

Conrad Kephaldes

De Alienatione Fideicommissorum Familiae Vel Sine Consensu Liberorum Postea Procreatorum Licita

Erlangae: Typis Ivngianis, 1794

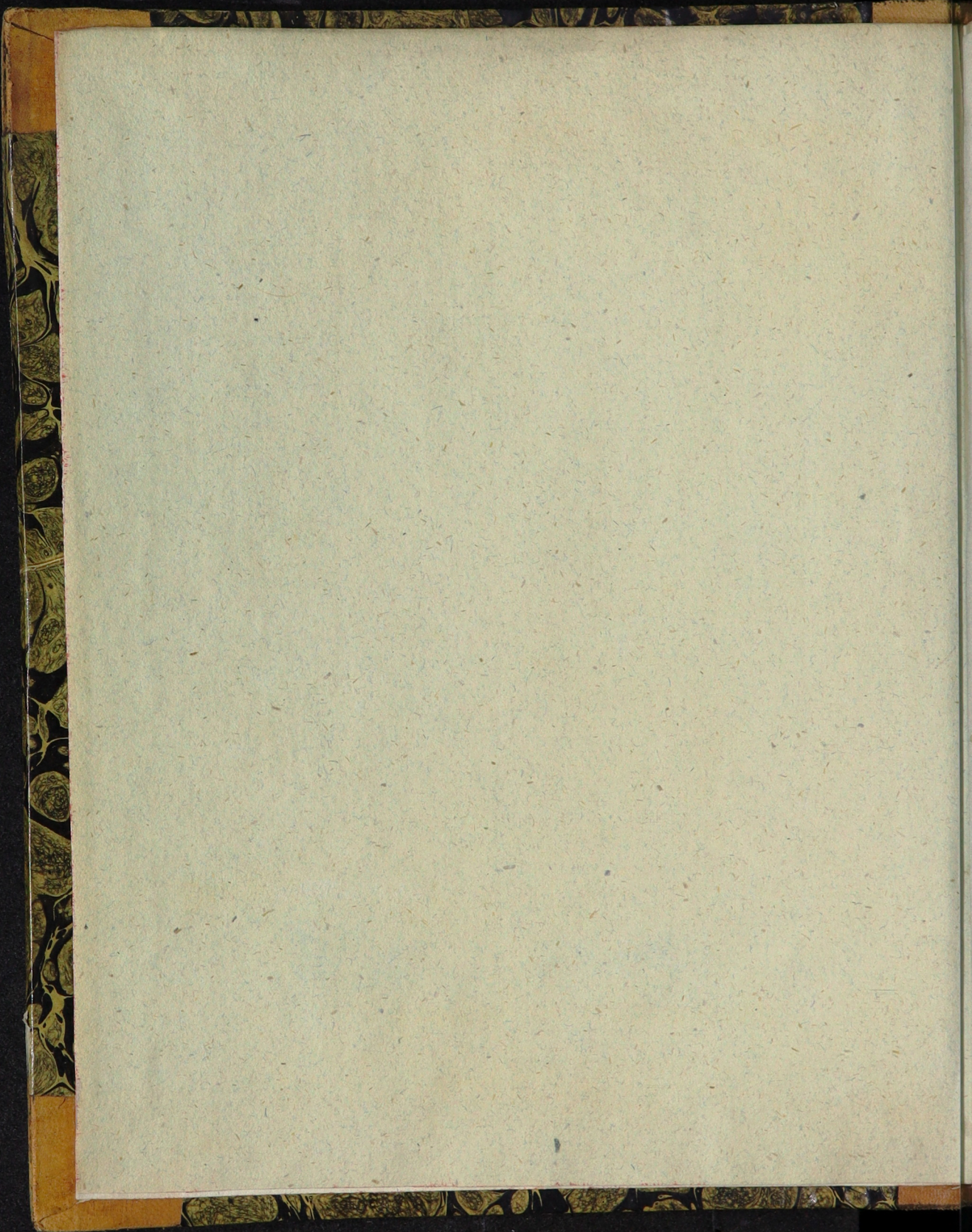
<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1757711481>

Druck Freier  Zugang





N. N. — 1 (37.)



DE
ALIENATIONE FIDEICOMMISSORVM
FAMILIAE

112

VEL
SINE CONSENSV LIBERORVM POSTEA
PROCREATORVM LICITA

DISSERTATIO IVRIDICA

SCRIPSIT

CONRADVS KEPHALIDES

AVGVSTA VINDELICVS

IVDICII, QVOD DE ARTIFICVM OPIFICVMQVE AVGVSTANORVM
CAVSIS COGNOSCIT, ACTVARIVS.

ERLANGAE

TYPIS IVNGEANIS.

1794.

8

ALBERTUS TIBELI COMMISSORVM

WILLIAM

2.

SIND GONSENBY LIBERORVM POSTIA
PROCESSIONVM TICTA

DISELLATIO IMRIBICA

CONSTIT

CONRADVS BERNARDVS

ALGATA VINDICONS

INDICIT, QVOD DE VIKINGV. OPHICIVQVE ANGVSTANORVM

CAVAT FUGACIT, ACTVARI

FRANKA

TERRA FVNDATA

IVD.

S. R. I.

INCLYTAE AC LIBERAE REIPUBLICAE

AVGVSTAE VINDELICORVM

PROCERIBVS

VIRIS PERILLVSTRI BV S

DOMINIS

IOAN. BAPTISTAE CHRISTOPH. ADAMO

VALENT. IOSEPHO DE RECHLINGEN

ET HALTENBERG

AVGVSTISSIMO ET POTENTISSIMO ROMANORVM IMPERATORI

A CONSILII ACTVALIBVS ADVOCATIAE IMP. AVG.

PRAESIDI PROVINCIAL.

ET

PAVLO DE STETTEN

POTENTISSIMO ROMANORVM IMPERATORI

A CONSILII ACTVAL.

DVVMVIRIS PRAEFECTIS

SPLENDIDISSIMIS

NEC NON

VIRIS ILLVSTREBVS GENEROSISSIMIS
MAGNIFICIS PRVDENTISSIMIS

DOMINIS

IO. BAPTISTAE MAVRIT. LVDOVICO
DE CARL A MÜHLBACH

IAC. VLRICO HOLZAPFEL DE HERXHEIM
ET KOETZ

PHILIPPO GEORGIO FRIDERICO
DE RAVNER A MÜHRINGEN

WOLFG. IGNATIO LANGENMANTEL
A WESTHEIM ET OTTMARSHAVSEN

IOAN. THOMAE DE AMMANN

RELIQVISQVE PERQVAM GENEROSIS NOBILISSIMIS MAXIME
STRENVIS AMPLISSIMIS PRVDENTISSIMISQVE SENATORIBVS

PATRIAE PATRIBVS OPTIMIS

DOMINIS SVIS GRATIOSIS

MAECENATIBVS ATQVE PATRONIS

HASCE QVALESCVNQVE LABORVM SVORVM PRIMITIAS EA,

QVA DECET, OBSERVANTIA

D. D. D.

CVLTOR LONGE DEVOTISSIMVS.

DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA

DE

ALIENATIONE FIDEICOMMISSORVM FAMILIAE
SINE CONSENSV LIBERORVM POSTEA
PROCREATORVM LICITA,

S. I.

Argumenti constitutio; notatur ICtorum dissensus.

Inter doctrinas iuris germanici privati imprimis ea, quae de fideicommissis familiarum, vel maxime nobilium, agit, praepostera varii iuris et peregrini et domestici confusione eum in modum deformata, nugisque difficilibus implicata atque perplexa est, ut primigena eius indoles fere penitus interierit: et sane, nisi historia huius rei causam nobis traderet, nunquam percipere possemus, qua ratione res, ex institutis Germanorum antiquissimis repetenda, una cum nomine romano ei imposto, eiusdem iuris naturam induere potuisset *a*). Merito igitur optimo

a) Rem omnem, tum pugnam inter ius patrium et peregrinum, tum iuris peregrini victoriam et iuris patrii cladem sive innovationem nativis

A

colo-

optimo laudis praeconio commemoranda mihi videntur praestantissimorum illorum nostrae aetatis Iureconsultorum studia, qui insignem hanc iuris germanici doctrinam, tot veterum Ictorum male Romanizantium tricus et cavillationibus conspurcatam, ex limpida innatisque fontibus, depulsa omni atque fugata ei infusa olim peregrinitate, nativae suae integritati restituere sategerunt *b*).

Quamvis vero post exantlatos tantorum virorum labores, ipsa de fideicommissis familiarum doctrina, quam late pateat, ita iam perpolita, atque in lucem edita sit, ut, an addi possit quidpiam, quo maior lux eidem affundatur, fere dubitem, mihi tamen, de capite quodam iuris controversi pro more eorum, qui sibi aditum ad summos in utroque iure honores aperire volunt, meditati, si hoc ex inclyta illa iuris germanici materia depromserim, haud videor operam plane et oleum

coloribus depinxit Ill. *Io. Diet. MELLMANN* in select. capitibus doctrinae de fideicommissis familiarum nobilium. (*Alt. et Lips.* 1793. 8.) Sect. I. §. 5. et 6.

b) E numero libellorum singularium hac de re editorum commendari in primis merentur, *I. H. BOEHMERI* Diss. de fundamento pactorum familiarum ad fideicommissa inclinantium, in *EIVS Exerc. ad Pand.* T. II. p. 403. *Io. Casp. HEIMBURG* Diss. sistens iuris commun. et germ. differentias in doctrina de fideicommissis. *Ienae* 1743. *Franc. Lud. Com. de OETTING* Diatr. de fideicommissis. *Helmst.* 1734. *Io. Ferd. Wilb. BRANDT* diss. de natura bonorum avitorum. *Marb. rec.* 1791. *Io. Steph. PÜTTER* Comm. de iure feminarum adspirandi ad fideicommissa familiae. et *Io. Christph. RICHTERI* seu potius Ill. *BODMANNI* Tentamen theoriae de fideicommissis familiarum illustrium et nobilium germaniae ad habitum et mores hodiernos spectatae. *Moguntiae* 1790.

oleum perdidisse. Est enim quaestio, qua, an exquisitior unquam in Iureconsultorum disceptationem prodierit, nescio, scilicet an alienatio fideicommissi familiae, vel omnium eorum, quorum interfuit, eo tempore viventium consensu facta, a liberis eorum, postea natis, impugnari queat, et revocari? In qua dirimenda, mirum est, quam varie sentiant ICti, qui vel ex iuris peregrini placitis vel ex ipsis rerum germanicarum argumentis eandem esse decidendam opinantur. Qui enim ius Romanum in omnibus omnino iuris etiam domestici controversiis pro unica decisionis regula ac norma assumendum esse statuunt, ita sibi persuaserunt, omnem illicitam esse nullamque fideicommissorum familiae alienationem, consentientibus licet omnibus agnatis factam, neque eam iuri postea natorum nocere, concedentes iis ius et potestatem, impugnandi pacta, quibus olim fideicommissum est sublatum, quantumvis ipsi paciscentium heredes facti sunt. IO. FRID. HERTELIVM c), iuris in Academia Ienensi quondam Antecessorem, sententiam hanc in primis propugnasse, multosque et maxime celeberrimum WESTPHALIVM d), ICTum quondam Halensem, in suas partes pellexisse, neminem fugit. Quorum quidem argumenta, profecto ficulnea, etsi strenue refutaverit ex optimis rerum causis consultissimus BERN. GOTTL. HVLD. HELLFELD e), tamen contra eundem sententiam suam

A 2 tueri

c) Diff. de alienatione fideicommissorum familiae vel omnibus etiam de ea consentientibus illicita. Ienae 1737.

d) rechtl. Abhandl. von der Wirkung eines Erbverzichts in Absicht der Nachkommen. Halle 1778. §. 17.

e) Diff. de fideicommissis familiarum illustrium, eorumque, si alienata sunt, revocatione. Ienae 1779.

tueri denuo adnifus est WESTPHALIVS f), hac tantum addita restrictione, ut, si principis consensu sublatum sit fideicommissum, posterius pactum antecessorum suorum impugnare haud possint. Novum quoque adversarium nactus est Ill. HELLFELD, consultissimum nempe IO. ERN. IVSTVM MÜLLERVM g), qui in redarguendo illo repetitam navavit operam. Vtrum vero duumviri illi rationibus suis id, quod voluerunt, effecerint, et an vere iis contigerit, sententiae suae novum addere pondus, operae pretium videtur, accuratiori mentis trutina examinare. Ut autem a ratione suscipiatur ea de re institutio, placet, praemittere quaedam de fideicommissorum familiae indole eorumque alienatione.

§. II.

Fideicommissorum familiae notio evolvitur.

Quisque heres secundum iuris communis regulam in bonis defuncti domini iura ita acquirit, ut de iis pro arbitrio disponere queat; nisi hac facultate privatus ei onus restitutionis impositum fuerit. Haud raro enim testator liberalitatem suam et in alias personas conferre, vel bona in commodum familiae suae conservari cupit, addita idcirco ea lege, ne in extraneum omnino transeant, constitutaque simul in quemcunque alienationis casum negotii nullitate. Oriuntur hinc FIDEICOMMISSA FAMILIAE

f) in dem teutschen und reichsfürstlichen Privatrecht Th. II. Abb. 57. §. 21. S. 238. f. f.

g) in Observat. pract. ad Leyferi meditat. ad Digesta. Tom. IV. Fasc. I. Obl. 630.

LIAE, quae igitur in sensu generali sunt *bona posteris ea lege relicta, ut ob commodum familiae semper in eadem maneant, neque ullo modo in extraneum alienentur, sed ab uno possessore ad alium eiusdem familiae vel gentis secundum certum ordinem transeant a)*. Quamvis autem hoc plerumque esse soleat consilium eorum, qui fideicommissa familiae constituunt, ut conservetur familiae, stirpis nimirum masculinae potissimum, splendor, atque in aeternitatem propagetur; sunt tamen etiam, quibus, de aeterna gentis suae tuitione non adeo sollicitis, iam satis est, habere posteros, nisi omnes, aliquos tamen, auctoris memoriam. Quam quidem ob rem extra dubium mihi positum esse videtur, non solum hereditates ipsas sed etiam bona singularia, sive immobilia sive mobilia sint b), posse fideicommissi lege relinqui. Neque etiam haec mihi perpetua fideicommissorum familiae natura esse videtur, ut ad conservandum familiae splendorum stirps masculina feminis praefertur, cum et fideicommissum familiae ita constitui possit, *ut bona ad quaevis et singula familiae membra, secundum vulgarem succedendi rationem, adeoque tam ad masculos quam ad feminas, pertinere debeant c)*. Oritur inde divisio fideicommissorum

A 3 rum

a) Fideicommissum igitur familiae nequaquam intelligitur, quod filiae tantum eiusque liberis relictum esset, et deinde alienari posset, adhibita licet a testatore *fideicommissi familiae* appellatione, qualem speciem habet PVFENDORF Tom. II. Observat. 85.

b) Conf. *Car. God. WINCKLERI* Progr. de fideicommissis familiae rerum mobilium. *Lipsiae* 1763.

c) Vid. omnino *Lud. God. MADIHN* Princip. iuris Rom. de Successionibus (*Francof. ad Viadr.* 1792. 8.) §. 228. Quin immo nulla in fideicommissi

rum familiae in *gentilitia* seu *agnatica*, et *vulgaria* seu *cognatica* d) cuique nota haud imperitissimo.

§. III.

In specie de indole fideicommissorum familiae a) secundum ius Romanum.

Quum vero diversa plane sint veterum Romanorum ac Germanorum in hac doctrina principia, placet primum fideicommissorum, quae familiae vocantur, indolem secundum ius Romanum exponere. Romanis iam inde a temporibus SEVERI et ANTONINI Impp. haud incognita fuisse fideicommissa ea lege a testatore relicta, ut perpetuo in eius familia manerent, nec unquam extra eam alienarentur, docent exempla in legibus Romanis obvia a). Magna tamen cautione opus est, ne, quod multis accidit, cum illis confundamus fideicommissa familiae tantum relicta, quorum saepius in legibus occurrit mentio b).

