianorum de vi & efficacia expectativarum beneficialium T. I. Consult. f. 285. seqq. Ipsam vero Resolutionem continet sequens Responsum Juris:

Facti species.

Es ist in dem zwischen denen Gebrüdern König JOHANNES zu Danemark, Norwegen und Herzog FRIDERICH zu Schleswig-Holstein am
Lage

Trage Laurentii 1490. errichteten Theilungs-Recess unter andern Puncten mit beliebet:

Alle geestliche Lehen, de den Förstendomen Düffer Unser Lande tho verlehrende tho gehören, de schölen Wy van beyden Parten verlehnen, glicck een Jahr umme dat ander, uhtgenammit de beyden Provestien tho Hamburg und Schleswieck, de Wy, wannehr unde Sacken de Dodes halven lohs fallende weren, de ene Reife umme de andere, uns beholdende tho verlehnen.

Von welcher Zeit an bis jeso mit der Dohm-Probstey zu Hamburg es auch solchergestalt gehalten worden, daß das Königl. und Fürstliche Haus Wechselweise dazu jemand ernannt und dem Dohm-Capitul zu Hamburg präsentiret. Zuletzt haben des verstorbenen Königs Majestät dero geheimen Rath von B. dazu nominiret; des verstorbenen Herzogs Königl. Hoheit aber dero Ober-Forstmeistern P. die Anwartschaft zu solcher Dohm-Probstey auf deren nächste Erledigung ertheilet. Dieser überträgt sein Recht der Anwartschaft dem Land-Canzler von F. und der Herzog bestätiget solche Uebertragung den 14ten Januar. 1739. dermassen, als ob die Anwartschaft von Anfang her dem Land-Canzler ertheilet wäre, gleich solches auch Jhro Königl. Majestät zu Groß-Britannien, als Herzog zu Brehmen, unter welchem Herzogthum das Hamburgische Dohm-Capitul stehet, den 31. Julii d. a. geschehen. Hierauf stirbt der geheime Rath von B. den 26. Jul. 1740. und des Herrn Administratoris Hochfürstl. Durchlaucht confirmiren Nahmens dero Durchlachtigsten Pupillen, an den der Turnus nominandi zur Dohm-Probstey ist, die dem Land-Canzler von F. von dem verstorbenen Herzog ertheilte Provisionales.

Wie aber der Land-Canzler nicht so viele Jahre hat, als der Ober-Forstmeister, so entsteht die

Frage:

Ob von Königl. Dännemärkscher, oder eigentlicher zu reden, Holstein-Glückstädtischer Seite, dem Land-Canzler von F. die würkliche Besiznehmung der Dohm-Probstey aus der Ursache verhindert werden könne, daß durch dergleichen Cession des eventualen Rechts eines älteren auf einen jüngeren das Exercitium des Königl. Juris präsentandi weiter hinaus gesehet werde? Oder

Ob, da das Königl. Haus nicht verhindern kan, daß das Fürstl. in seinem Turno jemand, der wenige Jahre hat, zur Dohm-Probstey

nominiret, und also das Exercitium des folgenden Königl. Juris præfentandi so weit, als möglich, hinaussetzet, auf den Unterscheid der Jahre des ersten und zweyten Exspectivati, da insonderheit die Uebertragung von dem ersten auf den zweyten vor Erledigung der Dohm-Probsten durch den Todesfall des würtlichen Dohm-Probsten geschehen, nicht zu reflectiren?

Demnach uns Decano, auch andern Doctoribus und Professoribus der Juristen, Facultat bey Jhro Königl. Majestät in Schweden Fürstl. Hessischen Universität allhier zu Marburg vorstehende Facti species zugesandt worden, mit dem Ansuchen, daß wir auf die derselben angefügte Frage unsere Meynung in Rechten eröffnen möchten; als haben wir solchane Geschichts-Erzählung fleißig verlesen, und reiflich erwogen, berichten darauf secundum ea, quæ in facto nobis proposita, hiermit vor Recht:

Obwohlen bey der vorgelegten Frage mehrere rationes dubitandi vorwalten, oder doch erregt werden könnten, wann dermahlen 1) über die Æquitat der bey solchertley geistlichen Prælaturen und Beneficien erteilten Exspectantien einige Contestation wäre, als welchenfalls diejenige Dubia beantwortet werden müßten, so

Leyserus in Dissert. de Iniquitate & recto usu Exspectantiarum Specim. 289. Med. ad ff. subjuncta,

auch andere dagegen obmovirt, oder wann auch 2) von solchen hohen Landes, Juribus, so zwischen beyden Königl. Hochfürstl. Häusern, vermöge der Verträge, annoch in einer solchen Communion stehen, das utriusque condomini supremi consensu Verfügung zu bewürken, nicht weniger 3) wann dasjenige, so de ætate ordinandorum vel etiam exspectativati alicujus das Jus Canonicum verordnet, dermahlen zur Frage käme, und endlich 4) wofern beyde die Herren Ober-Forstmeister P. und der Herr Land-Canzler von F. deren jeden die Anwartschaft zur Dohm-Probsteylichen Würde bey dem Capitul zu Hamburg Hochfürstl. Seits successive erteilt worden, miteinander controvertiren, da wir in die von

Boehmero Jur. Eccles. Protest. lib. 3. tit. 8.

de concursu & prælatione plurium exspectatarum angeführte strittige Fragen würden entriren müssen, alle vorbemeidte Dubia auch 5) sich weiters vermehren würden, wofern erst nach dem in diesem Jahr erfolgten Absterben des letzteren von Jhro Königlichem Majestät in Dännemark denominirt gewesenem würtlichen Dohm-Probst, Herrn Grafen von V., die Translation der Exspectanz auf den Herrn Land-Canzler von des Herrn Administratoris Hochfürstlichen Durchlaucht wäre versüßt worden.

Alldieweil aber 1) der in facti specie eingeführte Extract des zwischen weyland den Aller- und Durchlauchtigsten Herrn Gebrüdern König Johannes zu Dänemark und Norwegen, sodann Herzog Friedrich zu Schleswig, Holstein Anno 1490. in die S. Laurentii Martyris errichteten Erbtheilungs-Recess, welcher in extenso in

Lünigs Reichs-Archiv part. special. continuat. II. vierten Abtheilung pag. 25.

befindlich, ganz incontestabel festsetzet, daß von den übrigen in condominio territoriali beygehaltenen Fürstlich, Hollsteinischen hohen Landes, Samt-Juribus, die Pfarren zu Hamburg nahmentlich ausgezogen, und desfalls verreceßirt worden, daß beyde hohe Compaciscenten, wann und wie oft solche durch Todesfälle erledigt würde, der eine Wechselsweise um den andern solche verleihen solle. sothanes Compactum auch 2) durch die exactis publicis uns ebenfalls bekannte zwischen Friderico II. König in Dänemark und Herzog Adolph zu Schleswig, Holstein Anno 1581. den 19ten Sept. zu Flensburg errichtete anderweite Erbtheilung nachmahlen confirmirt worden, verbis:

Die Stadt Hamburg, und was vor Gerechtigkeiten wir und unser gottseliger Vetter und Bruder darinn gehabt und von Rechtswegen haben mögen, soll hinführo uns und unsern Erben gemein seyn und bleiben, was wir auch als Herzogen zu Holstein in den Stiftern Lübeck und Hamburg von Prälaturen, Canonicaten, Commenden und Vicarien zu vergeben haben, soll uns auch gemein bleiben, also und dergestalt, daß unser einer um den andern per vices nach Andeutung und Anweisung der alten Erbtheilung und hergebrachten Gebrauchs und Exercitii, sollen zu conferiren und zu verleihen haben, ingleichen es auch zu halten mit dem Hofe in Hamburg, der Königs Hofe benannt, welchen jetzt Kilian Fur aus Belehnung weyland unsers gottseligen Herrn Vatters und Bruders, Königs Christian des Dritten, hochmilder und löblicher Gedächtniß, besitzet.

Den 3) die (in facto versichertermassen) bis auf den heutigen Tag ohne unterbrochen beybehaltene Observanz hinzutritt, mithin 4) die in Ansehen des Dohm-Capituls zu Hamburg beyden Königl. Hochfürstlichen Häusern zustehende hohe Jura an sich zwar in einer indivisiblen Communion bis dato verblieben, jedoch quoad Exercitium nach obigen Verträgen eine solche Verfassung gewonnen, so sonst in jure publico, ubi regionis domini alternis vicibus praesident, eine Mitschierung genannt wird,

vid. Hertius de special. Imp. R. G. Rebus publ. Sect. II. §. 13. ibique adductum exemplum ex Historia Holfatiæ.

Da nun 5) der letzte Dohm-Probst des Stifts zu Hamburg, Herr Graf von V. von Ihro Königlichen Majestät in Dänemark denominiret worden, und also auf künftige Erledigung der Turnus an dem Hochfürstl. Hauf gewesen, Höchstdemselben aber 6) frey gestanden, provisorio modo im mittelst davon zu disponiren; gestalten diejenige Rationes, so in vorangezogener sub Præsidio Leyseri gehaltenen Dissertation, wie auch vom Stephani de Jure Patronatus und der Canonisten angeführte argumenta pro evincenda injustitia Expectantiarum in casu prostrato, so da weniger einschlagen mögen, da Leyserus selbst in additionibus subjunctis nicht defavouiren können, expectantias per se neque bonas, neque malas esse, der vor angezogene

Böhmerus d. t. 8. §. 8. 9.

aber mit Bestand behauptet, Principes Protestantes libere expectativas concedere posse, welches dann also bey dem an dem Hochfürstl. Hauf gewesenen Turno, da selbiges in alterno exercitio hujus juris libere & proprio nomine davon disponiren können, ebenfalls gar wohl beschehen mögen, auch 7) kein obstacul ohnparteyl. Weiß abzusehen stehet, warum mit Consens des Hrn. Ober-Forsmeisters, als ersten expectivirten, die Expectanz selbst auf den Herrn Land-Canzler von F. vor entstandener sedis vacanz nicht transferiret werden mögen, zumahlen des Königs von Gros-Britannien Majestät und Churfürstliche Durchlaucht von Braunschweig, Lüneburg vigore Juris Episcopalis solche vorhin confirmiret; die einzige in contrarium angeführte Ration aber 8) daß da die Translation vom erstern expectivirten, so in höherem Alter auf den zwayten, welcher ætate junior, bestehen sollte, das bey künftigen Turno dem Königl. Dänischen Hauf hinwieder zukommende Ernennungs-Recht so viel Jahre weiter hinausgesetzt werden würde, mit Bestand Rechts nicht urgiret werden mag, da eines Theils das Alter in Ansehung der Todesfälle kein beneficium ordinis vor sich hat, sondern dieselbe eo ordine, quo natura permiserit, erfolgen: andern Theils aber wann dergleichen serio urgirt werden wollte, gegen solches argument das darunter involvirte votum captandæ mortis mit mehrerem Bestand eingewendet werden könnte, als selbiges gegen die justitiam expectantiarum inter protestantes angezogen werden mag; um jeko 9) nicht zu gedenken, daß uns ex Statutis Capituli Hamburgensis keine Sakung wissend, so von jedem Dohm-Probst ætatem certam, eamque provectam erfordere, allenfalls aber der uns

par

par merites wohl bekannte Herr Land- Canzler von F. seinen obhabenden ansehnlichen Character nach ohngezweifelt solche Jahre hat, als nach den Statutis irgend eines Capituls erforderlich.

Es ergethet also schliesslich unsere Meynung dahin, daß, wie die letztere Expectanz Canonice ertheilt, also auch des Herrn Herzog und Administratoris Hochfürstl. Durchlaucht in wirklicher Conferirung der Dohm- Probsteyslichen Würde an ermeldtem Herrn Land- Canzler keine Hinderniß mit Bestand Rechtens obmoviret werden können. Seine Königl. Majestät in Dänemark ic. aber, wann allerhöchst Deroselben der wahre Status causæ wird referirt werden, Dero Welt. bekannten Equanimität nach, es dabey bewenden zu lassen geruhen werden. Alles von Rechtswegen.

Salvo tamen ejusvis in facto melius informati rectius sentientis iudicio. Urkundlich unsers hierbey gedruckten Facultat- Insigels Dat. Mense Nov. 1740.

OBSERVATIO DCCCXXII.

Curatori bonorum debetur Salarium, etsi concreditor sit.

In concursu creditorum unus ex Creditoribus Curator bonorum, non item litis esse potest (a).

Quæritur itaque an & illi debeatur Salarium? Affirmativam Mense May 1736. amplexa Facultas sequentibus:

Gravamen II. bestehet darinn, daß den Appellaten die geforderte Provision a 4. pro Cent in Sententia a qua zuerkannt worden, da doch selbige wegen des Appellanten keine besondere Mühe gehabt hätten ic. Ob dann wohl dem Appellanten nicht nachzugeben stehet, daß die Appellaten die Curatelam bonorum von deswegen umsonst führen müssen, weilen sie bey diesem Concurs Mit- Creditores seyn, Appellaten auch zur Genüge bescheiniget haben, daß ihnen dieses Amt von sämtlichen Creditoren aufgetragen worden, und es nicht anders seyn kan, dann daß ihre verwandte Officia nicht ihnen allein, sondern gesamten Creditoren, mithin auch dem Appellaten zum Nutzen gereicht haben. Dieweilen jedoch 1) Appellat in der Primor-

(a) l. 2. de Curat. bon. dand. Schilter. Ex. 46. th. 50. Berger Refol. Lauterb. tit. de Curat. bon. dand. conf. Richteri Diff. de Curat. bonorum & Hertel de differentia Curat. litis & bonor.

mordial-Klage selbst eingestanden, daß bey Errichtung obgedachten Vergleichs von der Recognition zwar gesprochen, aber nichts gewisses determinirt worden. Dieselbe auch 2) nicht behaupten mögen, daß nachhero während Concurs-Processus von allen oder den meisten Creditoren verabredet und geschlossen worden seye, daß alle und jede, so ihre Zahlung erhielten, 4. pro Cent pro Studio & labore denselben entrichten sollten, und wenn gleich der Kaufmann D. sich dazu verstanden, jedennoch was ein oder ander Creditor post publicatam Sententiam prioritatis de suo gethan, den Appellantem zu einem gleichen nicht necessiten mag. Daß auch 3) die Summ von 4. pro Cent einem Creditori weder lege, noch more civitatis pro recognitione determinirt seye, Appellati sub exemplo des W. Concurses selbst erkennen und nachgeben müssen; bey dem allen jedoch auf der andern Seite die Sach zu betrachten, 4) bekantens Rechtens ist, Curatorem bonorum salarium petere posse, sive illi ab initio a iudice (aut Creditoribus) certum quid constitutum sit, sive non; inprimis si talis electus sit, qui solitus fuit Salarium recipere, Mercator v. g. qui operas & officia sua gratis præstare haud solet.

Müller ad Struv. Exerc. ad ff. 44. thef. 72. lit. E.

Da wann man 5) die geforderte Recognition nur als ein Proxenetikum ansehen wollte, eben wohl Rechtens ist, etiamsi de proxenetico non convenerit, proxenetam tamen id ipsum petere posse, officio iudicis definiendum.

l. i. ff. de proxenet. ibique Ddres.

Und in solchen Fällen 6) das Salarium oder Proxenetikum, pro more civitatis & laboris impensi merito, arbitrio humani iudicis taxirt werden muß.

Jacob. Gothofred. de Salario cap. 7. §. 11.

Hert. Vol. I. Confil. 364. num. 8.

Als haben wir in Ansehen dieses zwoyten Gravaminis, wie in Sententia enthalten, in Rechten billig erkannt, daß nemlich die von denen Appellatis prætendirte Recognition vor gehabte Bemühung betreffend, Appellant zwar nicht schuldig seye, die geforderte 4. pro Cent ihnen per averfionem quasi disfalls zu entrichten, jedennoch ein dem Stadtbrauch gemäses und ihren bey dem Concurs verwendeten Bemühungen proportionirtes Salarium ausgeworfen werde, und Appellant pro rata das Seinige daran zu bezahlen gehalten seyn solle.

OBSER-

OBSERVATIO DCCCLXXIII.

Genuinus sensus Paræmiæ juris: Schulden zahlen macht
Hauptgeld.

Percipe casum, qui Mense Oct. 1740. occurrit:

Beklagtin hat zu Abtragung des Kaufschillings vor das ihr verkaufte Bachhaus und selbigem annectirte jus prohibendi unter andern Seemannischen Passiv-Schulden die dem Bürgermeister K. noch schuldige 400. Rthlr. übernommen. Obwohl nun unter denen von derselben, mittels Ausstellung einer gerichtlichen Obligation, zu zahlen übernommenen 400. Rthlr. Seemannische Vsuræ mit enthalten gewesen; so mag der Kläger jedoch von deswegen eines Anatocismi nicht beschuldigt werden, daß er von ihr, in Ansehung der ganzen Summ, Vsuras fordert, da Schulden zahlen Hauptgeld macht, juxta Paræm. ap. Hert. L. 1. P. LVII. Welche Paræmie sich durch dasjenige am besten erklären läßt, was

Hert. T. I. Responf. CCCCLXI.

gelehret verbis: Vsuras, quæ debebantur defisse usuras. Extinguitur enim perfecta delegatione vetus obligatio, illa scilicet, quæ fuerit inter creditorem Cajum & debitorem Sempronium delegantem & novus contractus, initus delegatum inter Mevium scilicet & priorem creditorem Cajum; conf. Struv. Ex. 27. th. 5. n. 13.

OBSERVATIO DCCCLXXIV.

An Vasallus Feudum noviter acquisitum, sine licentia Domini, Fidei-
commissio onerare possit?

§. 1.

Ansam huic Observationi dedit causa Appellationis Baronis de Hache de Hamal contra de Boisleau de Vienne: Objectum Litis erat Dominium & Toparchia d'Ehin Leodium inter & Huum in Patria Leodiensi sita, feudum Principis Episcopi Leodiensis, olim a Comitissa de Wagnée ejusque filio de Berloz possessum.

§. 2.

Sebastianus Daems Toparcha de Noirmont & Dionlemont, Antverpiæ habitans, emit 9. Septembris 1634. dictam Toparchiam d'Ehin pro viginti quatuor millibus florenorum Brabantia.

Crameri Observ. Tom. III,

Zz

§. 3.

§. 3.

Dumque in Anno 1651. se mox fatis cessurum prævidet, de universa Bonorum suorum substantia & inter hæc de Toparchia d' Ebin 19. Decembris d. 2. Antverpiæ sequentem in modo solenni Testamento disponit:

Deficientibus propriis Liberis, quatuor ex sorore Maria Daems, nupta Francisco Gallo-Salamanca, existentes Proles Hæredes instituit universales, cuique tamen eorum speciale concedens Legatum:

- 1) & Natumajori *Antonio* Toparchias de Dion- & Noirmont.
- 2) *Ludovico* Toparchias de Montjardin & Henoulmont, emtas a Principe de Barbanfon.
- 3) *Petro* Toparchias Lavoux in Patria Luxemburgensi & d' Ebin in Patria Leodiensi.
- 4) *Emerentiana*, viduæ Leonel de Lima, Toparchiam de Westmoer.

Tam his prælegatis, quam Institutioni Hæredis universalis adjecit Testator clausulam *fideicommissi* tali modo, ut transeant bona in Legatariorum Liberos & Nepotes, horumque defectu in proximiores Mariæ Daems hæredes, cum pœna seclusionis in eum, qui huic dispositioni se opponeret.

§. 4.

Insecuto mox Testatoris obitu instituti Hæredes & Liberi Mariæ Daems, quorum secundus & tertius adhuc minores sub tutela erant, Anno 1650. Antverpiæ Hæreditatem in vim Testamenti adeunt & dividunt ita, ut quilibet Legata Bona & Toparchias acceperit, reliquamque mobilia & immobilium massam per sortes inter se repartiti fiat, Domum autem mortuariam Antverpiensem communi voto vendentes, ut exinde alla Legata solvi, & id, quod uni vel alteri sorti defuit, parata pecunia vel redditu redintegrari potuerit.

§. 5.

Obtinens in hac Divisione *Petrus* Gallo-Salamanca Toparchiam d' Ebin, relevavit eandem Anno 1654. a Curia feudali Leodiensi, eamque filio suo *Petro Ferdinando* ab intestato reliquit, qui, emanato interea Leodiensis Patriæ Edicto de 1685. ad insinuandum Fideicommissa Actis Statuum Patriæ. Testamentum Sebastiani *Daems* Anno 1687. dicto Statuum Protocollo intimari fecit.

§. 6.

Petrus Ferdinandus, qui improlis decessisse fertur, in vivis Bona jam a Patre *Petro* Debitis gravata ulterius gravare continuavit, variosque annos

Verum. DCCCLXXIV. An Vasallus

veritas Toparchia d' Ebin impolit
in hunc de veterando restant
dicit redintegrari fecit & filius
Catholus Barablonnes Mijle, Co
hinc modo pœnas gravare, Co
in hunc de 1601 1699. cum Pe
tam hinc Leodisi restant, r
venit insequo, propriamque
hinc a Maria Per. Poloniam, r
Toparchia d' Ebin a Curia Leodi
pro hinc redintegrari dicit
Catholus hinc dicit modern
Curia hinc Leodisi restant
hinc

Venerat abas Per. Per
non hinc Leodi d' Ordinar
& hinc dicit redintegrari
oblatum hinc hinc
hinc Leodisi, Anno
hinc abas hinc hinc
hinc, ad hinc hinc
pro hinc hinc hinc
hinc hinc

Tandem emissa hinc
hinc, dicitur hinc
de hinc, Curia hinc
redintegrari hinc Toparchia
hinc de hinc hinc
electum Tralcy, regere
hinc hinc hinc hinc
que hinc hinc hinc

Oppositio hinc
hinc hinc hinc
hinc hinc hinc
hinc hinc hinc

nuos redditus Toparchiæ d'Ehin imposuit, quos non solvendo, Creditorum Saisiniæ & omittendo relevium, desuper indignabundi Domini directi vindicationi feudi & saisiniæ 1691. ansam dedit: Erat inter hos Creditores Bartholomæus *Masset*, Consul Leodiensis, qui ne potiori in feudo credito penitus privaretur, Contractum cessionis & Transportus de dicto feudo 25. Maji 1699. cum *Petro Ferdinando* iniit, eundemque coram feudali Leodiensi realifavit, vi cujus *Masset* onera inhærentia solvendo & acceptando, propriumque Creditum imputando, nec non 2400. flor. ad manus *Petri Ferdinandi* numerando, Dominium & Possessionem Toparchiæ d'Ehin a Curia feudali Leodiensi saisitum a dicta curia accepit; In cujus consequentiam descendens e filia *Masset* nepos *Ferdinandus Conradus Baro de Haxbe*, modernus appellans, annis 1745. & 59. coram Curia feudali Leodiensi relevium præstitit, dictum feudum usque huc possidens.

§. 7.

Vivente adhuc *Petro Ferdinando*, descendens a primogenito filio *Antonio*, filius *Leonel* & *Dotalitia* Toparchæ de Noirmont in annis 1704., 6. & seq. Actione pignoratitia ad reluendum & ex retractu gentilitio erga oblationem indemnitate contra Consulem *Masset* egerunt coram Curia feudali Leodiensi, Anno 1708. sententiam contra se obtinentes, quod in instituta actione fundati non sint, quam Sententiam viribus rei judicatae reliquerunt, etsi eorum Advocatus per Appellationem & præcipue ex capite noviter reperti Testamenti, *Sebastiani Daems* causam ulterius deducere suaserit.

§. 8.

Tandem extincta sine Liberis primogeniti *Antonii Linea*, prout acta ferunt, descendens ex filia secundogeniti, *Ludovici*, *Petrus Josephus de Boisleau*, Canonicus ad S. Paulum Leodii, impetrans 16. Aug. 1759. relevium de dicta Toparchia a Curia feudali Leodiensi, 5. Nov. 1759. Possessori *de Haxbe* in mentionata Curia litem movet, via Citationis ad edendum Titulos, vigore quorum detineret feudum d'Ehin, quod *Boisleau* velut unicus & proximior *Petro Ferdinando* alienatori existens ex Capite fideicommissi & substitutionis a *Sebastiano Daems* factæ vindicaret.

§. 9.

Opposuit huic actioni citatus *de Haxbe* duas præcipue exceptiones, longissimam scilicet Possessionem & ex ea resultantem præscriptionem, nullitatem quoque prætensi fideicommissi defectu Octroyæ sive Licentiæ

fideicommittendi de feudis Leodiensibus a Domino directo necessariae, secundum Legem expressam Leodiensem, ut proinde *Petrus - Ferdinandus Gallo - Salamanca* plenam habuerit facultatem, de feudo disponendi, prout disposuisset & contraxisset in favorem ipsius *de Haxhe* per transportum & cessionem Domini de 1699. coram curia feudali Leodiensi.

§. 10.

Defectum dictæ Octroyæ ad fideicommittendum actor *de Boisleau* non negavit, qui etiam per attestata Registratorum Cameræ Rationariæ Principis certior redditus, varia vero desuper replicavit actor, potissimum quod fideicommittendi licentia necessaria non sit in feudis noviter acquisitis, teste MEANO *Observatione* 50., quale illud *d' Ehin* intuitu Testatoris *Sebastiani Daems* fuisset, quodque tunc defectum hujus licentiæ in Testamentis necessariae supplevissent Hæredes instituti per divisionis actum Anno 1653. subsequutum, in quo de novo per modum contractus inter vivos homologassent dictum fideicommissum, in Contractibus autem Octroya super feudis necessaria non esset:

Urgebat ultra hæc Actor illud Dilemma: Vel Testamentum subsisteret, consequenter etiam fideicommissum & sic *Petrus Ferdinandus* in reum *de Haxhe* feudum quæstionis alienare non potuisset, sed rediret in actorem seu Substitutum proximiorum, vel Testamentum & Fideicommissum esset nullum, ergo successio ab intestato in feudum locum haberet, quæ secundum Jura feudalia Leodiensia primo- & secundo- genitum, tertio excluso, qui fuisset *Petrus*, præferrent, igitur nullum plane Jus in feudum quæstionis *Petrus - Ferdinandus* ejusque Pater habuissent, nisi ex Testamento & fideicommissio, quod autem dividi non posset ita, ut pro parte Testamentum quoad Institutionem sit validum & pro parte quoad substitutionem & fideicommissum invalidum, præcipue in feudo novo, quale præsens esset, ubi non sicut in stipali hæres institutus Jure proprio ex providentia majorum, sed ex sola gratia & favore Testatoris in feudo succederet, quam sententiam variis ex MEANO præjudiciis confirmat actor, præcipue ex *Observatione* 50.

§. 11.

Reus *de Haxhe* his omnibus insanabilem & substantialem nullitatem fideicommissi ex defectu octroyæ opponit, quam nec Consensus Hæredum sanare posset, demonstrando insuper, quod & reliqui hæredes ex post a fideicommissio recesserint, dum *Joannes Baptista de Boisleau* Toparchiam *de Montjardin*, in Patria Luxemburgensi sitam, sub fideicommissio comprehen-

Observat. DCCCLXXIV. An Vasallus Feudum noviter &c.
 Deinde in hac materia per
 hanc primam dicit Secretarium
 in materia nisi fuerit etc.

Ceterum in hac materia per
 hanc primam dicit Secretarium
 in materia nisi fuerit etc.

Utra hæc provocatio ad
 litem, videlicet pro de Sen
 jura a domo sua hoc jura
 tenore dicitur: etc.

Et in materia ista, etc.

In litem dicitur etc.
 de litem dicitur etc.

Verum si actor non
 potest demonstrare validitatem
 institutionis primi substituti
 feudali, tunc institutionem
 hæredum, etiamque residuum
 ad substitutum, non habentur
 nisi. Lib. A.

Janensius dicit
 ten Secretarii Domini
 feudo dicitur validum
 nullum nunquam valere
 persona Petri Boisleau
 Malle, insuper dicitur

prehenfam, Debitis oneratam, sub hafta publica vendi curaverit circa Annum 1730. & 34.

§. 12.

Certantibus in hunc modum Partibus, Curia feudalis Leodiensis 23. Jan. 1760. primam dixit Sententiam, *Partem agentem in sua actione finibus & conclusionibus male fundatam esse, condemnantes eam in expensas.*

§. 13.

Contra hanc provocans actor *de Boisleau* ad Consilium ordinarium Leodiense, victricem pro se Sententiam 23. Decembris 1760. obtinuit, *se nempe in actione sua bene fundatum esse.* A qua appellavit, debitoque tempore & modo interposuit & introduxit appellationem suam reus *Baro de Haxbe* in Camera Imperiali.

§. 14.

Ex omnibus actitatis, totius causæ Decisio in unicam Quæstionem coincidit:

An scilicet Defectus Oitroyæ Domini directi ad fideicommittendum de feudo à Ebin fideicommissum a Testatore Daems desuper conditum, vel totum etiam Testamentum, consequenter & ipsam Petri institutionem in dicto feudo penitus annullat?

§. 15.

Vterque Judex prior non exigua Eruditione quæstionem hanc in diversam Sententiam elaboravit; *Æqua* utramque lance ponderando fortiora inveniuntur primi Judicis *Curia feudalis Leodiensis*, ceu testis in hac causa feudali omni Exceptione majoris, fundamenta, ita, ut his simpliciter inhærendo, eorumque repetitione argumentis & ratiociniis secundi Judicis, *Consilii ordinarii*, sufficienter responsum esse & satis dixisse credere fas sit. *confer. Lit. A.*

§. 16.

Jungenda igitur solum pauca, quæ potiora visa sunt, Testamentum Sebastiani *Daems* quoad institutionem *Petri Gallo-Salamanca* in feudo à *Ebin* validum esse & manere, substitutionem vero & fideicommissum nunquam valere, nec ullum sortiri Effectum ad revocandum in persona *Petri Ferdinandi*, ipsiusque Curia feudalis alienantis in Consulem *Masset*, hujusque Successorem, Appellantem *de Haxbe*.

§. 17.

Primo considerando verba & rationem notorii Leodiensis Statuti & Consuetudinis.

„ Les Contumes du Pays de Liege publiés l'an 1642.

„ *Chap. 12. de Fiefs. §. 6.*

„ Mais par convenances de Mariage, Testaments ou autre dernière

„ *volonté*, il n'en peut être disposé sans expresse Octroye du Seigneur

„ direct, ne soit, que telle disposition fut faite en faveur de celui,

„ qui doit succéder ab intestato. „

De feudo fideicommissi non posse sine octroya Domini directi, eo, quod per id adiret facultas Domini directi & ejus Successoris, consentiendi in alienationem feudi, quæ alienationes feudorum Patriæ & Principis Leodiensis propriæ sunt, atque Cameræ rationariæ lucrum ferunt.

§. 18.

Secundo hæc ratio & Præjudicium Domini directi tam late ex natura Domini principalis in Feudo merito extenditur, ut Licentia data ad testandum de feudo non extendatur ad fideicommittendum de eodem & eatenus Testamentum nullum habeat effectum, sine speciali Licentia ad fideicommittendum.

MEAN *Obs.* 33. n. 10. hanc sententiam præjudicii & Judicatis Leodiensibus confirmans.

§. 19.

Quare tertio Princeps Leodiensis pleno suo Jure Domini directi usus est Anno 1691. & 1699. dum ipse, per actum inter vivos, reversum ad se per saisiniam feudum in manus Consulis *de Masset* valide transtulit, prout analogam hujus decisionem exposuit

MEAN *Obs.* 578. ibique re similiter judicata comprobavit.

§. 20.

Quarto Actus divisionis in vim Testamenti Sebastiani *Daems* Anno 1653. factus plus Juris & effectus fideicommissio dare non potuit, quam ipsum Testamentum, cum idem actus fuerit dispositio per modum ultimæ voluntatis de successione futura, imo nuda Testamenti Executio, quod & ubique relatum pro Fundamento positum fuit. Lexque Leodiensis fideicommissum sine octroya prohibens mox in Præjudicium Domini directi annihilata esset, si illam Pactis de futura successione circumvenire liceret. vid. MEAN cit. loc.

§. 21.

§. 21.

Non impedit quinto, hoc modo Testamentum & Institutionem dividi, pro parte nullam & pro parte validam contra Principia Juris reddi; Non enim considerandum est fideicommissum ceu specialis Institutio, sed velut conditio institutionis, quæ sine octroya Domini directi intuitu Testatoris illicita, contra Legem Patriæ & intuitu Hæredis impossibilis, contra Legem Patriæ erat, proinde Jure communia huc applicanda veniunt, conditiones illicitas & impossibiles non vitiare Institutionem vel Legatum, sed vitiari & pro non adjectis haberi,

L. 9. seq. ff. de Cond. Inst.

LAVTERBACH Coll. Theor. pract. L. 28. T. 7. §. 9.

§. 22.

Sextum & non modicum certe est argumentum ex facto confessato resultans, quod Joannes Baptista de Boisleau & Avia nostri actoris de Boisleau Dotactia de Montjardin nata de Willegas Toparchiam Montjardin ceu fideicommissum ex Testamento Sebastiani Daems primo passus est illud a fratre matris, Antonio - Josebo, per Testamentum dari Leonardo Ferdinando, ex prima linea Antonii descendenti; ex post autem ipsum de Boisleau auctorem esse, ut hæc Toparchia & pars fideicommissi publice sub hasta vendita fuerit. Sine ulla ad fideicommissum facta reflexione, imo dum Actor de Boisleau hoc factum excusare conatur, quod secundum Edictum Brabanticum nullum fideicommissum sit perpetuum, sed ad tertium Gradum restrictum, proinde tum temporis exspirasset: sibi similem in præfenti casu Sententiam dicit, scilicet, si Edictum Brabanticum eas habet vires, ut Testamentum Sebastiani Daems ad fideicommissum familiæ perpetuum inclinans non subsistat, nec extendi possit ultra tertium gradum, cur non eadem sit vis Legi Leodiensi in sua feuda & bona in ejus territorio sita, dum vel maxime in feudis præjudicium Domini directi versatur, si illa sine Domini licentia valide & cum Effectu in perpetuum fideicommittere permittitur esset: Idem igitur Juris tribuatur Legi Leodiensi in sua feuda, quod actor Edicto Brabantico ratione Toparchiæ Montjardin fideicommissio putativo obnoxia tribuere congruum sibi duxit:

§. 23.

Argumenta Actoris & Judicis proxime anterioris facile refelluntur, si consideretur de illo (quasi Petrus ejusque filius aliud in feudo quæstionis ceu novo Jus non habuissent, quam ex Testamento Sebastiani Daems inibique stabilito fideicommissio, quæ in- & substitutio dividi non possent, nisi

nisi totum Testamentum, proin & omne Jus *Petri* ejusque filii corrueret) quod vero Testamenti substantiam non substitutio fideicommissaria, sed sola hæredis Institutio efficiat, atque illa sola sit qualitas adjuncta vel conditio, cujus defectu institutio pura, proin & testamentum suo in vigore permanet, optimeque demi potest, & foret hæc substitutio sine octroya Domini proin in hujus præjudicium facta, similem referente decisionem MEANO *Obs.* 578.

accedente Leodiensis Patriæ consuetudine & juribus, posse Testatorem pro parte testatum & pro parte intestatum contra juris communis Principia decedere:

Les Coutumes du Pays de Liege, Chap. 10. §. 1.