Haec

missi lege masculorum mentione facta, filias quoque succedere iure statuunt. Conf. III. PÜTTER in den *auserlesenen Rechtsfällen* II. Bandes 3. Th. Resp. CCXVIII. n. 15.

d) Vid. TEXTORIS Disp. de fideicommissio stirpis masculinae. et Io. Chr. RUPRECHT Diss. de fideicommissio familiae cognatico. *Marb.* 1739.

a) L. 114. §. 15. et 16. D. de Legat. I. L. 69. §. 3. D. de Legat. II. L. 77. §. 11. D. eod. L. 38. §. 1. D. de Legat. III. L. 94. D. eod. L. 54. D. ad Leg. Falcid. Nov. CLIX. cap. 2. et 3. Conf. Ioseph. FERNANDEZ de RETES academ. praelect. de fideicommissis perpetuo familiae relictis in *Thes. Meermanniano* Tom. VII. pag. 625. fqq.

b) L. 32. §. 6. D. de Legat. II. L. 83. §. 6. D. eod. L. 11. Cod. de fideicomm. iunct. L. 120. §. 1. D. de Legat. I. Vid. Ant. FABER de

ERRO-

Haec enim successiva non sunt, sed una restitutione expirant, nec de caetero manent res fideicommissis subiectae. Quare simulac ad familiam semel pervenerunt, sive ad eum, qui de familia vocatus fuit, possunt ab eo res alienari, et in quemcunque transferri c). Et de his cum ANT. FABRO d) intelligendum esse censeo IUSTINIANVM Imperatorem, qui, si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, generum et nulum familiae appellatione contineri constituit e). Sed alia est fideicommissorum perpetuo familiae relictorum ratio, quae per gradus deferuntur, et ab uno possessore ad alium eiusdem familiae secundum successionis ab intestato ordinem transeunt, alienatione eorum quomocunque prohibita. Haec vero fideicommissa apud Romanos non nisi per ultimae voluntatis dispositionem constitui poterant, nam fideicommissa conventionalia, quae et in iure Romano fundata esse, sibi persuaserunt nonnulli, analogiae eius plane adversari, negabit nemo, qui, quantopere Romani omnem de hereditate pactis disponendi modum abhorruerint, secum perpenderit f). Vtrum autem necesse

Errorib. pragmaticor. Decad. LIV. Err. 7. et *Christph. Lud. CRELLII*
Diff. de his, quae familiae relictae sunt. *Vitemb.* 1740.

c) de RETES cit. praelect. Cap. I. §. 4. et 5.

d) de Errorib. Pragmatic. Decad. LIV. Err. 10.

e) L. 5. *Cod. de Verb. et rer. significat.*

f) Leges, quas aliter sentientes, pro firmanda sua sententia adducere solent, egregie interpretatus est I. H. BOEHMERVS in Diff. de fundamento pactor. familiae ad fideicommissa inclinant. Cap. I. §. XI. sqq.

neceffe fuerit, ut fideicommissa perpetuo familiae relicta per principis rescriptum confirmarentur, quaestio est, quam affirmandam esse existimat DE RETES g); sed, nescio, an ex idonea ratione. Nam fugere haud potuit virum doctum, fideicommissa non ex rigore iuris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis, ut VLPIANVS b) ait. Neque usquam in Legibus Romanis aut vola aut vestigium occurrit ullum veniae eiusmodi et confirmationis a Principe necessario impetrandae ad fideicommissi familiae perpetui constitutionem. Caeterum id plerumque observatum esse iure Quiritium invenimus, ut, cum fideicommissa benignius per interpretationem extensivam acciperentur, omnes familiae nomine vocati fuerint, qui quocunque modo hoc nomine comprehendi poterant, sive eiusdem originis aut stirpis essent, sive ad nominis communionem tantum pervenissent. Haud mirum itaque videbitur, si ad fideicommissa familiae non solum exheredatos i) et emancipatos k), cum ad stirpem et nomen auctoris pertinere haud desinerent, sed etiam, post omnes ingenuos extinctos, libertos testatoris l) admissos esse deprehendimus, cum et hi omnino nomine patro-

g) cit. Praelect. Cap. I. §. 4.

b) Fragm. Tit. XXV. §. I. apud SCHVLTING. in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 660.

i) L. 114. §. 15. et 16. D. de Legat. I.

k) L. 69. §. 4. D. de Legat. II.

l) L. 94. D. de Legat. III. Singulare prorsus fuit, et a ratione iuris alienum, quod et ii secundum fideicommittentis voluntatem invitati intelligerentur, quibus heredes extranei fideicommissam libertatem redderant, ut respondit PAPINIANVS. L. 77. §. II. D. de legat. II.

patroni, a quo caput et libertatem acceperant, appellarentur *m*). Neque idcirco, feminas a fideicommissis familiae simpliciter constitutis exclusas fuisse apud Romanos, ut credam, a me impetrare possum, cum et libertas ad ea pervenisse exploratum sit *n*), neque probari ex legibus possit, fideicommissa eiusmodi semper ad conservandum familiae splendorem a Romanis fuisse constituta *o*). Id denique silentio haud praetermittendum est, quod IVSTINIANVS Imp. ex rationibus quidem politicis atque civilibus, sed iuris rationi parum consentaneis, fideicommissis familiae perpetuitatem adimere, et terminis quatuor generationum eadem circumscribere, e re sua duxerit *p*), ut pluribus dixerunt MART. GOTTL. KERSTAN *q*) et celeb. WESTPHALIVS *r*).

§. IV.

b) secundum ius germanicum.

Verum enim vero ab his Romanorum placitis Germanorum veterum circa bona familiae conservanda instituta toto coelo

m) HEINECCIUS in Syntagm. Antiquit. Rom. iurispr. illustrant. Lib. III.

Tit. VIII. §. I. CHLADENIVS de gentilitate vet. Romanor. Cap. I. §. 6.

n) L. 77. §. 28. D. de legat. II.

o) MADIHN in Princip. iuris Rom. de Successionibus §. 228.

p) Nov. CLIX. cap. 2. et 3.

q) Diff. de fideicommissio perpetuo familiae in feudo. Kiliae 1731. §. 34. et 35.

r) Hermevt. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. I. Th. 6. Kap. §. 357.

coelo differunt. Quae enim apud Quirites secundum principia eorum de effectibus hereditatis acquisitae indeque profluentis dominii pleni bonorum hereditariorum, non nisi per ultimae voluntatis dispositionem, tanquam per modum exceptionis a regula, induci poterat fideicommissorum qualitas, ea apud Germanos olim ex regula bonis providentia maiorum acquisitis, tanquam propria quaedam natura, inerat, ita ut ex Germanorum institutis ne speciali quidem primi acquirentis dispositione opus fuerit a). Ratio huius rei in genio nationis et ipso reipublicae germanicae statu antiquissimo ponenda est. Fuit enim maioribus nostris non solum innatum quoddam, familiae suae splendorem conservandi, studium b), sed etiam haec gentis eximia laus, ut virtutem bello experiri, et mereri nomen gentis militaris, ceu nobilium ingenuorumque encomium, unice eniterentur c). Quod cum non nisi bonorum immobilium possessione tueri se posse intelligerent, fundisque praeterea servitorum militarium obligatio inhaereret, pernecessarium videbatur, omnem in conservandis familiae bonis figere curam, ut haberet posteritas, quo militaris generis splendorem

a) Conf. III. PÜTTERI *auserlesene Rechtsfälle II. Bandes 3. Tb.* Resp. CCXXVIII. n. 25. fqq. pag. 825. fq.

b) Vid. *Ern. Wilh. STRECKER* Diff. de splendore familiarum illustr. conservando. et *Diet. Herm. KEMMERICH* Progr. de institutis Germanorum ad conservationem familiae spectantibus.

c) Rem egregie, ut solet, exposuit III. *Ge. Lud. BOEHMERVS* in Diff. elegantiss. de iuribus ex statu militari Germanorum pendentibus. (*Goettin-gae 1749.*) Cap. III. §. 1.

dorem sustineret d). Originem inde duxerunt BONA, quae vocantur AVITA seu STEMMATICA, *Stamm- und Geschlechtsgüter*, quo nomine maiores nostri appellaverunt *bona et quidem praedia, providentia maiorum acquisita, ab iisque in totius familiae condominium recepta, et posteris relicta ea lege ac conditione, ut ad conservandum familiae splendorem semper in eadem manerent, neque ullo modo extra eam alienarentur, nisi tota familia prorsus extincta, vel unanimes agnatorum, quorum interesset, consensu, constituta simul in quemcumque casum alienationis negotii nullitate e)*. De his itaque bonis aequissimum esse statuerunt maiores nostri, ut stemmati masculino potius succedendi ius in ea concederetur, contra vero, quoadusque ex eodem quisquam superesset, feminae, ad conservandum scilicet familiae splendorem inhabiles, quarumque nullae fuerant in militia agenda partes, a successione excluderentur f). Sed et ius possessorum de bonis avitis disponendi

B 2

d) *Frid. Es.* a PVFENDORF in *Observat. iur. univ.* Tom. III. Obs. 17.

e) Vid. BRANDT in *Diff. supra laudata de natura bonorum avitorum vulgo Stammgüter.* Cap. I. et II. HELLFELD *Diff. cit. de fideicommissis familiar. illustrium.* Cap. I. §. 2 — 8. PÜTTERS *Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht Th. II.* pag. 255. sqq. et MELLMANN in *select. capitib. doctr. de fideicommissis familiarum nobil. Sect. I. §. 4.*

f) Ex legibus Germanorum antiquis hoc solide comprobantur HEINECCIUS in *Elem. iuris Germ.* Tom. I. Lib. II. Tit. IX. §. 219 sq. de SENCKENBERG in *Diff. de successione filiarum in regnis* Cap. V. §. 39. *Fr. Car. CONRADI* *Diff. de inaequali masculorum et feminarum secundum iura Cimbrica successione.* (*Helmst. 1744.*) §. VI. sqq. HEIMBURG in *Diff. sist. iuris comm. et germ. differentias in doctr. de fideicommissis* Cap. III. §. 5. not. g. et PÜTTER in *den auserlesenen Rechtsfällen I, Bandes I, Th. Resp. XIII.* n. 28. sqq. pag. 159 et sqq.

nendi adeo restrinxerunt, ut nulla eorum absque liberorum heredumque consensu valeret alienatio, propterea quod in huius generis bonis, integrae velut genti acquisitis, adeoque ex iure ac lege condomini in posteros transferendis, non ex ultimi possessoris defuncti beneficio, sed ex providentia maiorum, seu potius primi acquirentis, unice succederetur g).

§. V.

Mira inter ius patrium et peregrinum contentio.

Ita se res habuit usque ad infelicem iuris Romani in Germaniam ingressum, cuius receptio omnia illa iuris patrii principia mirum quantum perturbavit. Inauditum quid erat, qui in Glossatorum scholis non nisi iuris peregrini placitis imbuti erant, eius aetatis ICTis, cuidam adimere liberam bonorum suorum alienationem, immo absonum illis videbatur et ab omni iuris ratione alienum, filias excludere a successione paterna, quin etiam privare eas portione legitima, non solum ex legum civilium praecepto, sed vel ipso naturae voto iis debita a), et sine omni onere relinquenda. Igitur damnabant, quae

g) Conf. HELLFELD cit. Diff. Cap. I. §. 3 sqq. BRANDT cit. Diff. Cap. II. §. 32. Io. Car. Henr. DREYER in Diff. de restricta facultate alienandi bona hereditaria, ad hereditaria mobilia non pertinente iure germ. Holfat. et Lubec. Kilon. 1750. et Io. Aug. HELLFELD Diff. de restricta illustrium alienandi facultate maxime quoad allodia avita. Ien. 1747.

a) Nota sunt ICTorum Romanorum effata, notae Romanorum leges, in quibus ipsam naturalem rationem, quasi legem quandam tacitam, liberis parentum hereditatem addicere, veluti ad debitam eos successionem vocant.

quæ ad familiarum conservationem sapientissime sanxerant maiores nostri, bonorum avitorum iura, et, nihil æquum ratumque habentes, nisi quod iustum sanctumque esse in Legibus Romanis legissent, libertatem possessionum restituere, iurisque Romani successionem stabilire in Germanorum familiis conitebantur. Quæ quidem novi iuris doctrina quamvis plebeie conditionis hominibus sub æquitatis specie maximopere se commendaret, adeo ut multis in provinciis, iure Romano admisso, repudium mitteretur patriis moribus, vindicem tamen et custodem iurium suorum strenuum, posthabitis illis interpretum Romanantium quisquiliis, semper egit Teutonica nobilitas, effecitque, ne allodiorum honor et prærogativa, plebeis iuribus intermixta, pari cum his fato occumberet *b*). Hi enim Germaniæ heroes cum intelligerent, quantopere illa iuris peregrini præcepta dignitati atque splendori familiarum suarum sint adversa, non solum imminentem iurium patriorum interitum ope singularium collectionum, quibus leges domesticas privato licet studio in suorum ipsorum temporum aequæ ac in posteritatis usum colligebant *c*), avertere, sed

B 3

etiam

vocando, asseritur. Vide, si placet, *L. 7. §. 1. D. unde lib. L. 7. pr. D. de bon. damnat.*

b) Conf. EISENHARTI orat. elegantiss. de meritis nobilitatis teutonicæ circa iuris patrii conservationem. *Helmst. 1757. de SELCHOW Rechts-geschichte* §. 284. PÜTTER *Rechtsfälle I. Bandes I. Tb. Resp. XIII.* n. 39. et 40. pag. 160.

c) Inter varias iuris patrii collectiones, quæ ex medio ævo supersunt, digna, cuius hic mentio fiat, imprimis ea videtur, quæ *Speculi* sive potius

etiam pactis d) pariter ac testamentis e), ex Romanorum iure nunc invalescentibus, nec non protestationibus atque feminarum

potius *iuris provincialis Saxonici* appellatione nota, auctorem habet EPKONEM de REPKOW, Nobilem Anhaltinum, ex qua omnia iura, quae circa bona avita obtinent, tanquam ex fonte purissimo, cognoscere licet. Summam eorum exhibet egregius *Lib. I. Art. 52.* locus, ubi legitur: *Ohne der Erben Laub und ohne Gericht mag kein Mann sein eigen Gut noch seine Leute vergeben. Vergiebt er es aber wider Recht, ohne der Erben Urlaub; die Erben mögen sich ihres Guts wohl unterwinden mit Recht, als ob der todt wäre, der es gab, darum, das er es nicht vergeben mochte;* quem eleganter, ut solet, interpretatus est, DREYERVS in Comment. laud. de restricta facultate alienandi bona hereditaria §. VII.

d) Antiquissima pactorum familiae vestigia exhibent *uniones illae de non alienandis extra gentem castris, hominibus, villis, aliisque pertinentiis*, quas facta inter fratres divisione, inire saeculo XIII. moris fuit, ut observavit Io. Christ. RICHTER in Tentamine theoriae de fideicommissis familiarum illustrium Cap. I. §. IV. not. a. pag. 16. Copiam exemplorum in medium protulit HELLFELD cit. Diff. §. XVII. sqq.

e) Quamvis et ante receptionem iuris Rom. in Germania haud desint ultimarum voluntatum exempla, ut frustra sint, qui earum notitiam maioribus nostris non nisi ex iuris peregrini placitis Clerique verfutis incalluisse perhibeant, quemadmodum erudite ostendit Henr. Christ. de SENCKENBERG in Disquisit. acad. de testamenti publici origine. (Goetting. 1736.) Cap. III. tamen saec. XIII. demum apud Germanos invaluisse morem, ritu Romanorum testandi, et observavit RICHTER cit. Tentamine Cap. I. §. IV. not. b. pag. 13 sq. et solide demonstravit Henr. Ferd. Christ. L. B. de LYNCKER in der Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung bey Privat- und Erlauchten Personen I. Tb. (Iena 1790. 8.) Kap. I. Abschn. I. §. 22. pag. 66.

rum renunciationibus *f*), sibi consulere, hocque modo qualitatem antiquam bonorum avitorum, quam vulgo stemmaticam dicunt, inter nobilium gentes conservare studuerunt *g*).

§. VI.

Fideicommissa Germanorum, quae familiae dicuntur, ex perversa iuris Romani ad instituta patria adplicatione orta sunt.