§. 24.

Actus Divisionis de 1653. novam fideicommissio prætenso vim non tribuit, si enim intuear hunc actum ceu executivum & relativum Testamenti, quod & pro fundamento ponitur, tam parum is, quam hoc sine octroya Domini fideicommissum semel nullum validum reddere potuit: si debeat esse actus & Contractus novus in iis punctis, quæ per fideicommissum futuram determinant successionem, non potest haberi ut Contractus inter vivos, sed per modum ultimæ voluntatis de eo, quod post mortem Testatoris fieri deberet, consequenter ad hujus validitatem Octroya Domini directi de feudo essentialiter requirebatur:

MEAN *Obs.* 682.

Idem Decis. 65.

Denique tum temporis, quod dictus actus divisionis demonstrat, *Petrus* minorennis & sub tutela erat, atque divisio, nec non Testamenti & fideicommissi repetitio sine Decreto Judicis facta fuerat, quæ tamen ligando manus Hæredis ipsi Præjudicium intulit, & sic ceu nulla ab eo ejusque filio revocari atque eidem per alienationem ex post optima fide & publice contravenire poterant.

§. 25.

Maxime autem in eo errabat actor, quasi reus de *Haxhe* & ejus Autor de *Masset* unicum Jus suum ex persona & jure *Petri. Ferdinandi* in feudum quæstionis derivaret, si enim publicus cessionis & renunciationis actus de 1699. penitus inspiciatur, qui coram Curia feudali realisatus est, ex eo cernere licet, quod Dominus directus jam Anno 1691. dictum feudum ob omissum a *Petro Ferdinando* relevium salsierit & caducaverit, consequenter per illam saisiniam jam Anno 1691 Dominus directus Do-

minium

nium utile dicti feudi consecutus, *Petrus - Ferdinandus* autem eo privatus erat.

Lex Leodiensis desuper in Reformatione *Grosbeckiana* sequens est:

„ *Saisines prises des biens feudals à faute de relief & devoirs non faits,*
„ *se devront par les desaisis, leurs proches & autres y ayant interest, pur-*
„ *ger dedans trois ans, après quelles seront par Possessions executées: autre-*
„ *ment le Seigneur direct conquerra incommuablement la Seigneurie & Do-*
„ *maine util de son fief. „*

Lapsis dudum his tribus annis de 1691., A. 1699. hanc saisiniam *Consul Masset* non ex manibus *Petri - Ferdinandi*, sed Domini directi, ejusque curiæ feudalis luebat, proindeque potius a Domino directo, quam a Vasallo desaisito Dominium feudi per modum novæ gratiæ obtinebat, sicque non in speciem pignoris & saisiniæ crediti a Debitore *Petro* ejusque filio, sed per modum cessi & transportati Domini tam a Domino directo, quam a Vasallo acquisivit & usque huc possedit.

Reformat Grosbeck Chap. 25. §. 15.

MEAN Tom. I. in fine.

§. 26.

Hæc jam fuere de hoc facto principia tam *Consulis de Masset*, quam Curia feudalis Leodiensis tum temporis, quando de annis 1704. usque 1708. Linea primogeniti *Antonii* Consuli *de Masset* litem ad reluendam Saisiniam & pignus ex capite crediti moverat, contra quam *Masset* pignus & Saisiniam negans, sed de plenarie acquisito Dominio per Actum de 1699. excipiens, victricem in Curia feudali habuit sententiam, quod ipsum prolata ex utraque parte ad hæc acta nostra scripta illius Instantiæ fufius demonstrant.

§. 27.

Quæ de differentia feudi novi & antiqui stipalis acriter tam ab Actore, quam Consilio ordinario in suis decidendi rationibus urgentur, atque variæ MEANI *Decisiones*, præcipue *Observatio* 50. late producuntur, quod in feudo novo hæredes obligentur, fideicommissum & onera a Testatore noviter acquirente imposita pro validis agnoscere, licet octroya deficiat; Id partim nulla lege vel legis ratione, nulloque præjudicio vel re judicata, sed meris argumentis & ratiociniis, imo unica majori verisimilitudine ex Principiis Juris communis feudalis desumpta suffulcitur, cui tamen lex generalis ejusque ratio generalis de Octroya Domini ejusque jure circa feuda Leodiensia amplissima, nulloque verbo ad feuda antiqua restricta

contrariatur & si obligationem ac reverentiam hæredis erga Beneficium Testatoris in feudo novo Juri communi applicare vellemus, id quidem locum haberet, si res agatur inter cohæredes, de qua etiam ex adverso allegatæ *Observationes* MEANI loquuntur, neutiquam vero de casu, ubi tertius extra familiam, ut hic Consul *de Maffet*, occurrit, qui principaliter feudum defectu relevii a Domino directo de 1691. usque 1699. saisitum & caducatum magis ex manibus Domini directi, quam Vasalli *Petri-Ferdinandi* dominiotenus acquisivit, hincque magis de Jure Domini directi ejusque Jure publico Patriæ & Principatus Leodiensis, quam de Jure privato Cohæredum inter se agitur.

§. 28.

Conclusum igitur in *Camera Imperiali* per unanimiam fuit ad
Sententiam 10. Dec. 1762. publicatam:

In Causa Ferdinandi Conradi de *Haxbe* de Hamal appellantis ex una, contra Petrum Josephum de *Boisleau* de Vienne appellatum ex altera partibus: Dicimus & pronunciamus, per Judicem prioris Instantiæ, Consilii ordinarii, male judicatum, bene appellatum; Proin ejusdem Sententiam reformandam, primam vero Curia feudalis de 23. Januarii 1760. pure confirmandam esse: Prout hisce respective reformamus & confirmamus: Expensas in hoc Imperiali Judicio desuper causatas ex causis nos moventibus compensantes.

A.

Rationes decidendi Sententiæ vigesima tertia Januarii 1760. latae per supremam Curiam Feudalem Serenissimæ & Eminentissimæ suæ Celsitudinis, Episcopi & Principis Leodiensis,

In favorem

Domini Baronis de HAXHE, Toparchæ in Hamal, Canonici Leodiensis, Opponentis

Contra

Dominum Baronem de BOISLEAV, Toparcham in Vien, Canonicum Sti. Pauli Leodii, citari procurantem.

1) Quan-

1) Quandoquidem hic de feudo, nec non de vinculo, quod Vasallum cum Domino directo coniungit, agatur, necesse credidimus, ut iustitia sententiæ nostræ evidentissime manifestaretur, retrogredi usque ad notam Feudorum, jurisque feudalis originem.

2) Hanc apud antiquos Romanos inutiliter quæreremus, cum feuda jusque Feudale ipsis fuerint ignota, cumque qui perfectam cum agris, quos Imperatores militibus veteranis concedebant, Analogiam invenire crediderunt, decepti fuere.

3) Ante annum 400. æræ nostræ ignorabantur leges & usus Germaniæ populorum, ast id notum est, quod feudorum introductio inceperit, ubi, conquistis hisce temporibus per Germanos Galliis, Romanis inde expulsis, dictisque Germanis successu temporis effectis istarum Provinciarum Magistris, eorum Reges Principesve suos subditos, qui sese in armis distinxerant, remuneraturi, eorum cuilibet secundum qualitates & merita largiti fuerint hæredia, ut hæc in feuda tenerent, hoc est, sub fide & fidelitatis obligatione.

4) Talia Feuda ab exordio ad certum duntaxat tempus, titulo investituræ præfixum, vel ad summum pro Vasalli vita concessa fuerunt, reversura tunc pleno jure ad Dominum, qui illa concesserat.

5) Inde venit, quod ejusmodi agri & hæredia vocata fuerint Beneficia, eorum vero Possessores Beneficiati, quandoquidem, cum Vasalli meri forent usufructuarii, feudum post eorum obitum in Domini feudalis possessionem proprietatemque revertebatur.

6) Indispensabiliter ideo necesse fuit apud istos populos, quod firma daretur Regula, pro lege habenda, super obsequiis, quibus Vasalli erga directos suos Dominos obstricti erant, nec non super natura, tempore & modo, quibus ejusmodi obsequia exigi possent, præstarique deberent.

7) Verum, cum isti ex Imperio Romano Galliarum Domitores e variis compositi forent Nationibus, nempe Francorum, Gothorum, Visi-Gothorum, antiquorum Burgundorum, Saxonum & aliorum, qui aliunde inter se independentes erant,

8) Evenit, quod in differentibus Regionibus vel provinciis, quæ ipsis respective addivisæ fuerunt, propensionem, mores & usus, quæ in eorum patria habebant, conservaverint.

9) Quare divisis & per multitudinem Caputum subdivisis istis partibus, paucae in Gallia dantur Provinciae, quæ proprios suos usus & consuetudines feudales inter se differentes non habeant.

10) Ejusmodi diversitates suum fundamentum tum super moribus, propensionibus & usibus populorum, tum super ingenio & impetu Ducum, qui eo devenerunt, ut aliquoties res nedum ridiculas sed & contra bonos mores a Vasallis suis exigerent, habuerunt,

11) Harumque diversitatum vestigia videmus adhuc in Gallia Provincialis, quantumvis sub eodem Rege adunatis, quæ differentes feudorum ibi existentium species, abstrahendo a titulis honorificis, determinant.

12) Idem evenit respectu Feudorum in hac Italiae parte, quam Longobardi (salter Germaniae populus) adversus Romanos sub suum Imperium subjecerunt, quamque Carolus Magnus diu abinde domavit.

13) Feuda igitur per plura Saecula fuere simplicia Beneficia personalia, ac simplices ad vitam concessionem ex generali consuetudine.

14) Abinde Caroli Magni Nepotes inter divisio Germaniae Imperio, seu separato Imperio Romano a Regno Galliae, pro consuetudine apud ipsos introductum fuit, quod Feuda forent de patre in filium haereditaria.

15) Hoc in Imperio sub Othonibus incæpit, in Gallia vero sub Hugone Capet, maxima tamen cum hac differentia, quod in hoc Regno feuda successu temporum per consuetudinem, generaliter observatam, redacta fuerint ad instar aliorum bonorum, constitutaque fuerint absolute in commercium tam pro alienationibus, quam pro successione, ita, ut ibi liceat illa vendere, donare, legare, aliterque de illis, tanquam de proprio, disponere, ac consequenter ea fidei committere, nisi omnibus in casibus primæ Investituræ seu concessionis litteræ eo circa contrariæ sint.

Historia in generali & particulari Illustris Montesquieu, Præfes Henault, Despeises, le Grand ad Consuetudines Trojanas, de Ferrière attestantur præmissa.

16) Verum in Imperio, nec non in Regnis Italico & Arelatensi, quæ illius partem constituebant, aliter res se habuere.

17) Feuda ibi equidem facta fuere haereditaria, hoc est, de patre in filium transibilia, sed ibi non fuerunt constituta in commercium sive pro alienationibus, sive pro successione, cujus ordo determinatus fuit. vid. Tit. 50. lib. 2. de Vsb. feud.

18) Observatum & abinde statutum ibi fuit, quod feudi absque Domini directi consensu alienatio non solum nulla foret, sed &, quod eo in casu feudum ad Dominum reverteretur.

19) Nemini licere (inquit Imperator Lotharius III.) Beneficia, quæ a suis Senioribus habent, sine ipsorum permissione distrahere, vel aliquod Commercium adversus tenorem Nostræ Constitutionis excogitare, per quod Imperii vel dominorum minuatur utilitas; si quis vero &c. pretio ac Beneficio se cariturum agnoscat.

Lib. 2. de usib. feud. tit. 52.

20) Pœna autoritate nostra imminente, (inquit inferius Fredericus I.) ut venditor & emtor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant & ad Dominum libere revertatur.

ibid. tit. 54.

21) Examinata feudorum feudalisque in genere juris origine, videamus nunc in particulari pro nostra Patria Leodiensi jus, quod ex isto fonte emanavit, quodque ibi respectu feudorum observatur.

22) Historia docemur, quod ubi Franci Galliam Belgicam, cujus Patria Leodiensis partem constituabat, domaverint, adscripti fuerimus in parte filii Cludovici, cui Regnum Austrasiense addivisum fuit.

23) Patria Leodiensis Partem hujus Regni sub Merovingis constituabat, dein vero redacta fuit sub potestate Lotharii, Lotharingiæ Regis, Caroli Magni Nepotis, usque ad annum 869.

24) Unde sequitur, quod leges, usus & consuetudines Francorum sese necessario in nostram Patriam introduxerint, indeque dubio procul venit, magnam dari plures ex nostris legibus inter, nec non leges aliquot Galliæ provinciarum Analogiam.

25) Versus annum 870. Provincia nostra effecta fuit Germaniæ Pars, postquam Dominium Ultramosanum per Carolum Calvum Ludovico Germano cessum fuerat in divisionibus Dominiorum a Lothario præcedentium, ab ipsis factis.

26) Totaliter tandem versus annum 921. Imperio subiecta fuit sub Henrico Aviario.

27) Isthæc Dominationis mutatio probabiliter in causa fuit, cur Legislatores nostri aliquas leges signanter in materia feudorum tulerint, latasque modificaverint, eo tamen, ut absolute Francorum usibus & consuetudinibus non renunciarent, utque aliquo modo legibus in Imperio, cujus Membra erant, receptis, conformarent modo.

28) Inde sequitur, quod ab una per Art. 5. & 6. Cap. 12. consuetudinum nostrarum statutum sit, Vasallum de suo feudo per contractum inter vivos absque consensu Domini directi disponere valere, id quod relationem cum Galliæ usibus habet.

29) Quodque partibus ab altera dictum sit per conventiones matrimoniales, testamenta, aliasve voluntates ultimas, non licere, de feudo absque expressa directi Domini licentia disponere, nisi talis dispositio in favorem successuri ab intestato fieret, id quod conforme receptis in Imperio Legibus, ubi Vasallo non licet, de suo feudo nec inter vivos, nec mortis causa absque Domini directi licentia disponere.

Lib. 1. & 2. de usib. feud.

vid. Tit. 52. & 54. supra cit.

30) Ex his incontestabilibus Principiis duæ occurrunt observationes ante digressum ad casum, de quo agitur, faciendæ.

31) Prima est, quod constat, Feuda originarie ex mera benevolentia data fuisse, hæredia sic in feudum largita ad donatores spectasse, hos de illis tanquam de suo disponendo quamvis benevolam legem suis donariis imponere valuisse & quoque eos proprietatem & directum feudi Dominium retinuisse, manente penes Vasallum solo utili illius dominio, hæque qualitates feuda determinant.

32) Etenim, si ab initio feuda duntaxat ad vitam fuerunt concessa, si abinde Principes dominive permiserint, illa hæreditaria effici & quidem, si illa certis respectibus in Commercio, prout hic, constitui siverint, hoc unice accidentalem rei partem respicit.

33) At verum semper manebit, quod hic non secus, ac in Imperii Romani residuo, feuda primævam suam naturam, quantum ad Essentialia, retinuerint, quod Vasallus strictissime teneatur, sese legi, suo feudo impostæ, conformare, ac quod utile duntaxat habeat illius Dominium, quod certis casibus directe per Regressum ad fontem, unde deluxit, consolidari valet.

34) Secunda Observatio facienda in eo consistit, quod, cum Principes nostri voluerint, feuda certis respectibus in Commercio manere, in aliis vero dispositionibus suum consensum essentialiter necessarium fore, eorum Vasalli sese ad unguem ipsorum Voluntatis conformare absolute teneantur, quia secundum omnes feudistas feudum est stricti juris Contractus.

35) Adeo, ut, casu quo ejusmodi consensus vel licentia est pro essentia rei necessaria, millenæ Conventiones, millena pacta, Vasallos vel eorum familiam inter inita, defectui licentiæ æquipollere nequeant, quasi hoc modo prætenderent rem in una ex suis partibus integrantibus deficientem existere, quod eo minus licet, quod neminem lateat, jus feudale & Vinculum, quod Dominum & Vasallum conjungit, esse juris publici,

Observat. DCCCLXXIV. An Vasallus Feudum noviter &c.
 quod particularis nihil derogare
 licentiam non potest
 L. 1. §. de pact.
 1) Expressum ab his certis P
 licentiam, procedamus ad factu
 tam, tam esse.
 2) Dominus volens Doms
 de iure dicitur, in feudum a Prin
 tum unum tempore de hęcina na
 que in leg. Sept. in Antonio
 tenet & dicitur.
 3) In reg. Iur. dicitur
 Tenentis dicitur de hęcina
 anque uno suo nep
 am dicitur de iure dicitur & f
 de leg. Sept. in
 de iure dicitur dicitur
 de iure dicitur dicitur
 De pact. hanc opponit
 res cogniti & cogniti
 in liberi, vel liberat. liberi
 teneat, vel de illis quatum
 4) Et quod debent succedere
 horum delicti proximioribus
 dicitur, dicitur dicitur, an
 5) Dicitur dicitur dicitur
 dicitur dicitur dicitur dicitur
 tam, eadem illis, que
 6) Teneat dicitur
 aliquis eorum teneat
 seu cadere et, quod ex
 opponens vel opponens
 bus, qui hanc hanc Vol
 accretione
 4) Etenim nihil
 Leontium Dominium
 rit plures reditus an
 quoniam Extentum dicitur
 repudiant.

publici, cui particulares nihil derogare valent: jus publicum privatorum Pactis mutari non potest.

L. 38. ff. de pact.

36) Argumentando ab his certis Principiis, quæ recensere indispensabile censuimus, procedamus ad Factum, quod sententiæ, de qua agitur, locum dedit.

37) Dominus Sebastianus Daems, acquisitis in anno 1634. Dominio & Toparchia d'Ehin, in feudum a Principe Leodiensi moventibus, ultimum suum Antwerpiæ die decima nona Decembris 1651. condidit Elogium, quo legat Nepoti suo Antonio Gallo de Salamanca Toparchias Noïremont & Dionlemont.

38) Item legat Ludovico Gallo de Salamanca, suo pariter Nepoti, Toparchias Montjardin & Henoulmont.

39) Item legat tertio suo nepoti, Petro Gallo de Salamanca, Toparchias la Vault & Jemaigne & Ehin in Patria Leodiensi.

40) Item legat Nepti suæ, Dominæ Emerentianæ de Salamanca, Viduæ quondam Domini Leonelli de Lima, Toparchiam de Westmœr.

41) De post hanc apponit conditionem: cum conditione, quod dicti tres cognati & cognata (vult dicere nepotes & neptem) & pariter eorum liberi, vel liberor. liberi non poterunt dictas Toparchias & bona vendere, vel de illis quodam modo per Testamentum aut aliter disporre, sed quod debebunt succedere eorum liberis vel liberorum liberis, vel horum defectu proximioribus Dominæ Mariæ Daems, ipsorum matris defunctæ, Testatoris sororis, uti inferius etiam dicitur.

42) Deinde defectu sui ipsius liberorum instituit hæredes in Residuo Bonorum suorum mobilium & immobilium, dictos suos Nepotes & Neptem, eandem illis, quæ supra, fideicommissi Clausulam imponendo.

43) Testator addit hanc secundam Clausulam, sub pœna, quod, si aliquis se eatenus sive in Judicio, sive extra opponere vellet, privaretur seu caderet eo, quod ex testatoris hæreditate prætere valeret, volens, opponentis vel opponentium partem, vel partes aliis testatoris hæredibus, qui hanc suam Voluntatem ultimam approbabunt & observabunt, accrescere.

44) Evenit nihilominus, quod Petrus de Salamanca, qui in Patria Leodiensi Dominium Ehin unice habebat, transportaverit seu constituerit plures redditus annuos in rem variorum Creditorum, quos Dominus quondam Exconful de Masset in totum vel pro parte titulo surrogationis repræsentat.

45) Evenit præterea, quod, impetrata vigesima sexta Aprilis 1691. Autoritate Supremæ Curia Feudalis Leodiensis Saisinia super dicto Dominio Ehin defectu relevii & præstationis Homagii dictus Exconsul de Masset eandem luerit.

46) Quodque insuper Dominus Pedro Ferdinando Gallo Salamanca, dicti Petri filius, etiam transportaverit seu constituerit prima Julii 1697. in rem ejusdem Domini Exconsulis Masset super dicto Dominio annum centum viginti quinque florenorum redditum.

47) Tandem idem Dom. Pedro Ferdinando vigesima quinta Maji 1699. renunciavit & cessit in rem dicti Exconsulis de Masset præsentis, ac circa ullum præjudicium & sub protestatione: de non innovando Jura sibi acquisita & non competentia acceptantis, quævis luitionis Jura, aliave, quæ ad eum quovis Titulo in dicto Diminio & Toparchia Ehin spectare valebant, idque erga summam mille ducentorum florenorum.

48) De post, videlicet ab anno 1699. dictus Exconsul de Masset, quondam Domina illius filia, quondam Baroni de Haxhe nupta & abinde Dominus Baro de Haxhe, Toparcha in Hamal, hujus filius, fuerunt in possessione dicti Domini.

49) Verum Dominus Baro de Boisleau, filius Dominae Annæ Claræ Gallo Salamanca, quæ filia erat Domini Ludovici Gallo Salamanca, Nepotum Domini Sebastiani Daems secundi, vocavit in judicium coram nobis dictum Dominum Baronem de Haxhe ad ipsum constringendum, ut produceret titulos, vigore quorum est in feudi Ehin possessione &c.

50) Productis per hunc titulis suis, replicatum fuit ex parte Domini Baronis de Boisleau, quod, cum istud Dominium Ehin devinctum foret per testamentum Sebastiani Daems fideicommissi clausula, cumque, qua per Dominam suam matrem a Domino Ludovico Gallo Salamanca, secundo dicti Domini Sebastiani Daems nepote, descendens, haberet in sequelam dictæ fideicommissi Clausulæ jus ad istud Dominium, Domino Petro Ferdinando Gallo Salamanca non valuerit illud alienare.

51) Actis ad manus nostras depositis, quæstione, decisioni nostræ submissa, mature examinata, rationibusque, utrimque allatis, ponderatis, in modum sequentem dictante Minerva seu lege feudali pronunciamus.

„ Vigesima tertia Januarii 1760. visis per nos &c. Actis, dicimus,
 „ partem agentem in suis actione finibus & conclusibus male fundamentam,

„ tam, eandem in expensas nostram ad taxam & moderationem
„ condemnantes. „

52) Hæc Sententia incontestabilibus feudalis hujus Patriæ juris nititur Regulis, stricte observandis, consuetudine, nec non rebus iudicatis; Inutile haud erit, unam inter alias, quæ in *Observ. Meana* 578. habetur, referre, quia est analogica mox per Tribunal nostrum iudicata. Dicimus analogam vel correlativam ex eo, quod hypothesis per dictum Authorem loco præcit. relata contineat dispositionem de feudo, factam per Contractum Matrimoniale in rem successuri ab intestato, absque licentia Domini directi, adjecta reversibilitatis ad proximos de familia clausula.

53) Quodque quæstio præsens sit dispositio testamentaria facta pariter absque Domini directi licentia in rem ejus, qui per tacitum suorum fratrum consensum insecutum reputari debet ab intestato successor, adjecta eadem, quæ supra, reversibilitatis clausula.

54) Attenta hac conformitate, seu, ut melius dicatur, casuum identitate, certum est, decisionem primi esse debere decisionem secundi, attempto, quod jus feudale consuetudinarium annullat irritetque omnem dispositionem testamentariam, vel mortis causa, omnemque Contractum antenuptialem, absque Domini directi licentia facta.

55) Et præsertim in casu præsentis, ubi contenditur, introductum esse fideicommissum in præjudicium Domini directi licentiæ.

56) Hoc probemus: Valet dispositio feudi sine licentia Domini directi per Pacta dotalia in successurum ab intestato, si de ejus favore, sed non, si de ejus onere & Gravamine agatur.

57) Referamus Hypothesin & casum decisum:

Titius Sempronio, filio primogenito, per Pactum dotale cessit feudum Leodiense sine licentia Domini directi, adjectique legem, ut, si sine liberis decederet, ad proximiores consanguineos revertetur; Sempronius suæ conjugi suoque Privigno hoc feudum, intercedente Domini directi licentia, post mortem suam possidendum donavit, qui postea conjunctim istud feudum Gajo certo pretio distraxerunt. Vendicat illud a Gajo Cornelia ex Joanne, filio Titii secundo Genito, Neptis Sempronii, negatque, licuisse Patruo, feudum alienare obstante clausula Pacto dotali apposita, nec obesse, quod licentia Domini directi ex Pacto dotali non intercessisset, eam enim requisitam non fuisse, cum dispositio facta fuerit in successurum ab intestato.

58) Contra tamen judicavit Senatus Anno 1665. Februarii die undecima:

Non valuisse enim adjectam fideicommissi legem, nec enim gravari potuisse a Titio Parente feudum Sempronii, filii sui, onere & præjudicio sine licentia Domini directi, quæ in dispositionibus per pactum dotale aut ultimam Voluntatem semper ex lege feudorum requiritur; Cap. 12. Art. 6. Consuet. Mean dict. Obs. n. 4.

59) Insuper addit n. 13. & 14. dict. Obs. hæc donatio ex clausula prætensi Fideicommissi impugnari non potest, cum Titius, Pater, Sempronium, filium primogenitum, Fideicommissio sine licentia Domini directi gravare non potuerit, nec voluisse censendus sit, nec Sempronius in illud consentire & quod peremptorium est, cum conditio reversionis feudi sine licentia Domini directi non subsistat, nisi ex Consensu Sempronii, qui per Pactum dotale factus est feudi Dominus, hæc conditio Reversionis ad Consanguineos jus illis irrevocabile acquirere non potuit, sed ita demum, si Sempronius, Dominus feudi, de eo disposuisset; Ita judicatum a Consilio Ordinario Episcopi & Principis Leodiensis in prædicta lite.

60) Sebastianus autem Daems nec habuit, nec imo a Principe Leodiensi petivit licentiam ad disponendum per testamentum de suo feudo Ehin, multo minus ad illud fideicommittendum, quod nihilominus requisitum est, uti in antecessum demonstravimus.

61) Ejusmodi licentia vel consensus Domini directi, præsertim in casu, in quo versamur, essentialis & necessarius erat, quandoquidem ageretur de ordinando Fideicommissum per testamentum.

62) Siquidem, utut Dominus Daems licentiam ad disponendum per testamentum de suo feudo Ehin habuisset, nihilominus non valuisset ideo, illud absque nova licentia fideicommittere.

63) Licentia Domini ad testandum de feudo non comprehendit facultatem fideicommittendi in eodem testamento, de Mean Obs. 33.

64) Atqui dictus Sebastianus Daems nec unum, nec aliud habebat;

65) Ergo istud Fideicommissum subsistere non potuit, nec potest, ac ista clausula fideicommissaria pro non scripta in testamento fati Sebastiani Daems reputari debet respectu feudi Ehin, quandoquidem eo circa testator non potuit, quod voluit.

66) Erroneum vero est, credere, quod divisio inter dictos Sebastiani Daems hæredes, secunda Aprilis 1663. inita, rectificare valuisset fati Sebastiani Daems Testamentum, quantum ad defectum licentia tum dispo-

Observat. DCCCLXXIV. An Vasallus Feudum noviter &c.
 Dispositio de Dominio Ehin, non illud
 esse, non confidentes in eo de
 a rebus suis pachtis & Arde
 6) Demonstrat enim super
 Valis inter nra equipollere ha
 vel licentia, ad disponendum
 in illis in personam fideicom
 licentia est a lege pe
 in non observata actus re
 ante: tum legis omnia co
 1) 6. 17. 6. de transac.
 2) non admittitur sep
 3) 1/2. 1/3. de leg. 1. & L.
 4) licentia dicitur dicitur rel
 5) in pacto operari valere
 6) non parte eodem in
 7) non est natura.
 8) licentiam & licentiam
 9) licentiam licet vivos con
 10) licentiam directi conditio
 11) licentiam in eodem natura
 12) licentiam tempore habere
 13) licentiam habuit, quæ
 a. 1. licentia.
 licentiam de Pacto G
 licentiam Maximian
 licentiam regum, de f
 licentiam consuetud
 licentiam in
 bus de licentia
 directi de sine illa
 ejusmodi Pacto
 fidei expresso debet
 7) licentiam est
 licentiam, conseqeuerat, a
 sua feudo, nulla fidei
 soluto, per præsentem
 licentiam ea supra committitur

disponendi de Dominio Ehin, tum illud fideicommittendi, idque sub prætextu, quod condidentes in eo dicant, se illud in suo integro, prout & in omnibus suis punctis & Articulis, approbavisse.

67) Demonstrato enim superius, millena Pacta conventionesve Vasallos inter inita æquipollere haud valere solemnè, quod dat esse rei, videlicet licentiæ, ad disponendum per testamentum de feudi & præsertim ad illud in perpetuum fideicommittendum.

68) Isthæc licentia est a lege pro forma essentiali his in casibus requisita, eaque non observata actus redditur nullus, nec eatenus admittitur æquipollens; forma legis omissa corrumpit actus,

L. 8. §. 17. ff. de transact.

in formis non admittitur æquipollens.

L. 3. §. final. & seqq. & L. 33. ff. de jurejurand.

69) Præterea dicta divisio relativa est ad Testamentum, quod, cum nihil isto in puncto operari valuerit, consequitur, Conventionem in ea factam nullum pariter eodem in puncto operari valere effectum, reatorum enim eadem est natura.

70) Erroneum & supinum etiam est, credere, quod per Pacta vel Conventiones inter vivos constitui valeat fideicommissum super feudo absque Domini directi consensu vel licentia.

71) Prima siquidem naturæ feudorum Legumque feudaliū notitia contrarium compertum habemus, sufficitque, ut de eo convincamur citra vel minimum dubium, quod legamus definit: 65. D. de Mean, qui n. 15. sic dicit:

Adeoque & si Pacta Gentilitia & alia ejusmodi Dotalia non sint nec intuitu Matrimonii directe contracta, cum tamen in iis de hæreditate agatur, & familiæ conservationem respiciant, quæ sine matrimonio conservari nequit, non est dubium, illa censeri jure ultimarum Voluntatum ac proinde, cum in quibuslibet ultimis Voluntatibus de successione feudi requiratur jure Leodiensi licentia Domini directi & sine illa nulla & irrita sit Vasalli dispositio, consequens est, ejusmodi Pacta nulla esse & irrita, si Domini directi auctoritate & Consensu expresso destituuntur.

72) Id clarum est: & profecto, si ejusmodi licentia requisita haud esset, consequeretur, omnem Vasallum summo Domini directi spretu sua feuda, nulla facta dicti Domini recognitione, nulloque ei licentiæ jure soluto, per prætenfam inter vivos pacta fideicommittere posse, hocque pacto ea extra commercium cum magno illius detrimento constituere.

73) Nil facilius foret, quam ut quivis ad instar nominatorum Gallo Salamanca se gerere valeret, verum istud Systema absurdum est, nec ad minus tendit, quam ad dissolvendum Vinculum, quod Vasallum cum Domino directo, qui, uti supra demonstratum fuit, feudi Proprietatem ab origine, directumque Dominium, ossibus inhærens, retinet, conjungit.

74) Evidens itaque est, quod in casu, in quo versamur, Testatoris voluntas absolute inefficax fuerit respectu feudi Ehin.

75) Evidens itidem est, hæredum voluntatem conventionemque nil super isto feudo, quantum ad fideicommissum, operari valuisse, & quod eo in casu solus Dominus directus potuerit dictum feudum sua licentia afficere, eaque mediante suorum Vasallorum manus ligare consentiendo in fideicommissum, seu verius, illi esse tribuendo.

76) Quod cum non fecerit in casu præsentis, necessario & infallibiliter profuit, feudum Ehin in commercio remansisse, idque ideo valide oppignorari & alienari potuisse in rem tertii, nempe Domini Exconsulis de Masset, qui illud optima fide acquirere valuit, supposito, quod Notitiam habuisset Testamenti Domini Sebastiani Daems, attento, quod viderit, hunc nullam habuisse licentiam.

77) Testator enim cum voluerit id, quod non poterat, cumque contra legem ratione fideicommissi, quod super hoc feudo absque licentia constituere intendebat, agere voluerit, nil in puncto fideicommissi fecisse censendus venit; Ea enim, quæ fiunt contra leges & quæ non fiunt, parificantur in jure & pro non factis habentur.

L. 5. eod. de Legib.

Facere male & non facere paria sunt, vel facere ita, ut factum tale sit nullum & omnino non facere, æquiparantur.

Damhoud. loc. comm. par. aut simil.

78) Inde tanquam a fonte defluit, Domini Exconsulis Masset, prout & Domine illius filie, nec non Domini Baronis de Haxhe, ipsorum filii & respective nepotis, possessionem perquam legitimam fuisse & esse.

79) Restat, ut examinemus aliqua Domini Actoris, seu Partis citari procurantis, Ratiocinia.

80) Sequens, quod invictum credit, format Dilemma, dicendo: vel Testamentum Sebastiani Daems subsistit, vel non subsistit, hoc est clarum.

81) Si subsistat, Dominus Ferdinando, Dom. Pedro filius, tertiusque libati Sebastiani Daems Nepos, Dominium Ehin, in rem Exconsulis,

lis, Dominis Maffet, attento Fideicommissio constituto, alienare nequivit.

82) Si non subsistat, redeundum venit ad successionis ab intestato Regulam, juxta quam istud Dominium vel feudum Dom. Antonio, Nepotum dicti Sebastiani Daems natu majori, obvenisset, hacque prima linea extincta, id obvenisset lineæ Dom. Ludovico, secundi Nepotis, per Dominum citari procurantem repræsentati, neutiquam vero Lineæ Dom. Pedro tertii Nepotis.

83) Primum istius Dilemmatis membrum absolute falsum videtur; nam dictum testamentum, quantum ad dispositionem feudi Ehin, quam Dominus Daems fecit in rem Petri, tertii sui nepotis, subsistit ex Consensu natu majoris, independenter vero ab hoc fati Petri filius, nempe Dom. Ferdinando, istud feudum alienare potuit.

84) Sequitur Demonstratio.

85) Certum est, quod etiam absque Domini directi licentia Dominus Daems simpliciter de suo feudo Ehin in rem Petri, tertii sui nepotis, disponere potuerit, dummodo fratres ejus natu majores in id consentirent; doctrina Domini de Mean Obs. 46. n. 3. & seqq. est eatenus præcisa, nec horum successores quidquam eo circa contradicere valuisse ibid.

86) Jam vero Antonius & Ludovicus, acceptando sui Avunculi testamentum, consenserunt in hanc dispositionem in rem Petri, quin imo stante Clausula pœnali, dicto testamento inserta, non cogitabant illi contradicere.

87) Quod si fideicommissaria pro Dominio Ehin Clausula attento licentiæ defectu, consideranda veniat tanquam inefficax & non scripta, id non impedit, quo minus testamentum, quantum ad alia puncta, subsistat, cum utile per inutile non vitiatur.

88) Igitur istud feudum legitime transivit ad Petrum, citra quod descendentes sive ab Antonio, sive a Ludovico, a quo Dominus Actor venit, quidquam eatenus contradicere queant.

89) Quæstio quam tractat Rosenthal de feudis Cap. 7. Conclus. II. relationem habet ad nostram; ibi casum, prout sequitur, exponit.

90) Petit: an feudum in generale fideicommissum veniat? reducamus hanc quæstionem ad hypothesis terminos: an feudum Leodiense Ehin veniat in generale fideicommissum, quod Sebastianus Daems instituit inter suos legatarios & hæredes, nec non eorum liberos, liberorumque liberos, super omnibus & singulis suis Bonis?

91) Docet a N. 1. usque 20., feudum antiquum, si indivisum sit, sub fideicommissio generali non cadere, nisi hoc cum Domini directi consensu constitutum fuerit; verum respectu feudorum pure & absolute hæreditariorum opinionem contrariam tenet. Quarto vel potius tertio declara (inquit ibidem n. 20) in mere & absolute hæreditario, ita, ut sine consensu Domini & Agnatorum extraneos etiam ferat hæreditas, hoc enim in restitutionem fideicommissi universalis venit, quoniam rationes prohibitivæ, Consensus Domini & Agnatorum, & quod extranei ejus non sint capaces, in eo cessant.

92) Inde ad feuda acquisita vel nova progrediendo, quatio, ait, de feudo novo videndum: sunt, qui scribunt expresse, hoc in fideicommissi restitutionem venire, sunt alii, qui hoc tacite innuere per contrarium videntur, dum ajunt, feudum antiquum non venire in restitutionem; sed in rei veritate hic aliud, quam in antiquo, statuendum non erit, imprimis, cum rationes supra adductæ in hoc non minus quam in paterno militent, neque enim Vasallus de eo magis in præjudicium filiorum, quam in antiquo disponere potest, nisi Domini consensum habeat.

93) Consensus Domini directi est adeo ad disponendum de feudis per testamentum necessarius, ut Voet. Loc. præcit. in princ. dicere non hæsitet, dispositionem alias esse ipso jure nullam, adeo, ut neque inter liberos, neque piæ causæ favore sustineatur, cum favor iste tanti non sit, ut propterea honor, Domino directo debitus, ac in consensu petendo consistens, eidem periret.

94) Ast (inquit Dominus Actor) Petrus fideicommissum per Instrumentum divisionis omnem in eventum recognovit; huic autem in antecessum responsum fuit, quod nempe, quantum ad Feudum Ehin, id subesse non valuerit sive uno, sive altero modo.

95) Adeo ut Dom. Ferdinando, cujus respectu istud feudum effectum erat stipale seu antiquum, potuerit de eo libere & ad libitum disponere.

96) Dicitur, istud feudum ejus intuitu effectum fore antiquum, idque certum est, nam stipitem excreverat in persona illius Patris, sique eatenus per Partem actricem conglomerata locum sibi vindicarent, consequeretur, quod in familia, in qua per plures gradus filii se pro hæredibus patrum suorum gessissent, retrogrediendo usque ad primum feudi acquirentem, consequeretur, inquam, quod istud feudum novum semper remaneret, vid. de Mean Obs. 629. n. 13.

97) Proinde, cum ratiocinia, quæ eatenus obrudit pars citari procurans, sint falsa, consequentiæ, quas ex illis deducit, per se corruunt.

98) Observatio Meana 702. nullatenus Domino Actori favet, nam ab una ibi dicitur, feudi acquirentem, relinquendo ejusmodi feudum novum legitimo successori feudali, non valere illud absque Domini directi licentia fideicommissio onerare, non obstante, quod ad illud ei per instrumentum ultimæ Voluntatis simpliciter relinquendum, ejusmodi licentia non egeat.

99) Parte vero ab altera ibi dicitur, quod, licet Feudum novi qualitatem in manibus hæredis feudalis, de quo ibi agitur, retineat, nihilominus efficiatur antiquum in persona illius successoris.

100) Alia Argumenta, ejus ex parte ad comprobandum, hæredem non posse contravenire facto ejus, quem repræsentat, opposita, locum hic sibi vindicare nequeunt.

101) Locum sibi demum vindicant in materia censali jurisque privati, ubi totum ab unica Possessorum, qui bonorum suorum absoluti sunt Magistri & proprietarii, Voluntate dependet; attento, quod ejusmodi bona per successionem de uno ad alterum pleno jure & absque ullius interventu transeant, indeque fit, quod unus & alter una & eadem persona reputentur.

102) Ast aliud est, ubi, prout hic, de materia feudali jurisque publici, ubi nil a voluntate possessorum, nisi quod Princeps vel Dominus directus ipsis permittit, dependet, ubi Vasalli non sunt absoluti feudorum Magistri & proprietarii, cum eorum utile duntaxat habeant Dominium, agitur; sua quippe feuda per successionem & multominus per fideicommissum non nisi cum interventu vel Consensu Domini directi, cui voluntas sive Testatoris, sive ejus hæredum præjudicare nequit, transmitti valent.

103) Quæ omnia funditus superius demonstrare fuere.

104) Quare quævis Ratiocinia, omnesque, quibus utitur pars citari procurans, in ordine ad stabiliendum dictum prætensum fideicommissum, subtilitates, vana sunt & in fumum resolvuntur; quandoquidem defectus licentiæ in hoc feudali casu nullum sanatorium admittat, nec, quidquid eatenus dicatur, per æquipollens suppleri queat, uti supra probatum fuit.

105) Verum, si hoc locum sibi vindicet, uti certissimum in materia feudali est, supposito etiam, fideicommissum Domini Sebastiani Daems fuisse per ejus Nepotes executioni demandatum, hoc est, eos nil quidquam

quam in contrarium egisse, aut sese ei conformasse, quia pro certo nullam aliam verbi Gallici: *Homologuer*, admittimus significationem, nec censemus, realisationem seu insinuationem Contractus illius Executionem importare.

106) Quanto potiori jure locum sibi vindicavit in casu praesenti, ubi voluntas Domini Sebastiani Daems videtur parum fuisse ab omnibus illius haeredibus considerata?

107) Nam profecto istud fideicommissum continébat legem, cui Dominus Daems suos haeredes ita per suum Testamentum subiciebat, ut non possent illi contravenire, nec in horum potestate erat, id faciendi, nisi mutuo quantum ad se consensu, quo casu dictum fideicommissum infirmaabant.

108) Nihilominus videmus, quod per divisionem bonorum dicti Daems, quam iniverunt, dicto fideicommissio e diametro contravenerint, ab illo subtrahendo domum, in platea *Venus* sitam, 30000. florenis aestimatam, prout & agros in Heyndonck, 27000. florenis aestimatos, quæ binæ summæ objectum haud leve constituunt.

109) Quapropter Protestationes, quas in dicta divisione relative ad dictum praetensum fideicommissum emiserunt, tanquam facto contrariae reputari debent.

110) Quodsi considerare velimus istud praetensum fideicommissum tanquam per Pactum Familiae, scilicet per dictum divisionis Instrumentum, inter eos constitutum.

111) Attamen non ideo minus illi contravenerunt, uti videre est ex omnibus obligationibus, dispositionibus, actibusque contrariis, quæ expederunt, ac inter alia respectu Domini Montjardin, ratione cujus ipsemet Domini Actoris Pater videtur actus contrarios practicasse, idque imo prius, quam praetensum istud fideicommissum suas vires secundum perpetuum de anno 1611. Edictum amittere potuerit.

112) Si hoc fideicommissum tanquam subsistens consideratum fuisset, Dominus de Noiremont eo dubio procul gaudere nunc vult Dominus Actor, nec expertus fuisset adversus quondam Dominum Exconsulem Masset, ad retrahendum titulo sanguinis Dominium Ehin.

113) Dicitus quondam Dominus de Noiremont, cum non foret amplius in termino statutorio, repulsam a sua actione passus fuit, illique renunciavit, ac ipsimet Domini Actoris Patri in Mandatis die 16. Febr. 1706. dedit, tum ut ejusmodi renunciationem expediret, tum ut alteram actionem, contra eundem Exconsulem Masset ad luendum dictum Domi-

Dominus Ehin intertaxam (quæ ad
hunc pertinetur.

114) hoc non videtur, D
tuncque quantum de Bostica,
sive, quod non videtur ad hunc
agere, cum, si possent, illi
115) ha, in irregularitas, quæ
habundans bene correnit, res
proba, istud fideicommissum
tunc, quælibet de sua parte ad
tunc, prout, tunc, etc. impo
Quo mo, si per dicitur
dicitur, de dicitur, Nepon
de sequam hunc velam
tunc Dominum, interea de
tunc, non possent recipere
tunc Dominus relicta.

116) istud fideicommissum
tunc illud perpetuum tunc
tunc erant in Provin
tunc intertaxa temporal
tunc

117) Quapropter tunc
tunc actionem, in tunc
tunc actionibus in potestatem,
118) Tunc cum
tuncque consequenter tunc
prohibuit, eum id com
tunc unquam fuisse ob
tunc molatam, nec pro
119) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
120) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

121) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
122) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

123) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
124) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

125) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
126) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

127) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
128) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

129) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
130) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

131) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
132) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

133) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
134) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

135) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
136) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

137) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
138) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

139) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
140) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

141) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
142) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

143) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
144) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

145) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
146) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

147) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
148) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

149) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
150) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

151) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
152) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

153) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
154) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

155) Quæ haec tunc
tunc Censura ad fidei
156) istud praetensum
tunc Jurisprudente tunc
tunc Censura tunc

Dominium Ehin intentatam (quæ actio nullam, ut videtur, habuit sequelam) prosequeretur.

114) Inde vero videtur, Dominum quondam de Noiremont, Dominumque quondam de Boisleau, Domin. Actoris Patrem, convictos fuisse, quod non valerent ad feudum Ehin titulo prætensi fideicommissi regredi, cum, si potuissent, isto jure dubio procul usi fuissent.

115) Ita, ut inæqualitas, quam Dominus actor inter hæredes Sebastiani Daems dari contendit, reperibilis non sit, quandoquidem, non probato, dictum fideicommissum unquam fuisse observatum, imo apparen-
tente, quemlibet de sua parte ad libitum disposuisse, distraxisse & separasse, profuit, totum esse undequaque æquale.

Quin imo, si quæ daretur inæqualitas, ea procederet in præjudicium Dom. Pedro, Nepotum Domini Daems tertii, quandoquidem in sequelam hujus testamenti revindicare velit Dominus Actor unum Dominium, interea dum hæredes dicti Dom. Pedro, si quos haberet, non possent reciproce jus clamare, ad alia Dominia, per dictum Daems relicta.

116) Ita, ut istud fideicommissum, si existeret, respectu feudi Ehin in Patria Leodiensi perpetuum fuisset, respectu vero aliorum bonorum, quæ omnia sita erant in Provinciis, ubi Edictum Perpetuum Brabantinum viget, duntaxat temporale judicabitur, nunc qua ex parte detur inæqualitas?

Verum hæredes eo circa providerunt, videnturque res expresse in æqua bilance constituisse, cum nec unus, nec alter istud fideicommissum, quod in inæqualitatem injustam & in præjudicium Petri Gallo Salamanca vergentem abibat, observaverit.

117) Quapropter omnia concurrunt ad illius non Observantiam & non existentiam, in tantum, ut longe absit, attentis Domini rei negationibus ut probatum sit, dictum fideicommissum existere.

118) Tamen cum Dominus Actor qualitatem Fiduciarii assumat, cumque consequenter suam Intentionem in isto Fideicommissio fundet, profuit, eum id comprobare teneri, tanto magis, quod non constat, illud unquam fuisse observatum & executioni traditum, uno verbo homologatum, nec proinde existens esse.

119) Quæ hætenus non justificavit, sed omnem in eventum a materia Censuali ad feudalem arguendum non est.

120) Istud prætensum Fideicommissum nullitate radicali, subtilioribus Jurisprudentiæ argutiis indelenda, contaminatum est.

121) Per Præmissa credimus ad Evidentiam usque demonstrasse, dictam nostram sententiam strictiori justitia nifam esse.

Per Extractum ex Actis Judicialibus, inter præfatas Partes coram Consilio Ordinario Leodiensi agitatis, Versionemque de Gallico in Latinum.

Quod Testor



LAVRENTIVS HELLINX, publicus Cæsareus ac in Sacra Imperiali Camera immatriculatus Notarius in fidem Mpp.

Operæ pretium erit hic simul scriptum exasciate elaboratum & ad usum Fori Leodiensis accommodatum, adjungere.

DISSERTATIO JURIDICO - FEVDALIS

DE

CAPACITATE VEL INCAPACITATE VASALLI AD DIS-
PONENDVM DE FEVDO LEODIENSI CVM,
VEL SINE LICENTIA DOMINI
DIRECTI

CONCINNATA ET ELABORATA

ad

ELUCIDATIONEM CONTROVERSIE PENDENTIS INDECISÆ IN GRADU APPELLATIONIS CORAM SUPREMO ARCHIDICASTERIO WETZLARIENSI IN PUNCTO NVLLITATIS FIDEICOMMISSI

inter

BARONEM DE HAXHE, Canonicum Leodiensem, ex una

&

BARONEM DE BOILEAV, Canonicum Sti. Pauli Leod., ex altera Partibus.

Episcopus & Princeps Leodiensis qua princeps id Juris in Vasallos suos habet, ut hi de feudis suis testamento, aut pactis dotalibus disponere citra ejus licentiam nequeant, sive quæstio sit de feudo avito seu stipali ex pacto & providentia (ut vocant) majorum, sive agatur de feudo novo acqui-

acquisito, nihil interest: in qualibet specie feudi necessarium est ad validitatem dispositionis diploma principis, si Jure clientelæ eidem immediate subdit feudum, aut directi Domini eidem Subalterni, si ab eo dependeat; Alioquin deficiente licentia ad disponendum, irrita & ipso jure nulla est dispositio facta testamento aut pactis dotalibus, non solum intuitu ipsius Domini directi, sed etiam ipsius Vasalli.

Inutili Labore me consumerem & face solem illustrarem, si plura pro adstruenda hac indubitata Juris feudalis Leodiensis regula adderem iis, quæ erudite & more suo scripsit amplissimus Dominus Goessens, in alma Vniversitate Lovaniensi Juris utriusque Doctor & Pandectarum Professor Regius, in primo quæsito responsi sui Juridici.

Illud tantum ex mente consuetudinis Leodiensis & usibus feudorum in dicta provincia receptis addam, Consensum expressum Domini directi pro forma substantiali dispositionis Vasalli de feudo requiri, hancque ab eo suam mutuare essentiam, in tantum, ut ratificatio Domini directi dispositionis de feudo per Vasallum factæ sine licentia Domini directi, non possit convalidare dispositionem, si post mortem Vasalli accedat.

Quia etsi feudum moribus Leodiensium alienari possit sine consensu agnatorum, si tamen alienari non potest sine licentia Domini directi, non agitur solum de præjudicio Domini directi, sed agnatorum & omnium eorum, ad quos feudum jure legitimo pervenit. Cessante enim dispositione feudi, aut non ordinata cum licentia Domini directi, devolvitur feudum ad agnatos ex Jure feudali, quo non impeditur successio intestati, etsi consuetudine vel statuto facultas detur disponendi de feudo sine consensu agnatorum, quia dispositione non facta, aut non legitime facta, propter omissam Domini directi licentiam remanet feudum in sui natura & devolvitur in successores feudales.

Vno verbo, licentia præcedere debet dispositionem, aut si sequatur, eo tempore sequi debet, quo licere potest Vasallo disponere de feudo: Licentia enim ad disponendum supponit licitam Vasallo dispositionem: Mortuo autem licere non potest in præjudicium agnatorum aut aliorum (puta Creditorum) quibus jus est quæsitum in feudo licet hæreditario, quia eo causa devenit, ut impofterum adhiberi non possit pro actus præcedentis ratificatione, quia res integra esse desit, feudis post obitum Vasalli ad hæredem feudalem delatis, ut post Doct. Cherrum docet Commentator Consuetudinum Leod. de Mean def. 19. per tot.

Quæ si (inquit) in agnato locum habent ad excludendum institutum (idem dic de substituto) in feudo sine licentia Domini directi, multo magis

admittenda sunt in Creditore, qui decreto judicis missus est in possessionem feudi. Constitutum est enim, Creditorem ante agnatos & hæredes esse L. 48. ff. §. Cornelio Felici de jure filci: quia Creditor omne jus in feudo consumpsit antequam transmitteretur a Vasallo, nec ullum Jus luendi Salsiniam Creditoris prætere potest institutus in feudo sine licentia Domini directi, quia cum nullum Jus competat ex testamento nullo, non datur Jus luendi illi, cujus non interest, cum Jure Leodiensi luitionem prætere non possit, nisi ille, qui interesse habet ad luendum. Hactenus de Mean dicta defin.

In aciem evocabat B. D. Mean in dicta definitione quæstionem sequentem: An agnato & proximo feudi successori ab intestato Jus non sit, repellendi eum, qui testamento nullo, defectu licentiæ Domini directi existente, nihil juris habet ad feudum.

Postea proponit quæstionem de Creditore, an videlicet ei pariter Jus non sit, veluti decreto judicis & per Salsiniam autoritate legitime missio in possessionem feudi, illud retinendi & excludendi a luitione eum, qui ejusmodi dispositioni sine licentia Domini directi formatæ innititur.

Et postquam affirmative resolvisset in favorem agnati, ad excludendum institutum in feudo sine licentia Domini directi, suscipiendo causam Creditoris resolvit, multo magis id admittendum esse in dicto Creditore, qui decreto judicis missus est in possessionem feudi & nullam aliam suæ resolutionis profert rationem, nec in alio capite illam fundat, quam in nullitate dispositionis factæ de feudo non intercedente Domini directi autoritate, quæ serotine, id est, post mortem Vasalli, postquam res desierat esse integra, accesserat, nec consequenter sanare poterat apertam nullitatem dispositionis de feudo. Sed de his inferius plura dicendi Locus dabitur, postquam exposuerimus regulas magis præcipuas & generales, quæ materiæ controversæ applicari possunt & usibus feudorum provinciæ Leodiensis magis consonas & quas præsentati dissertatione enucleandas nobis proposuimus.

Pro principio igitur fundamentali in jure feudorum apud nos recepto statuendum, quod feuda Leodiensia quamvis in certis Casibus instar patrimonialium habeantur, in eo tamen veri feudi unam legem fortiantur, quod vendi, donari, aut alio quocunque modo sive inter vivos, sive ultima voluntate alienari, aut in pactum deduci nequeant, sine Domini directi consensu, qui diversimode præstatur & accedit dispositioni factæ vel faciendæ, videlicet expresse vel tacite.

Primo modo seu expresse, quando Princeps seu Dominus directus ad petitionem Vasalli testari cupientis hanc potestatem ei impertitur & indulget. Tacite accedit, quando pacta, venditiones, donationes aliique Contractus in Curia coram Paribus & Principis Vicario seu locum tenente celebrantur & investitura confertur, nulla ante de feudis disponendi licentia impetrata, atque istud in provincia Leodiensi, vel ipsis praxeos tyronibus est notissimum & jure feudali constitutum.

Utrumque hunc consensum tacitum & expressum, sic exponunt articuli 5us & 6us Capitis 12mi tit. de feudis consuetud. Leod. terminis sequentibus concepti:

„ Vasallus possidens unum aut plura feuda pleno jure, præstito re-
„ vio & cæteris requisitis, potest per donationem, emphyteulim, ven-
„ ditionem, permutationem & alios contractus inter vivos transferre in
„ totum vel pro parte, dummodo talis transportus fiat coram curia feu-
„ dali absque eo, quod opus sit assensu proximiorum, nec possunt tales
„ contractus a liberis, nec ab aliis hæredibus ab intestato revocari.

„ Sed per pacta dotalia, testamenta aut alios actus ultimæ volun-
„ tatis de feudo disponere nequit absque expressa octroya Domini directi,
„ nisi talis dispositio fiat in successurum ab intestato.

Possunt quidem feuda sine interventu parium feudalium emi, vendi, donari, permutari, parientque ex conventiones obligationem tantummodo personalem, nec ex talibus contractibus omiſſa insinuatione eorum apud acta curiæ feudalis, alia nascetur actio, quam personalis quoad contrahentes solum eorumque hæredes.

Quo vero ad pacta dotalia cæterasque conventiones, in quibus aliquid disponitur de feudorum successione, aut certis personis per viam fideicommissariæ substitutionis addicenda, non intercedente Domini directi consensu expresso, nequidem ex ejusmodi pactis & conventionibus actio personalis nascetur quoad contrahentes & paciscentes, quia pro forma substantiali ad validitatem dispositionis quocunque modo facta sit, requiritur expressus Domini directi consensus, quo omisso sicuti irrita est ultima voluntas disponentis de feudo, ita & pactum, contractus & conventio;

Omnes enim in vetitum nitentes conventiones, ut apud judicem nihili sunt, sic & disponentibus contra præscriptum legis debent quoque esse irritæ. L. 5. Cod. de Legibus.

Ad duo principia referri possunt, quæ superius delibavimus ex usus feudorum quoad mores Leodienses in puncto validitatis dispositionis Vasalli & orituris ex illa obligationibus & actionibus.

Primum sit omissio taciti consensus Domini directi resultans ex insinuatione actus curiæ feudalis quoruncunque contractuum, in quibus nihil de feudorum Successione ordinatur & paciscitur, obligationem tantummodo parit personalem quoad paciscentes & nihil ultra.

Secundum esto defectus Licentiæ Domini directi, quam de necessitate & pro forma substantiali requirit statutum Leodiense pro validanda dispositione feudi in quavis contractus specie, aut ultimis elogiis adeo irritat & annullat dispositionem, ut ex ea non modo oriatur obligatio aut actio personalis, sed nequidem naturalis obligatio, quia Lex absolute tali dispositioni resistit, eamque prorsus interimit, inficit & enecat.

Vnde ex usu feudorum provinciæ Leodiensis non admittuntur pacta illa gentilitia, quibus inter gentiles & præsertim nobiles plerumque cavetur, ut bona feudalia & non raro illustria in familia conferentur, & deficiente aliqua gentilium linea sine liberis, ad aliam gentilium lineam transeant. De Mean definitione 65. per tot. Quamvis id non observari in Brabantia, doceat Petrus Stockmanns Decis. 44.

Nec talia pacta valent, neque in vim ultimæ voluntatis, neque in vim contractus, neque ex iis, ut modo diximus, oritur obligatio personalis & actio ad servandam contractus fidem, quod etiam extendendum est ad conventiones reciproce inter cohæredes factas de observando fideicommissio nulliter & sine consensu expresso Domini directi constituto.

Cum enim per consuetudinem (inquit D. de Mean in præfata definit. 65. n. 9.) recessum sit a dispositione juris, juxta quam pactis non datur hæreditas, eodem jure consuetudinario consequens est, admittendum esse requiri licentiam, seu consensum expressum Domini directi ad disponendum de successione feudi per contractum, cum quoad ordinem successionis & dispositionem de hæreditate ejusmodi pactum vim habeat ultimæ voluntatis; præsertim cum in ejusmodi pacto digressi sunt paciscentes ad fideicommissa, quia substitutiones in contractibus regulantur ad instar ultimarum voluntatum.

Dein idem Dominus de Mean dando rationem, cur ex ejusmodi pactis & conventionibus non nascatur obligatio, aut actio aliqua personalis saltem respectu feudorum, sic infit; „ Hoc enim admitti potest in „ pacto

pacti horum communio, ut
 ut qui partes voluerit, non
 ut hereditas feudi. Consi
 penente necessitate a Domino
 presentem de ejus successione,
 vel contracta.

quod hactenus dicitur de
 terminari accepit et eodem
 modo in hereditatem ab in
 de hereditate, vel pactis de
 quædamque, que in success
 manet hereditas. De M
 vel de hereditate

est a tempore de De
 quibus feudi in hereditate
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg

vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg

vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg

vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg
 vel de hereditate leg

„ pacto bonorum communium, non feudaliū, in quo solum inspici-
„ tur quid partes voluerint, non autem cum pacto, quo datur vel defer-
„ tur successio feudi. Consuetudo certam formam præscribit videlicet
„ petendæ necessario a Domino directo auctoritatis & Licentiæ ad dis-
„ ponendum de ejus successione, quo casu irrita est pactio contra legem
„ feudi contracta.

Quod hætenus diximus de necessitate petendæ licentiæ testandi, li-
mitationem accepit ex eadem consuetudine, quæ hanc necessitatem re-
mittit, si in successurum ab intestato feudi dispositio fiat, aut qualibet
alia voluntate, vel pactis dotalibus; tunc enim non tam dicitur alienatio
quam refutatio, quæ in successurum ab intestato in feudo sine licentia Do-
mini directi fieri potest. De Mean Obs. 46. n. 2.

Sed illud ita intelligendum, si de ejus favore agatur, non de ejus
onere, ut temperat ipse De Mean in Observ. 578. ubi docet valuisse, dis-
positionem feudi in filium successurum ab intestato a parente factam, sed
adjectam fideicommissi legem non item; nec gravari potuisse a Titio pa-
rente feudum Sempronii filii sui, onere & præjudicio sine licentia Domi-
ni directi, quæ in dispositionibus per pactum dotale aut ultimam volun-
tatem semper ex lege feudorum Leodiensium requiritur.

Vnde, prosequitur idem author num. 7., cum ipse Sempronius filius de
feudo per pactum dotale illi a parente cesso in conjugem vivens disposue-
rit & quidem adhibita licentia Domini directi facultatem disponendi
Sempronio filio non eripuerit, quandoquidem feudum, ut cum pacto
dotali translatum, illi auferri etiam post mortem ejus non potuerit, nisi
prævia Domini directi licentia, quia hæc dispositio alienationem con-
tinet, quæ sine ea jure fieri non potest illius præjudicio, cui feudum qua-
situm est.

Alterum exemplum profert B. de Mean in Observ. 682., ubi „ cum
„ Titius (inquit) donasset Sempronio, consanguineo suo, inter vivos certa
„ prædia clientelæ jure ab Episcopo & Principe Leodiensi dependentia
„ adjecto fideicommissio reali & graduali & perpetuo, quo dicta prædia
„ gravaverat in rem familiæ & ex ea descendendum, ac Successor Sem-
„ pronii hæc Creditori Mævio hypothecæ atque Creditor actione hypothe-
„ caria egisset adversus ulteriorem consanguineum ex familia dictorum præ-
„ diorum feudaliū possessorem, judicatum fuit, fideicommissum a Titio
„ constitui non potuisse, sive per donationem inter vivos, aut alium quem-
„ libet contractum absque licentia Domini directi & jura Creditoris fidei-
„ commissio nulliter ordinato potiora.

nitus ex iudicio paterno & divisione hæreditatis cum fratribus, censeatur advestitus de feudo paterno & salvis vigore consuetudinis de possessione totius feudi, quæ continuatur a parente defuncto, non transfertur a fratribus in eum, & quod ad hanc transmissionem ex testamento paterno totius feudi, Licentia Domini directi opus non sit. De Mean Obs. 631. n. 17.

Tertio. Quod divisio familiæ ereiscundæ seu hæreditatis suæ inter liberos a parente testamento facta inducat jus reale & investituram bonorum etiam feudalium, quæ liberis ex divisione obvenerunt, iis acquirit, nec opus sit licentia & consensu expresso, aut tacito ducis Brabantia cum in finem, quodque ex ea divisione nascatur actio realis ad feudi vindicationem. De Mean Obs. 631. n. 6.

Diversum est in feudis Leodiensibus, quæ affici gravamine fideicommissi sive pacto, divisione, aut alia conventionem nullo modo possunt, nisi Authoritate Principis & Curia ejus feudalis ad quærendum jus reale Art. 17. cap. 25. reform. Grosbeck. De Mean Obs. 603. n. 3.

Quarto. Data simplici licentia Vasallo disponendi de feudo Brabantino, ea includitur fideicommittendi potestas & quidem in plures substitutionum gradus, de quo si quis dubitet, audiat Dominum Comitem de Wynauts in Consilio Brabantia olim Consiliarium, sic in decis. sua Brabantica 105. differentem:

Necessarium est Principis Diploma seu licentia, ut de feudis Brabanticis ultima voluntate disponat Vasallus: vidi autem sustineri obtenta hac licentia nihil aliud permitti testatori, quam ut hæredem instituat, vel ut huic, aut alteri leget, nullo vero modo ut post institutionem sub fideicommissio uno, vel plurium graduum comprehendat feudum, quasi vero nova ad id opus foret licentia, quam stricti juris esse sustinebant, ac primo actu consumi; asserit id ex jure Leodico Mean Obs. 33. citatis ibidem pluribus authoribus; idem dicit Neostad. in Observ. feudist. decad. 2. Obs. 6.

Sententiam tamen eorum explodit usus Brabantinus, constanterque tenemus, illum, qui talem testandi de feudis a Principe obtinuit licentiam, posse illa fretum non solum testari de feudo, ac illud etiam fideicommissio ad unum gravare gradum, sed & ad tres, id est ad tot, quot patitur edicti perpetui anni 1611. dispositio. Ita omnium Votis in causa advocati de la Grene supplicantis & Claræ de Benoit rescribentis me relatores sub Gindektalen 30. Octobris 1709. Hactenus Comes de Wynauts dict. Decis. 105.

Ea deliæata feudorum Brabantinorum proprietate & natura, constat, ea toto Cælo a Leodiensibus discrepare feudis, tum quoad modum succedendi, tum quoad formam de iis disponendi. Nam si quid in usu feudorum patriæ Leodiensis certum & indubitatum sit, illud sane pro explorato habetur, quod licentia Domini directi ad testandum de feudo non comprehendat facultatem fideicommittendi in eodem testamento, quia etsi fideicommissum esset pars testamenti, ejus tamen jus porrigitur ulterius in præjudicium tertii ad concessionem ulteriorem eaque ex primo testamento obtingit, ac proinde ad illud specifica domini licentia requiritur, juxta ea, quæ docet ex professo D. De Mean in Obs. 33. quam differentiam inter feuda Brabantina & Leodiensia agnoscit præcitus Dominus Comes de Wynauts dict. Decif. 105.

Nec quoad potestatem fideicommittendi ex simplici licentia data Vasallo ad testandum constituenda est differentia inter personas fideicommissio gravatas, an scilicet hæ sint ab intestato successuræ, an vero a successione ab intestato exclusæ, vel num feuda sint stipalia, an nova seu acquisita.

Dum enim Dominus de Mean in sua Observatione 33. proponit quæstionem, an licentia a Domino directo data Vasallo ad disponendum de feudo, possit is testamenti tabulis gravare feudum fideicommissio & illam negative resolvit, nullum constituit discrimen inter personas gravatas fideicommissio, nec inter feuda an stipalia sint, an nova & acquisita, quod facere non omisisset, si licentia data diversimode operari debuisset secundum differentiam personarum & diversitatem feudorum.

Quod menti & consuetudini moribusque in feudorum jure receptis conformius est, cum ratio prohibitiva statuti & juris vetantis ordinationem fideicommissi ex simplici potestate facta testandi abstrahat tum a personis, tum a rebus & unice percutit ipsam dispositionem & illius nullitatem; Nec etiam dubitandum, quin prohibitio gravandi fideicommissio feudum, sit in favorem publicum introducta & consequenter, quod ista facultas illud gravandi sit restringenda & intra Cancelloribus suis continenda.

Tanto magis, quod omnes rationes, quas Dn. de Mean adducit ex natura feudorum Leodiensium ad probandum, quod licentia data ad testandum extendi non possit ad fideicommittendum, militent tam in feudo stipiali, quam novo & acquisito, quia utrumque feudum unam & eandem in ratione dispositionis respectu Vasalli sortitur legem, ut scilicet sine expresso Domini directi consensu, onere fideicommissi neutrum gravari possit.

Expositis

Expositis igitur principalioribus juris feudalis juxta mores Leodien-
sium principis & explicata utriusque feudi & Leodiensis & Brabantini na-
tura & quomodo in certis prædicatis differant inter se, dilabimur ad fa-
cti controversi quæstionem & ex ea pullulantem juris inspectionem, cui
lucem afferet non modicam juxta principiorum a nobis supra adducto-
rum applicatio.

Facti Synopsis sequens est.

Sebastianus Daems ternos habens ex sorore nepotes, scilicet Anto-
nium, Ludovicum & Petrum Salamanca fratres, prælegatis primo & se-
cundo genito certis dominiis, eodem prælegati titulo addicit Petro ne-
pötum juniorem Toparchiam d'Ehin jure clientelæ ab Episcopo & Principe
Leodienfi dependentem.

Nulla tamen obtenta ab eo disponendi, multoque minus fideicom-
mittendi licentia, dictosque tres nepotes in residuo Bonorum suorum
scripsit hæredes cum substitutione fideicommissaria, ad liberos liberorum
in omnibus bonis, tam titulo prælegati, quam institutionis titulo reli-
ctis extensiva.

De primogenito nihil habemus dicendum, sed quoad Ludovicum
secundo-genitum illud habemus, quod stirpem suæ lineæ propagaverit,
& ex ea per matrem suscitatus fuerit Baro de Boileau appellatus de fidei-
commissio contendens, stirpis suæ ultimus.

Petrus vero tertio-genitus, feudi controversi possessor, vitio fortu-
næ, facultatibus lapsus, ære alieno ultra modum gravatus, illud variis
creditoribus pignoris seu hypothecæ nexui devinxit & tandem dicti feu-
di possessio ad authorem Baronis de Haxhe appellantis pervenit, vi factæ
ab ipso acquisitionis titulorum, quos tanquam Creditor posterior compa-
rare pro juris sui conservatione necesse habuit, tum etiam ope luitionis
saisiniæ a Domino directo contra dictum feudum obtentæ defectu relevii.

Mortuo dicto Petro tertio-genito Ferdinandus, ejusdem filius, adhi-
bitis inutiliter conatibus ad recuperandam feudi contra patrem evicti
possessionem, ab ulteriori vindicatione abstinuit & mediante certa pe-
cuniæ summa, omni juri & actioni renunciavit in favorem authoris Ba-
ronis de Haxhe, cujus hæredes in quieta & pacifica possessione a sesqui
Sæculo & ultra extiterunt, tanquam plenum, perfectum & incommutabi-
le adepti dominium dicti feudi.

Sed prodiit novissime & a paucis annis contra omnem expectationem in judicii arena Baro de Boileau, ex Ludovico Salamanca per matrem ducens stirpem, vindicatque ex prætenso fideicommissò dictum feudum, tum per testamentum Sebastiani Daems, quanquam nulla impetrata venia a Principe Leodiensi, a quo dependet, ordinato, tum etiam per hæredes dicti Sebastiani Daems juxta actum divisionis approbato & confirmato.

E converso Baro de Haxhe negat, Baronem de Boileau fideicommissò nitentem, nullo ex defectu impetratæ ad illud, ita constituendum a Domino directo veniæ, in dicti feudi vindicatione esse fundatum.