Quum vero sic per pacta et ultimas voluntates cavere id intenderent Germaniae proceres, quod iam alioquin moribus legibusque patriis firmum satis fuerat et constitutum, scilicet ne bona avita unquam extra familiam alienarentur, sine eorum, quorum interesset, consensu, sed potius, ad conservationem familiarum, iuris Germanici antiqui principia quoad successionem observarentur, factum est proh dolor, ut Icti, qui, recepto semel romano iure, nunc omnia negotia, utcumque Romanis incognita, ex principiis quoque illius iuris diiudicanda esse

f) Harum renunciationum in favorem stirpis masculinae factarum antiquissimam occurrere memoriam in Tabulis, quas de anno MCCXIV. ex LÜNIGII *Cod. diplom. Germ.* iam protraxit *Frid. Jac. de BOSTELL* in *Diss. de origine renunciationum filiarum illustr. Gießae 1766.* putat III. PÜTTERVS in *der iurist. Encyclopädie* pag. 227. et in *den auserlesenen Rechtsfällen II. Bandes 3. Th. Resp. CCXXVIII. n. 38. pag. 826 sq.* Enimvero antiquiorem inveniri de A. MCXC. apud LUENIGIVM in *Corp. iuris feudalis* T. I. pag. 1455. docuit *Celeb. BIENERVS* in *Comm. de orig. et progressu iur. Germ. P. II. Vol. I. Lib. I. cap. I. not. 30. pag. 109.*

g) Vberius haec omnia exposuit *HELLFELD* in *Dissertat. saepius allegat. §. IX — XIV.*

esse sibi persuaserant aliisque, non solum illas nobilium circa bona avita dispositiones exotico *fideicommissorum familiae* nomine insignirent, sed etiam earum indolem ac naturam, invita profus Minerva, ex peregrini iuris legibus diiudicare conarentur a). Quanta vero ex tam inepta iuris Romani et germanici commixtione enata sit iurium confusio et incertitudo, quin quam perniciofa fuerit nobilibus Germaniae perversa, quae hinc orta est, iuris patrii innovatio et clades, dici vix potest b). Ut autem, quod inde conflatum est, novissimi iuris systema breviter adumbremus, observandum est, *primum* per illam Legum Romanarum incongruam applicationem factum esse, ut bona, quae *avita* olim dicta sunt, nunc *fideicommissorum familiae* nomine appellentur, pariterque, quem *primum acquirentem* vocavit germana antiquitas, nunc *fideicommittentis* nomine veniat, is nimirum, qui primus in bonis suis, quae posteris reliquit, ad conservationem familiae suae sive pacto sive testamento iuris germanici successionem observandam esse constituit c). *Deinde* cum ex iuris Romani doctrina fideicommissum nullum intelligatur, nisi illud expressa aut tacita testatoris voluntate con-

a) Vid. PÜTTER de iure feminarum aspirandi ad fideicommissa familiae Cap. II. §. 8—11. HELLFELD cit. Dissert. Cap. I. §. 15. BRANDT cit. Diss. Cap. III. §. 56 sqq.

b) Miram, quae inde orta est, iurium confusionem et ineptitudinem vivis coloribus depinxit BRANDT in saepius allegata Dissertat. Cap. III. §. 59. et 60.

c) Fideicommittentem hodie interdum a primo acquirente diversum esse, diversosque inde pendere effectus, ostendit Ill. PÜTTERS in Diss. de iure feminar. aspirandi ad fideicommissa familiae. Cap. IV. §. 46.

constitutum sit, inter conversiones, a iuris Romani receptione profectas, id quoque haud postremum refertur, quod nulla hodie bona qualitate illa stemmatica, cui hereditates avitae quondam ipso iure erant obnoxiae, adfecta amplius censeantur, nisi aut statutis retenta fuerint maiorum placita, aut inveterata consuetudine antiqua bonorum avitorum iura inviolata servaverint familiae illustres, aut denique pactis testamentisve eadem confirmaverint *d*). Ex quo non solum efficitur, ut, qui nostris temporibus praedium aliquod pro avito seu fideicommissum familiae habendum esse contendit, huic iniungenda semper eius rei probatio sit *e*); — sed etiam, cum apud civici ordinis homines, quibus, ut constat, conservatio splendoris familiarum suarum non adeo curae fuit cordique, perditum iuris germanici circa bona avitae sanctiones, si quod ab iis constitutum est fideicommissum, licet in eo non nisi successio mascula, exclusis feminis, obtinere debeat, tamen hoc magis pro fideicommissum vulgari iuris Romani, quam pro fideicommissum iuris germanici seu praedio avito et stemmatico haberi queat *f*). Quid? quod, si qualitas praedii stemmatica seu fideicommissaria

d) BRANDT cit. *Diss. de natura bonor. avitor.* Cap. IV. §. 63. Ill. *de SELCHOW* in *Elem. iuris germ. privati* hod. §. 554. *Iust. Frid. RVNDE* in *den Grundsätzen des allgemeinen deutschen Privatrechts* §. 694.

e) RICHTER in *Tentam. theoriae de fideicomm. familiar. illustr.* Cap. VI. §. 1—3.

f) *Eleganti specie idem illustrarunt Duumviri Ill. GMELIN et ELSAESSER* in *den gemeinnütz. jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen* IV. Band N. II. pag. 16. sqq.

ria probari nequeat, etiam inter illustres communem iuris Romani successionem observari, extra omnem dubitationis aleam positum est g). Insignis *postremo* iuris Romani recepti effectus et is est, ut in diiudicanda bonorum fideicommissi, ut aiunt, qualitate adfectorum natura non amplius primario hodie recurrendum sit ad veterum Germanorum leges, non ad statum reipublicae germanicae antiquum, sed ad primi fideicommittentis intentionem, indeque principaliter agnatorum in fideicommissa familiae iura hodie aestimari oportere h). Ex quo consequitur, ut, si vi autonomiae, nobilibus Germaniae omnino competentis i), singulare aliquid legibus familiae statutum sit, decisionis argumenta ex iis, tanquam primario fonte, petenda esse, his vero deficientibus, recurrendum demum esse ad iuris germanici, in primis condominiumi illius, principia, quod tanquam primaeivum omnis successionis germanicae fundamentum semper propugnavit germana nobilitas k).

§. VII.

g) MOSER in Tract. *von der Reichsstände Landen* pag. 219. RVNDE I. c. §. 694.

h) BRANDT cit. Diff. Cap. IV. §. 64.

i) Autonomiae illius germanicae naturam et indolem egregiis commentariis exposuerunt Ill. Io. Christ. MAIER *Autonomie vornehmlich des Fürsten- und übrigen unmittelbaren Adelsstandes im R. teutsch. Reiche*. Tübingen 1782. et Henr. HERSEMEIER in Diff. de pactis gentilitiis familiar. illustrium atque nobilium Germaniae ex rationibus autonomiae earundem familiaris privatae strictim atque unice diiudicandis. *Moguntiae* 1788.

k) Historiae patriae auctoritate et antiquitatis diplomaticae fide satis hoc evictum est in Io. Jac. REINHARDS *Deduction: die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der teutschen Erbfolge* 1755. Car. Frid. WALCHII Diff. de

con-

§. VII.

Fideicommissa familiae germanica quibus modis a fideicommissis familiae Romanis differant, ostenditur.

Cognovimus itaque, quamnam mutationem seu potius cladem subierint per iuris Romani receptionem bona Germanorum avita; nunc qua in re illa naturam pristinam servaverint, et quibus eapropter modis fideicommissa familiae germanica diversa sint ab iis, quae ius Romanum agnoscit, videamus. Et *primum* quidem illud exploratum esse arbitror, primam eamque perpetuam et hodie haberi fideicommissorum familiae germanicorum legem, VT CONSERVETVR FAMILIARVM ILLUSTRIVM NOBILIVMQVE SPLENDOR a), quod adeo constat, ut vel sola dispositio, qua bona huic splendori inservire oportere praecipitur, fideicommissum familiae iam inducere intelligatur, licet nec nomen fideicommissi expressum, nec alienationis prohibitio adiecta sit b). E contrario vero eundem finem Quiritibus non adeo praecipuum fuisse in constituendis familiae fideicommissis c), hosque potius aut nominis sui tantum memoriam, aut

C 2

faltim

condominio successionis fundamento in Germania. *Ienae 1773.* et *Frid. Christ. Ionath. FISCHERS Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge.* Mannheim 1778.

- a) *Phil. KNIPSCHILD* Tr. de fideicommissis familiar. nobilium Cap. VII.
 b) L. B. de *CRAMÉR* in *Observat. iur. univ.* Tom. III. Obf. 932. pag. 569. et Obf. 982. pag. 796. *RICHTER* in *saepius laud. Tentam. theoriae de fideicommissis fam. illustr.* Cap. II. §. 10.
 c) Non defuisse quidem apud Romanos veteres, qui fastuoso imaginum maiorum suorum, in prima aedium parte positarum, ordine superbire sole-

faltim familiae suae commodum aliquod curae sibi habuisse, testantur formulae, quas, ea in re Romanis solemnes, leges earum exhibent d). Deinde vero Germanos, novimus, ascitum a Romanis nomen FAMILIAE, non ex subtilitate Quiritium, sed ex suo ingenio ita semper interpretatos esse, ut hac voce eae tantum comprehendantur personae, quae a primo acquirente, non interrupta serie, vere ac legitime descendunt e). Hinc neque legitimi neque adoptivi in fideicommissis familiae secundum genuina iuris Germanici principia succedunt f); quos vero utrosque

solebant ac delectari, de qua re legi meretur, quod memoriae tradiderunt PLINIVS Lib. XXXV. cap. 2. et VALERIUS MAXIMVS Lib. V. cap. 8. ex. 3. Ast prudentiores Quiritium quomodo de illa imaginum vanitate cogitaverint, docet SENECA de Benefic. lib. III. cap. 28. qui eadem, inquit, omnibus principia, eademque origo. Nemo altero nobilior, nisi cui rectius ingenium et artibus bonis aptius. Qui imagines in atrio exponunt et nomina familiae suae longo ordine ac multis stemmatum illigata flexuris in parte prima aedium collocant, nozi magis quam nobiles sunt. Ita quoque OVIDIVS:

*Quid imaginibus, quid avitis fulza triumphis
Atria, quid pleni numerofo consule fasti
Profuerint, si vita labat? perit omnis in illo
Gentis honos, cuius laus est in origine sola.*

d) Vid. L. 77. §. 11. et 28. D. de Legat. II. L. 38. §. 1. D. de Legat. III. Nov. CLIX. cap. 2. Lud. God. MADIHN in Princip. iuris Rom. de Successionibus §. 228.

e) III. PÜTTERVS in Diss. de iure feminar. adspirandi ad fideicomm. fam. Cap. I. §. 5. et KOCH über die Ascendentensuccession in Familienfideicommissen und Leben. (Gießen 1793. 8.) I. Abschn.

f) HEIMBURG in Diss. sistente iuris comm. et germ. differentias in doct. de fideicommissis. Cap. III. §. 13.

que eam ob causam admittit ius Romanum, quia et nomen et iura familiae consequuntur g). Insignis porro fideicommissorum familiae germanicorum et romanorum differentia in eo cernitur, quod in illis, ut olim in bonis avitis, successio germanica antiqua et hodie obtineat, vi cuius ad conservandum familiae splendorem, qui non per feminas sed per mares solum filiosque propagatur, stirps mascula feminis praefertur, lineaque feminina tam diu exclusa manet, quoadusque ex linea primi acquirentis seu fideicommittentis masculina quisquam superest h); cum e contrario in fideicommissis familiae Romanis successio iuris communis in regula locum habeat i), adeoque, si

C 3

de

g) §. 2. I. de Adopt. L. I. §. 4. D. unde Cognati. L. 63. §. 10. D. ad SCtum Trebell. Nov. LXXXIX. cap. 8. et 9. VOET in Comment. ad Digesta T. II. Lib. XXXVI. Tit. I. §. 27.

h) PÜTTER in den auserles. Rechtsfällen I. Bandes I. Th. Resp. XIII. n. 28. fqq. et II, Bandes III. Th. Resp. CCXXVIII. n. 25. fqq. Ge. SAM. MADIHN Diff. de efficacia pacti familiae illustri agnato remotiori ius succedendi tribuentis. (Halaë 1754.) §. VIII. et IX. WESTPHALS teutsches und reichsständisches Privatrecht. II. Th. Abh. 57. §. 3. RVNDE Grundsätze des allgem. teutsch. Privatrechts. §. 693. Quum sexui feminino alia ratione, nempe alimentis idoneis, aut dote, morgengaba et vidualtio prospiciatur, frustra profecto sunt, qui ex perversa principiorum iuris Rom. applicatione successionem hanc germanicam iniquitatis arguunt, ut docuit PÜTTERVS in den angef. Rechtsfällen I. Band. pag. 159. n. 36.

i) Confer. VOET in Comment. ad Pandect. cit. loc. §. 30. Recte itaque et vere scripsit III. WESTPHALIVS cit. loc. §. 14. Wenn in bürgerlichen Familien ein Fideicommiss eingeführt wird, so ist anzunehmen, daß alle, die, ohne das Fideicommiss, bey diesen Familien den Gesetzen nach

de masculorum praerogativa nihil dictum sit in fideicommittentis dispositione, et filiae aequali cum illis succedendi iure utantur k). Neque enim fini istius generis fideicommissorum, qui praecipue tantum, ut vidimus, in familiae et posterorum favore aut saltem in conservanda nominis eius, qui fideicommissum ordinavit, memoria positus esse solet l), promiscua feminarum successio repugnat, neque ulla adest lex, ex qua probari vere posset, in fideicommissio familiae simpliciter constituto, feminas a successione legitima esse exclusas m). Praeterea vero fideicommissa familiarum nobilium Germaniae in eo quoque pristinam retinuisse videmus bonorum avitorum naturam, quod ea pro lege in perpetuum valitura habenda sint, adeo-

nach succediren werden, das Fideicommiss bekommen sollen. Der Grund der Vererbung unter dem Adel fällt hier weg. Nur soll der jedesmalige Besitzer über die Güter nicht disponiren.

k) *Lud. Godofr. MADIHN* in Princip. I. R. de successionib. §. 228. not. b. pag. 293.

l) Nam nominis nostri memoriam etiam per filias conservari, apud Ictos quidem Romanos in confesso est. Audi modo *CALLISTRATVM*, qui in *L. 220. §. 3. D. de Verbor. Signif.* ait: *Etenim idcirco filios filiarve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.*

m) Potius familia ad fideicommissum vocata, etiam feminam contineri, et alienationis prohibitione extra familiam facta, feminam non excludi, ex eo intelligitur, quod *ALEXANDER Imp. L. 4. Cod. de Fideicommiss.* rescripserit, voluntatem patris prohibentis liberos, *fundos extra familiam vendere*, fratrem forori donare prohibuisse non videri. Vid. quoque *KNIPSCHILD* in Tract. de fideicommiss. fam. nobil. Cap. I. n. 36. et 37.

adeoque neque ad quartam generationem tantum, ultra quam IVSTINIANVS Imp. extendi haud voluit fideicommissorum familiae perpetuitatem, (§. III.) sint restricta *n*), neque etiam, quod in fideicommissis familiae Romanis usu venit *o*), extincta stirpe masculina, adeo expirent, ut ultimus possessor de his bonis quovis modo disponere possit *p*), sed potius in feminini sexus posteris continuari soleant *q*). Etsi enim, quod nemo negabit, deficientibus, qui a primo acquirente descendunt, masculis, plene obtineri amplius nequeat finis ille successionis germanicae, qui generaliter in conservando familiae splendore consistit; eatenus tamen et hodie observantur maiorum nostrorum praecepta, ut extincta stirpe masculina, feminis ius succeden-

n) BRANDT in saepius alleg. Dissertat. de natura bonor. avitor. Cap. IV. §. 68.

o) *Henr. a COCCEJI* Diff. de renunciatione et reservat. filiar. illustr. §. 75. HELLFELD in iurispud. forens. T. II. §. 1585. GMELINS u. ELSAESERS *gemeinnützige iurist. Beobacht. und Rechtsfälle* IV. Band. Nr. II. §. 23.

p) Eleganter egregieque hoc demonstravit *Ioh. Jac. REINHARD* in der *Abhandlung von dem Erbfolgsrecht der Töchter vor den Stammvettern in teutschen Reichs-Allodien.* (Gießen 1746.) Kap. IV. §. 12. sqq. pag. 129. sqq. Adde vero III. WESTPHALS *teutsches und reichsständisches Privatrecht* II. Th. Abh. 57. §. 10. pag. 235.