Pares curiæ feudalis Episcopi & Principis Leodiensis de usu feudorum provinciæ Leodiensis apprime edocti, quique jus, in quo quotidie versantur, ignorare nequaquam præsumuntur, pro nullitate fideicommissi dictis in favorem Baronis de Haxhe vindiciis, contrariis pronunciavit in favorem Baronis de Boileau Senatus Concilii ordinarii, sed eo jure, quo prætor jus dicit, dum inique decernit.

Ad demonstrandam hujus postremæ Sententiæ iniquitatem sola nobis sufficiet doctrina ex duabus observationibus Papiniani Leodiensis, videlicet 415. & 314. a nemine scribebantur pro D. Barone de Haxhe citatis, defuncta, quæ pro asserenda sibi indubitabili victoriæ palma in supremo dicasterio Wetzlariensi, ut confiditur, omnium votis consequenda, si sequentia recte expendantur.

Si gravatus fideicommissò (inquit Dominus de Mean Obs. 415. n. 1.) speciali, vel universali, sub conditione, vel die incerta, si sine liberis decesserit, restituere relictum Titio avaritiæ cupidine, spe conditionis forte non implendæ, an sine cura, sine modo prodigens sua, dilapidans aliena, ad venditionem, vel hypothecam relictæ profuerit & erator, aut Creditor contractum venditionis, vel hypothecæ actis insinuaverit, gravato sine liberis decedente, & sic conditione impleta. Quæstio fuit, an erator, vel creditor ex insinuatione apud acta venditionis, vel hypothecæ medio tempore dum conditio pendebat, facta, acquisivisset jus reale domini, vel hypothecæ rerum fideicommissò subjectarum, exclusivum juris ex fideicommissò Titio competentis, quia hic testamentum, vel pactum dotale, quoad fideicommissum vocabatur, dum pendebat conditio, intra quinquennium, juxta articulos 2. & 3. cap. 7. reform. Grosbeck. approbari non curaverit.

Manifestum est, Dominum de Mean in proposita quæstione agere de fideicommissò conditionali injecto per pactum dotale aut testamentum bonis censualibus & allodialibus, de quibus approbatio requisita in articulis

lis

Obs. DCCCLXXIV. An
Obs. DCCCLXXIV. An
 Res. 1. c. Reformationi Gen
 testat, qui insinuat quod
 fideicommissi tunc gravati
 venditione, quæ deficiente app
 via temporis ordine præc
 in illis operetur ad eas in
 in proposita signat super
 hinc insinuat, quam Sen
 in fideicommissari
 decessit, tunc, causa
 cedentia ad insinuat in
 p. p. in prima sententia
 decessit, insinuat per
 am. Et insinuat ad
 fideicommissari, tunc
 venditione per hanc, in
 Obs. 11. n. 17. Quæ
 dicta observatio
 tunc insinuat
 Sed si quæstio
 per se Dominus direct
 illius possessione imm
 tunc, conditione fidei
 fideicommissum tunc
 licentia Domini directi
 tunc tunc per se
 1796. ubi insinuat
 omnium quæstione
 Quia insinuat
 plet conditione in
 defectum licentiar
 ad validitatem fidei
 ritis ex insinuatione
 ad fideicommissi v
 propter defectum
 quæ nec insinuat

lis 2. & 3. c. 7. Reformationis Grosbeckianæ loquitur, quoad acquisitionem juris realis, quia inutiliter quæstio proponeretur de bonis feudalibus, quæ fideicommissi onere gravari nequeunt citra expressum Domini directi consensum, quo deficiente approbatio, de qua in dictis articulis, quantumvis in temporis ordine præcessisset creditorum obligationes hypothecarias, in nihilo operaretur ad eas infirmandas.

In proposita igitur superius quæstione judicatum fuit, tam per Scabinos Leodienses, quam Senatum Concilii ordinarii, prout & in revisione in favorem fideicommissarii & quidem optimo jure, quia conditione fideicommissi impleta, causa venditione vel hypotheca pendente conditione celebrata ab initio in irritum deducitur & sic intelligenda, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata, ideoque Creditores, vel emtores rei fideicommissi subjectæ pendente conditione, ea impleta defectu juris, quia emptio & hypotheca ab initio in irritum devocatur, non sunt contradictores legitimi, vocato ad fideicommissum, qui ex testamento etiam non approbato jus habet, sicut ex pacto dotali non approbato, de Mean dict. Obs. 314. n. 13. Quamvis tamen Dominus de Louvrex in suis notis ad dictam observationem addat, hanc quæstionem aliter decidendam fore, atento edicto anni 1686.

Sed si quæstio sit de fideicommissi injecto a testatore feudo, non impetrata Domini directi, illud fideicommittendi & gravandi potestate, & in illius possessionem immixtus sit creditor titulo hypothecæ a gravato contractæ, conditione fideicommissi impleta, tutus erit creditor adversus fideicommissarium vindicantem feudum ex fideicommissi nulliter & sine licentia Domini directi constituto, quamvis fideicommissum illud actuariatum trium patriæ ordinum insinuatum esset conformiter edicto anni 1686. talem insinuationem requirenti ad producendum jus reale & fideicommissi prosecutionem contra Creditores.

Quia frustra insinuaturs actis publicis simile fideicommissum, quod impleta conditione ab initio nullum & irritum censetur in radice propter defectum licentiæ, quæ essentialiter requiritur & pro forma substantiali ad validitatem fideicommissi, obtentæ, & frustra quoque fideicommissarius ex insinuatione ejusmodi apud acta trium ordinum, jus aliquod reale ad fideicommissi vindicationem prætenderet, si ipsummet fideicommissum propter defectum licentiæ Domini directi nullum, sic intelligendum sit, quasi nec scriptum, nec penitus ordinatum fuerit.

Fideicommissi enim ab initio in irritum devocati, nec scripti, nec penitus constituti insinuatio facta nihil prodest, nec ex ea jus aliquod reale nascitur ad fideicommissi nulliter ordinati prosecutionem contra Creditores immisos in feudi possessionem: Cum non entis nullæ sint qualitates, ideoque edictum anni 1686. conceptum respectu fideicommissariorum, qui vocantur ad bona, quæ testamento, aut pactis dotalibus legi reversionis subjiuntur, ejusmodi fideicommissa ab initio ex defectu licentiæ irrita quasi nec scripta, nec penitus ordinata nullo modo comprehendat, ut in simili argumentatur de Mean dict. Obs. 415. quod contractus omnes nullos, quorum respectu realisatio nihil proficit ad jus reale aliquod ex iis acquirendum.

Ex quibus omnibus principiis recta subintrat concludendi ratio, quod Creditor judicis decreto immissus in possessionem feudi excludat fideicommissarium impleta conditione agentem ex fideicommissio conditionali, nulliter ordinato, etsi trium patriæ ordinum actuariatu insinuato, quia Creditor omne jus in feudo consumsit antequam illud transmitteretur, nec ullum jus petendi & prosequendi fideicommissi contra Creditorem immisum in feudo competere potest substituto in eodem feudo sine licentiâ Domini directi.

Eademque ratione docet de Mean in defn. 19. Creditori, qui decreto judicis & per saisiniam autoritate legitima missus est in possessionem feudi, illud retinendi & excludendi a luitione eum, qui ejusmodi dispositioni sine licentiâ Domini directi formatæ innititur, quia cum nullum jus competat ex testamento nullo, non datur Jus luendi ei, cujus non interest, cum jure Leodiensi luitionem prætere non possit nisi ille, qui interesse habet ad luendum.

Prosequamur id argumenti genus, nec ab eo discedamus, nisi ex invictissimis rationibus ex nostro jure feudali desumptis, demonstraverimus, potentiora esse Baronis de Haxhe jura in feudi a se occupati retentione, quam fideicommissi nulliter & ex defectu licentiæ omnino irriti ex parte Baronis de Boileau institutam vindicationem.

Affertionis hujus argumentum suppeditat de Mean in sua Obs. 314. cujus facti species sequens est.

Ludovicus pacto dotali Guilielmi, filii sui, spondet quoddam Dominium, statim in subsidium matrimonii conferendum, declaratque, suæ mentis esse, ut contemplatione hujus matrimonii, post mortem suam dominium aliud feudale, ac varia alia bona in pacto dotali enumerata, præfato filio suo succedant; addita lege, ut si contingeret, hunc sine liberis

liberis ad perfectam ætatem non pervenientibus decedere, ad proximiores illa reverterentur; & quia moribus Leodiensium, dominium feudale, cujus promittebatur successio, in territorio Leodiensi situm, pacto dotali transmitti non posse, videbatur per fideicommissum in proximiores irrevocabiliter sine licentia principis Leodiensis, Domini directi, a quo feudum movetur, obtinuerat a Serenissimo Principe Ernesto, Baviaræ Duce, Episcopo & Principe Leodiensi, licentiam testandi aliterque disponendi de feudis, qua eo mortuo in supradicto pacto dotali filii sui Guilielmi in anno 1614. fuerat usus

Item Anno 1616. in pacto dotali Roberti, filii sui secundo-geniti, in quo tam dictus Ludovicus parens, quam Guilielmus frater primo-genitus, spondent dominium feudale cum annexis & connexis ad dictum Robertum reversurum, duplici adjecta conditione, si Guilielmus decederet sine liberis legitimis, aut dicti liberi morerentur sine liberis legitimis ejus ætatis, qua valide de bonis suis disponere queant, postea præfatus Guilielmus diversos redditus annuos in rem Creditorum coram curia feudali Episcopi & Principis Leodiensis constituit, qui defectu solutionis in possessionem domini feudalis præfate Curie feudalis autoritate immitti fuere. Mortuo Guilielmo ante Ludovicum parentem, & deinde Roberto fratre, ac postea Ludovico parente, & filio Guilielmi Anno 22. ætatis religionem Capucinorum sub regula sancti Francisci ingresso, filius Roberti castrum & dominium feudale titulo fideicommissi propria autoritate occupavit, Creditoribus Guilielmi exire jussis, qui de vi illata & turbata possessione querentes, ad curiam feudalem recurrerunt, quos in pristinam causam restituendos judicavit, sed ab ea sententia appellatum ad Concilium ordinarium Episcopi & Principis Leodiensis.

In qua quæstione de variis (inquit de Mean) disputatum fuit, ac imprimis suppositum, Guilielmo jus fuisse, hypothecæ subjiciendi dominium feudale, si fideicommissi lex non obstaret, sed dubium movebatur de fideicommissi primi in pacto dotali de Anno 1614. ordinati validitate & de ulterioris fideicommissi subsistentia in tabulis dotalibus Roberti, filii secundo-geniti, Ludovico patre, & Guilielmo, filio primo-genito in illud consentientibus.

Nam quoad primum, licet Ludovicus parens impetrasset a Principe Ernesto Baviaræ (qui in Anno 1612. vita functus est) licentiam testandi, attamen quia eo mortuo usus fuisset in anno 1614. obtenta disponendi licentia, indubitatum erat, illud fideicommissum esse perperam & inaniter consti-

fideicommissi submovendum, idque ex dispositionis vitio & nullitate, quam sanare non potuerat in casu observationis 314. nec patris, nec filii primogeniti consensus adhibitus in tabulis dotalibus filii secundo-geniti pro stabiliendo & constituendo fideicommissio in favorem filii secundo-geniti, quale fideicommissum remansisset penitus nullum, nisi postea intervenisset principis autoritas confirmatoria præcedentium dispositionum, in vim cujus valuit fideicommissum & sanata fuit nullitas, quæ in dictis pactis dotalibus ex defectu obtentæ licentiæ irrepserat.

Sed objiciet quispiam: esto quod fideicommissum a Sebastiano Daems ex solo defectu licentiæ Domini directi sit nullum; attamen successoribus Petri Salamanca tertio-geniti excipientibus de defectu consensus in dicto Sebastiano fideicommittente, obstabit replicatio doli mali, quæ Petro Salamanca obstitisset; videlicet jus ejus & ab eo causam habentium niti testamento Sebastiani Daems & aditione hæreditatis ex eo per Petrum, atque in ea feudi d'Ehin, quod ex affe & in solidum ad Antonium Salamanca pertinisset & vindicare jure potuisset, nisi hic pro parte hæres extitisset Sebastiani Daems fideicommittentis, atque ita insertam testamento fideicommissi legem a Petri hærede & illius successoribus impugnari non posse, cum feudum d'Ehin ea lege acceperit, alias ne vel minimam partem in illo habiturus, & quidem tanto magis, quod ea ipsa ratione, qua Antonius de Salamanca frater primogenitus & agnatus proximior stare dispositioni factæ de feudo novo adstrictus fuerit, illamque in qualitate hæredis ratam & acceptam habere, eadem & multo urgentiori ratione tenentur successores Petri de Salamanca legem fideicommissi a testatore dictatam & ad cujus observationem hæredes reciproce sese adstrinxerant, fervare, ex quibus omnibus consequens est, Baroni de Boileau vindicanti feudum d'Ehin per Sebastianum Daems constituto objectam exceptionem defectus licentiæ Domini directi respectu feudi d'Ehin refelli replicatione doli: adivit enim Petrus Salamanca hæreditatem, ac in ea feudum d'Ehin apprehendit, ac consequenter onus fideicommissi hæreditati ac huic feudo innexum agnovit; nec enim pro parte eam sciendo adire potuit, atque onus fideicommissi repudiare, multoque minus contravenire legi fideicommissi non solum testamento a Sebastiano Daems avunculo decretæ, sed per divisionem inter tres nepotes approbatæ, atque ita cum lex fideicommissi ab avunculo dictata, a nepotibus in aditione hæreditatis & illius divisione acceptata sit, eadem ipsa lex videtur non solum afficere dividentes, sed & res ipsas, quæ in hæreditatem & divisionem venerunt, etsi

in secundum & tertium & posteriores & per plurium personas cucererit possessio, quia bona fides legem divisionis & traditæ possessionis servari exposcit.

His in individuo argumentis & rationibus utitur de Mean in sua Obs. 631. n. 7. & 18. & eadem quoque argumenta opponuntur ex parte Baronis de Boileau ad infirmandam exceptionem defensus licentiæ a Barone de Haxhe propositam, sed præfata objectio, quæ primo aspectu turbare videtur, facile sequenti solutione depelletur & liquefiet & sic solvo.

Ideo Antonio de Salamanca fratri primogenito & proximiori agnato, qua pro parte hæredi Sebastiani Daems, ad revocandum feudum d'Ehin a testatore acquisitum, licet sine assensu expresso Domini directi fideicommissariæ substitutioni subjectum, nulla competit actio, quia hæc ipsa actio hæreditaria confusa fuit per additionem hæreditatis: adita enim ex testamento Sebastiani Daems hæreditate ab Antonio de Salamanca, fratre primogenito & agnato proximioris, qui successurus erat in feudo, non potest idem Antonius petere feudum d'Ehin acquisitum ex lege intestati, tanquam per alienationem nullam sine consensu Domini directi non excefferit, nec exiverit e bonis defuncti testatoris; quandoquidem causa testati faciat cessare causam intestati facti proprio & voluntate ipsa proximioris agnati hæreditatem adeuntis, cui consequenter nulla superest, nec restat conditio ex lege ad repetendum feudum.

Porro sublata, per confusionem, quam operatur aditio hæreditatis, conditione ex lege agnato proximiori ad revocandam alienationem competente, attentoque consensu tacito, qui elicitur ex additione hæreditatis in dispositionem factam a testatore in remotiorem agnatum seu extraneum, quem consensum nulla lex, vel consuetudo feudalis improbat, remanet tamen vitium substitutionis & nullitas insanabilis emergens ex defectu impetratæ a Domino directo licentiæ, quam objicere recte potest hæres fideicommissi indebite gravatus, utcumque speciali pacto ad servandam fideicommissi legem a testatore dictatam sese erga cohæredes suos adstrinxerit, quia lex directo resistit non solum tali dispositioni fideicommissariæ citra licentiam Domini directi factæ, sed & pacto particulari de illo observando, denegatque, ex tali pacto aut conventionem, ex qua nequidem naturalis obligatio nascitur, actionem, maxime attenda consuetudine speciali Leodiensi, quæ irritat, annullat & ad interuersionem usque perimit omnes conventiones, quæcunque pacta, in quibus de regulanda successione feudorum, non impetrato Domini directi assensu aliquid ordinatur & paciscitur.

Nec

Ne rebus exceptio doli
 causa proposita auctoritas fidei
 in diti. Obs. 631. obijci p

In quo enim dolo, aut
 hinc in ait Deckerus Dili
 rem cadunt: & obijci
 vel prohibito habet
 remanet quod a lege imp

hinc arguendo
 est non hæreditas An
 hæritum substitui
 Collatione quæ fidei
 commi. extra cõm

Quoniam Liberi
 re temp. dicit, si
 carem substitui Da
 feudo contraveni
 eo remanet
 in ordine successi
 postea depen
 per causi melior et

Alitudo in diti
 Obs. 631. agitur
 quæ a feudo Leodiens
 non succedendi & v
 finem.

In feudo enim
 alio triente ad diti
 nimum ex alle per
 cedat, quia ut sup
 vel impatiens est

In feudo Bra
 liberos induci pas
 libris ex diti
 quædam expoli

Nec recte exceptio doli Petro de Salamanca aut successoribus ejus contra proprium authoris factum venientibus (de qua Dominus de Mean in dict. Obs. 631.) objici potest.

In quo enim dolo, aut in qua mala fide versatur is, qui dictis non stando (ut ait Deckerus Dissert. I. Lib. n. 26.) legis interdictum & reverentiam causatur? & absurdum foret ad ea præstanda nos adigi, quæ severe legis prohibitio habet pro infectis. Licite igitur quivis factum suum retractat, quod a lege improbat. Ita Deckerus dict. Diss. I. n. 26.

Sua huic argumento vis esset, si quæstio & controversia decidenda esset cum hæredibus Antonii Salamanca, filii primogeniti, qui adeundo hæreditatem Sebastiani Daems de suo ex necessitate juris remisit. Sed in Colluctatione, quam suscepit Baro de Boileau, decertando de ideali fidei-commisso, extra casum præmissa argumenta prolata sunt.

Quoniam Ludovicus Salamanca, a quo dictus Baro de Boileau ex matre stirpem ducit, nihil de suo dedit Petro Salamanca, adeundo hæreditatem Sebastiani Daems avunculi sui, nihil sibi juris asserere poterat in feudo controverso d'Ehin: totum ex asse pertinebat ad primogenitum; ab eo removebatur uti & Petrus frater tertio-genitus; uterque extraneus in ordine successionis habebatur & consequenter duplici exceptione repellitur sequenti. Prima, quoad te, liberas ædes habeo. Secunda, in pari causa melior est conditio possidentis.

Aliunde in facti specie, quam tractat Dominus de Mean in præfata Observ. 631. agitur de feudo Brabantico, cujus natura toto cælo discrepat a feudo Leodiensi tum quoad formam disponendi, tum quoad modum succedendi & utriusque feudi inter se discrepantias superius exposuimus.

In feudo enim Brabantico duos trientes sibi vindicat primo genitus, alio triente ad alios fratres spectante; at feudum Leodiense ad primo-genitum ex asse pertinet & in eo solus ad aliorum fratrum exclusionem succedit, quia ut supra notavimus, nullam divisionem, nec scissionem patitur, sed impatiens est consortis.

In feudo Brabantico facta a parente divisio familiæ erciscundæ inter liberos inducit jus reale & investituram bonorum etiam feudalium, quæ liberis ex divisione obvenerunt, iis acquirit, nec opus est licentia, aut consensu expresso, aut tacito Ducis Brabantiæ & ejusmodi divisione cum

adjecta lege fideicommissi nascitur actio realis, ut fatetur ipsemet D. de Mean in dict. Obs. 631. n. 6. & 18.

Diversum est in feudo Leodiensi, quod nullo onere reali gravari, aut affici potest, nisi interveniente Domini directi consensu tacito, aut expresso.

Tacito in alienationibus inter vivos, quando pacta, donationes aliique Contractus coram paribus Curia celebrantur & investitura confertur.

Expresso autem, quando Princeps seu Dominus directus supplicanti Vassallo & petenti veniam testandi & fideicommittendi, eidem impertitur.

In feudis Brabanticis pacta gentilitia, quibus inter gentiles & præsertim nobiles plerumque cavetur, ut bona feudalia in familia conserventur, ideoque deficiente aliqua gentilium Linea sine liberis, ad aliam transeant, valent sine licentia, seu octroya Domini directi, si non per modum ultimæ voluntatis, saltem per modum contractus & pariunt statim obligationem personalem, licet effectus conditionis differatur post mortem.

E contra in feudis Leodiensibus non valent talia pacta, in quibus de successione feudi aliquid regulatur sine expresso Domini directi Consensu, nec ex ejusmodi pacto ulla nascitur obligatio personalis, quia (ut inquit de Mean defin. 65.) hæc pactio non pender a voluntate partium, nec a fide porrectæ dextræ, sed a lege feudi, pactum quodlibet successione feudi sine licentia Domini irritantis & annullantis.

Ex quibus differentiis inter utrumque feudum constitutis evidentissime patet, non procedere argumentum a feudo Brabantino ad Leodiensè, nec vice versa, respuente hoc argumenti genus disparata utriusque feudi natura, quæ variis tum in modo succedendi, tum in modo disponendi subjiciuntur, juxta diversitatem statutorum, juribus & regulis.

Quanquam si pactum illud speciale, quo terni Sebastiani Daems nepotes ejusdemque hæredes, sese mutuo & reciproce ad servandam fideicommissi legem in strictissima juris censura consideretur, non possit ad feudum controversum d'Ehin extendi, quia sub generali dispositione bonorum non comprehenduntur feuda, quæ prohibentur alienari, & de iis disponi sine consensu Domini directi, ideoque generalis locutio, aut dispositio non se extendit ad prohibita. De Mean Observat. 24. & 324. per tot.

Sed hæc extra quæstionis, de qua controvertitur, circumstantias dicta sunt, quandoquidem Baro de Haxhe non sit hæres, neque successor Petri, nec Ferdinandi Daems, nec ab iis causam habeat, sed unice metitur jus suum ex Saisinia in vim obligationis legitime contractæ & coram paribus Curia feudalis insinuata, quo feudum d'Ehin legitimo pignoris nexu devinctum fuit, impetrata & servatis servandis executâ; ideoque jus ei sit (ut cum Domino de Mean loquar finem imponendo huic nostræ dissertationi) controversum feudum retinendi & excludendi ab illius vindicatione Baronem de Boileau ex Ludovici Salamanca secundo-geniti stirpem ducentem, fideicommissio sine licentia Domini directi formato innixum.

Quamobrem Baro de Haxhe, appellans, firma ducitur spe, fore, ut supremum hoc cæsareum tribunal, ponderatis solide eademque æquissima judicii Lance rationum hinc & inde in hacce judiciaria disceptatione adductarum, momenti, compertoque pro Sententia Curia feudalis Leodiensis juris & æquitatis principia militare, eam, reformatâ Senatus Concilii ordinarii Episcopi & Principis Leodiensis, clementissime confirmare, appellatumque in expensas tam hujus, quam præcedentis instantiæ condemnare, nec non justitiam pro innato in eandem studio, omni meliore modo administrare sit dignaturum, nobilissimum desuper ejusdem archidicasterii officium demississime implorans. (*)

Nam duo maxime separanda sunt & separatim quoque consideranda in testamento Sebastiani Daems, quibus rite perpensis evanescent obmotæ in immensam adeo molem ex parte Baronis de Boileau difficultates.

- 1) Ipsum prælegatum feudi d'Ehin a testatore nulla interveniente licentia Domini directi, Petro Salamanca nepoti tertio-genito addictum.
- 2) Substitutio fideicommissaria, a testatore bonis omnibus, tam titulo prælegati, quam institutionis, trinis suis hæredibus relictis dictata. Quam subsequutum est pactum inter eosdem cohæredes de observanda ad amussim Lege fideicommissi.

Quantum ad primum, illud extra omnem dubitandi aleam constitutum est, prælegatum illud ipso jure non valere & irritum esse ex defectu licentiæ Domini directi, illudque feudum ab Antonio primogenito jure vindicatum.

(*) ad paginam 392. in linea 21. post verba: *stabiliti*, sequentia ibi omissa, inferenda sunt:

dicari potuisse conditione ex lege, quæ primogenito jure Leodiensi com-
 pedit ad avocandum feudum etiam acquisitum, sed quia dictus Antonius
 Sebastiano Daems testatori hæres quoque extiterit, illiusque heredita-
 tem adiverit, ex hac aditione factum est, ut sublata fuerit per confu-
 sionem actio conditionis ex lege primogenito ad vindicandum feudum
 competens, tacitaqua emerferit approbatio & ratihabitio prælegati feudi
 contra legem a testatore facti in Petrum Salamanca, tertio genitum & con-
 sequenter purgatum fuerit ex hac aditione nullitatis vitium ex defectu
 licentiæ Domini directi resultans: ita ut hic subsecutus primogeniti con-
 sensus quoad prælegatam feudi d'Ehin, testatoris dispositioni post mor-
 tem ejus accedens idem operetur, ac si ipsa directi Domini licentia in ipso
 factæ dispositionis procinctu, seu testatore etiamnum in vivis agente,
 obtenta fuisset; imo consensui tacito agnati dispositionem jam factam
 subsequenti vis major inest, quoad validandam dispositionem Vasalli,
 quam expressæ Domini directi ratihabitio post mortem testatoris inter-
 venienti, quia hæc ratihabitio non tollit, nec purgat vitium dispositio-
 nis, licet id præstet & efficiat subsequens & post mortem agnati proxi-
 mioris consensus.

Nam nunquam in dubium revocatum fuit, quin valeat dispositio
 feudi facta de consensu primogeniti in remotiorem sine licentia Domini
 directi, sive hic consensus præcedat, aut interveniat vivo, aut mortuo
 disponente;

Nec mirum, quia agitur hic de solo & privato commo primogeniti,
 quem lex ad feudi primum in ordine designat successorem, cui proinde
 renunciare per primogenitum licet.

Eo igitur loco res habenda est, ac si simplex licentia Domini dire-
 cti ad disponendum pendente vita Vasalli intervenisset, quia hanc supple-
 vit subsecutus in aditione hereditatis primogeniti consensus, atqui sim-
 plex licentia Domini directi, ad disponendum de feudo etiam novo &
 acquisito non prodest Vasallo ad fideicommittendum, ergo licet dispositio,
 seu prælegatum feudi subsistat, secunda tamen dispositio, quoad substi-
 tutionem fideicommissariam, corrumpit ex invincibili & insuperabili regula
 fundamentali, quam adstruit Dominus de Mean in sua Obs. 33. ubi do-
 cet, quod simplex licentia data Vasallo ad disponendum de feudo non in-
 cludat fideicommittendi potestatem aut facultatem.

Ex his consequens est, quod licet purgata fuerit per assensum pri-
 mogeniti nullitas prælegati; attamen remanserit in suo statu vitium sub-
 stitutionis, ac per ulteriorem consequentiam, quod dictum feudum d'E-
 hia

hic ex prima dispositione legitime
 mans, sui transmissi, cum in
 mortuo, qui feudum ex p
 Petri de Salamanca, assumpti
 cui consequenter jus quæritum
 sanctionis iurebat, quod ei
 dispositionem secundam substitu-
 tioni con capella Domini directi
 feudi primogeniti, quoad p
 renovationem agrorum heredes
 tenens modo, quod
 no Dico, retracto huius de
 tum et in hac hypothese, q
 Vis, adhibito et ad herede
 succedat, quoad huius
 feudales vicarii collatione
 tra huius vicarii feud
 que vicari capella De
 feudalis in materia
 vicario legitime De
 Que in agnato
 dicitur amoveret crea-
 tis, qui non ex liberali
 unquam alio jure creati
 interveniente Domini heredes
 quibus curia talia a V
 dicitur, non potest
 pignori legitime detin
 et fideicommissum agere
 Nam si certum p
 tus, ut docet de Me
 ta Domini directi,
 et deinde jactis in p
 de Mean in tractatu
 fideicommissi prole
 lra & certissima assen
 antequam illud commo
 fivato huius p

hin ex prima dispositione legitime transmissum fuerit in Petrum Salamanca, cui transmissioni, cum lex non resistat, factum est, ut eo ipso momento, quo feudum ex prima dispositione radices jecerit in persona Petri de Salamanca, assumerit naturam feudi stipulis respectu Ferdinandi, cui consequenter jus quæsitum fuit, in eodem feudo succedendi ex lege successione intestati, quod ei eripi non potuit a Sebastiano Daems per dispositionem secundam substitutionem fideicommissariam continentem, nisi cum expressa Domini directi licentia, quam supplere non potuit assensus primogeniti, quoad primam dispositionem prælegatum feudi in remotiorem agnatum ferentem.

Ponamus modo, quod Petrus Salamanca gravatus fuisset a Sebastiano Daems, avunculo suo, de restituendo feudo cuidam tertio, indubitatum est in hac hypothese, quod Ferdinandus, Petri hæredis gravati filius, abstinendo se ab hæreditate patris, ex lege intestati in dicto feudo successisset, quodque fideicommissi a Sebastiano Daems contra leges feudales ordinati nullitatem objicere potuisset, & sic patet ratio prohibitiva statuti vetantis feudum affici onere, aut gravamine fideicommissi absque assensu expresso Domini directi, & quæ in eo consistit, quod ordo successione ab intestato in feudis eripi non possit agnato proximiori, nisi adhibito supradicto Domini directi consensu.

Quæ si in agnato locum habent, multo magis hanc nullitatis exceptionem obmovebit creditor in feudum ex decreto judicis legitime immisus, qui non ex liberalitate, nec beneficio testatoris possidet feudum, sed occupat illud jure crediti & saisiniæ ex eo impetratæ in vim hypothecæ, interveniente Domini directi assensu (quem includit approbatio coram paribus curiæ facta) a Vasallo contractæ, ex quibus omnibus concludendum est, quod potentiori & firmiori jure nitatur creditor feudum nexu pignoris legitime devinctum occupans, quam substitutus illud vindicans ex fideicommissi aperte nullo, vicioso & irrito.

Nam si creditor potior sit in retentione feudi ex Credito ante agnatos, ut docet de Mean def. 19. Si insuper institutus in feudo sine licentia Domini directi, nullum jus habeat luendi saisiniam Creditoris missi ex decreto judicis in possessionem feudi, quemadmodum faretur idem D. de Mean in præcitata definitione, multo magis substituto deneganda erit fideicommissi prosecutio & feudi vindicatio ex substitutione nulliter stabilita & ordinata adversus creditorem, qui omne jus in feudo consumsit, antequam illud transmitteretur in Vasallum, & sicuti in primo casu instituto hæredi in feudo sine licentia Domini directi, nullum jus luendi

competit & avocandi investituram feudi a creditore in illud immisso, ita nec hæredi fideicommissario competere potest adversus eundem creditorem feudi vindicatio ex substitutione nulla & irrita ex defectu licentiæ Domini directi.

De cætero summopere animadvertendum, aliam & penitus diversam esse quæstionem hanc, an hæres alienationem factam a Vasallo de feudo acquisito sine licentia Domini directi revocare possit, ab hac, qua quæritur, an hæres aut legatarius feudi acquisiti, in quo non erat successurus ab intestato, possit excutere legem fideicommissi sine licentia Domini directi impositam.

Nam in casu primæ quæstionis, ideo non potest hæres etiam successurus ab intestato revocare dispositionem factam a Vasallo in remotiorem agnatum, quia ad eundem illius hæreditatem, eo ipso factam ab eo dispositionem approbat & ratam habet, ideoque propria voluntate & facto proprio removetur a prosecutione fideicommissi, cui approbationi & ratificationi Lex non resistit.

At in posteriore casu ideo hæres medius vel immediatus Vasalli & ei etiam ab intestato non successurus, onus fideicommissi a se avertere potest, quia hoc onus fideicommissi, feudo sine licentia Domini directi impositum, reprobatum a lege, qua terminis generalibus concepta est, nec distinguit inter personas gravatas, quibus hoc onus imponitur, an videlicet successuræ sint ab intestato, an vero non successuræ, quia utrobique eadem est legis prohibitiivæ ratio in eo unice consistens, ut successio feudorum ab intestato interverti non possit sine licentia Domini directi expressa.

Et hæc distinctio, quoad personas successuras ab intestato aut non, prorsus incognita fuit D. de Mean, uti apertissime patet ex illius *Observ.* 682. ubi tractat de certa donatione facta a Titio Vasallo in favorem Sempronii consanguinei inter vivos certorum prædiorum feudalium cum onere fideicommissi, quæ Sempronius donatarius Mevio creditori hypothecæ obligaverat, & quæ creditor hypothecarius tanquam pignoris nexu sibi devincta prosequeretur adversus ulteriorem consanguineum ex familia Vasalli fideicommittentis dictorum prædiorum successorem, qui de fideicommissio a Titio Vasallo constituto excipiens condemnatur fuit.

Ex facti circumstantiis in dicta *Obs.* 682. relatis evidens est, Dem. de Mean loqui de dispositione feudi facta a Vasallo sine licentia Domini directi in favorem consanguinei ab intestato non successuri & fideicommissi onere

Observat. DCCCLXXIV. An Vasallus Feudum noviter &c.
 non potest: id enim aperte tollit
 de exceptione ad Concilium
 de exceptione dicitur: merito
 Cetero enim et ipse non dicitur
 dicitur in rem. Superius conjugat
 non dicitur, quia hoc facta dicitur
 non.
 Et dicitur n. l. etiam
 pro tunc. non illud re
 ficitur & licentia facta per
 personam, nisi & puniti fidei
 quibus non potest licentia dicitur
 Cetero ex non
 nulli in concilio de
 tunc agere. Nulli fidei
 non & dicitur habet
 dicitur dicitur, quod
 illius dicitur, quod
 facta, quia in licentia
 dicitur per dicitur
 Ita dicitur animal
 animalis principis
 1) Dispositio facta
 licentia Domini
 non dispositio
 2) Dispositio facta
 fideicommissi
 factam. vel
 si advenit, &
 & nullum
 facta remane
 vorem de p
 probat de r
 secunde dicitur
 interdicta dicitur
 bus temporaria
 Cetero dicitur

onere gravati; id enim aperte colligitur ex his verbis n. 6. ubi sic infit, sed appellatione ad Concilium ordinarium Episcopi & Principis Leodien-
sis interposita dubitavit merito Senatus, an huic sententiæ standum esset: *Constat enim ex instrumento donationis, Titium testamento disposuisse de prædiis feuda-
libus in rem Sempronii consanguinei, sed quia hoc sine licentia Domini directi
non subsisteret, omissa hac specie dispositionis, recurrisse eum ad donationem inter
vivos.*

Et inferius n. 8. ejusdem observationis: *hoc autem casu Titius condendo
primo testamentum, vox illud revocando, quia sine licentia Domini directi non sub-
sisteret & conferendo feuda per formam donationis inter vivos, eaque gravando
perpetuo, reali & graduali fideicommissio in familia, directe egit in fraudem con-
suetudinis requirentis licentiam Domini directi.*

Colligitur ergo ex toto sermone, dispositionem feudi collatam
fuisse in consanguineum ab intestato non successurum: alioquin si de pro-
ximio agnato Vasalli fuisset quæstio, valuisset procul dubio testamen-
tum & dispositio facta feudi sine licentia Domini directi, & sic habes ex
dicta observatione, quod ad validitatem fideicommissi in feudo novo &
illius restitutione, gravandum hæredem etiam non successurum ab inte-
stato, opus sit licentia expressa Domini directi, quam usus feudorum Leo-
dientium pro forma substantiali essentialiter requirit.

Tota hæc animadversio sequentibus Corollariis tanquam ex indubi-
tatissimis principiis eratis concluditur.

- 1) Dispositio feudi etiam novi facta in successorem ab intestato sine
licentia Domini directi cum onere fideicommissi valet quoad pri-
mam dispositionem, sed quoad secundam irrita est ipso jure.
- 2) Dispositio feudi facta in non successurum ab intestato cum onere
fideicommissi, irrita est & ipso jure nulla quoad utramque dispo-
sitionem, sed ex consensu agnati proximioris, hæreditatem Vasal-
li adeuntis, abstergitur vitium primæ dispositionis, vitio tamen
& nullitate secundæ dispositionis quoad fideicommissum in suo
statu remanentibus, quia nullitas primæ dispositionis respicit fa-
vorem & privatum proximioris hæredis commodum, quam ap-
probare & ratam habere in sui præjudicium potest, nullitas vero
secundæ dispositionis quoad fideicommissum & ratio prohibitiva
introducenda sit in favorem publicum, cui privatorum conventio-
bus derogari non potest.

- 3) Creditor immixtus ex decreto iudicis in possessionem feudi potior est fideicommissario illud vindicanti ex substitutione sine licentia Domini directi ordinata, quia constitutum est, creditorem ante hæredes & agnatos esse, in specie feudi fideicommissi onere gravati absque dicto assensu.

Ex quibus omnibus principiis diluuntur omnes objectiones fundatæ in prætenso discrimine personarum fideicommissi gravatarum, circa quas nullam D. de Mean constituit in suis observationibus differentię umbram quoad invaliditatem fideicommissi & exceptionem nullitatis ex ea orituram, quam e contra accommodat omnibus fideicommissi gravatis, nullo habito respectu an sint ab intestato successuri, an non, & multo magis creditori feudum jure crediti legitime occupanti.

OBSERVATIO DCCCLXXV.

Vxor communem negotiationem cum marito exercens ex illatis in concursu mariti cambium cum marito subscriptum solvere tenetur.

De uxore in uno eodemque Instrumento principaliter sese obligante, egi in *Observat. Jur. Univ.* p. 306. & 969. sustinuique, ipsam obligari, si ex intentione contrahentium conjugum, contractus in communem utilitatem fuerit celebratus.

Ast vero si uxor, communem negotiationem cum marito exercens, Instrumentum una cum eodem principaliter subscripsit, contractum ex intentione contrahentium conjugum ita celebratum fuisse, eo minus dubitandum, quo certius tunc demum uxorem communem negotiationem cum marito exercere dicitur, si lucri partem ferat.

Quamobrem Mense Aug. 1736. respondimus.

Obwohlen eine gemeine Rechtsregel, daß eine Ehefrau, welche mit dem Mann zugleich Geld aufgenommen und sich davor mit verschrieben, zu Zahlung weder der ganzen, noch halben Post verbunden, sondern allein der Mann zu zahlen pflichtig,

per auth. Si qua mulier. C. ad SCt Vellej. Nov. 134. c. 8. vid. Carpz. L. 2. R. 75. Sande L. 3. T. 10. d. 2. Wernher Select. Obs. for. P. 5. Obs. 46. & P. 6. Obs. 369. Supplem. Nov. ad P. 6. Obs. 369.

wenn sie auch gleich eines Kaufmanns Frau seyn sollte,
Wernher Select. Obs. For. P. IX. Obs. 110.

so leidet jedennoch sothane Regul im Fall einer gesamt Handlung, nach einhelliger Lehre der Doctorum, einen Abfall,

Gail. L. 2. Obs. 90. n. 5. Mev. P. 2. Dec. 206. n. 1.

woserne nur die Frau ihr Geld in die Handlung gegeben, und sich der Mann derselben nicht bloß als eines Instititoris, oder Dieners, bedienet, sondern sie mit vom lucro participiret.

Brunnemann ad L. 17. n. 6. ad Stum Vellej.

Leyser in Med. ad ff. Spec. 171. Med. IV. V.

Berger in Oecon. jur. L. 3. Tit. 3, th. 8. not. 8.

Und aber in der Frage der Fall einer gesamt Handlung angegeben wird; Als ist außer allen Zweifel gesetzt,

Daß eine Kaufmanns-Ehefrau, wenn sie in die gesamt Handlung nebst ihrem Ehemann einen Wechselbrief mit unterschreibet, sie hernachmals beym Concurs-Fall, oder wenn der creditor ex mariti bonis nicht völlig bezahlet werden kan, zu Entrichtung der Wechsel-Schuld sich verbindlich mache, und ex illatis bezahlen müsse.

OBSERVATIO DCCCLXXVI.

Aggratiatio Principis dubia juri & æquitati conformiter est interpretanda, præsertim si concernit pœnam jure Divino non universali sanitam.

Aggratiatio Principis fieri solet per Decreta, vel Rescripta, quæ illis æquipollent, Decreta vero juri & æquitati conformiter interpretanda esse, jam docuit Mevius.

Hinc Facultas in causa Fiscalis contra Ann. Marg. N. Wittib, peinlich Beklagtin, Mense Jan. 1742.

Peinlich Beklagtin ist wegen verübter Blutschande mit ihres verstorbenen Mannes Bruders Sohn, nach abgeschwornener Urphede, des Landes auf ewig verwiesen worden. Nachdem sie sich also wieder im Lande betreten lassen, ist sie gefänglich eingezogen, vom Fiscali ob crimen fractæ urphedæ, auch weilien sie zum zweytenmahl von ihres Mannes Bruders Sohn geschwängert Zwillinge geböhren, ob crimen reiterati incestus auf den Stauppenschlag angeklaget worden, worauf ihres verstorbenen Mannes Bruder bey Serenissimo supplicando eingekommen, und per Decretum erhalten: Daß die Wittib des Arrests erlassen werden soll, damit dieselbe mit ihren dreyen Kindern

Ratio sita est in autoritate judiciorum; quia judicis autoritas fraudis ac læsionis præsumtionem excludit, & quæ ab ipso acta sunt, rite celebrata esse præsumuntur. Sed alii rescissionem etiam in judiciali admittunt, velut KOEPPEN (a), HARPPRECHT (b), BERGER (c), qui etiam ita ab ordine Ictorum Wittebergenſium pronunciatum esse 1691. testatur.

In contrariam vero abiit Sententiam Facultas Marburgensis Mense Oct. 1734. verbis:

Nachdem der Vergleich quæst. auctore giudice geschlossen, durch dessen interposition gerichtlich befördert, dabey denen Partheyen alle Momenta causæ vorgehalten, und dahero præcedente causæ cognitione gerichtlich ausgefertigt, dergleichen Vergleiche anzugreifen um desto verwegener seyn würde, weil das fundamentum primarium, weswegen man ob læsionem enormem die Transactiones zu rescindiren zulasset, ex dolo præsumto, qui ex re ipsa deducitur, hergenommen wird,

Vrceolus de Transact. quæst. 94. n. 1.

welche Præsumtion bey dergleichen Umständen vöſſig hinwegfällt: nam judi-
ci ex hac ventilatione de partium jure controverso & dubio magis constat
& proinde utrique parti conducibilis videtur, causam magis via trans-
actionis, quam decisionis componi;

Franzk. L. 3. resp. 3. n. 81.

Richter: Dec. 99. n. 67.

Berlich P. 2. Dec. 263. n. 14.

Als hat man nicht nöthig, sich bey dem puncto juris controverso:
utrum transactio ob læsionem enormem rescindi queat, nec ne? aufzu-
halten &c.

OBSERVATIO DCCCLXXVIII.

*Inrepatio paterna, ex animo injuriandi proveniens, præter satisfactio-
nem privatam ceu injuria coercenda est.*

De increpatione paterna evolvas velim *Wildvogelium*. Nota est quoque
Parcemia: Kein Vatter kan seinen Sohn schelten. Probe autem jam
perspexit Doctiss. Eisenhard (a):

FFF 3

Es

(a) Dec. 58. n. 201. (b) Diff. de transact. jud. th. 33. (c) Oecon. Jur. L. III. T. 5.
§. 18. n. 4.

(a) Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, pag. 148.

gleichen Variationes ein indicium malæ causæ sind, und nicht meritiren, ut aliqua illis adhibeatur fides: cum sine evidenti contradictione aut commento, esse non possint.

c. 14. X. de præsumt.

Fab. in C. l. 9. tit. 21. def. 5. n. 3.

Carpz. P. 3. c. 20. def. 44. n. 5.

Böhmner Tit. 1. def. 149. 9.

Solchemnach 3) quoad denunciationem suspicio calumniandi vorhanden, um deretwillen actio injuriandi statt findet,

Böhmner Tom. II. Consult. 1073. n. 16.

und also 4) an dem animo injuriandi bey solch vorwaltenden Umständen desto weniger zu zweifeln, cum ex ipsis circumstantiis animus injuriandi per se appareat,

L. 3. C. de injur.

Mev. P. 1. Dec. 145. n. 9.

Dagegen auch 5) nichts vermag, was in rat. Dubit. beygebracht: da quoad 1) wenn Beklagter aus begründetem Verdacht seinem Sohn und dessen Mutter von einem so horrenden Laster abmahnen wollen, nicht zu begreifen, warum derselbe was er anfangs geläugnet, darauf vor Scherz ausgegeben, und quoad 2) hier nicht statt hat, was Gailius de propinquis statuiret: immassen derselbe supponiret, non publice, sed privatim a propinquo factam esse injuriam, welches sich bey ihm nicht appliciren läßt: angesehen er die Injurien ausgebracht, und gar begehret, daß es weiter unter die Leute gebracht werden sollte.

Test. 3. ad Art. 170.

Diesemnach und da quoad 5) die Injurien ex actis evident, auch das juramentum purgatorium contra evidentiā facti unzulässig,

Lyncker Resol. CC. XXI.

sodann 6) weilien die von Klägern geforderte Bestrafung übermäßig groß, und dem favori matrimonii zuwider ist; folgsam pro arbitrio judicis moderiret werden muß; hingegen 7) auffer Thur. Sachsen ganz gewöhnlich ist, ut præter satisfactionem privatam multa reo infligatur,

Strav. Ex. 48. th. 61.

ideoque multa cum deprecatione recte jungi possit,

Georg Mundius Vol. 2. conf. 14. n. 83.

zumahl auch nach den alten teutschen Rechten Buße und Wedde wohl zusammenstehen, und jene zu des Klägers Satisfaction, diese aber mulctam in sich begreifet;

Schilter in Pr. jur. Rom. Ex. 19. §. 14.

jedoch 8) da durch die mulctam leicht geschehen könnte, daß Beklagens Frau, die zugleich von ihm injuriret worden, mit leiden müßte; Als halten dafür, daß Beklagter wegen der öffentlich ausgestoßenen groben Injurien dem Kläger eine öffentliche Abbitte vor Gericht, jedoch seinen Ehren unschädlich, zu thun schuldig, demnächst mit der Incarceration auf 8. Wochen lang zu bestrafen sey.

OBSERVATIO DCCCLXXIX.

Pastori Ecclesiae a foemina non inhonesta concubitus sub spe matrimonii celebrati inculpato juramentum purgatorium imponi potest, si illa minus, quam semiplene probavit.

Perpende quæso purgationem sacerdotum per juramentum religiosum in constantem abiisse morem, variisque Decretis & Pontificum & Conciliorum repetitam deprehendi, probavit BOEHMER (a). Rationes locum quoque habent apud Protestantæ etiam in causa criminis, non minus itaque in matrimoniali (b).

Vnde respondimus Mensè May 1739.

Nachdem die Wittib C. den Pastor N. angegeben, daß er ihr die Ehe versprochen, und sie ihn mit sich, sub spe matrimonii, als mit seiner Ehefrauen leben lassen, darauf der Pastor dieselbe injuriarum belanget, und beschuldiget, daß sie ein liederlich und unzüchtiges Leben vorher geführt, solches auch mit vielen Zeugen erweisen wollen, ja sothanen Verweiß in einer Deduction zusammengefasst, dagegen aber die Wittib mit einer Refutation eingekommen, allein wie sie einige Zeugen abhören lassen wollen, es mit einiger dererselben Verhör viele Schwierigkeiten gehabt, und so lange es gedauert, bis durch ein Urtheil ihr eine Zeugin B. noch zugelassen, der andern Helena H. ihre Aussage aber, welche sie aus Holland erwartet, den Tag nach publicirten Urtheil zu produciren auferlegt, und die Sache vor beschlossenen angenommen worden, und denn ermeldte Zeugin deponiret, daß sie den Pastor und die Wittib nicht habe auf dem Bett liegen sehen, mithin nichts bewiesen, desgleichen die beyde Pastores R. und K. in ihren an Eydesstat gegebenen Antworten weder von einem Benschlaf, noch einer Eheverlöbniß was
aus

(a) I. E. Pr. P. V. L. V. T. XXXIV. §. 19. seqq. (b) Boehmer instit. jur. Can. L. II. Tit. XXIV. §. 15.

ausgesaget, als vermeinet Beklagter, daß 1) da solchergestalt nichts gegen ihn erwiesen, 2) wegen der Klägerin, als einer liederlichen und unzüchtigen Person, inculpation ein ehrlicher Prediger nicht den geringsten Verdacht erleiden, solchem nach sich endlich zu purgiren nicht angehalten werden könne, er Beklagter lediglich zu absolviren seye, hingegen 3) stehet Klägerin in denen Gedanken, weil der Prediger R. ausgesaget, wie Beklagter den Bey Schlaf gegen ihn nicht diffitiret, daß sie zum Suppletorio zuzulassen, indem 4) contra sponsalia & matrimonium kein juramentum zulässig,

Gail. L. 2. Obs. 94. n. 13. Dd. in Diff. Stryck. de delatione juramenti in Matrimon. §. 8. citatis.

Bruckner in Decis. jur. matrim. c. 2. n. 4. ibique allegat.

Zedennoch aber und dieweilen a) Beklagter die That gegen den Pastor R. nicht ausdrücklich, wie bey andern, negiret, sondern in medio gelassen, nächstdem b) der Pastor S. attestiret, daß H. als er einsmahl aus seinem des S. Hause hinweg gegangen, die Magd, welche ihm geleuchtet, heissen zurück gehen, und darauf in der Wittib Haus, wie es schon spät gewesen, gegangen, und sich mit ihr, nachdem sie beyde vorher mit einander in Uneinigkeit gerathen, wieder versöhnet, eben damahls aber ein Bey Schlaf geschehen seyn soll, wie die Wittib selbst erzehlet, auch Pastor R. ex ore Pastoris S. und der Wittwe in praesentia NB. des Pastoris H. gehört zu haben affirmiret; aus dergleichen Gezänke aber leicht zu schliessen, daß sie vorher der Heurath wegen einig gewesen, annehst c) so viel gewiß ist, daß beyde einen familiären Umgang mit einander gehabt, sodann d) nicht zu glauben, daß eine Pfarrherrn Wittib einen würllichen Pastor einer solchen That wegen angeben, und sich selbst einer Unzucht beschuldigen und also prostituiren sollte, wann es nicht wahr wäre, und e) nicht zu ersehen, wie Beklagter die Wittib pro inhonesta persona ausgeben mögen, indem per foeminam inhonestam meretrix verstanden wird, quæ multorum libidini satisfecit,

Carpz. qu. 68. n. 102.

dergleichen doch von der Wittib nicht erwiesen ist, denn obwohlen sich dieselbe Hofnung gemacht, diesen oder jenen nach ihres Mannes Tod zu heurathen, auch unferweilen vielleicht in Gesellschaften lustig gewesen, gelacht und gescherzt, ist sie doch deswegen nicht vitæ inhonestæ, am wenigsten aber kan solches durch des Apothekers D. Deposition, der das meiste gegen sie zu sagen gehabt, erhärtet werden, massen aus allen in Acten enthaltenen Umständen seine Animosität gegen die Wittib und Gewogenheit gegen den Pastor H., als seinen Haus- und Tischgenossen, hervorleuchtet, zumahlen da auch Acten kundig, wie er einen fiscalischen Proceß mit ihr gehabt, viel-

mehr können verschiedene Zeugen nicht in Abrede seyn, daß sie sich hier und da wohl aufgeföhret, und das widrige Angeben Lügen seyen, die Zeugen aber pro innocentia præponderiren.

Hertius T. II. D. 789. n. 2.

Solchemnach f) Beklagter ziemlich graviret, jedennoch g) kein Supplementorium statt findet, weil Klägerin nicht femiplene bewiesen,

Boehmer in jur. Digest. L. 12. Tit. 11. §. 28. 29.

anerwogen Pastor R. nicht gesagt, wie Beklagter den Concubitus gegen ihn eingestanden, sondern solches weder difficitiret, noch bejahet, wodurch der Beyschlaf doch noch in Ungewisheit verbleibet, über dieses sein schriftliches Attestat nicht beschworen,

cum tamen quicumque testes etiam Clerici jurare debeant & inter Evangelicos eadem praxis servetur.

Boehmer Jur. Eccles. Prot. L. II. Tit. 20. §. 25.

Boben h) ferner Rechtens: si suspiciones aliquem gravent, neque tamen supplementorio locum faciant, juramento purgatorio locum esse.

Hertius T. II. Decis. 588. n. 3. D. 997. n. 4.

Wie denn auch i) Pastor S. selbst glaubet, daß der Beyschlaf vorgegangen, endlich k) dagegen nichts vermag, daß einige DD. davor halten, als wenn contra matrimonium und sponsalia kein Juramentum zulässig, allermassen das purgatorium auch in Criminalibus statt hat, und das Gegenheil Sonnenklar dargethan haben

Titius in der Probe des teutschen geistlichen Rechts L. 5. c. 5. §. 3. seqq.

Ludovici in der Einleitung zum Consistorial-Process. c. 15. ibique allegati.

ja Bruckner, ob er gleich der Gegenmeynung zugethan, doch davor hält, purgationis juramentum reo gravato a iudice etiam ad matrimonium dissolvendum deferri posse, si nimirum causa probe cognita omnibusque circumstantiis exacte ponderatis, id ei ita visum fuerit.

vid. Decis. jur. matrimon. c. 11. n. 4.

So haben wir davor gehalten, es seye Beklagter schuldig, mittelst Endes sich zu purgiren, daß er sich mit Klägerin weder fleischlich vermischet, noch verlobet.

OBSERVATIO DCCCLXXX.

Reprobatio post publicationem Rotuli super diversis Articulis est permiffa.

Effectus primarius publicationis solennis Rotuli est, ut ulterior testium productio quiescat.

Ratio est timor subornationis. Vnde tam illi, qui probavit, quam & illi, contra quem probatum, via ad novam & ulteriorem probationem præcluditur.

Atque sic Mensē May 1739. respondimus.

Obwohlen den bekannnten Rechten nach die publicatio rotuli examinis testium den Effect nach sich ziehet, daß auch dem Producto der Weg ad suscipiendam reprobationem dadurch verschlossen wird,

Nov. 70. c. 4. c. 17. & 26. X. de Test.

Berger E. D. F. p. 700.

mithin der Beklagtin obgelegen hätte, wann sie einen förmlichen Gegenbeweis führen wollen, gegen die von Kläger gesuchte Publication in Zeiten zu protestiren, und die Anzeige zu thun, daß sie vorher ihren Gegenbeweis führen wolle,

Schaumburg Princ. Prax. L. I. S. I. M. 3. c. I. §. I.

wohingegen dieselbe besagte Publication nicht nur ergehen lassen, sondern auch ihrer Reprobatorial- und Submissions-Schrift, die sub Num. 27. 28. 29. 30. angefügte ohnbeschworne Attestata ohne einige Reservation beygeleget, quasi diceret, valeant in quantum valere possunt, gleich dann clausula, nisi quid novi, zwar eine bloße eventuale submission ratione partis advetæ, & in casum si illa novi quid præduxerit, operiren mögen, keinesweges aber ihre und ihres Anwalts begangene Fehler zu redressiren, ausreichend ist.

Alldieweilen jedoch 1) die vor angeführte Rechtsregul: reprobationem per publicationem rotuli examinis testium probatorialium excludi, in verschiedene Wege ihre Abfälle leidet;

Barbosa ad Cap. 26. X. de Test.

an sich selbst an auch 2) dahin zu verstehen ist, quod super iisdem, aut directo contrariis articulis, ulterior testium productio locum non inveniat;

Struv. Exerc. 28. 46.

Nicol. Process. c. 63.

cessat enim metus subornationis.

Gail. L. 1. Obs. 105. n. 2. seqq.

Dasjenige aber 3) worüber Appellantin zur förmlichen Reprobation annoch admittiret zu werden begehrt, von dem, was Appellat und Kläger articulirt gehabt, gänzlich unterschieden ist, gestalten diese letztere Articul und darauf abgelegte Zeugen-Sage allein die Frage betreffen, ob Appellat vorhin, ehe er mit der Appellantin Sponsalia getroffen, sich mit der H. pure und verbindlicher Weise versprochen gehabt, die Attestata sub Num. 28. 29. 30. aber, worüber ein legales Examen gebethen und jeso erkannt worden, des Appellaten anderwärtiges übles Leben und schimpfliche Repudiation der Appellantin antreffen; Als halten für Recht, daß die von der Appellantin eingewandte Gravamina vor erheblich in so weit zu achten, daß bloß allein über den Inhalt der von ihr sub Num. 28. 29. 30. producirten Attestaten, die von ihr zu benennende Zeugen auf zu übergebende Articul und Fragstücke annoch legaliter abzuhören, und in so weit die beschehene Submission zu rescindiren seye.

OBSERVATIO DCCCLXXXI.

In causa stupri non semper reo purgatorium, sed & actori suppletorium ob urgentes conjecturas imponendum est.

Sic Facultas Mense Febr. 1735.

Als von der Gräflichen Regierung zu N. den 21. Jan. a. c. der Bescheid ertheilet worden:

Daß Beklagter entweder Klägerin ad suppletorium, mithin darüber, daß sie von keinem andern, als von ihm allein, geschwängert worden, mithin er Vatter zu ihrem Kind seye, einen leiblichen Eid schwören lassen, eoque praestito derselben 30. Rthlr. zahlen, das Kind aber nach dasiger Verordnung 14. Jahr lang alimentiren, oder aber sich erklären solle, falls er gravirt zu seyn vermeine, die bisherige Acta suis sumtibus ad extraneos verschicken zu lassen, ob von diesen ihm das Juramentum purgatorium zuerkant werden würde ic.

hat Beklagter das letztere erwählet.

Ob dann wohl von Seiten der Klägerin ab der Zeugen-Sage sich kein halber Beweiß ergebe, vielmehr sothane von Beklagten producirte Zeugen dieselbe wegen geführter ohngebühlicher Worte, daß sie ihrem Brodherrn das Haus die Nacht aufstehen lassen, auch von den jungen Burschen eize Leiter an das Haus angestellt gewesen, graviret; Sodann Klägerin in Benennung

nennung des temporis concubitus variiret, bey dem allen auch der Richter den Beklagten eher ad iuramentum purgatorium, als Klägern ad supplementorium zulassen soll si causa ardua, v. gr. ex qua maximum commodum praestito iuramento redundaret.

Gail. I. Obs. 108. n. 11.

Dierweilen jedoch 1) Beklagter das ihm deferirte Juramentum purgatorium prot. de 15. Jan. 1739. abzuschwören vorhin difficultirt, ob er gleich solches damit bemäntelt, daß er das tempus partus vorher abwarten wolle, 2) dessen Schwester, so über den Umstand, ob sie nicht Beklagten bey der Klägerin im Bett gefunden, eyndliche Aussage thun sollen, eben wenig schwören wollen, 3) Beklagter die Herrschaftliche Strafe bereits erletget, so sich mit einer bloßen redemptione vexæ nicht excusiren läßt, sein Angeben aber, als ob die Erlegung sothaner Straf hinter ihm her beschehen seye, ungläublich ist. 4) Beklagter sein Angeben von der Klägerin geführten Hurenleben nicht erwiesen; Als halten dafür, daß nach solchem allen, und da auch das tempus partus mit dem gerichtlich angegebenen tempore concubitus eintrifft, sehr starke Præsumptiones gegen den Beklagten entstehen, und vor Klägerin militiren, so daß diese magis probatae fidei ist, das Juramentum supplementorium auch wohl ob graves & urgentes conjecturas deferirt werden mag, und demjenigen Theil, der magis probatae fidei ist, vielmehr das Supplementorium, als dem Gegentheil das purgatorium, u deferiren ist, wie

Ludovici Jure Dig. L. XII. Tit. II. §. 30.

gegen Gallium statuiret; Klägerin ad supplementorium zu zulassen, eoque praestito, Kläger dazu gehalten seye, was Sententia a qua ihme auferleget hat.

OBSERVATIO DCCCLXXXII.

De quibusdam fictis Nullitatibus Processus Criminalis.

Favore quidem digna est Defensio & irrationabilis consuetudo Defensorum exclusiva, uti latius ostendi Opusc. T. IV. Op. VI.

Ille vero favor eousque sese non extendit, ut Nullitates Processus fingere liceat. Id quod tamen multi Defensores suarum partium esse, falso sibi persuadent.

Fictas esse Nullitates sequentes censuit Facultas Mense Febr. 1731.

Soviel die quoad formalia Processus vorgebrachte Nullitäten anlanget, ist

1) nicht erwiesen, daß der in denen Reichs-Abschieden approbirte modus procedendi per Inquisitionem, welcher moribus nostris & communi consensu derer Rechtsgelehrten pro remedio ordinario gehalten wird, durch die Landes-Constitutiones und Verordnungen, worauf Defensor p. 467. sich berufet, abgeschafft, und dagegen nur allein der Processus accusatorius verstatet seyn sollte. Ab Seiten der Herrschaft wird diesem Vorgeben p. 527. widersprochen, und solches für einen absurden Zweifel gehalten. Nicht weniger ist 2) mehr als bekannten Rechts, quod reus criminis publici vel extraordinarii non tantum in loco delicti, sed etiam ubi reperitur, accusari & ex officio puniri non solum possit

Lauterb. Coll. Th. pr. Lib. 5. tit. 1. §. 51.

sed iudex ad hoc teneatur, si nemo sit, qui remissionem petat.

Carpz. qu. 110. n. 72. seqq.

Dannhero die Exceptio fori incompetentis, deren sich auch der erste Defensor nicht einmahl gebrauchet, als offenbar ungegründet hinwegfallet.

Von gleicher Unerheblichkeit ist die 3te) Nullitat, welche darinnen bestehen soll, daß Inquisit zur gefänglichen Haft gezogen worden, ehe de corpore delicti constiret, und Inquisit durch genugsame Indicia graviret worden: immassen ad inquirendum so wenig, als captivandum reum certitudo corporis delicti und Indicia urgentia & gravia erfordert werden, sondern hierzu Indicia probabilia, quæ colorem veritatis habent, und sola denunciatio partis offensæ, fuga rei und dergleichen sufficient seynd,

Carpz. qu. III. n. 25. 35. & qu. 108. n. 48.

es auch hierinn auf das arbitrium iudicis ankommt;

Sodann 4) daß bey Publication eines Urtheils alle und jede Gerichts-Personen nothwendig zugegen seyn müssen, ist um so weniger nöthig, als selbst bey Abfassung desselben deren sämtlichen Gegenwart nicht nöthig, quando certus tantum numerus collegio, ut hic, præscriptus est, nec expresse addita lex, ut omnes de Collegio necessario ad dicendam Sententiam concurrere debeant,

Mev. P. 4. Decif. 152.

Dieweilen auch 5) in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung hin und wieder ausdrücklich versehen, daß in zweifelhaften Fällen ein Richter sich anderer Rechtsgelehrten Rath gebrauchen solle, so ist ein absurdes und Rechtswidriges Vorbringen, daß die Urtheil contra juris ordinem, sub autoritate Facultatis Juridicæ Heidelbergensis, welche nicht zum Richter erwählet worden, publicirt seye. Neque enim nullitatem sententiæ efficit, quod

non

non expresse iudicis nomine, sed sub formula consueta, nach eingeholtem Rath zc. publicatio facta sit.

Carpz. P. 1. const. 26. Def. 1. seqq.

Stryck. VI. Mod. L. 1. tit. 2. §. 7.

Und da 6) secundum communem opinionem conclusio in causa ad substantiam processus nicht erfordert wird,

Jcti Tubing. Vol. 2. Conf. 170. n. 33.

so hat die daraus hergeleitete Nullität, daß die Urtheil absque præcedente causæ conclusione ausgesprochen worden, desto weniger statt, weil kein Fiscalis in dieser Sache bestellt gewesen, so auch in processu inquisitorio von keiner absoluten Nothwendigkeit ist; dannerhero ex parte rei nach eingebrachter Defension es keiner weitem Submission oder Conclusion bedurft hat. Daß nun auch 7) die Citatio ad inrotulandum sowohl, als auch derselben Insinuation gehörig geschehen, zeigen die Protocolla Act. 263. 264. deutlich genug, deren fidem publicam Defensor vergeblich in Zweifel ziehet, zumahlen da die Insinuation nicht ihm, sondern dem vorigen Defensori geschehen, und er das Contrarium nicht erwiesen; So macht auch letztlich 8) die resignatio actorum, daß solche nicht in præsentia Inquisiti geschehen, keine Nullität, sondern es dependiret selbige bloß ab arbitrio iudicis.

Kress. ad art. 94. ord. Crim. n. 1.

Porro in alia causa 1739. sequentes Nullitates pro fictis declaravit Facultas:

Wider die in Protocollo vom 29. Febr. 1740. N. Act. 1. eröffnete Sentenz und darinnen denen Inquisiten zuerkannte ewige Landes Verweisung hat Defensor in seinen Exhibitis sehr viele defectus, sowohl in formalibus, als materialibus processus, um deren willen erwehnte Sentenz als null- und nichtig zu cassiren seye, vorgestellet.

Ausser dem aber, daß ein Richter auf die begangene Nullitäten nicht allzugenu und sorgfältig zu sehen hat, quod Saluberrimum Hiltropii monitum commendat

Ludolf. P. 1. Obf. 34. n. 6. in not.

auch die Inquisitionssachen brevi & summano iudicio tractiret werden, und dabey kein solenner Beweis, wie in processu accusatorio, erfordert wird, kan gedachte Sentenz aus der Ursach, daß die Zeugen nicht über ordentliche Articul abgehoret, keine Interrogatoria formiret, kein Actuarius adhibiret worden, und was dergleichen angegebene Defectus mehr seyen, pro nulla nicht gehalten werden, weil den dergleichen Formalitäten zu Erkundigung der Wahrheit nicht unumgänglich nöthig, und daher in processu inquisi-

inquisitorio ausgelassen werden können, wie solches Leyser Spec. §60. med. 32. mit præjudiciis bestärket: allermassen die Zeugen ihre Aussage umständlich und ausführlich gethan, und bey der Confrontation denen Inquisiten alles unter Augen gesagt haben: confrontatio autem testium cum reo plus dicitur operari, quam si testes parte citata fuissent examinati, quia citationis & testium repetitionis vicem obtinet.

Tubing. Vol. 5. conf. 65. n. 68. seqq.

Und das Fürstliche Amt im Protocoll vom 19. Jan. 1733. attestiret, daß die vices eines Actuarii jedesmahl von denen zeitigen Beamten versehen worden. Was sonst Defensor in materialibus sowohl gegen die Personen derer Zeugen, daß solche insgesamt untüchtig, als auch wider ihre Aussage, und sonst mehr, eingewendet, meritiret keine Attention, indem der Denunciant Friederich pro perjuro, dessen Frau und Sohn aber in dieser Sache pro testibus inhabilibus nicht angesehen werden können; Wann auch schon Inquisit des begangenen Frucht, Diebstahls nicht völlig überzeugt worden, derselbe dennoch durch eyndliche Zeugen, Aussage und andere in actis vorkommende Umstände, wie auch depositiones derer übrigen ungeschwornen Zeugen dergestalt verdächtig ist, daß ihm die Relegation billig zuerkannt werden können.

Neque enim dubium est, quin poena arbitraria, ut relegationis, ex præsumtionibus dictari queat.

Carpz. pr. crim. qu. 15. n. 50. qu. 116. n. 51. seqq. & alibi passim.

Es ist demnach von der von beyden Herrschaften dictirten Straf nicht abzugehen.

OBSERVATIO DCCCLXXXIII.

De Continuatione Torturae a repetitione diversa.

Exemplum memorabile 1740. in Facultate occurrit.

Obwohlen ad hoc, ut tortura propter unum idemque delictum repeti queat, nova iudicia, quæ post torturam demum emerferunt, in Rechten erforderlich, solche auch nach der Lehre Gribneri

de repetit. torturae §. 9.

evidentiora seyn müssen, als die vorige, und aber als peinlich Beklagter auf die Tortur bereits gebracht worden, derselbe sofort bekennet, daß er nicht nur das von seinem Vatter und einem Laboranten gemünzte falsche Geld, ohne dasjenige, welches er von N. bekommen, an andere im Protocoll

coll vom 13. und 14. Nov. 1739. Vol. Actor. 2. benannte Leute verwechselt, sondern auch nach seines Vatters Tode an falschen Kopfstücken, Bahnen und Kreuzern selbst, und zwar über 30. Rthlr. gemünzet und ausgegeben, mit dem Beyfügen, daß er das Münz-Instrument an einen Schuhmacher, welcher sich Conrad D. zu M. nennet, vor 4. Maxd'or verkauft, und derselbe es selbst abgehohlet habe, auf die von der Regierung zu M. ad requisitionem verfügte Untersuchung aber kein Einwohner solchen Namens und weiters beschriebener Statur und Farbe allda befindlich ist;

Solcher bloße Defectus jedoch, als welcher von einem lapsu memoriae herrühren kan, pro novo & gravi indicio dem Ansehen nach nicht zu erachten, mithin auch prioribus indiciis purgatis, keine weitere Tortur zu verfügen zu seyn scheint, zumahl wann alles übrige, so Defensor contra ulteriorem torturam eingewandt, in Consideration gezogen wird.