q) Exceptio igitur a regula est, si fideicommissum familiae solum ad posteros masculos restrictum cum his expirat, et ad liberam ultimi possessoris dispositionem redit, quae non est statuenda, nisi ex dispositione fidei-committentis haec eius voluntas clare intelligatur, qualem speciem exposuit PÜTTERVS in *den auserlesenen Rechtsfällen* I. Bandes I. Th. Resp. XII.

cedendi in bona avita aperiatur, id quod vocant *den ledigen Anfall*, eaeque nunc eodem iure inter se utantur, quo antea inter se utebantur masculi r). Hinc pariter non ultimo cuique defuncto, sed primo acquirenti ex pacto et providentia maiorum succedunt, nec ulla, quae praedia avita possidet, haec alienandi ius habet, sed, ordine quodam successionis, five lineali five graduali, recepto, altera alteram sequitur s), ita tamen, ut ratione eorum, qui a femina eadem oriundi sunt, nullum sexus discrimen, nullaque marium prae feminis praerogativa amplius attendatur t). Verum et hoc silentio praeterendum omnino non est, quod, cum ius Romanum non alia agnoscat fideicommissa, quam quae in ultima voluntate relicta sunt, hodie ex iure germanico antiquo retentum sit, ut effectus fideicommissorum bonis etiam tribui possit per pacta fami-

r) Egregie, ut solet, hoc argumentum persecutus est Ill. PÜTTERVS in Diff. saepius laud. de iure feminarum adspirandi ad fideicommissa familiae, inprimis Cap. III.

s) PÜTTER cit. Diff. Cap. III. §. 22. sqq. WESTPHALS *teutsches Privatrecht* Th. II. Abh. 57. §. 12. Inprimis vero I. U. von CRAMER *von der zu beobachtenden Ordnung bey der weiblichen Erbfolge in Familien Fideicommissen nach erloschenem Mannstamme*, in DESSELBEN *Wetzlar. Nebenstunden* Th. 99. S. 1. Vid. et EIVSDEM *Opuscula* Tom. IV. Nr. 22.

t) Aliter quidem sentit Ill. WESTPHAL cit. loc. §. 13. et in *Responso* Nr. 88. pag. 278. sqq. sed vicit eum, si quid video, argumentorum pondere et ubertate Perill. PÜTTERVS in *den auserlesenen Rechtsfällen* I. Bandes I. Th. Resp. VI. §. 30. sqq. pag. 72. sqq.

familiae u). Quae quidem pacta, utpote a iuris Romani ratione prorsus abhorrentia, ex iuris germanici principiis unice aestimanda esse v), eo minus quisquam facile negabit, quod certius est, huius generis pactis familias illustres ac nobiles successionem iuris patrii antiqui legitimam, splendori illarum conservando accommodatissimam, confirmare atque tueri imprimis studuisse w). His denique differentiis addenda adhuc ea venit, quod, cum publice expediat, splendorem familiarum illustrium atque nobilium Germaniae conservari, fideicommissa huic fini inservientia hodie maiori favore digna esse censeantur, quam fideicommissa familiarum civicarum et plebejarum, in quibus ratio illa cessat x). Quapropter recepta est Ictorum sententia, fideicommissa familiarum illustrium nobiliumque Germaniae interpretatione esse adiuvanda et omni studio promovenda, quoad nimirum salva iustitia fieri potest; fideicommissa vero

u) Vid. *Herm. BECKERI* Diff. de valore fideicommissorum tam ultima voluntate, quam per conventionem constitutorum. *Rostochii* 1752. §. 5. et 23.

v) Digna sane, quae hic conferatur, est egregia *I. H. BOEHMERI* Diff. de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium. Cap. II.

w) *BRANDT* in saepius alleg. Diff. Cap. IV. §. 66. et 67. *WESTPHALIS* *teutsches Privatrecht* II. Th. Abh. 57. pag. 284. n. 11. sqq.

x) *KNIPSCHILD* Tr. de fideicommiss. familiar. nobil. Cap. VI. n. 335. sq. et Cap. VII. n. 81. et 94. *Io. Ad. ICKSTATT* Progr. de vero intellectu verborum: *eheliche männliche Leibeserben*, in dispositione testamentaria. (*Wirceburgi* 1738.) in *EIVS Opuscul.* T. I. N. VII. p. 370.

verò vulgaria tantum ac plebeja, tanquam odiosa, esse restringenda *y*).

§. VIII.

An civicus ordo in fideicommissis familiae ordinandis iure patrio uti possit?

Sed secundum ea, quae sunt *ϕ*pho antecedente proposita, de fideicommissis quidem familiarum plebejarum dubitari facile posset, an et ea, nobilium more, ita queant constitui, ut successio germanica antiqua in illis obtinere debeat *a*)? Etsi enim eadem olim omnium bonorum hereditariorum in Germania fuerint iura, idemque honor allodiis civium et rusticorum, qui nobilium, obtigerit *b*), constat tamen inter omnes, patria haec iura, translato in Germaniam iure Romano, inter civici ordinis homines et rusticos exolevisse, et tantum in familiis nobilium Germaniae esse conservata *c*). Cui accedit, quod, cum principium successione germanicae legitimae in splendore fami-

y) RICHTER in Tentam. theoriae de fideicommiss. familiar. illustrum. Cap. II. §. I. pag. 33. et §. 10. pag. 58.

a) KNIPSCHILD in saepius allegat. Tractat. Cap. IV. §. V. n. 23.

b) RICHTER in laud. Tentam. Cap. I. §. 3. de SELCHOW Element. iuris Germ. privati hod. §. 556.

c) *Wolr.* BURCHARDI in Diff. de hereditate quadruplici sive de genere bonorum quadruplici in successione illustrum a se invicem separandis. (*Marburgi* 1755.) Cap. IV. §. 51. Ill. PÜTTER in den auserles. Rechtsfüllen II. Bandes I. Th. Resp. CLXXXVI. n. 55. et 56. pag. 206. de SELCHOW c. 1.

familiarum exinde obtinendo positum sit *d*), haec ratio in plebeiis cesset, cum eorum familias conservari non adeo Republicae interesse videatur, quam illustrium et nobilium Germaniae. Verum enim vero cum vel ipsae leges Romanae iuxta notissimum illud axioma: *Paterfamilias uti legasset, ita ius esto*, cuiuslibet civis libero arbitrio relinquunt, quam velit rebus suis legem dicere, nullaque lege plebeiis in Germania interdictum sit, in successione, si velint, hereditaria iure patrio uti, equidem, quare iidem sive pacto sive testamento bonis suis qualitatem, quam dicunt stemmaticam, tribuere non possint, prorsus non intelligo *e*). Hoc quidem facile largior, eam autonomiae privatae potestatem, qua adhuc hodie ad conservandum familiarum suarum splendorem utitur Germaniae nobilitas, nequaquam superesse in civium ac rusticorum ordinibus *f*), restare tamen aliquem etiamnum apud eos autonomiae illius familiaris atque domesticae usum eatenus, quod, falva

D 2

caete-

d) G. S. MADIHN Diss. de efficacia pacti familiae illustris §. IX. de BODEN Diss. de successione gentilitia vulgo *der Stammsfolge* ratione principatum, comitatum et Dynastiarum I. R. G. ex regula obtinente. Goett. 1750. Cap. I.

e) Ita quoque sentit KREITMAYR in Comp. cod. Bavarici §. 5. lit. d. *Bey unadelichen Personen sind zwar die Geschlechtsfideicommissen nicht üblich: wo aber demobngeachtet ein solches Fideicommiss vorkommt, so kann man es deswegen, weil ein Unadelicher davon Urheber ist, nicht vor unkräftig ansehen, sondern es gilt, wie ein anderes.* Add. KNIPSCHILD in cit. Tract. Cap. III. §. IV. n. 32. et Franc. Lud. COMES de OETTING in Diatr. de Fideicommissis. Cap. III. §. 9.

f) Rationes huius rei egregie excussit Henr. HERSEMEIER in Diss. egregia de pactis gentilitiis familiar. illustr. atque nobil. Germaniae. §. 5.

caeteroquin generali legum, statutorum et consuetudinum provincialium, rem domesticam concernentium, obligandi ratione, singulis liceat, in iis rebus, quae privati et meri quidem arbitrii, nullo plane habito ad rempublicam respectu, censentur, statutis illis ac legibus derogare pactis iuxta canonem illum cuique notum: *Willkühr bricht Land- und gemeines Recht*, negari profecto nequit g). Eiusmodi vero autonomiae privatae species sane sunt pacta familiae successoria, quae, etsi ius Romanum improbat, apud Germanos tamen suo nunquam destituta fuisse valore, manifesti exploratique iuris est b). Si ergo tali pacto certis bonis qualitas avitorum data est, et paciscentis liberi, eadem absque onere descendentes suis relinquere, receperunt, non solum ipsi tenentur promissis stare, sed etiam eorum descendentes, qui inde ius acquirunt, illud pactum instar legis servare, perfecte obligantur i). Caeterum inficias ire profus nolo, inter homines de plebe non solum talia

g) Conf. HERSEMEIER cit. Diff. §. 6. pag. 26. et *Iust. CLAPROTHS Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte* I. Th. (Göttingen 1786.) Hauptst. I. Tit. VIII. §. 93. pag. 245.

b) Vid. *Theod. Ge. Guil. EMMINGHAUS* Diff. iuris germ. de eo, quod iustum est circa conventionales hereditatum translationes. *Ienae* 1749. §. IX. sqq. *Ad. Franc. HEBESTREIT* Vindiciae veri valoris pactorum successiorum tam iure Rom. quam Germ. adversus errores Interpretum. *Erfordiae* 1768. Cap. V. tot. *RVNDE Grundsätze des allgemeyn. teutsch. Privatrechts* §. 660.

i) *Ge. WIESE* Commentat. de fundamento et limitibus obligationis liberorum ad facta parentum praestanda. *Rostochii* 1790. Sect. II. §. 26.

talia minus frequentia esse fideicommissa, cum ab horum forte quodammodo abhorreat, de familiarum suarum conservatione atque splendore cogitare, sed etiam illam fideicommissorum licentiam inter eosdem arctis passim limitibus a Dominis territorialibus esse circumscriptam; cuius exemplo sunt, quae in terris *Borussicis* k), *Silesiacis*, *Osnabrugensibus*, *Austriacis* aliisque desuper extant Leges provinciales. Ex his igitur legibus diiudicanda quoque est fideicommissorum, si quae a plebejis ordinata sunt, forma, et an ea auctoritate Principis indigeant, quam quidem, nisi forsan consilii causa impleretur, secundum ius Germanicum commune haud esse necessariam existimo l). Quum vero, ut iam s̄pho antecedente observatum est, haec fideicommissa eo favore, eaque protectione et attentione speciali reipublicae haud digna esse censeantur, qua fruuntur fideicommissa illustrium atque nobilium Germaniae; fit, ut illa, lite forsan super eis orta, nisi de alia fideicommittentis mente

D 3 clare

k) Legi merentur, quae de constituendis fideicommissis familiae perpetuis sancita sunt *in dem allgemeinen Gesetzbuche für die Preussischen Staaten*. II. Th. Tit. IV. Abschn. III. §. 47. sqq.

l) I. H. BOEHMER Diff. de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinant. Cap. II. §. 10. HEBESTREIT cit. *Vindiciis*. Cap. V. §. 60. pag. 59. CLAPROTH *in der angef. Rechtswissenschaft* cit. loc. §. 107. HEIMBURG *Different. iur. comm. et germ. in doctr. de fideicommissis*. Cap. III. §. 41. WESTPHALS *teutsches und reichsfändisches Privatrecht* II. Th. Abh. 57. §. 6. von TRÜTSCHLERS *Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit*. II. Th. Hauptabth. VI. Hauptst. I. §. 34.

clare constet, non nisi ex successione legitima communis, inter plebeios receptae, principiis aestimari soleant *m*).

§. IX.

De fideicommissorum familiae effectibus, in specie de eorundem alienatione, et quidem a) secundum ius Romanum.

Iam cognita perspectaque vera fideicommissorum familiae tam secundum ius Romanum quam germanicum indole, reliquum est, ut etiam de eorundem effectu, qui in *prohibita eorum alienatione* potissimum cernitur, videamus. Et plurimum sane secundum iuris quidem Romani subtilitatem interesse fatendum est, an idcirco tantum alienationem prohibuerit testator, ut bona in familia relinquantur, an vero ille, prohibendo alienationem, diserte dixerit, se bona familiae suae relinquere ita, ut perpetuo in eadem permaneant *a*). Quamquam enim utroque casu valeret prohibitio ad inducendum familiae fideicommissum *b*), in priori tamen specie liberior possessori erat disponendi de eo potestas, quam in posteriori. Qui enim bona
tantum

m) HERSEMEIER cit. Dissert. §. 6. not. f. pag. 29. RICHTER in cit. Tentamine Cap. II. §. 1. pag. 33.

a) Distinctionem hanc, a multis praetermissam, eleganter exposuerunt *Ant. FABER* in Coniectur. iuris civilis Lib. XIV. cap. 14. *Ant. PEREZ* in Praelectionib. in Codic. Lib. VI. Tit. XLII. n. 22—25. et *Ern. Chr. WESTPHAL* in der hermenevt. systematischen Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen I. Th. Kap. VI. §. 352. pag. 286. sqq.

b) L. 114. §. 14. in fn. D. de legat. I.

tantum in familia relinquere iussus erat, videbatur implevisse voluntatem testatoris, dum ne bona extra familiam alienaret. Hac vero secuta alienatione, proximus quisque ex familia fideicommissum petere poterat. Ceterum omnis alia permessa erat possessori dispositio, ac proinde in eius arbitrio positum, cui fideicommissum illud vellet relinquere, dummodo uni ex familia relinqueret, quantumlibet remotiori. Etenim semper valebat ista iuris civilis ratio, verum esse, quod ait MARCIANVS *c)*, in familia reliquisse, licet uni reliquisset *d)*. Et in hoc quidem casu, quemadmodum in omni fere iuris parte unicuique licet renunciare iuri sibi competenti, ita etiam rei prohibitaee alienationem extra familiam, omnibus illis, quorum interest, consentientibus, factam, licitam haberi et validam, confirmant leges *e)*.

§. X.

c) Cit. *L. 114. §. 17. D. de legat. I.* Add. *L. 4. C. de fideicomm.*

d) Contendit quidem *Ant. FABER* in *Coniectur. iur. civ. Lib. XIV. cap. 6.* et *7.* eum, qui tantum extra familiam fundum alienare prohibitus esset, posse etiam eum transferre in extraneum, non solum ex causa successio- nis ab intestato, sed etiam ex testamento, sive institutionis sive legati iure, idque omnium maxime *SCAEVOLAM* respondisse, existimat in *L. 38. §. 5. D. de Legat. III.* enimvero egregie allucinatum esse Virum summum, ostendit *WESTPHAL* cit. loc. §. 350.

e) *L. 120. §. 1. D. de legat. I.* *L. 88. §. 14. D. de legat. II.* *L. 11. Cod. de fideicommiff.* *PEREZ* cit. loc. n. 24.

Continuatur, et quatenus fideicommissum familiae perpetuum secundum ius Romanum licite alienari queat, ostenditur.