Dieweilen aber peinlich Beklagter mox post inchoatam torturam bekennet, daß er falsch Geld gemünzt, solches auch bey der Uthricht ratificirt hat und aus seiner ganzen übrigen Bekänntniß erhellet, daß er noch nicht genug mit der Sprache herausgegangen, sondern unter fingirten Umständen hinterm Berg gehalten, wie er denn auch zuerst etwas geläugnet, hernach aber doch gestanden, und denn dem Publico daran gelegen, daß sowohl andere Complices bekant werden, als zu völliger Eruirung des corporis delicti etwa noch das von ihm gemünzte Geld zum Vorschein kommen möge: an- nebst in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung Caroli V. Articulo 55. ausdrücklich versehen ist, quod si circumstantiæ ab Inquisito inter priores torturæ cruciatus narratæ & in Vrgichta allegatæ veritati non conformes, seu falsæ fuerint deprehensæ (wie hier multis modis beschehen) quaestionem repetendam esse, hier aber es vielmehr auf Continuationem Torturæ ankommt, qua a primordiis Tormentorum non inchoandum, sed Instrumentorum applicatio ibi continuanda, ubi substitit Carnifex

Böehmer Elem. J. C. S. i. c. XIII. §. 229.

Als halten davor, daß auf solche Weise die Tortur an ihm bis zu dem in priori Sententia determinirten Grad zu vollführen seye.

OBSERVATIO DCCCLXXXIV.

De raro Actionis de Syndicatu usu.

Eo rarior est, quod difficilior malitiæ & imperitiæ probatio est, quod pro judice militet præsumtio. Insuper remediis suspensivis Sententiæ
Crameri Observ. Tom. III. H h h imperi-

imperitæ expetenda est correctio. Cæterum non tantum, quando iudex male, i. e. nulliter vel contra juris ordinem pronunciavit, sed & quando requisitam neglexit administrare justitiam & in genere non expedit, quod Judicis officio incumbit, Actori in factum ad interesse tenetur, e. gr. si Iudex pro arresto decernendo imploratus illud denegaverit. Pluribus hic vide sis THOMASIVM in *Diss. de Iudice imperite judicante*. Hinc nec in sequenti casu, ob defectum probationis, actionem istam locum habere, existimatum Mense Aug. 1741.

Widriewelsen ein jedweder Privatus, vielmehr also ein Richter und Obrigkeit, die rechtliche Vermuthung vor sich hat, quod officio suo bene functus sit, ad quod vi juramenti adstringitur,

Menoch Lib. 2. præf. 60. n. 7.

Berlich P. 2. Decif. 212. n. 46.

Lyncker Decif. 983.

folglich Herrn Imploranten seine wider Herrn Amtmann habende Beschwerden gehörig zu erweisen, um so mehr obgelegen, als wider einen Richter und Obrigkeit nicht leicht Klage zu erheben,

L. f. ff. de Magist. conv. Joseph de Sese in Conf. de Syndicatu n. 5.

und die vom Herrn Imploranten angestellte actio in factum, oder de syndicato, summarissimæ cogitationis ist und in continenti erwiesen werden muß,

Berger Oecon. jur. Lib. 3. tit. 12. §. 2. not. 6.

Herr Implorant aber den ihm obgelegenen Beweis malitiæ vel imperitiæ, der ohnehin, vermög erwähneter Präsumtion, schwer ist,

Wernher P. 8. Obl. 369.

rechtlicher Gebühr nach, nicht vollführet hat, allermassen was die Subhastation der Güther anlanget, worinn das größte Gravamen bestehen soll, so auch einigen Schein hat, (indem die Erfahrung bezeuget, per subhastationem bona sæpe viliori, quam valent, pretio vendi, nec semper bona fide, sed interdum per gratiam & ambitionem rem geri, juxta textus & DD.

ab Hertio Decif. 998. n. 2. 3. 4.

citatos) nicht zu befinden, daß die Subhastation der Güter unnöthiger Weise verhänget worden; angesehen Herr Präsident N. auf die Execution des Wechselbriefs gedrungen, und die Rechte mit sich bringen, wann der Debitor nicht bezahlet, die Immobilia zuvörderst angegriffen werden müssen, licet debitor in nomina executionem fieri velit.

Brum-

Brunnem. in L. 2. C. quando fiscus vel privat. n. 3.

Hiernächst aus dem Subhastations-Protocoll sub Lit. C. und was Hr. Implorat hiebey ad grav. 5. erinnert, klar constiret, daß mehr nicht, als für 132. fl. Güter verkauft worden, übrigens die rechtliche Vermuthung bey einer Subhastation fürwaltet, daß die Güter nicht nur iusto pretio, wie bey

Post. de Subhast. insp. 49. n. 17. seqq.

und andern DD. mehr zu sehen, verkauft, sondern auch alle erforderliche Requisite dabey beobachtet, und dieselbe rite & legitime vollzogen worden,

Boehmer Vol. 1. P. 1. Consil. 335. n. 13.

Herr Implorant aber sein Angeben, daß die Güter um einen spott, wohlfeilen Preis verstaigert worden, mit nichts bescheiniget, vielweniger erwiesen, zudem derselbe mit dem Staiger sich dahin verglichen, daß er die an sich gebrachte Güter gegen Erstattung des Kauf-Preii abtreten solle, mithin die angegebene Lætion von selbstem hinwegfällt;

Als erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die von Herrn Imploranten angestellte Klage ungegründet, mithin Herr Implorat lediglich davon zu absolviren seye.

OBSERVATIO DCCCLXXXV.

*Probe considerandus est in causa Infanticidii regiminis necessarii
in Infante neglectus.*

Consideravit eundem Facultas Mensè Oct. 1730. verbis:

Ueberdem auch noch hier in Consideration zu ziehen, daß dem Kind nach der Geburth nicht sogleich die höchstnöthige Wartung und Pflege geschehen, die zu Erhaltung seines Lebens absolute wäre nöthig gewesen, sondern durch deren Verabsäumung nothwendig sein Tod mit ist befördert worden, indem Inquisitin nicht allein bey einer Viertelstunden lang das arme Kind auf der kalten nassen Erde im größten Unflath liegen lassen, sondern auch, welches das unverantwortlichste, es auf eine Eiskalte Kammer auf blosses Stroh getragen und es daselbst im Unrath liegen lassen, wie die Heb. Amme deponiret A&T. Inquisit. fol. 16. in Worten: als sie wäre hinkommen, hätte sie das Kindlein voller Unrath und Stroh angetroffen; wie ingleichen die L. A&T. Inquisit. fol. 5. ausgesagt: das Kind habe im Stroh und Genüß ganz nackend und bloß gelegen, auch seye es dayumahl kalt gewesen; welches ingleichen ibid. fol. 12. die G. deponiret.

Nun bezeuget

Bohn de Infanticidio p. m. 191.

Recens nato exitium non raro inferre regiminis necessarii neglectum, h. e. si a mucositatibus, quibus ad infarctum ejus nares ac fauces frequentius scatent, non oppido liberetur, a quibus tamen solis aliquando suffocatur: aut si idem contra aeris injuriam externam saltem non mox per lintheamina, faxias, similiaque integumenta, balneum aliaque fomenta calidiora præmuniatur. Calidiori siquidem atmosphææ in utero hactenus adfuetus externam sine evidente sui damno non æque ferre valet: quin brevi ab hujus solius rigore, absque ulla alia violentia, suffocetur ac enecetur.

Wann nun dieses alles zusammen in Consideration gezogen wird, so kan man nicht anders als secundum rationem & experientiam schliessen, daß Inquisitin einzig und allein durch ihre ohnverantwortliche Verwahrlosung schuld an des armen Kindes Tod seye ic. Mensc Dec. 1737.

OBSERVATIO DCCCLXXXVI.

Juramentum delatum & acceptatum a deferente revocari nequit ob novas probationes per testes noviter repertos.

Regulariter acceptatio & quidem pure facta jurisjurandi delati revocationem excludit: quia alter jus quæsitum habet. Quæ ratio & porro id involvit, ut in continenti probari queat, alterum pejeraturum esse. Id quod per testes fieri nequit.

Quod & Facultas agnovit Mensc Nov. 1740.

Diemeilen nach Maafgebung des Decreti vom 15. Jul. a. p. pag. Actor. 427. es darauf ankommt, ob der gegen das Interlocut vom 20. M. d. a. pag. 399. (worinn die würkliche Ausschwörung des deferirten und acceptirten Juramenti litis decisorii in suspenso gelassen und Klägerin zu Führung ihres Beweises admittiret worden) interponirten Appellation zu deferiren, oder aber bey dem abschlägigen Decreto vom 15. Jun. p. 409. es zu belassen seye? und dann die Wiederrufung der Eydes Delation zwar alsdann, wann der Deferens novas probationes überkommt, quæ id ipsum clare continent, super quo jurandum est, oder aber erweisen kan, daß der Gegentheil einen Meineyd begehen würde, annoch verstattet wird.

Wernher P. 8. Obf. 377. 416. P. 10. Obf. 394.

Leyser Sp. 138. per tot.

Jedens

Jedennoch aber diese von denen DD. der Regul, quod post acceptationem deferens juramentum delatum revocare nequeat, angehängte Limitationen auf gegenwärtigen Fall aus der Ursach nicht zu extendiren sind; weilen in einem bloßen Angeben bestehet, daß die neue Zeugen der Appellatin ante acceptationem des Appellanten deferirten Eydes, unbekannt gewesen, vielmehr das Gegentheil aus dem Inhalt derer Probatorial- Articul so wohl in Exhibito vom 24ten May post pag. 400. klar erscheinet, andern Theils aber die DD. ad revocationem delati juramenti erfordern, ut deferens statim, seu in continenti doceat, reum pejeraturum.

Mev. P. 2. Dec. 93. Gl. & DD. ad. L. 34. ff. de jurejur.

e. gr. wenn der Beklagte sich gegen andere also verlauten läßt: er wolle schon schwören und wäre froh, daß es so weit gekommen, er getraue sich diese Sünde bey Gott schon wiederum zu verbitten, woran es allhier fehlet: antequam enim de testium depositione constat, perjurium non facile est metuendum, cum testes raro plene quid probent & sæpenumero ejusmodi variatio magis ex vexa & protrahendæ litis amore, quam fiducia causæ fieri solet,

Berger Elect. disc. for. P. 2. Suppl. 3. Tit. 18. p. 411.

dieses auch allhier um so mehr zu vermuthen, weilen Appellatin nicht nur allbereit super stupro Beweis geführet, da sie die nunmehr angegebene Zeugen, so ihr damahlen nicht unbekannt seyn können, wann dieselbe etwas zum Beweis beyzutragen vermocht hätten, zugleich mit produciret haben würde, sondern auch erst in termino ad jurandum præfixo, nachdem Appellant den Eyd abzulegen sich willig erkläret und Appellatin Anwald nichts dargegen einzuwenden gehabt, sondern dem Gegentheil das Gewissen zu schärfen gebetten, auf die Zeugen sich beruffen;

Als ist es uns bedenklich gefallen, Appellatin bey diesen Umständen anoch zum Beweis zu admittiren, oder auf die Restitution in integrum adversus delationem juramenti, worauf dieselbe p. 443. angetragen, zu erkennen ꝛc.

OBSERVATIO DCCCLXXXVII.

Omnes de Universitate agere possunt, Adversario non reluctante, at nemo illorum pro universitate testimonium ferre potest.

Hoc singulare apud universitates esse, dicit LVDOVICI, quod *urgente adversario* invitæ Syndicum constituere cogantur.

Quodsi igitur adversarius non urgeat, prona est consequentia, omnes de universitate agere posse. Incommodum in casu hoc, multitudinis nempe adversariorum, compensatur hoc commodo, quod nemo horum pro universitate testari possit.

Pluribus hæc tuentur JCTi in Rat. Decid. seqq.

In der unterm 6ten Febr. 1740. publicirten Sentenz ist die beklagte Gemeinde B. in der Possession des strittigen Holzes, bis klagende Gemeinde ein anderes rechtlich beygebracht, manuteniret worden; von dieser Urthel haben Klägere appelliret, Beklagte hingegen insonderheit Exceptionem deficientis legitimationis opponiret, und sich nicht einlassen wollen, jedoch endlich N. act. 25. declariret, daß sie quoad merita causæ es bey dem in ante actis vorgestellten bewenden lassen wollten.

Nun ist zwar bekannt, daß ob es gleich heißt: *quicquid juris est in Procuratore, idem Juris est in Syndico*, doch dieses singulare sich dabey findet, quod *urgente adversario* universitas *invita* Syndicum constituere cogatur, ne quis ob multitudinem adversariorum incommodo afficiatur,

Stryck V. Mod. L. III. Tit. IV. §. 1.

nun ist zwar exceptio legitimationis von solcher Wichtigkeit, daß solche jederzeit in quacunque parte judicii kan opponiret werden und der Judex ex officio darauf zu sehen schuldig ist; so bedarf es doch eines ordentlichen Syndicats hier nicht, weil die Gemeinde nicht urgiret worden, per Procuratorem oder Syndicum zu agiren, sondern die Zwölfer und Gemeinde selbst gehandelt, bey Publication der Sentenz zugegen gewesen, und selbst appelliret, dar auf auch Appellaten declariret haben, daß sie quoad merita Causæ es bey dem in ante Actis vorgestellten bewenden lassen wollten.

Die Sache selbst belangend, haben Appellanten, wie aus dem Libello zu ersehen, das *interdictum uti possidetis* angestellt, und gründen sich theils auf die dabey producirte Documenta, theils auf die Zeugen-Aussage N. 38. die Documente mögen zum Beweis der Possession nichts beytragen, sondern gehören ad petitorium, weshalben man sich mit Untersuchung derer selbst, wie weit solche probiren, worüber in ante actis weitläufig disputiret worden, nicht aufzuhalten hat, sondern hierinn auf die in actis befindliche rationes decidendi sich beziehen, anbey aber noch dieses anführen kan, daß die Regierung N. act. 16. den Kaufbrief sub Lit. A. vor eine zum Beweis nichts dienende Charteque angesehen habe. Er kommet also hierinnen lediglich auf die Zeugen-Aussage an. Ob nun wohl sechs Zeugen die

die in art. probat. 5. & 6. beſchriebene Situation des Holzes quaest. affirmiren, und wann diese Beschreibung gegen die beyde Abriſſe N. act. 21. und die rat. decid. gehalten wird, nicht undeutlich erscheinet, daß solcher Bezirk das nemliche Holz ſeye, worüber gestritten wird, und dann einige von diesen Zeugen, besonders die 3. letztere, als test. 6. 7. 8. behaupten, daß das Schul- und Junkerholz durch und durch sowohl auf A. als B. Bemerkung gehauen worden, und Appellanten von undenklichen Jahren her in ruhigem Besiz desselben, auch nie einiger Streit darüber, auſſer dem jezigen, gewesen, vid. art. prob. 18. 19. 20. seqq. & alibi passim, und ob zwar bemeldte 3. Zeugen von derer Appellanten Gemeinde ſeynd, dennoch daß deren Zeugniß in dieser Sache nicht verwerflich ſeye, es um deswillen scheinen mögte, weilten singuli von der Gemeinde keinen Nutzen haben, gestalten das Holz juxta depositionem testium omnium ad art. prob. II. niemand anders, als der Schulmeister, bekommt. Alldierweilen aber Appellanten in ihrer Submissions-Schrift N. Act. 55. fol. 4. selbst nachgeben, daß die 5. erste Zeugen von der eigentlichen Situation des Holzes quaest. nichts sagen können, besonders auch testis 1. ad Interrog. 2. art. 1. & Interrog. 1. art. 14. und test. 3. ad Interrog. 2. art. 20. ausdrücklich deponiren, daß das Schulholz alleine auf der A. Bemerkung liege, welches aus dem von test. 1. & 2. ad d. art. 11. angeführten Umstand probabel ist, vid. Exhib. N. Act. 46. Derowegen aus dieser Zeugen-Aussage, daß Appellanten in beständigem und unfürdenklichen Besiz des Schulholzes gewesen, kein Beweis herzunehmen, da von dem auf Appellantischer Gemeinde Boden gelegenen Schulholz kein Streit, sondern nur von dem andern, welches in der Appellantschen Gemeinde District lieget, die Frage ist, wovon aber die Zeugen in specie nichts zu sagen wissen, und was der drey übrigen Zeugen Aussage angehet, deren Deposition nicht nur von deswegen verdächtig ist, weilten nicht nur Appellanten in dem Exhibito N. Act. 51. nicht in Abrede seyn können, daß schon in Anno 1710. wegen des Holzes quaest. Streit gewesen, hiervon aber die Zeugen ad art. prob. 2. auſſer dem test. 6. ad interr. 1. art. 13. & interr. 3. art. 29. nichts zu wissen vorgeben, sondern auch die Rechte wollen, quando omnes de universitate agunt (ut hic) quod nemo illorum pro Univerſitate testimonium ferre possit,

Farin. de test. quaest. 60. n. 527.

in dubio auch jederzeit pro reis & possessoribus (massen Appellanten der gegentheiligen Gemeinde den Besiz ab Anno 1725. zugestanden) zu sprechen ist. Zumahlen das Holz quaest. in der Appellanten District oder Bemerkung gelegen, und also dieselbe Praesumptionem juris vor sich haben;

Als haben dafür gehalten, daß Sententia a qua zu confirmiren seye, compensatis expensis.

OBSERVATIO DCCCLXXXVIII.

Etsi indicia in gravioribus delictis ad torturam sufficientia non sint, si tamen ad juramentum purgatorium sufficientiant, absque eo inquisitio abolenda non est.

Quemadmodum etiam in delictis gravioribus absque indiciis & præsumtionibus nequidem ad juramentum purgatorium deveniri potest, ita nec absque eo in iisdem delictis, si ad illud indicia sufficientia videantur, quamvis ad torturam insufficientia sint, Inquisitio abolenda, ne delicta præsertim graviora maneat impunita.

Et sicut inquisitio specialis non aliter decerni, vel ad eam procedi debet, quam si indicia, quæ ad inquirendum adversus certam personam sufficientiunt, concurrant, adeo ut Judex, qui sine indiciis inquisitorie contra aliquem procedit ob delictum, actione injuriarum conveniri possit, licet quænam indicia ad specialem inquisitionem sufficientiant, fere ab arbitrio judicantium pendeat; ita quamdiu indicia ista non elisa, tamdiu inquisitio aboleri nequit: cum indicia illa ex inquisitione generali originem suam ducant, utpote quæ semper præcedere debet inquisitionem specialem, nisi hæc nulla sit, excepto casu, quo reus in notorio ac manifesto crimine fuerit deprehensus.

Moti his rationibus judicavimus Mense Mart. 1736.

Dierweilen Inquisit 1) ad art. inquisit. 18. 19. & 44. Num. Act. 42. bekennet, daß die Schlüssel zur Materialien: Cammer in der Officin gelegen, und dazu niemand, ausser ihm und denen beyden Gesellen, kommen können, welches test. 1. der Apotheker: Gesell H. ad interr. 8. art. 2. Num. Act. 49. bestärket. 2) Aus eben dieses Zeugen eydlicher Aussage ad interr. 4. art. 2. & interr. 1. art. 3. genugsam erscheinet, daß Inquisit die gefundene ansehnliche Quantität Caffeebohnen an den verdächtigen Ort verstecket habe, gestalten es von dem Mitgesellen nicht zu vermuthen, weisen er den Diebstahl seinem Herrn angezeigt, weniger, daß der Peruquenmachers: Jung, oder das Gesinde die Schlüssel aus der Officin sollten geholet und die Caffeebohnen 2c. aus der Materialien: Cammer entwendet haben, wahrscheinlich ist; folglich der Verdacht auf Inquisiten nothwendig fallen muß, dieser auch 3) durch das Geständniß Num. Act. 8. und des N. Deposition ad art. 2. seqq. N. act.

N. act. 55. vergrößert wird; was aber Defensor wider diese Aussage n. 69. p. 51. seqq. mit verdrießlicher Weitläufigkeit vorgebracht, in keine Consideration zu ziehen, inmassen 4) keine Folge ist, weil der Peruquenmachers Jung dem Goldschmidt Schmelzgold gebracht, daß dieser der rechte Thäter des Diebstahls seye; im übrigen 5) die gegen Inquisiten militirende und ex Inquisitione generali sich ergebene Indicia, obwohlen dieselbe zur Tortur nicht qualificiret seynd, dennoch dadurch, daß der andere Mitgesell sich weggemacht, Inquisit hingegen geblieben, dergestalt, daß kein Verdacht, welcher ad juramentum purgatorium hinreichend, mehr übrig seyn sollte, nicht elidiret worden; so ist Inquisit, ne maneant delicta impunita, da es bey der General-Inquisition sonderlich auf die 2. Fragen ankommt, ob das Crimen geschehen, und wer es gethan? mithin gegen denselben nicht ohne Grund zur Special-Inquisition geschritten worden, wo zumahlen, wie gewöhnlich, seine Defension pro avertenda Inquisitione speciali mit der General-Inquisition an eine Juristen-Facultæt geschickt worden, um sich befehlen zu lassen, ob ad Inquisitionem specialem geschritten werden könne, daß er die gefundene Sachen nicht entwendet, jurato sich zu purgiren schuldig, und alsdenn erst von der Inquisition, auch in Ansehung derer Unkosten, zu absolviren,

Heig. P. 1. Qu. 40. n. 25. seqq.
Carpz. P. 1. c. 22. d. 1.

OBSERVATIO DCCCLXXXIX.

An liberi facta matris quoad tutelarem ejus administrationem, etiam ad laesionem vergentia, impugnare possint?

§. 1.

In causa von Nesselrod contra von Strunckede agebatur Quæstio de indemnitate præstanda a Barone de Strunckede, tanquam matris suæ herede, & in hoc solo articulo appellationis processus fuere decreti, neque erat actoris Nesselrodii petitio vel conclusio alia, quam ut Strunckede condemnandus esset ad præstationem indemnitis adversus rem judicatam in puncto rescissæ transactionis.

Fundamentum posuit Actor

- 1) In obligatione hæredis ad præstandum factum matris suæ,
- 2) in promissione expressa hujus evictionis sive indemnitis facta a tutoribus in transactionis clausula finali:

Crameri Obs. Tom. III.

Iii

Die

Wie dann schließlich die Frau von Strunckede (Zerr von Strunckede Tutor scilicet) und Herr von der Reck respective vor sich und ihre Pupillen sub simili hypotheca honorum den Herrn zum Stein contra quoscunque wegen obgl. Zaltscheid in denen 3. Obligationen und darvon verfallenen Zinsen zu vertreten und zu indemnifiren, erfolg- lich NB. in so weit von denen Obligationen, welche annoch in Händen derer von Bohne zu Berge bestehen sollen, Inhalts in Anno 1605. beschehener Cession zu bestreyen appromittirt.

Ergo concludit Nesselrodus: vos hæredes Tutorum, in specie tu Strunckede hæres matris tuæ, estis condemnandi ad me liberum præstan- dum pro parte dimidia debiti, und gegen die andere Nesselrodische Linie mir die Helfste einzulagen.

§. 2.

Actio instituta fuit adversus hæredes singulorum tutorum; compa- ruit vero solus Joh. Conr. de Strunckede & videbatur Nesselrodus actor reliquos derelinquere voluisse, forte quod crediderit, ob stipulatio- nem correalem singulos obligatos esse in solidum. Erat igitur actio ex Stipulatu, nempe in transactionis formula & clausula adjecta, hæredes juxta mentem actoris obligante.

§. 3.

Videamus de probata intentione Actoris & cum in hoc capite omne hujus causæ Crinomenon situm sit, tanto diligentius id investigandum erat.

Nulla est difficultas in thesi, quod ex transactionis causa præstanda sit evictio, quoties aliquid alteri datum fuit (a), v. g. dubium foret nul- lum, si ageretur de evictione præstanda nominum, quæ Anno 1605. 25. Maji Nesselrodio fuere cessa eum in finem, ut liberare se posset a Credi- tore suo von Bohnen. Sed hunc in finem actio non erat instituta, nihil plane probatum vel allegatum. Specialius itaque inspiciendum, quid- nam actori ad fundandos actionis suæ fines fuerit probandum: nimirum

- 1) Datum sibi aliquid fuisse Anno 1683. 22. Dec. transactionis no- mine, quod per actionem tertii cujusdam habere non liceret,
- 2) si etiam nihil foret datum, quod evictio aliqua vel indemnificatio fuerit promissa expressis verbis: nam evictionem non deberi, si nihil fuerit

(a) Mev. P. 5. Dec. 341.

fuerit datum, concludunt equidem Jcti (b): at excipiunt casum, si evictio fuerit nihilominus promissa expresse, ut scilicet res in eodem statu permanere deberet (c): quanquam videantur tales promissores imprudenter satis agere, nihilominus ex verbis propriis obligatos esse, dicti Jcti volunt.

3) Quod etiam hæredes promittentium ex tali stipulatione teneantur & in casu substrato, quod Baro de Strunckede ex actu a matre tutrice Anno 1683. celebrato obstrictus maneat ad implendam transactionem, si non qua filius, tamen qua hæres.

4) Quod tutores Strunckediani in actu illo transactionis promiserint evictionem vel indemnificationem, non tantum nomine pupilli, h. e. in qualitate tutorum, sed etiam proprio & quidem contra actionem ipsius sui pupilli, si per transactionem læsum se esse evinceret. Hoc omnino erat actori probandum, quia pupillus major factus adversus istam transactionem fuit in integrum restitutus, totumque negotium rescissum. Et in hoc capite vis totius hujus litis erat sita. Nam si clausulæ supra dictæ alius foret finis, alia paciscentium intentio, non posset dici hæc actio fundata.

Quinto denique, quod actori Nesselrodio non obstet exceptio litis ingressum impediens rei judicatæ, per quam omnia in eum statum reposita fuerunt, qui fuerat ante transactionem.

Ad hæc capita reduci possunt omnia, quæ in his actis utrinque fuere tractata.

§. 4.

Principio agendum de probationibus Nesselrodianis in hypothesi ipsius, quod clausula transactionis intelligi posset ad præstandam evictionem contra actionem futuram filii tunc impuberis.

Igitur ad 1) respondebatur, nihil fuisse datum Nesselrodio in transactione, sed discessisse tutores a lite contra eum, adeoque in eo statu nullam deberi evictionem (d),

ad 2) promissam videri indemnitatem aliquam a tutoribus in verbis supra recensitis, quod tamen ad fundandam actionem non suffecerit, nisi etiam reliqua fuerint probata. Nempe

ad 3) quod tendit ad obligationem hæredis, qui non possit agere cum

I i i 2

(b) Franzk. de evict. n. 413. seq. & Tab L 8. C. tit. 31. def. 32. (c) Ant. Fab. d. def. 32. (d) Franzk. ad Mey. locis supra allegatis.

cum effectu contra factum antecessoris, per axioma: Quem de evictione tenet actio &c.

Multum operæ sibi hic fecit advocatus Dn. Comitum, Professor Juris Colonienfis Dr. Hamm, Vir juris peritus & modestus. Verendum tamen, ne nimium fiducia posuerit in L. *Seja* 73. ff. de eviction. & auctoritate Baldi. Difficilem esse Textum & obscure loqui maledictum Paulum, agnovere jam dudum veteres. *Tiraquellum* hujus legis obscuritate bis deceptum esse, scribit *Pinellus* (e). Opiniones Doctorum immorari & implicari volebat Senatus, sed judicio naturali potius uti: opponi enim posse doctores doctoribus & nullam esse fere thesin, quæ auctoritatibus Jctorum in utramque partem defendi non posset, neque a sensu interpretum, glossatorum, consulentium, respondentium regi debere judicium nostrum, sed istos potius auctoritate Supremi Dicastrii convinci.

§. 5.

Exponit Jctus Paulus in dicta lege casum talem: *Seja* fundum, cuius domina non erat, alienavit, deinde hæredem scripsit *Semproniam*, quæ in fundo jus reale habebat. *Sempronia* quæstionem movit de isto fundo. Removetur autem exceptione tali: Etiam si tibi *Semproniæ* competat jus vindicandi fundum, tamen quia tu es hæres *Sejæ*, facta ipsius teneris. Parallelus quodam modo est textus L. 14. Cod. de rei vind. Magnam vero est discrimen istius casus cum præsentem nostro. Ibi fundus erat in dotem datus & præstanda erat viro evictio. Hic vero nihil datum in transactione, prout ostensum supra. *Seja* tradiderat fundum bona fide, neque versata erat in actu legibus adverso. Mater *Strunckedia* calliditate *Nesselrodii* circumventa & una cum ambobus contutoribus pecuniæ præsentem inhians, pupilli rem male administravit, eique læsionem gravissimam ultra dimidium intulit, transactionem faciendo neglectis requisitis legum ad unum omnibus.

Eum actum filius major factus impugnavit merito & nullitatis arguit. Falsam vero esse doctrinam, quod filius factis matris etiam ad læsionem vergentibus obligetur qua hæres, pronunciavit Collegium Saxonorum Jctorum apud *Lyncker* (f) ibi: *Im librigen ist nirgendß gegründet*, quod liberi tunc solum possint facta matris impugnare, quoad tutelarem ejus administrationem, quando ejus hæreditate se voluissent abdicare, sonst die Kinder sub tutela matris negligenter administrata allezeit

an

(e) de Bon. Mater. P. 3. n. 82. p. 450. (f) Dec. 1146.

an derselben hæreditæt periclitiren müssen (g); proinde hoc argumento intentionem actoris probatam fuisse, dici non potest.

§. 6.

Veniendum ad 4. de promissione indemnitis a tutoribus nomine proprio facta.

Hic vero stringens est enthymema tale: Si tutores ipsi poterant impugnare actum transactionis, non tenebantur ipsi ex eo, nequidem ex clausula adjecta, multo minus pupillus major factus. Prius est verum, ergo & posterius. Probari potest antecedens arg. L. 46. §. fin. de adm. tut. Tutoribus non est permissum diminuendi causa cum debitoribus pupilli transigere. Ergo quod tutor contra legis prohibitionem facit, ipse curam gerere debet, ut factum redintegretur; hoc enim ad officium tutoris pertinet. Neque enim ex facto tali ipse ad evictionem vel indemnificationem præstandam est obligatus (h).

Fac ergo, tutores ipsos læsionem ex transactione ortam animavertisse? Nonne etiam liberati erunt a stipulatione indemnitis? Vtique. Ergo quod tutores facere debuerant, ipse pupillus Anno 1699. circiter major factus peregit; neque adeo ipse ex stipulatione materna tenebitur, posito quod ista stipulatio intelligenda esset proprio matris nomine. & in hunc casum, qui extitit, facta. Si enim omnis ista promissio facta fuit nomine tutoris, minus habet hæc res difficultatis propter restitutionem expeditam & rem judicatam.

§. 7.

Sed jam ostendi potest, tutores indemnificationem non promississe, neque etiam contra actionem ipsius pupilli. Finita tutela nulla amplius est tutorum obligatio erga tertios (i), nisi obligaverit se tutor nomine proprio. Dominus Comes Nesselrodus putabat, vocus: *respectively vor sich und ihre Pupillen* inferre obligationem nomine proprio. Contrarium statuendum est 1) per Axioma generale, quod in dubio tutor nomine officii, non proprio, promississe aliquid censendus sit (k): 2) quia clausula illa accessoria in fine adjecta interpretationem capere debet ab eo, quod gestum est principaliter, neque dispositionem ampliare (l). Omnis vero

(g) adde Dec. 1083. & 909. Brunnem. ad L. 14. Cod. de reivind. §. 4. in fin. Carpz. 2. const. 14. def. 70. (h) Franzk. de Evict. n. 227. (i) L. 26. in fin. cod. de adm. tut. L. 1. Cod. quando ex fact. tutor. (k) Franzk. de evict. n. 229. Mant. de tac. & amb. conv. L. 6. tit. 17. n. 10. (l) Berlich. Dec. 15. n. 3.

reliquus transactionis tenor indicat, expresse negotium esse gestum nomine officii: §. „ als ist endlich zwischen der vermittelten Frau von Strunckede, „ als angebohrner und bestätigter Vormünderin ihrer Pupillen ic. bestän- „ dig transigirt und verglichen. Porro verfu: und gleichwie nun die Frau „ von Strunckede und von der Reck, als allerselts respective angebohrne „ und bestätigte Vormünder, vor sich und ihre Pupillen auf die Exceptio- „ nes non numeratae pecuniae renunciaret haben. „ Quis non videt, tan- tum negotium gestum esse nomine pupilli? Non enim antea ulla ratione obligati fuere tutores Nesselrodio. Fidejussoria obligatio vel expromissoria aliis verbis exprimenda fuisset, si obligatio nomine proprio intelligi debuisset.

Renunciatio S^Ci Vellejani fidejussoriam obligationem non infert: ista enim ad formulas tantum pertinet, neque requisitis legalibus est instructa, neque etiam clausula instrumenti, in qua actio fundatur, est addita, neque generaliter inserta hypotheca bonorum hoc efficit; quia intelliguntur bona pupillaria, quorum tutor est quodammodo dominus, si bene & pro utilitate pupilli administrat. Vide hæc omnia diligenter examinata & decisa apud Ant. Faber (m): & facit huc notabile iudicatum Scabinatus Lipsiensis Anno 1618. cui calculum addit Berlich (n).

Tandem non voluere tutores, hæredes suos obligari, quorum nulla facta est mentio: erat vero hoc in tali casu necessario exprimendum (o).

§. 8.

Nihil afficit huic Sententiæ axioma, quod formatur ex L. 8. §. 1. ff. ad S^Ctum Vellejanum, quod mulier indemnitate promittens tertio, non censeatur recepisse obligationem alienam, sed fecisse propriam. Non legitur quidem hoc argumentum in Actis: attendendum vero, si quid subsidii ex eo pro actore Nesselrodio evinci posset. Nihil tamen ad casum nostrum facit. Nam axioma requirit negotium mulieris proprium, neque pertinet ad intercessionem pro alio. Proprio contractu obligari mulierem, neque juvari S^Ci beneficio, leges volunt. Ergo ubi non est negotium mulieris proprium, commodumque proprium, nulla est ex dicto textu argumentatio. Proponit Ulpianus, quod tutores alienare voluerint bona pupilli (si forte ut ab ære alieno liberaretur pupillus vel ut lucrum ei acquireretur) Mater alienationem impedire satagit. Tutores metuunt, ne ob omisam alienationem actione tutelæ conveniantur. Mater ipsi

(m) Lib. 5. tit. 24. def. 5. (n) Decis. 15. n. 2. (o) Idem Part. I. concl. 16. n. 15.

ipsis promittit indemnitate. Respondit JCtus, matri contra tutores non competere beneficium SCTi Vellejani, quia non intercessisset pro obligatione nec veteri, neque nova filii sui, sed ipsa contraxisset obligationem propriam. Scilicet quia ea in re non intererat filii, ne fieret alienatio, sed ipsius matris. Paralleli sunt quodammodo textus l. 19. ff. & l. 6. Cod. ad SCTum Vellej. In utroque suam quæsitvilitatem mater & propterea quod a tutoribus actione tutelæ conventis præstandum fuit, ipsa cum indemnes fore, promississet, refarcire tenetur. In decisionibus *Mevianis P. 6. Dec. 22.* uxor Titia ad salvandum honorem mariti sollicitavit Sempronium, precibusque obtinuit ab eo, ut pro marito fidejuberet, promittens indemnitate: deciditur ibidem, non juvari uxorem SCTo, quia peculiarem fecisset contractum cum Sempronio, Mariti gratia quidem, sed tamen in commodum proprium, per dictam leg. 6. ff. ad SCTum Vellej. Hanc decisionem, si casus similis existeret, an secuturi essemus nos, dubitandum.

§. 9.

Nullus vero ex omnibus istis casibus præsentis, de quo agimus, est similis. Mater tutrix filii sui cum tutoribus reliquis transfegerunt cum Nesselrodio in qualitate tutoria. Non ergo gesserunt negotium proprium, sed pupilli. Nulla ex toto isto negotio utilitas tutorum. Ab omni vero ratione alienum foret, dicere, quod mater cum cæteris tutoribus indemnem voluerint præstare Nesselrodium contra se ipsos. Si ergo non contra se ipsos, non potest etiam intelligi hæc promissio contra pupillum, si major factus læsum se esse diceret. Hoc ipso enim male gestæ administrationis rea fuisset mater una cum tutoribus reliquis. Concludendum itaque, clausulam istam finalem adjectam fuisse, non ut tutores obligarentur nomine proprio, sed pupilli.

§. 10.

Tandem ad 5tum respondebatur, exceptionem rei judicatæ Actori omnino obstat, etiamsi probata essent reliqua omnia. Neque tamen Dominus Comes Nesselrodus in actis præsentibus contra rem judicatam insurrexit, sed eam potius concedendo actione ad evictionem consulere sibi voluit, nihil etiam contra læsionem gravissimam protulit in medium, quæ ex ipsa liquidatione satis superque clara erat. Cum ergo Baro de Strunckede Anno 1699. 17. Sept. non tantum ob læsionem, sed ipsam quoque nullitatem transactionis, quærelam instituisset & per sententiam Anno 1704. omnia in statum, qui fuerat ante transactionem, sint reposi-
ta,

ta, hoc absque dubio intelligi debet cum effectu, qui consequi non posset, si Strunckedium tanquam hæredem matris nihilominus obligatum esse existimaremus: Ita scilicet facienda erat & fuit decreta restitutio, ut jus suum reciperet: restitutio enim est redintegrandæ rei vel causæ actio L. 24. §. 4. ff. de minorib. 25. annis. Sonsten ein unmündiger (verba sunt Decis. 1083. Lynckerianæ) wieder ein factum seines Vormunds niemalen per restitutionem in integrum oder in andern Wegen sich würde helfen können, etiamsi matris tutricis hæres esset factus. Neque etiam Nesselrodus ab ista sententia rescissoria appellavit, quo casu cessat evictionis postulatio, quod imprimis locum habet, si imperitus emtor in judicio non comparuerit & in contumaciam fuerit condemnatus, qui tunc contra venditorem de evictione præstanda sibi experiri non potest (p).

Nesselrodus, qui ex hac transactione lucrum remissionis debiti quaesivit, considerandus est instar emtoris, tutores Strunckediani ad instar venditorum. Quod de confusione remediorum rescindentis & rescissorii obiciebat advocatus Nesselrodianus, ad inanem theoriam pertinet, dudum in forensi praxi explosam. STRUVIUS ait (q): absurdum esse, dari restitutionem ad hoc ipsum, ut restitutio peti possit.

§. II.

Quibus omnibus consideratis concludebatur: fines & conclusiones actionis probatas non fuisse. Dicta sunt hæc omnia ad hypothesein & fines actionis institutæ. Superest, ut ostendamus, quis sit verus clausulæ istius sensus juxta intentionem transigentium. Non enim credendum, cogitasse unquam transigentes de rescissione hujus transactionis a filio aliquando impetranda; Nam si hoc metuissent, non poterat factum ullo modo excusari & irrita plane erat sponsio in damnum filii vergens, aliter etiam tutoribus verba clausulæ a Nesselrodio fuissent præscribenda, si tutores eorumque hæredes in bonis propriis obligatos sibi hoc nomine voluisset. Naturalem verborum sensum pensitans non potest elicere alium finem, quam quod Nesselrodus crediderit, instrumenta obligationum avitarum contractarum cum nobili de Bönen adhuc esse in hujus manibus, neque adhuc liberatum esse a nexu, mediante cessione Strunckedianorum nominum activorum Anno 1605. facta Wilhelmo de Nesselrod, juxta documenta in [102] prolata in altero corpore actorum appellationis Nesselrod. contra Strunckede. Et idcirco caveri sibi voluit Nesselrodus a Strun-

(p) Covarr. 3. Resol. 17. n. 9. (q) exerc. 8. thes. 2. & ibi Müller, Ant. Fabr. l. 2. Cod. tit. 35. def. 6. in fine.

a Strunckedianis de Securitate pro rata nominis cessi, in so weit von denen Obligationen, welche annoch in Händen derer von Böhmen bestehen sollen, Inhalts in Anno 1605. beschehener Cession zu befreien. Sed in hunc finem nulla est actio instituta, nihilque probatum, quod nomina cessa An. 1605. non fuerint vera & utilia, quod Nesselrodus non fuerit a nexu contracto in tantum liberatus. Quod si etiam Nesselrodus prospicere sibi voluisset contra alteram lineam suorum agnatorum in Rheide & Grimberg pro obtinenda liberatione bonorum, quibus Strunckede insistebat. Hoc si promisissent tutores, aequè læsissent gravissime pupillum. Quid enim ad hunc actio familiæ heriscundæ inter Nesselrodios? Et Strunckede absolutus fuit per Sententiam Cameralem 20. Jun. 1725. ab ista impetitione. Nullum igitur probatum est fundamentum agendi adversus Baronem Strunckede ex ista transactionis clausula, non ex facto tutorum, quod & præcedentibus articulis 1. 2. 3. 4. 5. demonstratum, non etiam ex natura rei. Proinde cum necessarium non sit, de exceptionibus agere pluribus, omnes enim ad capita non probatæ actionis referri possunt, sequitur conclusio ad Sententiam pro statu actorum non confirmatoriam, nec reformatoriam, sed ad absolutoriam Baronis de Strunckede ab actione intentata.

Sent. 24. Martii 1732. publ.

In Sachen Herrn Bertram Grafen von Nesselrod zu Reichenstein und Herten, wieder Johann Conrad von Strunckede Appellationis. Ist durch Richter voriger Instanz diese Sache an das Kayserliche Cammergericht wohl verwiesen, hierauf und allem Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß der Beklagte von der wider ihn angestellten Indemnitions, Klag zu absolviren und entledigen seye, als wir denselben hiemit absolviren und entledigen, die Gerichtskosten bey diesem Kayserl. Cammergericht derentwegen aufgelauffen compensirend und vergleichend.

OBSERVATIO DCCCXC.

De injuriis ab inferiore superiori illatis.

Quandoquidem injuria læsionem honoris involvit, hic vero gradus suos habet, injurias quoque inde gradus recipere, necesse est.

Gradui vero injuriarum gradum pœnæ proportionatum esse debere, vix est, quod moneam. Stat ergo immota & inexpugnabilis veritas,

Crameri Obs. Tom III.

K k k

quod

quod cum major honor superiori ab inferiore, quam aliis debeatur, major quoque poena inferiori superiorem, quam alii ipsum injurianti, infligenda sit.

Hinc Icti Menſe Oct. 1732.

Die erste Num. Act. 10. enthaltene Injuriam hätte klagender Ober-Amtmann ſo hoch aufzunehmen nicht nöthig gehabt, ſondern ſich mit der gegebenen Erklärung des Amtſchreibers begnügen laſſen können. Dieweilen aber Beklagter in einem Schreiben an ſeinen Procuratorem, wie Num. act. 14. zu ſehen, und die Regierung Num. act. 28. attestiret, den Kläger eines Perjurii beſchuldiget; ſo iſt dieſe Injurie pro gravi billig zu halten,

Marb. Conf. 52. N. 46. Vol. 4.

dieſelbe auch deſto gröſſer, weil ſie ſchriftlich verfaſſet, und wider einen Vorgeſetzten ausgeſtoſſen, auch denen Actis inferiret iſt.

Tubing. Conf. 65. n. 27. ſeq. Vol. 8. & Marb. Conf. 28. n. 127. Vol. 3.

Wie dann auch ſonſten bekannt, daß gegen die in öffentlichen Ehren-Ämtern ſtehende Perſonen, beſonders gegen Vorgeſetzte, committirte Injurien gröſſer, als andere, gehalten werden. Und obwohl ex litteris ad tertium ſcriptis nicht allemahl actio injuriarum zu fundiren,

Mev. P. 5. Decif. 219.

auch aus denen Acten nicht zu erſehen, wie bemeldtes Schreiben zu denen Acten gekommen; ſo iſt doch nichts anders zu vermuthen, als daß ſolches mit Genehmigung des Beklagten geſchehen ſeye, da Kläger Num. Act. 14. anführet, daß ihm ſolches als eine Beilage des Beklagten Exhibiti communiciret worden, und Beklagter zu ſeiner Entſchuldigung nichts weiters beygebracht, als daß er keinen animum injuriandi gehabt, welches aber protestatio facto contraria iſt.

Wie nun dieſe Injurie zu beſtrafen, und dem Kläger Satisfaction zu verſchaffen ſeye, iſt die Frage? Weil denn

Hert. Reſp. 107. n. 21. ſeqq.

daß für gehalten, wann ein Subaltern von ſeinem Superiore Ehrenrührige Sachen ſchriebe, daß er recantatione oder multa pecuniaria zu beſtrafen, und wann er ihn Lügen ſtrafet, nebst der Recantation die Caſſation meritire, die Caſſation aber hier zu hart iſt; Als haben vermeynet, daß Beklagter nebst einer Chriſtlichen Abbitte, in eine anſehnliche Geldſtrafe, nach Proportion ſeines Vermögens ad pias cauſas, und in expenſas processus condemniret werden könne.

OBSERVATIO DCCCXCI.

Codicilli cum Testamento per Testamentum subsequens tolluntur, etsi Testator ipsis expresse non derogaverit, modo id ex ejus intentione pateat.

§. 1.

Constat, Codicillos alios esse ab intestato, alios cum Testamento.

Hoc casu sunt pars & sequela Testamenti & hinc a Testamento vires accipiunt, indeque testibus non indigent, cum iis sustinendis ipsa Testamenti solennitas sufficiat (a).

Sed ex eadem ratione, quia tales Codicilli tanquam pars & accessio Testamenti considerantur, tolluntur everso Testamento priori per posterius.

Ludovici equidem statuit (b), eosdem non tolli, si testator ipsis expresse non derogavit. At vero in Causa seq. Zeltin contra von Ingelheim, Testatrix expresse iisdem non derogavit, nihilominus pronunciatum, eosdem per Testamentum subsequens sublato esse; quia id ex intentione ipsius patebat. Non piget rationes huc afferre.

§. 2.

Maria Magdalena verwittibte von Hartenstein hatte in einem coram 5. Testibus & inter hos Notario errichteten Instrumento 1) sich dahin vernehmen lassen: Nachdem ehedessen sie und ihr nachhero verstorbener Bruder ein Testament errichtet, worinnen sie ihre beyde Mägde, namentlich Catharinen und Dorotheen, so ihnen ausserordentlich gute und treue Dienste geleistet, bedacht, und dann sie, solches zu mindern und zu mehren, sich vorbehalten hätte, als sollten ihre Erben schuldig seyn, benebst demjenigen, was schon im Testament für besagte beyde Mägde ausgeset, einer jeden noch 1000. fl. gleich nach ihrem Tode zu bezahlen. Sodann erklärte sich selbige hierauf 2) in eben diesem Instrumento ferner dahin: Weilen besagte ihre Mägde nach ihres Bruders Tod sich sonderlich um sie verdient gemacht zc. Solchemnach schenke und übergebe sie hiemit sogleich bey annoch lebendem Leibe denenselben alle ihre Mobilien, inclusive dessen, was zu ihrem Leib, wie auch was zu Speiß und Trank gehöre zc. so viel deren in ihrem Wohnhaus

K k k 2
jur

(a) arg. L. 77. de Hered. Instit. Thomaf. Caf. Jurid. P. 4 p. 203. (b) Doctr. Pand. L. XXIX. §. IX.

zur Zeit ihres Absterbens sich befinden würden, dergestalt, daß solche ihnen sogleich seyn und unwiderrusslich bleiben sollten, jedoch dergestalt, daß ihr der völlige Nutzen und Gebrauch davon, so lang sie lebe, verbleiben sollte. Dieses wäre ihr wohlbedächtiger Wille und Meynung, zu dessen Urkund sie gegenwärtigen Donations- Uebergabs-Brief zu ihren Händen in duplo übergeben. Wie denn auch mehrgedachte Mägde diese ihnen beschene Schenkung zugleich angenommen hätten: Ingleichen hätte sie zu Urkund und Bekräftigung dessen, daß diese Donatio inter vivos unwiderrusslich beständig bleiben sollte, solche sowohl unterschrieben, als auch zu mehrer Bekräftigung den nachgesetzten Notarium samt 4. Zeugen ersuchet, solches vermittelt ihrer Unterschriften und Pettschaften zu attestiren.

S. 3.

Einige Zeit hernach errichtete gedachte Wittib ein anderweites Testament, worinn sie den damaligen Herrn Cammer-Gerichts-Präsidenten, Freyherrn von Ingelheim, nebst dessen Frau Gemahlin, zu Erben eingesetzt, und obbesagter ihrer beyden Mägden folgendergestalt gedacht hat:

- 10) Will und verordne, daß meinen beyden Mägden, Catharine Staudin und Dorothea, jeder 1000. fl. um der mir treu geleisteten Diensten und Fleißes willen, sollen gereicht und bezahlt werden. Ingleichen
- 11) verordne, daß die wenige Mobilien, Kleider und Hausgeräth, so ich zur Zeit meines Absterbens in meinem Haus hinterlassen werde, obgedachten meinen beyden Mägden verbleiben sollen.

S. 4.

Nach Absterben gedachter von Hartenstein haben nicht allein besagte ihre beyde Mägde einige Tage darauf die von derselben nachgelassene Mobilia, ohne einige dawider gemachte Einrede, unter sich getheilet, sondern es hat auch nachhero der Freyherr von Ingelheim, welcher, da seine Frau Gemahlin diesen Todesfall nicht erlebet, Heres universalis Testatrix geworden, einer jeden von ihnen wenigstens 1000. fl. ihres eigenen Beständnisses nach, auszahlen lassen.

S. 5.

Es haben auch mehrersagte Mägde hieby bis in das Jahr 1746. wenigstens insoweit acquiescirt, daß sie diese Zeit über weder ermeldten Freyherrn, nachher Grafen, von Ingelheim, seu Heredem dictæ Testatrix, noch auch auf dessen Absterben dessen Sohn, Philipp Grafen von Ingelheim, seu Heredem Heredis, einigen formirten weitem Anspruchs halber, gerichtlich

(1) Gell. in Gell. Hered. Cap. 2. §. 2. 2. 4.

gerichtlich belanget haben. In besagtem Jahr aber sind sie erst wider jetzt besagten Grafen Philipp pro Citatione eingekommen, worinnen sie von demselben nochmahls 1000. fl. cum usuris begehren, und des Endes sich in einer in obgedachtem Instrumento enthalten seyn sollender Donatione inter vivos gründeten.

§. 6.

Bei dieser Sache sind nun vor allen Dingen 3. Quæstiones zu erwegen. 1) Quam actio sit instituta? 2) an probata und 3) an per Exceptiones elisa?

Die erste Frage betreffend, so ergibt sich ex supplica pro Citatione ganz deutlich, daß Klägere, da sie 2000. fl. cum usuris forderten, dieser halb ihr Fundamentum agendi in einer von weiland der von Hartenstein ihnen beschehen seyn sollenden Donatione inter vivos von 2000. fl. gestellet; dahero, soviel jetztbesagte 2000. fl. anbelanget, Condictio ex L. 3. C. de Donat. pro actione instituta zu halten, ceu quam adversus donantem ejusve Heredem ad Rem donatam præstandam Donatario competere expeditum satis est. Ob aber auch usuræ ex Mora per hanc Actionem gefordert werden mögen? solches ist mehrerm Zweifel unterworfen, allermassen selbige Actio stricti juris ist, und dann von denen Actionibus stricti juris die vorztrefflichste Jcti nicht einerley Meynung sind, an Jure hodierno usuræ in Actiones stricti Juris veniant?

Diejenige, welche diese Frage negiren, fundiren sich in Jure Romano, nach welchem es auch wohl ausgemacht, quod usuræ ex negotiis stricti Juris non debeantur, nequidem post Litem contestatam (c), dahingegen diejenige, welche solche affirmiren, auf den Recessum Deputat. de Anno 1600. §. Soviel nun diesennach 139., allwo ausdrücklich verordnet worden, daß auch in mutuo ex Mora usuræ entrichtet werden sollen, sich berufen, und weil nun Mutuum ein Negotium stricti Juris ist, diese Dispositionen auch auf die übrige Negotia stricti Juris extendiren.

Der ersteren Meynung dürfte nun zwar bessern Grund haben, weil dicitus Recessus Deputationis bloß de Mutuo redet, und tanquam Lex correctoria ultra expressam Dispositionem auf die übrige Negotia stricti Juris nicht wohl gezogen werden mag: Da aber gleichwohl derer letzteren Meynung pro communiore Opinione zu halten, und in Praxi mehr recipiret ist (d);

K k k 3

fs

(c) Garff. in Collat. Jur. civ. Rom. Sect. 6. §. 1. p. m. 270. seqq. (d) Esbach ad Carpz. P. 2. C. 30. D. 8. & 17.

so ist selbiger um so ehender beyzutretten, als danebst die Doctrina Juris Romani, quod nempe in Negotiis b. f. ex Mora debeantur usurae, in stricti Juris non item, wohl kein sonderlich Fundamentum in Jure naturali hat, und würde solchemnach Beklagter, wosern Actio pro probata, nec elisa per Exceptiones gehalten werden könnte, auch in Usuras ex Mora zu condemniren seyn.

§. 7.

So aber, was die Frage, an actio probata? betrifft, so ergibt sich ex inspectione Instrumenti ejusque contextu (da nemlich die verwittibte von Hartenstein, nachdem sie sich vorher auf ein ehedessen errichtetes Testamentum, und darinn reservirtes Jus minuendi addendive bezogen hatte, immediate hierauf hinzugefüget, daß ihre Erben schuldig seyn sollten, nebst dem, was schon in besagtem Testament für Kläger benannt, einer jeden derselben noch 1000. fl. zu bezahlen) zur Genüge, daß solthanes Instrumentum, insoweit denen Klägerinnen darinn 2000. fl. zugeleget worden, pro Codicillo und die dieserhalb beschene Dispositio nicht pro Donatione inter vivos, sondern pro Legato zu halten, welches Legatum danebst, so wie der Codicillus, worinn selbiges enthalten gewesen, qua pars & accessorium dicti Testamenti, durch das nachhero errichtete Testamentum zu cessiren gekommen und unkräftig geworden, siquidem prius Testamentum per posterius infirmari satis notum est, infirmato autem Testamento tanquam principali, utique & codicilli ex eo pendentes, tanquam accessorii infirmantur (e).

§. 8.

Solchemnach und da das Fundamentum actionis, besagte Donatio inter vivos nemlich, nicht erwiesen, so wird derowegen Beklagter wegen des bekannten Rechts: *Sages*, quod Actore non probante Reus sit absolvendus, von der wider ihn angestellten Action zu entledigen seyn.

Wosider auch nicht obmoviret werden mag, daß gleichwohl Beklagter die beschene Donationem inter vivos in actis nicht, wenigstens nicht ausdrücklich in Abrede gestellet hätte und dann ein factum worinn ein Theil in Judicio sic gründet, und dem ex adverso nicht contradiciret worden, für wahr und erwiesen angenommen werden möge. Allein dieses gehet vor-

hin

(e) L. 2. §. 2. de Jure Codic. Lauterb. in C. Th. P. Tit. de Jure Codic. §. 16. Müller ad Struv. cit. tit. th. 70 lit. a. conf. Brunnem. in Comment. ad ff. ad L. 3. tit. si cui plus, quam per L. Falcid. num. 2.

hingedachtermassen zwar in denjenigen factis an, wovon ex Actis nichts constiret, nicht aber in solchen, deren Ungrund und Unwahrheit ex Actis schon zu Tage lieget.

§. 9.

Bei so gestalten Sachen kommt die Frage: an Actio per Exceptiones elisa sit? dahier zu cessiren. Sicuti enim non entis nullae sunt qualitates, ita de Actione, quae probata haud fuit, Quæstio nulla esse potest, num eadem per Exceptiones elisa sit. Da es aber gleichwohl sich zutragen könnte, daß man diese Actionem dennoch pro probata ansähe, und es dann in solchem Fall auf die Frage: an per Exceptiones elisa sit? annoch ankomen würde, so wollen wir den Satz, daß in obbesagtem Instrumento eine Donatio inter vivos wirklich enthalten, mithin Actio erwiesen seye, einweisen als richtig annehmen, um in sothanem Supposito vorbesagte Frage untersuchen.

In welcher Absicht dann zuzorderst all dasjenige, was Beklagte excipiendi vorgebracht, kürzlich zu erwegen.

Es stellte nemlich derselbe auf die vor Klägern producirte Klage erstlich gleich anfangs per Recessum Oralem vor, daß das denen beyden Klägern vermachte Legat vermittelst baarer 1000. fl. und eines Wechsels an Depunder in Frankfurth ad 1090. fl. mithin zusammen mit 2090. fl. besage Quitung, entrichtet worden, und also das widrige Klagwerk hinfalle. Da nun Klägere hierauf in replicis zwar das Angeben, daß ihnen jetzt besagte Summe angeregtermassen wäre entrichtet worden, abläugneten, jedoch aber zugleich gestunden, daß sie sonst 2100. fl. und zwar vermittelst baarer 2000. fl. und einer Assignation an Frau von Byland ad 100. fl. wirklich erhalten, mit dem Beyfügen, daß diese Zahlung wegen des Legati und davon rückständig gewesener Zinsen, nicht aber wegen der quæst. Donation geschehen, so acceptirte Beklagter in Duplicis das gegentheilige Geständnis wegen sonst empfangener 2000. fl. an baarem Geld und einer Assignation ad 100. fl. und weil er danebst auf seinem vorigen Angeben, wegen theils mit baaren 1000. fl. theils vermittelst Wechsels auf Depunder entrichteter 1090 fl. beharrte, so machte er 2) daraus den Schluß, daß, wann auch das Debitum ex Legato von dem Debito ex Donatione unterschieden und Klägere also 2000. fl. zweyfach zu fordern berechtiget gewesen seyn möchte, selbige auch in solchem Fall bezahlet, ja überzahlet wären. Sodann wendete Beklagter 3) in dictis Duplicis ferner ein, daß, wann auch Kläger die ihnen donirt und legirte Summe von 2000. fl. nicht zweyfach, sondern

nur

nur einfach empfangen haben möchten, sie jedoch allein deswegen sich damit zu begnügen schuldig wären, weil sie auf alle fernere Prætension renunciiret hätten. Zu dessen Beweis dann nach bereits übergebenen Duplicis inbesondere noch $\overline{\text{I}}$ produciret worden. Welchem allen 4) Beklagter noch ferner excipiendo hinzugefüget hat, wie daß eine jede der Klägerinnen allenfalls nur 103. fl. 39. kr. $2\frac{1}{2}$. Pf. würden prætendiren können, nachdem eines theils selbige eingestandener massen bereits über 2000. fl. bezahlet erhalten, und dann diese Bezahlung nicht auf das Legatum, sondern auf die quæst. Donationem inter vivos angerechnet werden müßte, andern theils aber die sämtliche Legata die Erbschaft, welche beklagter Vatter cum Beneficio Legis & Inventarii angetreten hätte, dergestalt übertræffen, daß deducta falcidia sämtlichen Legatariis für ein jedes 1000. fl. nur obbesagte Summe ad 103. fl. übrig bleibe.

§. 10.

Was nun die erste Exception, welche eigentlich Exceptio solutionis ist, anbelanget, hat Beklagter so viel damit etwa sagen wollen, daß nemlich das Debitum ex Legato bereits bezahlet worden, und weil nun unter sothanem Debito das Debitum ex Donatione steckte, hoc ipso auch das letztere bereits getilget worden. Wenigstens, und wann auch gleich Beklagter Seits diese Exceptio nicht so deutlich vorgestellet worden, so würde doch selbige, in so weit sich ex actis ergeben, daß sie gegründet, und dem Beklagten competire, Officio Judicis solchergestalt haben suppliret, und dar auf reflectiret werden müssen. Siquidem Judex ex officio ea supplet, quæ alias Juri communi conveniunt, pariter ac ea, quæ Facti sunt, quatenus de illorum veritate ex actis constat (f).

§. 11.

Gedachte Exceptio ist auch zur Genüge erwiesen, nachdem eines Theils Kläger die ihnen beschehene Zahlung des Legati in Actis selbst deutlich eingestanden haben, und dann andern Theils aus dem Testamento nicht anders zu vermuthen, als daß Testatrix, da sie in diesem Testamento verordnet hat, daß denen Klägern 2000. fl. bezahlet werden sollten, hierunter die 2000. fl., so jene aus der quæst. Donation zu fordern gehabt, verstanden, und solchergestalt sub Summa legata Summam donatam habe begreifen wollen.

§. 12.

(f) Boshmer l. c.

§. 12.

Wovider dann nichts hindern mag, quod si testator certam Pecuniam summam Creditori suo legaverit, nulla Mentione Debiti facta, per id Legatum non videatur Debitum extinctum, sed utrumque & Debitum & Legatum petere possit Legatarius (g). Dann so ist dieses nur de Regula zu verstehen, welche ihren Abfall leidet, si ex Conjecturis apparet, Testatorem aliter sensisse (h), an welchen Conjecturis denn es nostro casu nicht fehlet. Zumassen 1) Testatrix initio Testamenti saget: Wie das sie hiemit habe verordnen wollen, wie es nach ihrem Ableben wegen aller ihrer habenden und hoffenden Habseligkeit sollte gehalten werden. Von denen 2000. fl. aber, welche Klägerinnen ausser dem Legato aus der Testatrix hinterlassenen Habseligkeit prätextiren, ist in dem ganzen Testament mit keinem Wort gedacht worden. Ferner und 2) füget Testatrix, nachdem sie §. 6. & 7. disponiret hatte, wie und auf welche Art die daselbst mit mehrern recensirte Passiv-Debita nach ihrem Tod bezahlet werden sollten, in fine dicti §. 7. ausdrücklich hinzu, wie das hiemit alle ihre Schulden getilget und abgethan seyn, also das, wofern sich eine andere Obligation ausser obigen von ihr unterschriebenen hervorthun sollte, sie solche hiemit vor falsch, erdichtet und unkräftig erkläret, welches aber Testatrix keinesweges würde gesagt haben, noch sagen können, wann ihrer Intention nach die quæst. Donation dergestalt kräftig anmoch hätte seyn sollen, das Klägerinnen ausser denen ihnen in hoc Testamento §. 10. zu reichen und zu bezahlen verordneten 2000. fl. noch besonders vermöge sothaner Donation, 2000. fl. zu fordern berechtiget seyn sollten. Ingleichen und 3) beschliesset Testatrix, nachdem sie in Præcedentibus verschiedene Legata gestiftet, auch auf was Art ihren Creditoribus die Passiv-Debita abgeföhret werden sollten, theils, und zwar in §. 6. per verbum: ich legire, theils und zwar §. 7. per verbum: ich verordne, das ihr Erbe mit dem, was nach Abzug der Legaten und Begräbniß Kosten übrig seyn würde, als mit seinem rechten wahren Eigenthum, nach eigenem Gefallen solle schalten und walten können und mögen.

Und gleichwie nun Testatrix hierdurch abermahlen nichts anders hat zu erkennen geben wollen, als das, wann alles nach dem Inhalt ihres Testaments würde entrichtet worden seyn, niemand an ihren Erben was weiter zu prätextiren haben würde, so folget auch wiederum hieraus, das sie, Testatrix, ausser denen den Klägerinnen post mortem ipsius zu zahlen verord-

Crameri Observ. Tom. III.

L 11

neten

(g) Hopp. in Comment. ad Inst. Tit. de Legat. §. 14. Carpz. P. 3. C. 13. Dec. 29.
(h) Carpz. l. c.

Observat. DCCCXCII. Si stuprata stupro ansam dedisse dicatur &c. 451

Sententia 12. Febr. 1754. publ.

In Sachen Annen Dorotheen Zeltin und Marien Catharinen Leistin, Klägerinnen eins, wider Philipp Grafen von Ingelheim Beklagten andern Theils, Citationis ad videndum exigi duo millia Florenorum Rhenanorum mediante Donatione inter vivos relictorum una cum Usuris & expensis, sicque condemnari: Ist die Sache von Amtswegen für beschloffen angenommen, darauf allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß Beklagter von ausstellter Klage zu absolviren und entledigen. Wider Lt. Beytath wegen seines untreulich beschehenen Recessirens, in puncto petiti Termini submittirens, und wann solcher am End ex causis postmodum justificandis von neuem auf 2. bis 3. D. anfangenden leeren Zeitsuchens, und so abwechselungsweise, ohne einmahl bezugbrachte Bescheinigung, die doppelte Strafe nach Ermäßigung vorbehaltend.

OBSERVATIO DCCCXCII.

Si stuprata stupro ansam dedisse dicatur, non quævis seductio sufficit, sed talis requiritur, quæ ex lascivia orta.

Delictum stupri est quidem mutuum & stuprata æque peccat ac masculus, jureque Naturæ eadem utriusque pœna est.

Sed Jure Civili aliquid datur Imbecillitati sexus. Quod utique cessat, si ipsa deflorata stupro occasionem dedit, adeo ut eo casu ne dotem quidem petere possit, quamvis infanti id ratione alimentorum non noceat. Eadem verò imbecillitas impedit, quo minus Seductio in stuprata attendi queat alia, quam insignis ex lascivia nempe orta, prout judicavit Facultas Mensæ Julii 1740.

Als Klägerin nach Publication des in Actis N. 1. befindlichen Urtheils, worinnen dieselbe in supplementum zu schwören, und eo præstito Beklagter das von ihr zur Welt gebrachte Kind zu alimentiren und mit Klägerin sich billigmäßig abzufinden schuldig erkannt worden, das zuerkannte Supplecorium (nachdem Beklagter der wieder die Urthel eingewandten Provocation renunciiret) Inhalts Protocoll vom 15ten Jun. 1729. N. act. 16. abgelegt, sodann dieselbe 1) pro alimentatione partus vor die vier erste Jahre, jährlich 30. fl. vor die übrigen zehn Jahre aber jährlich 50. fl. 2) pro dotatione 600. fl. wegen der übrigen Aussteuer 200. fl. und 3) pro expensis 200. fl.

wie aus der N. Act. 7. übergebenen Specification zu ersehen, prætendiret, hat Beklagter 1) dagegen eingewendet, wasmassen eine in Rechten klar ver-
sehene Sache seye, quod ad stuprum irritamentis inductus stupratam do-
tare non teneatur.

Ord. Solm. P. 2. tit. 19. §. 14.

Lauterb. Coll. Lib. 48. tit. 5. §. 46.

Stryck. VI. Mod. eod. tit. §. 22.

Daß aber Beklagter zu dem mit Klägerin gepflogenen genauen Umgang von
ihr verführet worden, aus dem grossen Unterschied nicht nur beyderseitigen
Alters und Condition, indem er dero Zeit kaum das neunzehende Jahr,
Klägerin hingegen (welche eines Bürgers und Trompeters Tochter zu L.
seye, und bey ihrem Bruder als Magd gedienet, dabeneben von solcher Be-
schaffenheit seye, daß ein so junger Mensch ohne Verführung in dergleichen
Umgang mit ihr nicht gerathen können) allbereit das vierzigste Jahr zurück-
geleget. Demnach 2) der Klägerin, daß sie ihn nicht verführet habe, das
Purgatorium aufzulegen gebethen, cum Judex etiam ex off. juramentum
hoc suspicionibus gravato imponere teneatur.

Lauterb. Coll. th. pr. Lib. 12. tit. 2. §. 47.

Klägerin auch hiervon die Ablegung des Suppletorii so wenig, als daß in
voriger Urthel Beklagter zu Alimentation des Kindes und billigmäßiger
Abfindung condemniret worden, nicht befreyen könne; indem der Punctus
imprægnationis, nicht aber Satisfactionis, durch sothane Eydes-Præsta-
tion seine Richtigkeit erhalte, und die Hallische Urthel ob omiffam causæ
cognitionem (inmassen wegen der Abfindung in ante actis nicht gestritten
worden) in diesem Stück vor null und nichtig zu achten, wenigstens Be-
klagter ex capite minorennitatis dawider in integrum zu restituiren seye;
hiernächst 3) wegen der ultra modum & conditionem der Klägerin formir-
ten und auf 1620. fl. sich belaufende Prætension zu erwägen seye, daß in
der Graffschaft L. und andern benachbarten Orten einem spurio pro alimen-
tis mehr nicht, als 5. fl. jährlich, gebührten, und die Dotation der Stupra-
tæ vermögte Solmischer Landes-Ordnung und gemeinen Rechten, nach
ihrem Stande und ihres Vatters Vermögen einzurichten seye, folglich Klä-
gerin ohne die Alimenta partus mehr nicht, als 20. fl. prætendiren kön-
ne: allermassen nicht erwiesen, daß sie zu ihrer Erb-Portion 500. fl. und
pro dote 200. fl. bekommen, ihr Bruder auch der gewesene Forstmeister sol-
che mit 500. fl. zu vermehren versprochen, gestalten Ihro Hochgräf. Excel-
lenz vermögte Attestati sub Lit. A. N. Act. 23. die von Beklagtem pro re-
dimenda vexa offerirte 50. Rthlr. vor genug gehalten und approbiret hät-
ten,

ten, letztlich 4) Klägerin dem wegen ihres Brudern Verlassenschaft geleisteten Manifestations, Eyd zuwider etliche Sachen hinterhalten, und nach klarem Inhalt der Beilage sub Lit. A. B. C. in Exhib. N. Act. 32. 33. eines Perjurii sich schuldig gemacht hat, so daß dieselbe nunmehr als eine infamia juris laborirende Person keine Dotation weiter zu fordern befugt, sondern Beklagter ab instituta actione sowohl ratione agnitionis partus, als satisfactionis juxta l. 31. ff. de jurej. gänglich zu absolviren seye.