Sed aliud plane leges Romanae in eo casu praecipunt, si testator, prohibendo alienationem, fundum familiae suae ita reliquerit, ut in eadem perpetuo remaneat. Cum enim fideicommissi eiusmodi perpetui ea natura sit, ut, ab uno possessore ad alium eiusdem familiae secundum successionis ab intestato rationem transeat, adeoque secundum disponentis voluntatem tam diu perduret, quoadusque supersunt, qui ad fideicommittentis familiam pertinent; (§. III.) consequitur exinde, quemlibet possessorem fideicommissi illius, tamquam merum fiduciarium spectandum esse, cui obligatio incumbit, rem fidei eius commissam post mortem suam relinquendi ei, quem aut ultima fideicommittentis voluntas, aut legis dispositio ad successionem vocat *a*). In hoc itaque casu omnis prohibita censetur possessoris dispositio, per quam res fideicommissaria aut pars eius ei, qui ad successionem vocatus est, eripitur, adeo ut proximus quisque, ad quem tale fideicommissum delatum est, cavere teneatur, se illud in extraneos non collaturum, sed familiae restitutum *b*). Hinc neque in potestate heredis fiduciarium est, ordinem successionis, quem testator praescripsit, mutare,

a) WESTPHAL cit. loc. §. 352. pag. 287.

b) L. 69. §. 3. D. de legat. II. quam de fideicommissio familiae successivo seu perpetuo intelligendam esse, docuit WESTPHAL in saepius alleg. libro §. 354. Add. VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XXXVI. Tit. I. §. 28. in fin.

mutare atque efficere, quo minus proximior vocatus succedat *c*), neque alienare quidquam de fideicommissio familiae relicto, nisi urgente necessitate *d*). Necessitas vero haec vel in alienantem ipsum cadit, vel extra eundem aliis ex causis oritur. Priori in casu alienatio, si non voluntaria facta sit, intuitu alienantis quidem, dum vivit, effectu suo haud destituitur, ast ratione sequentium ad fideicommissum vocatorum non valet, adeoque, simul ac post alienantis mortem successio ad eos devolvitur, res alienatae revocari ab iisdem atque vindicari possunt *e*). In casu autem posteriori alienatio non solum licita est ob aes alienum ipsius fideicommittentis, si scilicet in hereditate illius nihil supersit reliqui, unde debita exsolvi possint *f*); sed etiam liberis, fideicommissio oneratis, si alia bona desint, permittitur ad dotis sive donationis propter nuptias

c) Vid. PEREZ in Praelect. in Cod. cit. loc. n. 23.

d) Conf. *Gabr.* SCHWEDER Diff. de alienatione bonorum fideicommissio obnoxiorum. *Tüb.* 1705. *Io. Mich.* ROTERMVNDT Diff. de fideicommissio et quatenus res eodem affectae alienari possint. *Erf.* 1734. *Io. Ern.* SCHMIDT Diff. de fideicommissis quae alienari possunt et non possunt. *Ienae* 1762. *Aug. Frid. Sigism.* GREEN Diff. de alienatione fideicommissi familiae ob damnum fatale. *Lipsiae* 1762.

e) *L. 69. §. 1. D. de legat. II.* ad quod fragmentum, omnino legi meretur, quae commentatus est *I. IENSIVS* in *Stricturis ad Romani iuris Pandectas et Codicem.* (*Lugd. Batavor.* 1764. 4.) pag. 243. sqq. Add. WESTPHAL cit. libr. §. 366.

f) *L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 38. pr. D. de legat. III.* Conf. WESTPHAL c. loc. §. 368.

E

nuptias obligationem tantum alienare, quantum ad honestam eius constitutionem sufficit g).

§. XI.

Alienationis vocabulum quid significet, et quam late pateat illius vis in hoc argumento?

Quum vero, quam late hoc in argumento pateat alienationis verbum, scire omnino interfit, IUSTINIANVS Imp. illius vim singulari constitutione ita definivit a): *Sancimus, inquit, sive lex alienationem inbibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem,*

g) *Nov. XXXIX, cap. I. Auth. Res quae Cod. Communia de legat.* Existimat quidem *Ant. FABER* de erroribus Pragmaticor. Decad. XX. Err. 2. et in *Cod. definit. forens. Lib. VI. Tit. XXIII. definit. 4.* IUSTINIANVM Imp. hac in Novella non de dote aut donatione propter nuptias post iniunctum demum fideicommissum constituenda, atque de eodem detrahenda, sed de ea tractasse specie, qua is, qui coniugi donaverat propter nuptias, postea gravatus fit a patre fideicommissio, aut mulier, quae viro dotem dederat, rogata fit a patre, hereditatem restituere, atque in utroque casu, perinde ac si nullum constitutum esset fideicommissum, Imperatorem servari velle pacta nuptialia, si modo aequa sint, et honestati atque dignitati personarum congrua, arbitratur. Sed contortam hanc interpretationem merito perstrinxit WESTPHALIYS cit. libr. Cap. XV. §. 847. pag. 609. fq.

a) *L. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* de qua constitutione confer, si placet, *Franc. RAGVELLI* Commentar. ad constitutiones et decisiones Iustiniani, quae XII. libris Cod. continent. (*Parisius* 1610. 4.) Lib. IV. pag. 265. fqq.

tionem b), vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit. Addere praeterea liceat, hoc verbo etiam comprehendi usucapionem et remissionem. Vix enim est, ut non videatur alienare, qui vel rem usucapi patitur, vel non utendo remittit servitutem, quae praedio debebatur, ut PAVLVVS libro XXI. ad Edictum loquitur c). De in dotem datione nihil est, quod moneamus, cum translationem domini sine dubio contineat, cuius expressam mentionem fecit Imperator d).

E 2

§. XII.

b) His verbis derogari L. 69. §. 1. D. de legat. II. cuius §. antec. not. e. mentionem iniici, adeoque iure novissimo rem fideicommissio familiae obnoxiam, si vel ex causa intuitu fiduciarum necessaria facta sit alienatio, nequiquam penes emtorem ad venditoris mortem usque mansuram esse, sibi persuasit IENSIVS in stricturis ad Rom. iuris Pandect. et Codic. pag. 246. Enimvero non cogitavit vir doctus, legem posteriorem generalem, non semper mutare illa, quae antea iure speciali disposita fuerunt, sed inde exceptionem capere, ut iam observavit summus BOEHMERVS in Introd. in ius Digestor. Lib. I. Tit. I. §. 6. n. 4.

c) L. 28. D. de Verbor. Significat. Ictum vero PAVLVVM libro XXI. ad Edictum, ex quo fragmentum hoc desumptum est, differuisse de rei alienatae vindicatione, ope inscriptionis probavit Io. GOEDDAEVS in Commentar. repetit. praelect. in Tit. XVI. libri L. Pandectar. de Verbor. et Rer. significat. ad L. 25. et 28. h. r.

d) Eas igitur dispositiones, quibus ius fideicommissarii quaesitum nullo modo deminuitur, alienationis verbo haud comprehendi, in aperto est,

§. XII.

Bona fideicommissio familiae obnoxia ex ipsa legum civilium dispositione sunt inalienabilia, licet expressa alienationis prohibitio adiecta non sit.

Sive autem alienatio ab eo, qui fideicommissum familiae ordinavit, expresse fuerit prohibita, sive non, prorsus perinde est *a*). Hoc enim ipsae spectant leges, hoc volunt, adimplendam esse voluntatem eorum, qui fideicommissa familiae relinquunt, ut bona in eadem conferrentur, neque ius eorum, quorum commodis consulere studuit testator, ulla alienationis specie intervertatur. Itaque Imperator IVSTINIANVS constitutione sua *b*) in universum prohibuit, ea, quae restitui aliis in ultima

est, ut si fiduciarius aedes fideicommissarias locaverit, et pensiones sibi debitas creditori suo delegaverit. *L. 88. §. 15. D. de legat. II.* Vid. WESTPHAL cit. libr. Cap. VI. §. 365.

a) Censet quidem BERGERVS in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. §. 33. Not. 2. verba requiri dispositiva de prohibita alienatione, ideoque cum pater quidam in ultimo suo iudicio dixisset: *Er hätte das gute Vertrauen zu seinen Kindern, sie würden das Haus nicht lassen von der Familie kommen*, hanc formulam fideicommissum familiae non inducere arbitratur. Sed merito ab illius sententia discessit Perill. *Ge. Lud. BOEHMERVS* in Diss. de liberis fideicommissis oneratis. (*Goett. 1749.*) §. XIV. cui formula illa potius ita accipienda esse videtur, ut non consilium modo sed et fiduciam in herede positam exprimat, adeoque, quoad in familia testatoris descendentes superint, fideicommissum omnino inferat. Equidem Viro huic Summo suffragari eo minus dubito, quo magis et ipsae leges sententiam eius confirmant. Vide, si placet, *L. 67. §. 10. D. de legat. II.* et *L. 39. pr. D. de legat. III.*

b) *L. 3. §. 2. Cod. Commun. de legat.*

ultima voluntate disposita sunt, alienari vel pignori obligari, cum satis absurdum videatur et irrationabile, rem, quam quis in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, et alienam spem decipere.

§. XIII.

Alienationis illicitae effectus; et cuius ius revocandi competat?

Quodsi itaque, praeter eam, quam ipsae leges agnoscunt, necessitatis rationem, rerum fideicommissio familiae adfectarum facta est alienatio, eam leges declarant nullam, eamque in irritum revocari et infirmari iubent a). Igitur neque dominium neque aliud ius reale transfertur in eum, cum quo fiduciarius ea de re contraxit, sed et ipsum alienantis ius resolvitur, atque ad proximum de familia, vivo adhuc alienatore, statim transit a momento illicite et nulliter factae alienationis, ut saepius respondit PAPINIANVS b). Cuius consequens est illud, quod hoc in casu ei, qui post alienantem secundum ordinem successionis ab intestato proximus in familia habendus est c), omnis, ut verbis IVSTINIANI Imp. utar d), pateat licen-

E 3

tia,

a) L. 3. §. 3. Cod. Commun. de legat. et fideic. Nov. XXXIX. princ.

b) L. 69. §. 3. L. 77. §. 27. D. de legat. II. WESTPHAL cit. libr. §. 366.

c) L. cit. 69. §. 3. D. de legat. II. VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XXXVI. Tit. I. §. 30. WESTENBERG in Princip. iuris secundum ordin. Digestor. Lib. XXXVI. Tit. I. §. 4. (in Oper. a IVNGIO editis Tom. II. pag. 522.)

d) L. cit. 3. §. 3. Cod. Commun. de legat. et fideicommiss.

tia, rem alienatam vindicare et sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo. Idemque ius fideicommissum familiae alienatum revocandi ne denegari quidem potest filio alienantis, quamvis patris heres factus sit e). Nam leges Romanae heredem ex factis defuncti eatenus tantum obligari volunt, quatenus haec et legitima sunt, et ea bona respiciunt, quae dispositioni defuncti sunt obnoxia f). Enimvero fideicommissum familiae, cum legi restitutionis sit subiectum, ad hereditatem defuncti possessoris haud pertinere g), eiusque alienationem repugnare legi prohibitivae, manifestum est. Proinde nec filius heres alienationem fideicommissi a patre factam ratam habere obligatur, sed iure sibi competente uti potest; dummodo ipse in alienationem haud consenserit h). Eum tamen, revocantem

e) Conferas hic inprimis velim *Dan.* NETTELBLADT Diss. egregiam de successore ex pacto et providentia maiorum ad facta ultimi defuncti, licet eius heres sit, praestanda non obligato. *Halae 1764.* Cap. III. Sect. I. §. VII. sqq. et *Ge.* WIESE laud. Commentat. de fundamento et limitibus obligationis liberorum ad facta parentum praestanda. Cap. II. Sect. I. §. 18.

f) *Nov. I. cap. I. princ.*

g) *L. 96. D. de legat. III. L. 8. Cod. ad Leg. Falcid.* Immo vero in ipsa *L. 3. §. 3. Cod. Commun. de legat. et fideicomm.* fideicommissum ad id, quod ratione heredis fiduciarii alienum est, diserte refertur, et dicitur, *ei non licere illud, utpote sui patrimonii existens, alieno iuri applicare.* Conf. VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. I. Lib. V. Tit. II. §. 56.

h) III. PÜTTERI *ausevlesene Rechtsfälle* 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLIII. pag. 169.

tem bona a patre alienata, refundere debere pretium alienanti solutum, cum illud, ut heres, sine causa teneat, quilibet, etiam me non monente, perspiciet *i*). Caeterum addere mihi hoc unum liceat, quod, si forte alienantis dispositio non nisi meram *ususfructus dationem* spectet, ea, vivo saltim alienante, a successore in fideicommissum revocari nequaquam possit; cum legibus Romanis ne quidem ususfructus legati ad dies vitae cessio, invito etiam herede in extraneum facta, adversetur *k*).

§. XIV.

b) De alienatione fideicommissorum familiae secundum ius Germanicum.

Sed ut iam ad iuris Germanici doctrinam transeamus, notissimum est, quod et ipsi supra animadvertimus (§. IV.), bona avita, a primo acquirente ad familiam hereditario iure delata, apud Germanos sine consensu heredum ab antiquissimis temporibus alienari haud potuisse, id quod et status germanici ratio et conservatio splendoris familiarum exposcebat. Quam ob rem avita haec bona iure Germanico alienari adeo prohibebantur, ut ne quidem patris factum nocere potuerit filio, sed huius consensus quoque in alienationem eorum necessaria-

i) Vid. STRYK Diff. de iure successoris in revocandis bonis familiae §. 45. (in *Oper. Tom. VIII. pag. 458.*) L. B. de CRAMER in *Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 3. §. 7. et 8. et PÜTTER cit. loc. n. 22. pag. 174.*

k) L. 12. §. 2. L. 67. D. de *Usufr. §. 1. I. de Usu et habitaz.* Vid. Io. van de WATER *Observat. iuris Rom. (Traj. Baravor. 1713. 4.) Lib. III. cap. XI. pag. 311. sqq.*

cessarius fuerit *a*). Hanc vero qualitatem ut bona illa exuerint, posteaquam hodie fideicommissorum familiae formam induerunt (§. VI.), tantum abest, ut potius concentus omnium, quotquot exstant, tabularum fideicommissariarum, omniumque, quae propterea pronunciata sunt, iudicatorum abunde comprobet, fideicommissi alienationem, absque eorum, quorum interest, consensu factam, pro ipso iure nulla semper fuisse habitam, et, adstipulantibus plane legum Romanarum decretis, in posterum esse habendam. Quamquam enim negari omnino nequeat, ius possessoris in fideicommissio secundum iuris germanici praecepta non esse merum usumfructum, qualem iuris peregrini placita efformant, sed verum perfectumque dominium *b*), saepissime, ut inter personas Germaniae illustres usu venit, cum ipso superioritatis territorialis exercitio coniunctum; tamen ipsa fideicommissorum familiae germanicorum ratio, quae communionem quandam perpetuam et condominium bonorum fideicommissio obnoxiorum efficit, nos docet, dominium illud non nisi restrictum esse posse, cui ob restitutionis obligationem ei inhaerentem, alienandi, diminuendi,

a) I. H. BOEHMER Diff. de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinant. Cap. II. §. 5. BRANDT Diff. de natura bonorum avitorum. Cap. II. §. 32.

b) Maxime quidem ea in re dissentiunt Icti, si quaeritur, quale ius possessoris in fideicommissio familiae secundum ius Germanicum competat; alii non nisi *usumfructum Romanum*, alii *dominium utile* seu *minus plenum* ei tribuentes; verum sententias illas accurate examinavit et consultavit RICHTER in saepius alleg. Tentam. theoriae de fideicommissis famil. illustr. Cap. IV. §. 1. pag. 81.

aggravandi et deteriorandi facultas partim omnino detracta, partim per statuta familiarum, ceu leges fundamentales, intra certos fines coarctata est c).

Igitur cum ius cuiusvis fideicommissi possessoris ex sua natura revocabile sit ac temporarium; quaecunque iste egerit contraxeritque, eiusdem omnino iuris habenda esse, quam ipsum contrahentis ius, revocabilia nimirum, quae una cum ipso constituentis iure corruunt ac extinguuntur, unusquisque facile intelliget. Quibus principiis nihil magis consentaneum est, quam fideicommissi successorem ad facta ultimi possessoris, nisi in ea consenserit, praestanda nequidquam teneri d), sed quidquid in praeiudicium illius ab antecessore suo constitutum peractumque est, impugnare eum posse ac revocare, et ne ad pretium quidem restituendum obligari, nisi forsan ad illud alia ex causa obstringatur; verbi gratia, quod pretium ex fideicommissio alienato redactum in utilitatem ipsius revocantis versum esse doceri queat, vel revocans simul alienatoris heres sit e).

Quum

c) WESTPHAL *im teutschen Privatrecht* II. Th. Abh. 57. §. 16. pag. 237.

d) Vid. NETTELBLADT in *Diff. de successore ex pacto et providentia maiorum ad facta ultimi defuncti*, licet eius heres sit, praestanda non obligato. Cap. II. §. 5. BURCHARDI *Diff. de hereditate quadruplici*. Cap. IV. §. 62. et 63. et *Christoph. Car. Henr. de KAMPTZ* in *Commentat. de fundamento et limitibus obligationis liberorum ad facta parentum praestanda*. *Goettingae* 1790. Sect. II. Membr. I. §. 28.

e) HELLFELD in *Diff. alleg.* Cap. II. §. 69. et RICHTER *cit. Tentamine*. Cap. VIII. §. 3.

F

Quum vero quaecunque mutatio fideicommissi arbitraria, quae iuri agnatorum quaesito praecidium infert, merito ad casum prohibitae alienationis talem referenda sit, cui recte intercedere possunt agnati, tum illud silentio praetereundum omnino non est, quod iure Germanico haec alienationis prohibitio multo plures suo ambitu complectatur species, quam de quibus cogitaverat, vel cogitare poterat iuris Romani sanctio (§. XI.). Harum enim in censu quoque sunt, ut his utar, *dationes* et *oblaciones in feudum*, quae utut antiquo gentium illustrium atque nobilium statui accommodatae aequae ac honorificae fuerint, tamen nunc, prorsus immutato rerum statu, ceu incongruae et fideicommissorum familiae substantiam aggravantes aut imminuentes, inter alienationis casus connumerantur, atque damnantur *f*).

§. XV.

Quatenus Germanorum mores circa fideicommissorum familiae alienationem recedant a Romani iuris praeceptis, demonstratur.

Caeterum, quamquam ea, quae de prohibitae fideicommissorum alienationis effectibus statuunt Romanorum leges, (§. XIII.) a nostris Iuris interpretibus *a*) ex optimis rerum argumentis ad fideicommissa Germanorum conventionalia transferan-

f) RICHTER in alleg. Tentam. Cap. III. §. 1. p. 64. Cap. VII. §. 2. pag. 128.

a) Vid. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 982. pag. 791. in primis vero HELLFELD in saepius laud. Dissertat. de fideicommissis familiar. illustr. Cap. II. §. 51.

ferantur, cum et eadem in conventionalibus, quae in testamentariis fideicommissis, obtineat ratio, et qualitas illa realis, quam omnibus pactis successoriis Germanorum inesse, dudum docuit AEMIL. LUDOV. HOMBERGK ZU VACH *b*), etiam intuitu fideicommissorum eiusmodi conventionalium extra dubium posita videatur *c*); usus tamen forensis iuris Romani placita, utpote ad fideicommissa hodierna familiarum nobilium non ubique satis apta et accommodata, quodammodo inflexit ac limitavit.

Huc pertinet *primum*, quod, cum splendor familiarum, earumque conservatio et dignitas in constituenda bonorum et praediorum nobilium qualitate fideicommissaria utramque, ut dicitur, faciat paginam, adeo ut in omnibus familiae fideicommissis haec semper sit voluntas eorum, qui illa ordinarunt, *ne bona extra familiam alienentur*, subtilitatis illius, qua in interpretandis prohibita alienationis formulis utebantur Romanorum Prudentes, (§. IX. et X.) nullus hodie superfit usus, sed perinde prorsus habeatur, sive fideicommittens, prohibendo alienationem praedii cuiusdam extra familiam, tantum declaraverit, *se velle, ut illud in familia relinquatur*, sive expresse ita scripserit, *se fundum illum familiae suae relinquere*. Ex quo conficitur, ut, si fideicommissi possessor bona transtulerit in alium, agnatum illum quidem, sed remotiorem tamen, quam

F 2 ad

b) in Diff. de qualitate reali, quae pactis successoriis inest. *Marburgi* 1754.

c) WESTPHALS *teutsches Privatrecht* cit. loc. §. 4. RICHTER cit. *Tennamine*. Cap. III. §. 2.

ad quem ea secundum successionis ordinem post alienantis obitum sint perventura, haec quidem alienatio sine consensu eius, qui proximus post cedentem successor est, iure hodierno non valeat, propterea quod cedens ius illius quaesitum facto suo intervertere haud possit *d*); eo tamen effectu omnino gaudeat, ut, cum hoc in casu conditio fideicommissi: *ne bona extra familiam alienentur*, non penitus deficere videatur, res alienatae a successore proximiori saltim ante delatam sibi successionem revocari nequeant *e*).

Deinde vero ex actis publicis et iudicialibus cognoscere licet, ipsas familias Germaniae illustres nobilesque ab illo iuris Romani rigore, vi cuius dominium possessoris per alienationem ipso iure resolvi et ad proximum de familia transire statuitur, (§. XIII.) adstipulantibus eis per iudicata sua supremis Imp. tribunalibus, videri discessisse, cum usus forensis quotidianus testetur, alienationem contra tabulas factam, nisi haec poena nominatim atque specificè per leges fideicommissi addita sit, possessori illustri atque nobili totum ius suum non statim adimere, nec illud penitus eo effectu resolvi solere, ut, non expectato casu mortis, successio et possessio illius statim ad proximum de familia devolvatur *f*). Efficit potius haec revocatio, ut alienatio fideicommissi in extraneum facta statim ab initio

d) HEIMBURG in Diff. sist. iuris com. et germ. different. in doct. de fideicommissis. Cap. III. §. 29. et not. k.

e) HELLFELD cit. Diff. Cap. II. §. 65. in fin. add. KNIPSCHILD in Tr. de fideicommiss. fam. nobil. Cap. XI. §. XV. n. 431.

f) Idem observavit RICHTER in saep. all. Tentam. Cap. III. §. 4.

initio ceu nulla et pro non facta declaretur, quo casu itaque pristinus possessor ius suum nunquam amisisset. Quam ob rem haud facile tolerantur eiusmodi apprehensiones possessionum, a proximo agnato ex capite devoluti ipso iure fideicommissi factae, nec iis patrocinantur suprema Imp. tribunalia, sed eas tanquam spolia iudicant, decretis eam in rem *mandatis* vel *inhibitoriis de non alienando*, ubi res adhuc integra, aut *castatoriis*, quoad alienationem, et *restitutoriis*, quoad contrariam apprehensionem, ubi omnia iam peracta fuerunt. Cumque praeterea haec impugnationis et revocationis causa non ad agnatum tantum proximum pertineat, sed universam profecto familiam attingat, recte ex eo infertur, non illi solum, sed et universae genti, immo cuilibet agnato, etiam remotiori, integrum esse, vel pro se duntaxat, vel causa communicata, irritam revocandi alienationem, adeo ut, quoad ius impugnationis quidem, nulla successione praerogativa attendatur g). Et sic itaque gens, cui alienatio haec fraudi est, neutiquam tempus mortis possessoris alienantis expectare tenetur, sed liberum illi est, quam primum facta alienatio innotuerit, actione uti revocatoria. Divortii huius a iuris civilis rigore ratio in promptu est. Cum enim fideicommissorum familiae germanicorum finis praecipuus sit, *conservatio splendoris familiae*, qui in fideicommissis familiae Romanis cessat, (§. VII.) profecto finis ille multoties penitus interverteretur, si iuris Romani functiones sine omni discrimine hoc in argumento coeae applicare vellemus, ut recte observavit IO. CHRISTOPH. RICHTER.

F 3 TER.

g) De hoc iure agnatorum communi et reciproco intercedendi alienationibus egregie disputavit RICHTER cit. Tentam. Cap. IV. §. 7. et 8.

TER *b*). Ex his vero intelligitur, sententiam eorum, qui, vivo alienante, res fideicommissio familiae adfectas revocari haud posse existimant *i*), neque iuri Romano neque Germanico esse consentaneam, recteque et merito reprehensam a consultissimo BERN. GOTTL. HVLDR. HELLFELDO *k*).

Denique animadvertendum adhuc est, cautionem illam, ad cuius obligationem proximum quemque fideicommissi successorem adstringunt leges Romanae (§. X.), in fideicommissis familiarum Germaniae nobilium inauditam esse ac incognitam, in quibus, constat, non nisi iusto dilapidationis metu instante, a fideicommissi possessore exigi posse cautionem *l*).

Caeterum fideicommissa familiarum civicarum atque plebejarum quum in universum ex iuris Romani principiis diiudicari soleant, nisi ex speciali ratione aliud, id quod semper probandum, obtineat; eadem etiam circa alienationem eorum ad amissim observanda esse, eo minus dubium est, quo magis in confesso esse videtur, iuris Romani principia civium ac plebejorum ordini non adeo, quam nobilitati, adversari *m*).

§. XVI.

b) in saep. laud. Tentamine theor. de fideicommissis fam. illustr. Cap. III. §. 4. pag. 72. sq.

i) HELLFELD in iurisprud. for. Tom. II. §. 1586. WESTPHAL cit. loc. §. 19.

k) in Diff. saep. alleg. Cap. II. §. 65 — 68. cui iungendus RICHTER in cit. Tentam. Cap. VIII. §. 2. pag. 154.

l) HEIMBURG cit. Diff. Cap. III. §. 36.

m) de KAMPTZ in Commentat. alleg. §. 30. et 31.

§. XVI.

Quaestio controversa: an fideicommissi familiae alienatio valeat, omnium, quorum interest, consensu facta, liberosque etiam postea procreatos obstringat? proponitur, variaeque ea de re Ictorum opiniones recensentur.

Quum vero variae incidere possint causae, ex quibus, iure Germanico suffragante, fideicommissa familiarum, et maxime nobilium, omnino distrahere licet, quas cum alii iam numerose satis percensuerint lustraverintque a), heic denuo ruminari, et molestum videtur, et ab instituti ratione alienum; oritur iam anceps illa, diuque et multum disceptata quaestio, *an fideicommissum familiae communi omnium, quorum interest, consensu et voluntate valide et eo cum effectu alienari possit, ut nulla posteritati superfutura sit eius rei vindicatio?* Quam cum hac in commentatione in primis pertractare constituerim, operae profecto pretium est, dinumerare prius Ictorum ea de re opiniones, quarum tanta est diversitas, ut, quae a vero quam proxime absit, haud facile dixeris. Sunt primum, et hi quidem haud pauci, virique rerum germanicarum optime gnari, qui secundum iuris germanici praecepta, ab antiquissimis inde temporibus a maioribus nostris semper agnita et propugnata, *unanimem omnium agnatorum consensum* iustam bona avita, et hinc quoque fideicommissa familiae cum effectu alienandi causam esse

a) Vid. BECK Diss. de licita fideicommissorum et maioratuum alienatione, Ill. Io. BURC. GEIGERI Progr. de licita fideicommissorum in primis familiarum nobilium alienatione. Erlangae 1763, et RICHTER in saep. laud. Tentamine. Cap. VII. §. 6. sqq.

esse contendant, neque proinde liberis postea natis ius esse, alienationem legitime antea factam ullo modo impugnandi, sive eorum, qui in alienationem consenserunt heredes facti sint, sive non b). Nihilo tamen minus alii, haud incelebriores Icti, in contrariam abierunt sententiam, rati, illicitam esse, et voluntati fideicommittentis prorsus adversam fideicommissi familiae alienationem, vel omnium eorum, quorum interest, consensu accedente susceptam, tribuentes idcirco posteris ius et facultatem, eandem revocandi, quantumvis paciscentium heredes

b) Ita sentiunt LYNCKER P. II. Resp. 146. p. 717. BOEHMER in Consult. et Decif. T. II. Part. II. Resp. 827. n. 14. sq. pag. 100. L. B. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obf. 384. a LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VI. Specim. CCCIII. medit. 3. BECK Diff. de licita maiorat. et fideicommissor. familiar. nobil. alienatione. Cap. II. §. 17. BRANDT Diff. de natura bonorum avitorum. Cap. II. §. 32. pag. 33. Com. de OETTING in Diatr. de Fideicommissis. Cap. III. §. 17. Not. (***) pag. 212. sq. Car. Lud. STIEGLITZ Diff. de fideicommissis familiae ab iis, quorum interest, sublati. Lipsiae 1752. §. XII. et XV. HELLFELD in Diff. supra alleg. §. 53. et 59. sqq. GREEN in Diff. de alienat. fideicommissor. fam. ob damnum fatale §. 5. RICHTER cit. Tentam. Cap. VIII. §. 2. pag. 152. sq. de SELCHOW in Elem. iuris germ. privati hod. §. 554. Io. Diet. MELLMANN in select. capitibus doctr. de fideicommissis familiar. nobil. Sect. I. §. 14. pag. 90. sqq. PÜTTER in den auserlesenen Rechtsfällen III. Bandes I. Th. Resp. CCLIII. n. 24. pag. 174. HYMMEN in den Beyträgen zur jurist. Litteratur in den Preuss. Staaten. VII. Samml. (Berlin 1782.) I. Abchn. pag. 47. RVNDE in den Grundsätzen des allgem. reutschen Privatrechts §. 696. III. Io. Burc. GEIGER in den merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen II. Band. Nr. XXIII. §. 6. sqq. et alii.

des facti sint c). Neque vero defunt ICTi herciscundi, qui, dividentes sententiam, alienationem fideicommissi familiae, omnium in familia viventium consensu factam, mox licitam mox illicitam esse existimant; sed hi iterum in diversas discedunt partes. Alii enim distractionem, omnibus de familia consentientibus, tunc procedere putant, si viventes et consentientes omni posteritatis spe orbos esse contingat; in casu vero contrario postgenitos factum antecessorum suorum praestare aliter non obligari, quam si superioris confirmatio ex rationibus quidem salutis publicae accesserit d). Alii ad pactum tale, quo fideicommissum familiae tollitur, praeter consensum eorum viventium, quorum interest, semper consensum superioris exigunt, quo interposito, et posteros pactum illud impugnare

c) Quorum in censum referendi sunt KNIPSCHILD in Tract. saep. alleg. cap. XI. n. 394. sqq. STRYK Diff. de iure successoris in revocandis bonis familiae. §. 40. sqq. de LVDOLF Symph. Decif. et Conf. Vol. III. Conf. 25. L. B. de CRAMER in den *Wezlar. Beyträgen* II. Th. Nr. IV. p. 28. sqq. et in *Observat. iur. univ. T. I. Obf. III. §. 7.* HERTEL in *Diff. de alienat. fideicommissor. familiae, vel omnib. etiam de ea consentientib. illicita. Ienae 1737. §. 28. sqq. et 41. sqq.* SCHMIDT *Diff. de fideicommissis, quae alienari poss. et non possunt. §. 32. sqq. Frid. BEHMER in novo iure controv. Tom. I. Obf. 50. Lud. God. MADIHN Princip. iur. Rom. de successione. §. 229. pag. 294. et Io. Ern. Iust. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. IV. Fascic. I. Obf. 629. et 630.*

d) In his numerum facit NETTELBLADT in *Diff. de successore ex pacto et providentia maiorum. Cap. I. §. 7. et 8.*

G

pugnare non posse statuunt e). Alii denique postea natos ex antecessorum suorum consensu in alienationem, etiam sine potestatis supremæ confirmatione susceptam, eatenus saltem obligatos habere volunt, quatenus illorum heredes facti sunt, dummodo fideicommissi pretium hereditatis acceptæ valorem non excedat f).

§. XVII.

Variae, quae cogitari possunt, species distinguuntur.