Allhierweilen aber a) die meiste indicia & conjecturæ, woraus Beklagter eine Verführung herleiten will, in ante Actis bereits vorgekommen, die übrigen von neuem vorgebrachte Mathmassungen aber auf einem unerwiesenen Angeben beruhen, theils auch von der Erheblichkeit nicht seyend, daß daraus eine Seduction zu inferiren, weniger Klägerin dießfalls aller Satisfaction verlustig zu erkennen wäre, in Erwegung nicht eine jede Seduction und zum Stupro gegebener Anlaß privationem dotationis mit sich führet, sondern eine wertliche aus Geilheit herrührende Verführung darben vorgegangen seyn muß, wie aus denen von Beklagten selbst allegirten DD. und besonders Carpz. Pr. Crim. qu. 68. n. 41. seqq. Berger in Supplem. proc. matrim. pag. 517. th. 11. & in Oecon. jur. Lib. 3. tit. 2. §. 4. not. 7. zu sehen; dergleichen merkliche Verführung aber und zum Stupro gethane Reizung Beklagter nicht anzuführen, weniger zu erweisen vermocht; dannhero b) hieraus von selbst sich ergiebet, daß das Purgatorium, wozu probabiles & urgentes conjecturæ erfordert werden,

Mev. P. 7. Dec. 227. n. 3. & P. 8. Decif. 57. n. 2.

zumahl post rem judicatam keine statt finden, noch auch dawider einige Nullitat angeführet werden, oder Beklagten das Beneficium restitutionis in integrum angebeyhen könne, allermassen ante acta zur Genüge ergeben, daß Klägerin aus denen N. Act. 31. producirten Liebes-Briefen und beyderseitigen Zeugen Aussagen so viel Beweis vor sich gehabt, daß dieselbe anders nicht, als ad suppletorium admittiret, und Beklagter zur Alimentation und Dotation nothwendig condemniret werden müssen; indeme allen göttlichen und weltlichen Rechten nach ein Stuprator die geschwächte Weibsperson, ob sie gleich noch so geringen Stands und Vermögens, entweder zu heurathen oder zu dotiren schuldig ist;

Lauterb. Vol. 2. Coas. Nov. Tub. 128. n. 11.

folglich c) nicht der geringste Schein einer Nullitat oder Læsson, worauf restitutio in integrum per l. 5. C. de minor. sich gründet, allhier befindlich, deme ferner d) hinzukommt, daß Beklagter der gegen vorige Urthel eingewandten provocacion renunciiret, mithin das Beneficium restitutionis in

OBSERVATIO DCCCXCIII.

Neque minorennitas, neque quævis simplicitas puncto Sodomiae liberant a tortura, etsi per eandem plus non eliciatur, quam quod crimen tantum attentatum sit.

Ad consummationem hujus delicti requiritur, ut semen sit immissum, licet in ceteris delictis carnis id cum Bœhmero (a) desiderare nolis: Gravitas enim pœnæ Ignis hoc crimen a reliquis valde distinguit, ipseque Bœhmerus Hertium Carpzovium & Bergerum ceu dissentientes allegat.

Attentatum itaque crimen est, si membrum quidem immissum, sed non semen; consequenter in casu, quo de illo constat, purgare se debet Inquisitus, semen non fuisse immissum, quia præsumitur immissum: quod non nisi mediante tortura fieri potest, etiam a minore.

Licet enim ætas pœnam ordinariam mitigat, fustigatione tamen minor dictari nequit, quamvis semen immissum non fuisset, si atrocitas criminis scandalumque consideretur, ob quod etiam sufficientes testes non omni exceptione majores, ut reus torturæ subjici possit (b).

Inde Facultas Mense Oct. 1741.

Ob zwar testis Fisc. ad art. 3. & ad Interr. I. & II. & Interr. 7. 9. post art. 8. de crimine consummato deponiret, so ist doch dieser einigen Zeugin Aussage, da peinlich Beklagter consummationem criminis per immisionem seminis Art. 8. 9. negiret, ad certitudinem Criminis consummati nicht sufficient.

Ob nun aber gleich Defensor eben deswegen behaupten will, daß die Tortur nicht Platz haben könne, weil 1) weder certitudo corporis delicti vorhanden, noch pœna capitalis extra Terras Prussicas statt habe, nisi reus seminis immisionem confessus sit.

Frœlich ad Const. Crim. P. II. p. 262.

Carpz. Pr. Crim. Qu. 76. n. 50.

Tenzel Progr. de Sodomia.

Græven. Diss. de Mitigatione pœnæ in Crimine Sodomiae.

Edictum d. 11. April. 1725.

ap. Myl. Corp. Const. March. P. 2. S. 3. p. 141.

2^a Die

(a) Elem. jurispr. Crim. II. §. CCXC. (b) Berger P. 2. supplem. ad Jurispr. Crim. Obf. 157.

2) Die Zeugin nicht omni exceptione major seye, noch de actu immediato per sensum corporeum und dabey dubitanter absque ratione deponire, sich auch selbstem contradicire, ferner 3) peinlich Beklagter annoch minorennis, und keine 18. Jahr alt, von Kindheit auf ein Valetudinarius und quondam ein Epilepticus gewesen, annoch aber schwächlich und mit dem Fieber behaftet, dabey horrend dumm und stupid seye, welches zumahlen daraus abzunehmen, daß er das Crimen bey hellem Tage auf offenem Feld verrichtet, minorennis vero valetudinarios, Epilepticos &c. torqueri non posse; So mag doch all dieses peinlich Beklagten von der Tortur nicht liberiren, immassen ad a) die fiscalische Zeugin de ipso criminis actu & quidem reiterato deponiret & proprio visu

Carpz. qu. 121. n. 10. seq.

berem Aussage durch des peinlich Beklagten eigenes Bekändnuß bestärkt wird, wenn er gleich immissionem feminis negiret, b) falsch ist, daß Zeugin nicht omni exceptione major seye, und c) ex Boehmero & Consil. Tubing. nicht zu erweisen stehet, wie vorgegeben worden, daß scemina rustica kein tüchtig Zeugniß ablegen könne, sondern das Gegentheil bekannten Rechts, dergleichen d) aus dem Protoc. sub Lit. E. zu ersehen, daß der Schultzeiß und nicht die Zeugin das Crimen vor Amt angezeigt, die angebliche Feindschaft auch unerwiesen, und wann schon e) an der Zeugin Aussage was auszusagen wäre, jedennoch dieser Defect durch des peinlich Beklagten Bekändnuß supplirt würde,

Tubing. Vol. 4. conf. 52. n. 36.

weniger nicht f) unerfindlich, daß Zeugin nicht de actu immediato ex visu proprio deponiren können, ingleichen daß sie dubitanter absque ratione deponiret, oder sich contradiciret; gestalten daß dieselbe bey dem summarischen Verhör ausgesagt, peinlich Beklagter habe tempore perpetrati criminis das Viehe gehütet, in ihrer eydlichen Aussage aber, daß er damals geackert; solcher Umstand nichts zur Sache thut, und genug ist, daß in ihrer eydlichen Aussage keine Contradiction befindlich, demnachst g) nirgends zu finden, daß minorennis nicht sollten torquiret werden können, noch auch daß ad torturam plena pubertas erfordert werde.

vid. Lynck. decis. 124.

Und wann schon h) peinlich Beklagter in seiner Kindheit die Epilepsie gehabt und zwey Jahr krank gewesen wäre, er doch nunmehr da er alle Arbeit zu verrichten im Stande, unter die Valetudinarios nicht gerechnet werden kan, zudem i) daß peinlich Beklagter das Fieber im Gefängniß gehabt,

und nicht auf Füßen stehen können, davon ex actis nichts constiret, si vero morbus talis sit, ut vitæ periculum præsens non sit, tortura perficitur, ferner k) die angebliche Stupidität nicht erwiesen und aus seinen Respon- sionibus solche nicht, sondern weil er die That am hellen Tage und auf offenem Felde verrichtet, vielmehr keine geringe Malice erbhellet. At vero non quævis simplicitas torturam impedit, derowegen l) klar zu Tage lies- get, daß peinlich Beklagter noch zur Zeit pœna extraordinaria nicht zu bes- legen seye, obgleich Defensor des peinlich Beklagten gewaltige Dummheit und Unwissenheit im Christenthume durch des Pfarrherrn und Schulmei- meisters Attestata behaupten will, angesehen dagegen zu betrachten, daß peinlich Beklagter tüchtig befunden worden, confirmiret zu werden, mithin die Unwissenheit im Christenthum so groß nicht seyn kan, daß er a pœna or- dinaria liberirt werde, wo zumahlen Ignorantia eorum, quæ sunt juris Na- turæ in rusticis & minoribus nicht excusiret.

Wenn denn beym Boehmero ein Præjudicium anzutreffen,

Consult. T. II. P. II. 1153. §. 7.

da ein minor ob crimen sodomix ad mortem condemniret worden et si crimen per immissionem seminis consummatum non fuerit;

Als können wir nicht dafür halten, wie bey diesen Umständen pœna extraordinaria statt finden könnte. Wann auch schon dieselbe statt hätte, mußte peinlich Beklagter dennoch nach der fast gänzlich in praxi recipirten Meynung Carpzovii, Leyseri & Bergeri Pr. Crim. P. 2. Quæst. 76. n. 21. 61. fultigiret und also vorher torquiret werden.

Boehmer Jur. Crim. S. I. C. XIII. §. CCXXII.

Daher sind wir Inhalt Urtheils zu sprechen bewogen worden.

OBSERVATIO DCCCXCIV.

Torturæ raro locus est in puncto adulterii.

In plerisque locis vel expressis constitutionibus, vel usu fori receptum est, adulteros non pœna capitali, sed pecuniaria tantum vel alia extra- ordinaria & arbitraria puniri, uti etiam testatur Donauer (a).

Nec sine ratione id fit, quæ in Edicto Regis Borrußiæ de 1. Octob. 1746. continetur, weil Ehebruch und andere dergleichen Delicta Carnis
Crameri Observ. Tom. III. M m m mehr

(a) Confil. 5.

mehr für eine Schwachheit anzusehen: ex qua poena ad relegationem vi istius Edicti Regii nunquam extendatur.

Tortura vero gravior poena esse nequit; Plerisque adeo in locis cum gravior esset; raro ei locus sit, necesse est.

Tunc demum nimirum locum haberet, ubi poena capitalis vel saltem fustigatio introductæ & in observantia essent, semper tamen præsupposita feminis commixtione, de qua ex utriusque partis confessione constare debet (b).

Raro quoque indicia ita comparata & probata sunt, ut torturæ locum concedant.

Sic etiam Facultas Mense Oct. 1741.

Die vom Proc. Fisci gegen beyde peinlich Beklagte, des unter ihnen begangenen adulterii wegen, beygebrachte Indicia N. Act. 40. & 42. seynd zwar scheinbar, aber doch nicht so beschaffen, daß, wie derselbe dafür hält, vermittelst des dritten Grads der Tortur die Wahrheit von ihnen heraus zu bringen seye, dann 1) wird an denen meisten Orten Teutschlandes das Adulterium simplex aufs höchste fustigatione & relegatione, gemeiniglich aber nur mit Geldstrafe coerciret, und daß dieses auch in S. recipiret seye, ist daraus abzunehmen, daß beyde Inquisiten, teste Prot. vom 10. Aug. und 1. Sept. 1740. pag. 57. & 60. gegen 50 Rthlr. Caution, um sich daran im Fall sie in eine diesem Quanto proportionirte Strafe condemniret werden sollten, des Arrests erlassen worden; folglich die Tortur härter, als die Strafe selbst seyn würde, 2) ist bekantens, welches Fiscalis N. Act. 42. vergeblich in Zweifel ziehet, daß die Indicia ad Torturam vollkommen und mit zween ganz unverwerflichen Zeugen erwiesen werden müssen.

Ord. Crim. Art. 6. 23. 30. ibique DD.

In gegenwärtigem Fall aber sind fast alle Indicia, insonderheit die vornehmste, nur mit einem Zeugen, welche darzu pro testibus omni exceptione majoribus nicht zu halten, erwiesen worden, indem die erste Zeugin das 17te, die übrige aber, wenigstens die zweyte, das 20ste Jahr noch nicht erreicht,

vid. Rot. test. Interr. 2.

nicht zu gedenken, daß in Criminalibus Weibsteute, etlicher Juristen Meynung nach,

apud Lyncker Decif. 1330.

keine Testes omni exceptione majores seynd. Und ob zwar in delictis difficilis

(b) conf, Hoffmann de Diss. Jur. in puncto Adulterii,

facilis probationis auch testes inhabiles, insonderheit minores, zugelassen werden, jedoch deren Aussage nur alsdann Glauben bezumessen, wann solche mit andern Adminiculis bestärket wird,

Leyser Spec. 283. med. 5.

so allhier bey keinem derer Indiciorum zu befinden, sobann ist 3) bey denen angeführten Indiciis zu consideriren, daß 1) unter Bauersleuten, wann eine Frau mit ihrem Knecht heimlich redet, nicht so fort Verdacht daraus zu nehmen, 2) die dritte Zeugin ad art. prob. 4. nicht sagt, daß Inquisitin ihrem Knecht auf die Schneide-Kammer heimlich, sondern allein gefolget seye, welches einer Frauen, ohne daß man arge Gedanken daraus fassen möge, ohnserwehrt ist, zumahlen da Zeugin ad Interr. 3. 4. d. art. anführet, daß sie anderswo mehr gesehen, daß die Frau ihrem Knecht, wann sie in Geschäften mit ihm reden wollen, auf die Cammer gefolget und ad Interr. 4. nicht sagen können, daß sie etwas Böses mit einander begangen, 3) das bloße Sitzen auf einem Stuhl neben dem Knecht unter Bauersleuten keine sonderliche Familiarität und Aergerniß gibt und anzeigt, dieselbe Zeugin auch ad Interr. ex officio art. 5. nichts speciales angeben kann, was beyde mit einander vorgehabt, sondern nur, daß Inquisit von der Inquisitin, welche auf dem Stuhl gesessen, weggesprungen, 4) ist sowohl dieses, und 5) daß der Knecht auf dem Heuboden auf der Inquisitin, doch in denen ordentlich zugemachten Kleidern, ohne daß die Hosen aufgemacht gewesen, liegend gefunden worden, nur mit minorennen Zeugen erwiesen, und ex rot. testium nicht zu ersehen, daß test. I. Aussage, durch derer übrigen Zeugen Aussage adminiculiret werde, Inquisitin auch zu statten kommet, daß sie ihre Kleider ordentlich angehabt, noch zerstört ausgesehen, Zeugin auch nicht gesehen, daß sie was Böses gethan. Diligenter enim observandum monet

Mascard. Concl. 59. n. 4. 5.

si testes deponant, se vidisse hominem supra mulierem, an dicant, in actibus venereis. Si non, nec adulterium probari.

Endlich wird 6) erfordert, ut fama orta sit ab honestis & fide dignis viris, wovon hier nichts constiret, dahingegen test. 3. ad Interr. 2. art. 21. deponiret, daß Inquisitin Ehemann den Inquisitum, als er des bösen Geschwäges halber von seinen Eltern aus dem Dienst genommen worden, wieder abgehohlet habe, und ad Interr. 4. 5. art. 22. daß derselbe auf seinem Todtbette befohlen, daß Inquisit die Haushaltung fortsetzen, und deren sich annehmen solle, der Inquisitin Ehemann also entweder keinen Verdacht auf sie gehabt haben, oder den Umgang mit dem Knecht vergeben haben muß.

Wozu noch 7) kommt, daß Inquisitin nach des Ehemanns Tod mit dem Inquisito sich öffentlich versprochen, und 8) der Verdacht wegen der gebrauchten Cur und Medicamenten mit nichts beygebracht worden.

Bei diesen zweifelhaften Umständen nun ist ohnmöglich Torturam, zumahlen ad tertium usque gradum zu erkennen. Das Juramentum purgatorium aber ist zu gefährlich.

Carpz. Quæst. 116.

Ad territionem zu kommen, ist auch bedenklich, bevorab da kein testis omni exceptione major vorhanden, welcher ad probationem per unum testem erfordert wird,

Marb. Vol. 2. Conf. 16. n. 100.

und seynd auch beyde Inquisiti ihres Arrests erlassen.

Daher halten dafür, daß beyde Inquisiten, wegen auf sich geladenen Verdachts, in eine Geldstrafe, jeder Theil zu 20. Rthlr. weil sie wenig im Vermögen haben, zumahlen da sie einander heurathen wollen, refusis etiam expensis, zu condemniren seyen.

OBSERVATIO DCCCXCV.

Extraordinarium modum torturae iudex adhibere potest crescente malitia delinquentium.

Non adhibenda esse inusitata tormentorum genera, BOEHMERVS quidem docet (a), ipsemet vero in antecedentibus (b) docuit, tormenta ad veritatis indagacionem pertinere. Quodsi itaque usitata tormenta ad veritatis indagacionem non sufficiunt; quid reliquum; quam ut inusitata adhibeantur?

Qualia censentur das Mecklenburgische Instrument, sive der Spanische Beck, item das Bambergische Instrument, in illis tantum locis applicabilia, ubi speciali principis consensu sunt probata (c).

Sic censuit Facultas Mensis Oct. 1740.

Es kan Inquisit ohne Zweifel, wann er auch schon das Leben verwürckt hätte, wegen des noch beyhm Uhrmacher begangenen Diebstahls, wenn dieser seine Specification der gestohlenen Sachen zu Festsetzung des Corporis delicti vorher wird beschworen haben, da er durch des Goldschmids Aussage ad Prot.

(a) Elem. Jur. Crim II § CCXXX. (b) CCXXI. 3. (c) Engau Elem. Jur. Crim. L. H. Tit. XIX. §. CCXXVIII. Estor Unterricht von Abfassung der Urthel p. 301.

Prot. vom 29. Jun. und darauf beschene Confrontation, seine eigne Bekänntniß und deren Revocation, quæ suspicionem criminis auget, gravirt ist, torquirt werden: indem bekanntermassen auch ein reus confessus & convictus super eodem vel alio delicto ratione circumstantiarum zur Bekänntniß kan gebracht werden.

So viel aber den modum torquendi angehet, stehet der Obrigkeit frey, bey anwachsender Bosheit derer Diebsbanden, einen andern ausser gewöhnlichen modum torturæ zu adhibiren.

Kress. ad Art. LVIII. §. 4.

Daher der Landesherrliche Befehl in diesem ausserordentlichen Fall, die Bambergische Folter zu gebrauchen, nicht zu mißbilligen ist.

OBSERVATIO DCCCXCVI.

De beneficio competentiae nobilibus competente.

De beneficio competentiae selectiores Theses juridicas JOH. KLEIN edidit, in quibus hanc quaestionem ne verbulo tetigit. Nobilibus dictum beneficium denegant BRVNEMANNVS (a) & FINCKELTHAVS (b). WERNHER. in Diss. de Beneficio competentiae generatim, speciatimque Nobilibus concessio, illud ipsis tribuit.

b. de LVDOLFF Obs. CLXXXIII.

Visa hæc res esse arbitrii judicis & officii, ne nimirum sit laxus neque retinens nimium, sed ex circumstantiis rem æstimet.

Deficit enim lata Lex.

Qua ex Ratione in Causa Jud. Moses Isaac Schuster contra Bastheim ad Suppl. Doctoris Scheurer de 9. Nov. 1762. pro concedendo ob extremam indigentiam Beneficio competentiae

DECRETUM.

Ist Supplicantis Principalin, des ihr zu verstattenden Beneficii competentiae halber, beschene Begehren hiermit zugelassen. In Consil. 17. Decembr. 1762.

Quid Facultas Mensè Jul. 1741. fenserit, percipe ex sequentibus.

Ob wir zwar der beständigen rechtlichen Meynung sind, daß gedachter Herr Debitor schuldig seye, die gesuchte Hülfe wider sich ergehen zu lassen,

M m m 3

(a) ad L. 16. ff. de Re Jud. n. 2. (b) Obs. 113. n. 17. seqq.

sen, jedannoch aber halten wir davor, daß, weilen er seinem Bericht nach, von dem Guth quaest. nebst den Seinigen doch necessair leben muß, ihm als einem Nobili und Vasallo, das Beneficium competentiae zu statten komme: anerwogen sothanes Beneficium denen Adels. Personen nach Lehre der bewährtesten Rechtsgelehrten heutiges Tages nicht weniger, als denen Kriegsleuten zustehet:

Carpz. P. 1. c. 32. d. 15. in process. T. 25. a. b. n. 21. 35.
Kreidemann in Tr. vom teutschen Adel, quaest. 4. n. 59.

Und ob zwar

Lauterbach in Diff. de beneficio competentiae th. 34.
consequentiam a milite ad nobilem vor unbündig erkläret, und ihm

—Mauritius de nobilitate imprimis Germanica §. 34.

hierinnen Beyfall giebt; bestärket doch unsere Meynung was Müller schreibt:

ad Struv. Exerc. 44. §. 20. Lit. m.

Quidquid de eo sit, sufficit, quod praxis quotidiana affirmativam introduxerit, eamque tueatur.

Und ist hier um so mehr darauf zu reflectiren, weilen der Herr N. ein Nobilis und Vasallus zugleich ist; dem Vasallo aber von Lauterbach selbst

c. 1. §. 23.

gedachtes Beneficium zugestanden wird.

Aus diesem nun erlediget sich die andere Frage: Was vor ein Remedium dießfalls competire? von selbst. Nämlich weilen der Effectus & quidem immediate ex dicto privilegio proveniens, Exceptio ist

l. 7. pr. ff. de except.

l. 17. §. 2. ff. Sol. matrim.

quam competentiae quoque vocant Doctores; so kommt dem Herrn N. Exceptio competentiae zu, welche von ihm noch in ipso actu executionis opponiret werden kan,

Carpz. P. 1. c. 32. d. 15

Zanger de except. P. 2. c. 15. n. 4.

Hartmann. Hartm. C. 2. Tit. 18. Obs. 2. n. 7.

etiamsi executio ex Instrumentis liquidis & confessatis fiat, quemadmodum in casu praesenti,

Berlich P. 1. Concl. 84. n. 37.

Etenim in executione omnia atteadi debent, quae non sunt contra, sed praeter sententiam & quae executionem moderantur

Mev. P. II. Dec. 329. n. 4.

von dieser Beschaffenheit aber ist bemeldte Exceptio competentia,
Carpz. in proc. Tit. 25. art. 6. §. 4.

Und dieser Meinung mag im geringsten keinen Abbruch gebähren, daß der Herr N. sothane Exception zum öftern eingewandt, dieselbe aber jederzeit a iudice tacite reprobiret worden, pronunciando ad ulteriora procedendum esse. Denn da sie Herr N. nur obiter in lite angeführet, so ist auch niemahls plene darüber erkannt worden.

Etiamsi vero Exceptio, quæ contra exceptionem opponi potest, proposita & expresse vel tacite rejecta fuerit, ubi tamen obiter tantum adducta, ut proinde a iudice non multum attentata, nec plene de eadem cognitum fuerit, eo non obstante, iterum opponi, non vetatur.

Juxta tradita Mevii P. VI. Dec. 250.

Berlich P. I. concl. 57. n. 89. concl. 84. n. 95.

Carpz. Dec. 49. & 251. n. 9. & in proc. Tit. 25. art. 6. n. 66.

Böshmeri J. E. L. II. tit. 27. §. 11.

Die Erörterung der dritten Frage: Ad quid, oder wie zu concludiren? ergiebet sich von selbst. Denn da das privilegium deductionis sive competentia vivo debitore auch dessen Kindern und Familie indulgiret ist,

Wesenbec. P. I. conf. 50. n. 22.

Carpz. P. I. const. 32. d. 17.

und dem Debitori nach seinem Stande und Herkommen zu statten kommet,

Wesenb. c. I. n. 20.

Matth. Coler de proc. execut. P. 2. c. 3. n. 120. seq.

Manzius in patroc. debit. P. I. Dec. III. quæst. 3. p. t.

um die Execution zu moderiren, ut ipsi alimenta necessaria relinquuntur

Manz. c. I. quæst. 1. n. 135.

Hingegen auch in Exceptionibus conclusio nöthig ist;

Carpz. L. II. resp. 1. n. 16.

so ist bey dieser Exceptione competentia dergestalt zu concludiren, daß dem Herrn N. nach Gelegenheit des ihm zustehenden beneficii competentia zu seiner und der Seinigen Alimentation, seinem Stand und Herkommen nach, jährlich eine gewisse Summa Geldes ausgesehet werde.

Was die vierte Frage, contra quem? betrifft: Diweil Exceptio competentia debitori contra creditores zukommt,

Lauterb. c. I. §. 41.

Hingegen A. und P. in hac qualitate nicht mehr stehen, sondern abgefunden sind, jedoch dabey kein indebitum empfangen haben; so folgt, daß ange

angeregte Exceptio dem Herrn N. blos wider die immittirte Creditores zu stehe.

Die fünfte Frage: In quo iudicio? belangend: so ist an dem, daß Exceptio competentiae modum executionis concerniret: immassen sie executionem moderiret, damit dem Debitori nothdürftige Alimenta überbleiben. Jam vero de modo executionis executoris est statuere;

Mev. P. 2. Dec. 145. n. 5.

Berlich P. 1. concl. 79. n. 5.

Carpz. L. II. resp. 3. n. 7. 8.

einsfolglich da die Execution wider den Herrn N. von der Gräflichen Regierung zu E. verrichtet worden; muß Exceptio competentiae bey gedachter Regierung von demselben vorgeschüget werden. Falls nun dieselbe in hoc iudicio verworffen werden sollte, so könnte der Herr N., gleichwie in allen Fällen, ubi non attenditur exceptio, quæ in ipsa executione locum habet, qualis habetur illa, quæ tendit ad moderandam executionem,

Mev. P. 1. Dec. 145.

salvo remedio alio competente, tanquam ab excessu executionis appelliren,

Mev. P. III. Dec. 82. n. 4.

und zwar am sichersten nach Wien; um die zu befürchtende Cavillation propter connexitatem causæ zu evitiren.

Hiernächst aber könnte auch die Sache pro stylo iudicii in causa alimentorum & moram non ferente auf ein Mandatum S. C. nach Belegenheit derer Actorum qualificiret werden.

Friderus de Mand. l. 2. c. 51.

Blum Suppl. Camer. Tit. VIII. p. 349. & 363.

Endlich die sechste Frage: Wie hoch die Competenz zu erkennen bey drey Söhnen und einer Tochter, welche alle erwachsen sind, benebst seinen übrigen 12. bis 14. Domestiquen? erhält ex deductis ad quæst. 3. & 4. ihre rechtliche Decision. Nehmlich obwohlen man in determinanda competentia nach einhelliger Meynung der DD. auf des Debitoris und der Seinigen Alimentation zu sehen hat; so ist doch an dem, daß 1) unter den Seinigen blos diejenige verstanden werden, welche auf andere Weise ihre Sustentation nicht finden können, als die Frau und unerzogene Kinder. 2) Da die Alimenta allemahl blos auf Necessaria gehen, die Necessaria aber nach dem Stande und Herkommen differiren, so können zu des Herrn Debitoris höchst nothdürftigen Alimentation und da die Zahl der Domestiquen nach seinem höchstbedürftigen Zustande gar sehr sich verringern läßt, und er des beneficii

ficii competentiae bloß wider die immittirte Creditoren sich zu gebrauchen befugt, über 400. Rthlr. jährlichen von den Pachtgeldern nicht ausgesetzt werden.

OBSERVATIO DCCCXCVII.

Datur Jus Hominibus cum brutis commune.

ASSERTUM b. HEINECCII est, nullum esse jus hominibus cum brutis commune: idemque inde consequi sibi persuasit, quod bruta ne ipso quidem diffitente VLPIANO, sensu careant,

l. 1. §. 3. ff. *si quadr. paup. fec. dic.*

adeoque in ea nec cadat jus, nec obligatio (a).

Ego aliter & quidem ita rationes subduco: Jus Naturæ in sensu Institutionum & in genere Romanorum illud dicendum est, quod determinat actiones per rationes a natura homini cum brutis communi defumtas. Quorum adeo ratio in natura quorundam brutorum speciali continetur, ea ad Jus Naturæ non pertinent.

Ita ego promiscuus coitus canis non est Juris Naturæ, cum ejus ratio contineatur in natura quorundam brutorum speciali. Neque enim Animantia omnia bruta per coitum promiscuum propagantur, sed tantum ea, quibus educandis foemella sola sufficit. Etenim si maris auxilium opus est, id quod in avibus observare datur, mas cum foemella sobolis procreandæ & educandæ gratia societatem in it tamdiu duraturam, quamdiu educatio durat.

Cum adeo posita natura homini cum brutis communi, idem jus ponatur; Jus Naturæ non est humani generis proprium, sed omnium animalium commune, abstrahendo quoque ab hypothesei Stoicorum.

Actiones nempe hominum & brutorum per easdem regulas determinantur, hac sola differentia, quod bruta physice, hoc est, per objecta externa vi Mechanismi, homines vero moraliter necessitentur i. e. per motiva impellantur ad actiones ita potius, quam aliter determinandas, quia ratione præditi sunt, ac libertate gaudent, quibus Bruta destituntur.

Sic regula utrisque eadem est, quod proles procreata educanda sit. Cujus ratio continetur in natura homini cum brutis communi: fetus enim

Craneri Obs. Tom. III.

N n n

non

(a) Pand. L. I. P. I. §. XIV.

non minus brutorum, quam hominum ea est natura, ut in lucem editus sibi metipsum de victu aliisque ad vitam necessariis prospicere minime possit; atque adeo uterque educatione indigeat. Hinc & ipsa Insecta pisces, ranae, quantum necesse est, ad prolis suae educationem conferunt.

Ex rationibus a b. HEINECCIO obmotis id tantum sequitur, quod Bruta Juris Naturalis revera perita non sint. Sed nec id asserit VLPIANVS l. 1. §. 3. ff. de J. & I.

Ejus tantum perita *consenda* sunt, quatenus nimirum Bruta in Actionibus Juri Naturali conformibus easdem regulas cum hominibus observant.

OBSERVATIO DCCCXCVIII.

Sententia eorum, qui nullum primum Juris Naturae principium esse dicunt, erronea est.

Jus Naturae etiam sine primo aliquo principio esse posse, statuit b. de LEYSER

Med. ad ff. Sp. III. M. III.

Quodsi vero Jus Naturae in sensu Romanorum accipimus pro eo, quod determinat actiones per rationes a natura homini cum brutis communi desumptas, illud sine principio non esse, statim patet. Ita enim convenientia Actionum cum natura animali seu homini cum brutis communi erit principium quarumcunque regularum Juris istius; indeque cognoscere licet, quid Juris Naturalis sit.

Attende namque ad Actiones Brutorum & inde abstrahe regulas, juxta quas determinantur; regulae illae, quarum ratio in natura homini cum Brutis communi continetur, ostendunt, quid Juris Naturalis sit. Idque eo certius, quod Bruta regulas in actionibus suis physice observare teneantur, easdemque adeo violare nequeant.

Jus Gentium in sensu Institutionum acceptum ad Jus Naturae referre neminem latet.

Est autem Jus Gentium in sensu Romanorum, quod determinat actiones per rationes a natura homini propria desumptas. Cum adeo natura homini propria omnium hominum sit; posita cujusque hominis natura, jus idem ponitur; consequenter Jus Gentium hominum omnium commune est.

Hodie Jus Naturae dicitur illud, cujus ratio in natura humana universa, sive cum brutis communi, sive homini propria, continetur, adeoque

que

que Principium Juris naturæ expeditum est, convenientia actionum cum natura humana, seu natura vel viribus Animæ, corporis, rerumque externarum. Quemadmodum hac sublata, tollitur Jus Naturæ; ita eadem, inspecie vero ejusdem indigentia posita, ponitur Jus Naturæ, ponuntur in specie Dominia, Contractus, Societates civiles, Bella, captivitates &c.

Quem vero fugit, principium alterius esse, in quo continetur ejus ratio, ita ut unoposito, ponatur quoque alterum? Quo sensu quoque Jura naturalia immutabilia dicuntur: nam tamdiu permanent, quamdiu permanet natura. Natura autem rerum in se considerata immutabilis est. Hinc eadem semper subsistit horum jurium ratio. Ergo & eadem jura semper subsistere debent:

Ac proin etsi statuas cum b. de LEYSER, Jus Naturæ esse dictamen rectæ rationis, unicuique ex suo lumine statim ostendens, quid bonum malumve sit, in quæstione tamen adhuc est, quid sit illud lumen, & quomodo ostendat quid bonum malumve sit.

Compara vero actiones humanas cum natura universa humana & natura rerum externarum, quibus indiget: explora num ad perfectionem ejus, an vero ad ejus imperfectionem tendant; lumen istud habebis ostendens, quid bonum malumve sit.

OBSERVATIO DCCCXCIX.

Datur Jus Gentium a Jure Naturæ diversum.

Nullum esse Jus Gentium a Jure Naturæ diversum, Meditatio Leyseriana est (a).

Perpende vero, quod Jus Gentium aliud non sit, quam cujus ratio in relatione Gentium ad se invicem continetur. Quemadmodum igitur illa vel necessaria vel voluntaria seu arbitraria est; ita quoque Jus Gentium in necessarium & voluntarium seu arbitrarium dispendendum. Relatio illa necessaria obtinet inter Gentes in statu naturali, in quo ad instar personarum singularium considerari possunt, indeque Jus Gentium necessarium seu primarium vel internum aliud non est, quam Jus Naturæ ad integras Gentes ad instar personarum singularium consideratas applicatum: quo spectat illud, quod pacta servanda sint, Gentes æque, ac personas singulares obligans.

(a) I, Sp. III. L. I. T. I.

Relatio autem voluntaria dependet vel a pactis vel consuetudinibus, unde Jus Gentium arbitrarium, seu secundarium externum, quod vel pactitium, vel consuetudinarium. Ad prius pertinent *alle Friedens, und Commerciën &c. Tractaten*; ad posterius ceremoniæ in recipiendis Legatis observari solitæ, ut & quod Bellum pro justo habendum non sit, nisi solemniter indictum.

Quia enim Gentes non agnoscunt Judicem superiorem, qui de justitia causæ pronunciare possit, idcirco effectus Belli justii intra ambitum Justitiæ coerceri non potuere, sed Bellum pro justo declarandum fuit, quod solemniter indictum.

Quo ipso exemplum habemus Juris Gentium a Jure Naturæ diversi, de quo dubitavit L. B. de COCEJI (b).

Elegans est parallelismus inter Jus Gentium istud externum seu secundarium & civile, in eo consistens, quod eadem de causa, ob quam Jus Civile a rigore naturali recedit, Jus quoque Gentium ab eodem abeat; cum non minus inter Gentes, seu in magna illa societate humana, in qua Gentes degunt, quam in civitate, tranquillitas tanquam finis intendatur; consequenter sicut in civitate, ne lites ex litibus, ita in illa Societate magna, ne Bella ex Bellis oriantur, præcaveatur.

Negandum tamen non est, Jus Gentium secundarium tantummodo dare impunitatem agendi inter Gentes, non vero tollere obligationem internam agendi contrariam. Tolerantur mala minora, ne si hæc evitare studeamus, inde majora oriantur.

Tantum abest igitur, ut illud tritum, quod inter Gentes nullus sit superior, nec moratior Gentes ullum sibi in reliquis Imperium, ullamque Legislatoriæ potestatem asserere queant, opinioni b. de LEYSER proffit, ut potius ei obsit.

OBSERVATIO DCCCC.

Divisio Justitiæ in universalem & particularem, commutativam & distributivam, in Jurisprudentiâ positivâ usu suo non destituitur.

§. I.

(b) Jure Contr. p. 25.