Equidem, in illo sententiarum divortio, si et mihi, nulla quamvis auctoritate praedito, nec ingenio cum iis, quos in scenam produxi, facile comparando, quod sentiam, dicere licet, haud dubito quidem, adfentiri illis, qui eam, quam primo loco posui, sententiam tuentur; existimo tamen, varias, quas in ipsis rerum argumentis obvenire memini, distinguendas esse species, quae sunt ab illis praetermissae. Etenim, qui fideicommissum familiae suae reliquit, in posteros transiturum, vel eam successoribus suis legem expresse scripsit, ne illis ius potestasque esset, vel omnibus etiam de familia consentientibus, alienandi quidquam de bonis fideicommissio obnoxiiis, vel non. In casu priori, qualem, si quaeris, Perillustr. PÜTTERUS exhibet a), ob ipsam fideicommittentis voluntatem, ab iis,

e) Hanc quidem opinionem in primis tuetur WESTPHAL *im teutschen und reichsständ. Privatrecht* II. Th. Abh. 57. §. 23. pag. 240.

f) Sic sibi persuaserunt VOET in *Commentar. ad Pandect.* Tom. II. Lib. XXXVI. Tit. I. §. 65. HERTIUS Vol. II. Decif. 1005. n. 2. STRVBEN *in den rechtl. Bedenken* Th. I. Bed. XXVII. §. 2. pag. 75.

a) *in den auserlesenen Rechtsfällen* I. Bandes I. Th. Resp. XII. pag. 149.

iis, qui ad fideicommissum vocati sunt, omnimodo adimplendam, solum agnatorum suffragium quantumvis omnium commune ad suscipiendam alienationem sufficere haud credo, nisi vera et urgens necessitas pro extinguendis e. gr. debitis gentilitiis (*Stammschulden*) aut conservanda ipsa familiae dignitate eandem deposcat *b*). Quemadmodum enim veram, nec proterve procuratam necessitatem nulla lege circumscribi, expeditissimum videtur; ita et pacta et ultima fideicommittentium elogia, arctissimis quamquam clausulis firmata, haud impedire fideicommissi alienationem, ubi sufficienter doceri potest, aes alienum ob urgentem familiae necessitatem, cui debitor causam nullam dedit, contractum fuisse, negari prorsus nequit. In casu veroposteriori, quamvis multa sane in utramque partem magna veri specie dici possunt; tamen, omnibus prope perpensis, quae ultro citroque in medium proferri solent, argumentis, non possum non, penitus adstipulari iis, qui, bona fideicommissio familiae adfecta, communi omnium, quorum interest, consensu, valide distrahi, eamque alienationem a posteris nequaquam impugnari posse, arbitrantur. Antequam vero ad huius sententiae argumenta accedam, necessarium vi-

G. 2 detur,

b) In diiudicandis vero necessitatis causis magna cautione opus est, ne forsitan fideicommissa familiarum nobilium et civicarum eadem libremus lance; cum multae causae sufficere possint ad alienationem fideicommissorum familiarum plebejarum, quas citra absurdi notam ad illa nobilium atque illustrium haud retuleris, cuius diversitatis rationem ipsum praebet fideicommissorum familiarum nobilium fundamentum, in fideicommissis familiarum plebejarum exul, ut recte observavit RICHTER in cit. Tentam. Cap. VII. §. 7. sqq. ubi de causis alienationis necessariae multo ingenii acumine disputavit.

detur, prius definire, qui sint ii, quorum de re in alienandis familiae fideicommissis agatur, et quid, si eorum quidam impuberes inveniuntur, observandum sit.

§. XVIII.

Qui sint ii, quorum in alienatione fideicommissorum familiae interest? Num et consensus feminarum requiratur? quid, si quidam impuberes, observandum?

Sunt vero ii, quorum in alienatione fideicommissorum familiae potissimum interest, omnes omnino, quibus ex persona et providentia primi acquirentis ius est quaesitum, in eisdem succedendi a). Hi enim sunt quoque, qui in Legibus Germanorum antiquis *heredum* nomine complectuntur, sine quorum consensu valida peragi nequit bonorum avitorum alienatio b). Ex quo efficitur, ut si fideicommissum familiae non tam in eorum, qui in extinctionem eius conspirant, quam in posterorum potius favorem ita constitutum sit ab illius auctore, ut nemo successorum prius sit fructuum fideicommissi compos, quam si fors eius ad certam pecuniae quantitatem increvisset, ii fideicommittentis heredes, quibus non nisi administratio fideicommissi, et

a) HELLFELD in Diff. laud. §. 61.

b) *Ius Prov. Saxon.* Lib. I. Art. 52. *Ius Prov. Alem.* Cap. 308. §. 2. *Ius Lubec.* P. I. Tit. X. Art. 6. *Hamburg.* P. III. Tit. I. Art. 4. *Lüneburg.* P. IV. Tit. I. DREYER in *Meditat. de restricta facultate alienandi bona hereditaria* §. 6. von BVRI *Erläuterung des in Teutschl. üblichen Lehnrechts* II. Fortsetz. pag. 389. NETTELBLADT Diff. supra alleg. Cap. II. §. 5.

et cura incrementi illius commissa est, cum meri tantum fiduciarii sint, consensu ne quidem unanimi illud tollere, eiusque sortem inter se dividere in praeiudicium posterorum valeant, ut recte in causa quadam Marchica *Fideicommissum familiae Goer-nianum* attingente per tres conformes sententias iudicatum esse, legi apud BEHMERYM c). An vero et *feminarum* ratio in requirendo consensu ad alienationem necessario habenda sit? iam considerandum est. Equidem quaestionem hanc neque affirmative prorsus, neque negative posse decidi arbitror, sed diversae species discernendae sunt. Nimirum fideicommissum illud, de cuius alienatione quaeritur, vel tale est, quod *cognaticum* appellant, in quo promiscuus succedendi ordo obtinet (§. II.), vel *agnaticum* esse contenditur. In casu priori, cum feminarum aequae ac masculorum intersit ob aequale utriusque sexus in fideicommissio succedendi ius, illarum consensum omnino expetendum esse, per se intelligitur. In casu autem posteriori rursus distinguendum esse arbitror, an fideicommissum expresse tantum ad posteros masculos restrictum sit, adeo ut cum iis finiatur, et ad liberam ultimi possessoris dispositionem redeat; an vero eius generis sit, ut, extincta stirpe mascula, in descendantibus femineis continetur. Fac prius, et consensum quidem feminarum citra futurae impugnationis periculum prorsus praetermitti posse, res ipsa loquitur, qui tamen, si posteriorem ponis speciem, nequaquam negligendus est d). Quodsi denique inter eos, quorum in alienatione fideicommissi interest, *pupilli* atque *minores* inveniantur, equidem, speciatim

G 3 ob-

c) in novo iure controvers. T. I. Obs. 50.

d) HERSEMEIER Diff. de pactis gentil. famil. illustr. §. 3. pag. 10.

observanda esse ea, quae alias in omni bonorum, quae ad eos pertinent, immobilium distractione fieri, observarique leges civiles iubent, nullus dubito e). Quemadmodum igitur, praeter tutorum curatorumque consensum, iusta et necessaria causa appareat necesse est, quae suadere venditionem possit, tum vero, ut iudex competens aut etiam princeps solemniter alienationem decernat, eamque auctoritate sua muniat atque confirmet f); ita eadem quoque omnia in alienatione fideicommissi requiri, haud ambigitur. Consensus *nasciturorum*, qui tempore alienationis iam concepti adhuc in utero matris latent, per curatorem ad hunc actum specialiter constituendum, accedente magistratus tutelaris, aut Principis decreto supplendus est g). Caeterum an eorum, quorum interest, consensus praecedat, an subsequatur alienationem, an expressus sit, an tacitus, nihil refert b), modo, ut recte monuit STRYKIVS,

e) STIEGLITZ in Diff. de fideicommissis fam. ab iis, quorum interest, sublat. §. XIV.

f) L. 6. L. 12. Cod. de praed. et aliis reb. minor. sine decreto non alienand.

g) RICHTER in Tentam. Cap. VII. §. 6. pag. 137. Rescriptum vero principis omnes solemnitates superat, dummodo vera ac iusta alienationis causa Principi in libello supplici aperta fuerit, alias enim rescriptum foret obreptitium, quod nullo effectu gaudet. L. 2. Cod. quando decreto opus non est. Conf. WERNHER in Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 164. FRATR. OVERBECK in den *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* II. Band. Medit. 74.

b) Vid. KNIPSCHILD in Tr. de fideicommiss. familiar. nobil. Cap. XI. n. 383. sqq. *Sammlung merkwürdiger am kaiserl. Reichskammergerichte*

KIVS *i*), factum, ex quo consensus tacitus inferendus est, concludens, et tale sit, quod non possit non consensum in alienationem continere, neque ulli prorsus dubitationi locum relinquat, veluti si is, qui non expresse in alienationem consensit, neque contradixerit, neque, dum iure suo uti potuisset, eandem unquam impugnaverit *k*).

§. XIX.

Consensum omnium, quorum interest, in praesens viventium, ad fideicommissi familiae alienationem sufficere, eumque etiam obstringere postea demum procreatos, argumentis evincitur.

Quum igitur in eorum concedere opinionem haud poeniteat, qui omnium, quorum interest, in praesens viventium consensum legitimum esse fideicommissum familiae distrahendi modum autumant, quem nec postea demum procreati impugnare unquam valent; iam id mihi negotii adhuc superesse video, ut, tum quibus sententia haec argumentis firmetur, tum, quibus ea impugnetur, exponam, atque ostendam, ea, quae ad infringendam illam, cui ad stipulamur, sententiam, ab adversariis in medium proferri soleant, argumenta nequaquam ita com-

richte entschiedener Rechtsfälle. III. Th. (Lemgo 1791. 8.) Nr. I. §. 46.

i) Tr. de cautel. testamentor. Cap. XXI. Membr. II. §. 12.

k) Conf. *Io. Gottl. de HACKEMANN* Observat. de agnatis contractui alienationis praesentibus, silentibus seu illum subscribentibus, in *Clariss. Car. Frid. ZEPERNICK Analect. iur. Feud.* Tom. I. Obf. 78. et III. *GEIGERI merkwürdige Rechtsfälle* II. Th. Nr. XXIII. S. 211.

comparata esse, ut vel tantillum ab ea nos dimovere possint. Enimvero cum sententiae illius, quam propugnare suscepimus, duo membra sint, quorum *prius* illud est, quod omnibus de familia consentientibus alienatio fideicommissi rite legitimeque fieri possit; *posterius* vero, quod alienatio talis, quae omnium de familia, eo tempore viventium, consensu facta est, a postea natis, qui tempore alienationis ne quidem concepti fuerunt, nullo modo impugnari possit; utriusque huius propositionis argumenta iam recensere, mearum partium videtur. Quod igitur ad propositionis prioris argumenta attinet, haud diffiteor quidem, ea, quae in hanc rem ex iure Romano petuntur, loca *a)*, sententiae nostrae suffulciendae non adeo firmum, ut credunt, praesidium adferre, cum, ut iam recte monuit HERTELIVS *b)*, non de fideicommissis familiae perpetuis loquantur, sed potius, ut bene illa exposuit DE RETES *c)*, de *fideicommissis familiae simpliciter relictis* intelligenda sint, inter quod utrumque fideicommissorum genus permagnum apud Quirites olim fuisse discrimen, et supra (§. III.) a nobis animadversum, et a VOETTIO *d)* uberius demonstratum est. Fideicommissum enim familiae simpliciter relictum una, ut supra vidimus, restitutione, fami-

a) L. 120. §. 1. D. de Legat. I. Omnibus, quibus fideicommissum relictum est, in distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam. Cui consentiens est L. 11. Cod. de Fideicommissis.

b) in Dissert. supra alleg. §. 48.

c) Praelect. de fideicommissis perpetuo familiae relictis Cap. I. §. 4. et 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. VII.)

d) Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XXXVI. Tit. I. §. 28.

familiae facta, expirabat, quod quidem tum maxime locum habebat, cum testator simpliciter, verbis in personam heredis conceptis, heredi instituto vel interdixerat, *ne rem alienaret extra familiam*, nullo alio addito; vel saltim iusserat, *ut heres praedium in familia relinqueret*. Quo facto, licet verum sit, non modo proximos, sed et his deficientibus remotiores ex familia, quotquot existerent, ordine successivo ad tale fideicommissum vocatos fuisse, non tamen aliter, quam in casum vulgarem non agniti, aut non delati proximioribus fideicommissi, remotiores substitutos esse voluit testator. Non mirum itaque, si omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi eiusmodi petitionem adspirare poterant, in distractionem consentientibus, ab iis contractus auctoritas convelli haudquaquam potuerit. Num vero idem quoque in fideicommissis familiae perpetuis admiserint Romani, ob summum ultimarum voluntatum ac posterorum favorem non audet affirmare PEREZIVS e), cum posterius certe consensum alienationi impertire nequaquam potuerint. Sed facessant sane illa ex iure Romano derivata argumenta, cum iuris germanici doctrina validiores suppeditet copias, quas producere in aciem possumus. Ac *primum* quidem, idque gravissimum sane argumentum, nobis praebet ipsa fideicommissorum familiae germanicorum indoles atque origo. Quodsi enim verum est, quod supra (§. VI.) enucleatius exposuimus, ea bona, quae, iure Romano in Germania recepto, *fideicommissorum familiae* peregrino nomine inconcinne satis appellari coeperunt, in locum successisse eorum, quae avita olim praedia, germanice *Stammgüter* vocabantur, in quibus, ut vere et

e) Praelect. in Cod. Iustin. Lib. VI. Tit. XLII. n. 25.

et acute dixit Perill. pŭrtervs f), maiores ad conſervationem familiae iuris Germanici principia obſervanda eſſe ſtatu-erunt; nihil profecto certius, nihil exploratius eſt, quam ut, de bonorum avitorum ſeu ſtemmaticorum alienatione quod veteribus ſancitum eſt Germanorum legibus, idem quoque de fidei-commiſſorum familiae alienatione obtinere debeat. Quod enim abrogatum nunquam fuit, immo potius teſtamenti, pactis, ſtatutiſque familiarum firmatum inter illuſtres, illud, haud ſane video, cur ſtare prohibeatur. Iam vero ſecundum mores Germanorum nunquam omnis penitus prohibita fuit bonorum avitorum alienatio, ſed, ut ex mediſ aevi codicibus et monumentis maniſteſtissime intelligitur g), in eo ſolum circumſcripta, ut ad eam filiorum et reliquorum agnatorum conſenſus (*der Erben Laub*) requiſitus fuerit. Cui quidem quam maxime omnino conſentaneum eſt, ut, ſi omnium eorum, quibus in hiſce bonis ex perſona primi acquirentis ius erat quaeritum, conſenſus accederet, alienatio eorum rite legitimeque fieri potuerit. Aliter enim perſpici haud poſſet, quare ad conſenſum heredum, hoc eſt, agnatorum, reſpexerint maiores noſtri, niſi probe tenuiſſent, eos ius conſentiendi habuiſſe. Quae

f) in Diff. de iure ſeminar. adſpirandi ad fidei-commiſſa familiae. Cap. II. §. 14.

g) *Ius Prov. Saxon.* Lib. I. Art. 21. 34. et 52. *Ius Prov. Alemann.* c. 308. *Sächſiſches Weichbild* Cap. 20. et 61. Conf. SCHILTER ad Cod. iuris Alemann. feud. Cap. LXIV. §. 5. pag. 257. HELLFELD Diff. de reſtricta illuſtrium alienandi facultate, maxime quoad allodia avita. Cap. I. §. 8. et 9. BRANDT Diff. de natura bonor. avitor. Cap. II. §. 32. HELLFELD Diff. de fidei-comm. fam. illuſtr. §. 3. 4. et 53.

igitur cum ita sint, equidem nullam profecto video rationem, cur non idem etiam de fideicommissis familiae, quibus paria cum avitis bonis iura sunt, dicendum sit. Non ego quidem nescius sum, esse, qui, fideicommissa familiae cum bonis avitis eapropter comparari posse, negent, quod haec ex legum, illa ex testatoris dispositione veniant, adeoque haec arctius quam illa obligent, cum successio ab intestato quidem mutari possit, non verò successio ex pacto *b*). At enim vero *primum* monendi sunt Contrafidentes isti, ne, quod faciunt, *formam* fideicommissorum familiae *externam*, qua ad conservandi iuris patrii cautionem, a tempore recepti in Germania Romani iuris, uti consueverunt Germaniae proceres, commisceant cum *materia* eorum, seu interna vi et potestate iqualitatis istius stemmaticae, quam per formam pacti aut ultimae voluntatis, ex iure peregrino petitam, bonis et praediis suis avitis iidem conservare sunt annisi. Iam quamvis intuitu *formae externae* non eadem omnino fideicommissorum familiae ac bonorum avitorum ratio videatur, cum scilicet haec nulla olim indigerent dispositione, sed ipsis moribus legibusque patriis satis constituta essent atque stabilita; tamen quoad *materiam* certe eo magis aliter sentiendum esse arbitror, quo evidentius est, internam fideicommissi familiae vim et auctoritatem, ex communi virorum iuris germanici peritorum sententia, inter nobiles hodie unice regi atque sustineri indubitata iuris patrii antiqui observantia *i*). Ne dicam, vel sola etiam familiae cuiusque

H 2

ob-

b) Vid. MÜLLER ad Leyserum Tom. IV. Fasc. I. Obf. 630. p. 285.

i) Vide in primis, quae post alios hac de re egregie disputavit Celeb. Io. Diet. MELLMANN in select. capitib. doctrinae de fideicommissis familiarum nobilium. Sect. I. §. 11.

observantia, moribus sive longa plurium illius membrorum consuetudine stabilita, fideicommissum familiae constitui posse, neglecta caeteroquin omni testamentaria aut pactitia dispositione et forma ex iure peregrino desumpta *k*); tantum abest, ut, quod sibi persuaserunt adversarii nostri, omnia fideicommissa familiae ex sola testatoris dispositione derivanda sint atque exinde diiudicanda. Neque etiam illud probari potest, quod fideicommissa familiae arctius, quam bona avita, obstringere contendant, cum utriusque bonorum generis idem prorsus finis sit, nimirum conservatio splendoris familiae eius, qui haec bona primus acquisivit, cuius quidem obtinendi causa iuris Germanici principia tum pactis tum testamentis conservare e re sua esse statuerunt maiores nostri. Cui accedit, quod, cum fideicommissa familiae hodierna cum bonis Germanorum avitis in eo quoque congruant, quod sint in communi totius familiae dominio constituta (*§. XIV.*) *l*); etiam idem utrorumque effectus esse debeat, et quae ante peregrinorum iurium receptionem in bonis avitis iura obtinuerunt, eadem fideicommissis, mutato tantum rei nomine, absque iniuria detrahi omnino nequeant *m*).

Aliud

k) Conf. HELLFELD in Diff. laud. de fideicomm. famil. illustr. Cap. I. §. 47. et PÜTTER in den auserlesenen Rechtsfällen II. Bandes 3. Th. Resp. CCXXVIII. n. 33. sqq. pag. 826.

l) BRANDT cit. Diff. Cap. II. §. 29. RICHTER in all. Tentam. Cap. II. §. 11. et Cap. IV. §. 7.

m) HELLFELD cit. Diff. Cap. II. §. 51. pag. 59.

Aliud haud sane infirmius sententiae nostrae argumentum in eo positum est, quod fideicommissa familiae, sive pactis, sive ultima voluntate constituentur, unice favorem eorum collineent, qui sunt de familia, eoque spectent, ut bona integra in acquirentis familia conserventur, illiusque posteris iisdem utantur. Quodsi vero hi posteris, in quorum favorem fideicommissum ordinatum est, huic favori renuncient, id quod nulla lege iis prohibetur; equidem, quo iure hoc in casu alienationem eius irritam declarare velis, plane non perspicio. Lubens praetereo, incidere posse res, ut oneris plus quam commodi adferat fideicommissi familiae conservatio, cœu apparet ex innumeris fere iudicatis supremorum Imperii tribunalium, quae ex hoc capite, non obstante qualitate boni aviti, alienationem validam esse iusserunt *n*). Occurritur quidem nobis ab eis, qui fecus sentiunt, quemlibet favori quidem suo renunciare posse; at si omnes de familia, qui nunc vivunt, in alienationem consentiant, hos certe non suo tantum favori renunciare, sed et favori posteritatis, id quod iis licere nequeat. Enimvero cum objectio haec ad alteram disputationis nostrae thesin pertineat, de ea quidem postea videbimus, si prius argumenta, quibus altera propositio nostra est communita, in medio posuerimus.

§. XX.

Continuatur.

Accipe igitur alterius propositionis, quam nostra sententia complectitur, argumenta, quae haec sunt.

H 3

Si

n) HERSEMEIER Diff. de pact. gentilit. famil. illustr. §. 12.

Si verum est, quod quidem fat gravibus argumentis iam effecisse nobis videtur, alienationem fideicommissi familiae secundum praecepta iuris patrii, a nobilibus Germaniae semper tenacissime propugnata, omnium, quorum interest, de familia viventium consensu rite posse legitimeque peragi; ex eo sua profecto sponte consequitur, liberis postea demum procreatis, qui tempore alienationis *ne quidem concepti* fuerunt, nihil quidquam iuris superesse posse, ad eam cum effectu impugnandam. Antequam enim procreati erant, nulla iis competere poterant iura *quaesita* et *perfecta*; eo autem tempore, quo existere coeperunt postgeniti, bona, quae olim fuerunt stemmatica, iam iam amiserant naturam et qualitatem fideicommissorum familiae; ergo nec postea iidem per nativitatem suam ulla amplius in ea acquirere possunt iura *a*). Quae igitur cum ita sint, quis est, qui non intelligat, nullam omnino per alienationem fideicommissi, *legitime*, id est, consensu viventium, quorum intererat, peractam, postea natis fieri iniuriam; neque adeo eosdem de iure quodam perfecte quaesito, sibi adempto, recte conquiri posse? Etiam si enim in fideicommissis familiarum nobilium proprio iure, scilicet virtute dispositionis, a primo con-

a) Idem et *rationi naturali* sanequam consentaneum esse, iam iam perspicue docuit GROTIUS in aureo de iure belli ac pacis libro Lib. II. cap. 4. §. X. n. 2. *Sciendum est, inquit, eius, qui nondum natus est, nullum esse ius, sicut nec ulla sunt accidentia rei non-existentis. Quare si populus, a cuius voluntate ius regnandi proficiscitur, voluntatem mutet, iis, qui nondum nati sunt, ut quibus IUS QVAESITUM nondum est, nullam facit iniuriam.* Adde Christ. Gorrl. SCHWARZII Exercit. philos. de iure hominum nasciturorum. (Altorfi 1725.) Sect. I. §. 15. et Sect. II. §. 9.

constituente factae, neququam vero beneficio ultimi defuncti succedatur, ideoque ne singulo quidem familiae membro invito et incio, caeterorum agnatorum consensu, ius suum quaesitum auferri possit; negamus tamen et pernegamus, eos, qui tempore alienationis nondum nati, immo *ne quidem concepti* fuerunt, iuris quadam specie pro iam natis aut saltim in rerum natura existentibus, quippe in quos solum *iura quaesita* cadunt, posse reputari.

Accedit et hoc, quod posterorum ius a iure antecessorum suorum, qui fideicommissum familiae mutuo consensu diffraxerunt, nequaquam adeo seiunctum dici possit, ut nihil quicquam commune cum eo habeat, cum verissimum omnino sit, posteros *non nisi intermedio iure sanguinis*, quem a maioribus suis trahunt, ad fideicommissi tam *ius*, quam *possessionem* vocari *b)*; quocirca et ius et fas est, ut iidem quoque comprobent ea, quae maioribus suis circa alienationem fideicommissi *legitime* placuerunt.

Denique si antiquissima maiorum iura hac de re inspiciamus, nullibi inveniemus legem, quae sanciret, bona avita aut fideicommissio familiae adfecta, si omnium eorum, quorum intererat,

b) Rectissime omnino scripsit RICHTER in all. Tentam. Cap. II. §. 9. p. 55.

Iura posterorum, licet ex providentia primi fundatoris quaesita, tamen non nisi PER SANGVINEM transmitti, adeoque in voluntate aut noluntate, consensu et dissensu parentum, voluntatem quoque aut dissensum liberorum et successorum in infinitum contineri. Add. Cap. VII. §. 3. et ROTERMVNDT in Diff. de fideicommissio, et quatenus res eodem affectae alienari possint. Sect. IV. §. 5.

tererat, consensu legitime fuerunt alienata, posse revocari a posteris c). Neque, si usum fori spectamus, ullum proferri poterit exemplum, quod postea nati, si de fideicommissio tali alienato sint conquesti, sententiam victricem unquam tulerint. Ex quibus itaque apparet, eam, quam nos tuemur, sententiam, neque legibus neque iuris rationi adversari.

§. XXI.

Adversariorum dubia contra sententiam nostram recensentur.

Age vero, videamus etiam, quae adversarii nobis obmovent dubia, demusque operam, ne quid omnino reliquum sit, quod officere sententiae a nobis propugnatae possit. Cum autem Contrasententium argumenta in variis eorum scriptis dispersa inveniantur, ea in summam contrahere, ac distributione quadam sub uno aspectu ponere, instituti mei ratio postulare videtur. Sunt igitur, si quaeris, haec.

Primum falsum plane esse contendunt, nullum nascituro-
rum ius esse. Quodsi enim quis iura illis indulgere voluit, dispositioni fundatoris sive testatoris omnino standum semper erit. Nonne posthumi heredis institutio, datio tutoris, cet. dispo-

c) Hoc tantum loquuntur iuris patrii codices, filium impugnare posse alienationem praedii aviti, sine eius consensu a patre peractam. *Ius Prov. Saxon.* Lib. I. Art. 52. *Ius Prov. Alem.* cap. 312. *Iustitia Lubecensis de 1158.* §. 2. (apud de WESTPHALEN in *monum. inedit.* T. III. pag. 622.) *Kaiserrecht lib. II. cap. 103.* LÜNIG *Reichsarchiv.* Spicileg. eccles. Cont. I. p. 1171. HALTAUS *Glossar. German. med. aevi.* voc. *Erbgut.* Sed filii, tempore alienationis peractae ne quidem concepti, per rerum naturam nullus datur consensus.

dispositionem continet, quae ad iura nasciturorum spectat? Eodem prorsus modo, inquiunt, et eum, qui fideicommissum familiae ordinavit, posteris, ad quos et nascituri pertinent, prospicere voluisse. Haec iura quidem suspensa manent, usque dum nascituri in lucem vivi edantur; at a nativitatis tempore ea effectum suum fortiuntur, quum iam extiterit conditio, sub qua haec iura iis constituta sunt. Addunt, ex eo, quod leges Germanicae hac in re speciales deficiant, nihil posse colligi, cum et alia multa in legibus antiquis desiderentur, quae in illis constitui et potuissent et debuissent. Neque etiam exinde quidquam inferri posse existimant, quod nullum admissae a postea natis querelae exemplum in Germanorum fastis, cum alienationes praediorum celebratae sint apud maiores nostros in iudiciis, quas post annum et diem ne nati quidem impugnare potuerint, nedum nascituri. At haec omnia, recepto a Germanis Romano iure, mutata esse et abolita. Ita WESTPHALIVS a), quem ad verbum secutus est MÜLLERVS b). Hisce vero argumentis CRAMERVS c) sequentia adiungit. Constat, inquit, fideicommissa familiae non modo primo fideicommissario, sed post eum omnibus eius posteris cuique suo ordine condita esse in perpetuum. Quapropter in illa proprio semper iure, ex dispositione primi constituentis immediate acquisito, succeditur. Hinc itaque consequens est, ipsius patris aut agnatorum alienationem ipsorum filiis et heredibus non obstare, et quando omnibus de familia consentientibus de facto alienatio subsecuta sit, filios vel ipsius alienantis, vel consentientium in alienationem, quia a patre causam non habent, rem alienatam repetere ac vindicare posse, siquidem alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet, neque etiam quisquam alterius iuri renunciare aut pactionibus privatis eius ius laedere potest.

Re-

a) *Teutsches Privatr.* II. Th. Abh. 57. §. 22.

b) in *observat. pract. ad Leyferum* Tom. IV. Fasc. I. pag. 286.

c) in *Opusc.* T. IV. p. 814.

Reliqua Dissidentium argumenta, a KNIPSCHILDIO, STRYKIO et HERTELIO prolata, cum eis iam satisfactum sit a Consultiff. HELLFELDO, lubens praetermitto, ne actum agere videar.

§. XXII.

Obiectiones prolatae refutantur.

Verum enim vero omnia haec argumenta, etsi haud levia fortasse videantur, nequaquam tamen adeo gravia sunt, ut difficulter removeri possint. Quicumque enim ea, qualia sint, accuratori mentis trutina examinat, is facile inveniet, illa meris inniti iuris Romani principiis, cuius disciplina hac in re nunquam arrisit nobilitati Teutonicae. Ut vero omni me invidia liberem, lubet iam per singula ire, et quid cuique argumento roboris insit, investigare. Igitur *primum*, an nasciturorum ius esse possit *quaesitum* et *perfectum*, videndum est? Equidem, si de iis quaeritur, qui in utero matris iam existunt, non refragor. *Qui enim in utero sunt, in toto iure civili intelliguntur in rerum natura esse, cum de ipsorum iure quaeritur, ut Icti Romani pluribus locis tradunt a).* An vero et ii, qui ne quidem concepti, pro iam natis habendi sint, quam qui maxime dubito. Iubentur quidem parentes legibus Romanis prospicere posthumis, licet tempore testamenti conditi ne quidem conceptis, ni testamenta sua in periculum ruptionis adducere velint *b)*; sed id ipsum magno nobis argumento est, nondum natis *ius sui heredis quaesitum* non esse, quia, utrum nascituri sint, nec ne, incertum. Quodsi enim posthumus talis pro iam nato haberetur, utique testamentum patris ab initio esset *nullum*

a) L. 7. L. 26. D. de statu hom. L. 231. D. de Verb. Signif. L. 30. §. 1. D. de acquir. vel omitr. hered. L. 3. D. si pars heredit. petat. L. ult. D. unde legit. L. 1. §. 8. D. unde cogn.

b) §. 1. I. de Exhered. liber. L. 1. D. de iniusto rupt. et irr. test. L. 4. D. de lib. et post. Frid. Lud. DOERING Diff. de iuribus, quae nascituris et postumis intuitu successionis competunt. Erfordiae 1769.

nullum ob praeteritionem posthumi, perinde ac si filius iam natus praeteritus fuisset. Sed valent parentum testamenta, in quo posthumos praetereunt, quia non adest, cui debeant, cuique ius sui heredis quaesitum esse dicatur; adeoque nativitate istorum testamenta tantum *rumpuntur* ac infirmantur *c)*. Quae igitur cum ita sint, nulla profecto ne iure quidem Romano *iuris quaesiti* notio cadere potest in eos, qui, cum nondum sint concepti, in rebus humanis esse nullo modo intelligi queunt. Verum quidem omnino est, eum, qui fideicommissum familiae ordinavit, etiam posteris suis favere prospicereque voluisse; attamen, ut hi iura et commoda sibi destinata acquirere possint, eadem adhuc eo supersint tempore, quo illi existere incipiunt, procul dubio necesse est. Quod vero antea distractum consensu omnium de familia viventium, tempore nativitatis eorum, qui postea procreati sunt, iam in bonis familiae esse desit. Quo ergo iuris colore illi re, iam, antequam nascerentur, non amplius existente, defraudati se conqueri valent? At, instant, nonne servanda suprema fideicommittentis voluntas, nonne igitur nascituris in tempus nascendi iura reservanda sunt integra? Ita sane, si quae sint iura iis quaesita, at enimvero illos, qui in rerum natura nondum sunt, iura habere quaesita negavimus, ergo et nulla illis reservanda. Neque etiam ille ultimae voluntatis favor, cui servandae adeo studebant Romani, in quaestione nostra, ex patrii iuris principiis decidenda, vel quicquam valet, cum constet, fideicommissa familiae germanica in condominio totius familiae esse constituta, eaque idcirco non a sola fideicommittentis voluntate, sed et a communi eorum, in quorum favorem ordinata sunt, suffragio pendere, adeo ut, legibus haud repugnantibus, eorum, quorum interest, consensu et mutari queant et penitus tolli.

Non plus sane ponderis alteri inest argumento, quo ad infringendam rationem nostram, a *defectu legum* petitam, utuntur.

I 2

tur.

c) Ant. FABER in Iurisprud. Papinianae scientia Tit. IV. pag. 141. (*Lugduni 1607.*) *Christ. God. TILLING* de postumis heredibus instituendis vel exheredandis Specim. prim. praef. III. *Christ. RAV* def. *Lipsiae 1790.* pag. 25.

tur. Quamvis enim negari omnino non possit, leges germanicas antiquas multo plures iuris quaestiones reliquisse in medio; semper tamen conclusio haec firmissimo stabit talo, si ad alienationem fideicommissi *legitimam* solus viventium consensus requiritur, postea natis, quorum nulla in alienatione habetur ratio, nullum, eandem impugnandi, ius competere posse. Neque profecto causa, quare postea natorum olim haud admitta fuerit eam ob rem querela, in *resignatione iudiciali*, ut somniant, quaerenda est. Quid enim quaeso? num haec resignatio extinguere potuisset *ius nondum natorum*? Ne dicam, lepidum sane argumentum esse, quod ne nati quidem impugnare potuerint alienationem talem, ergo nec nascituri. Tandem alia noviori aetate, et *contraria* prorsus hac de re *principia* invaluisse, gratis adferitur, cum in confesso sit, Germaniae proceres *iuris patrii antiqui praecepta* sancte semper integreque coluisse.

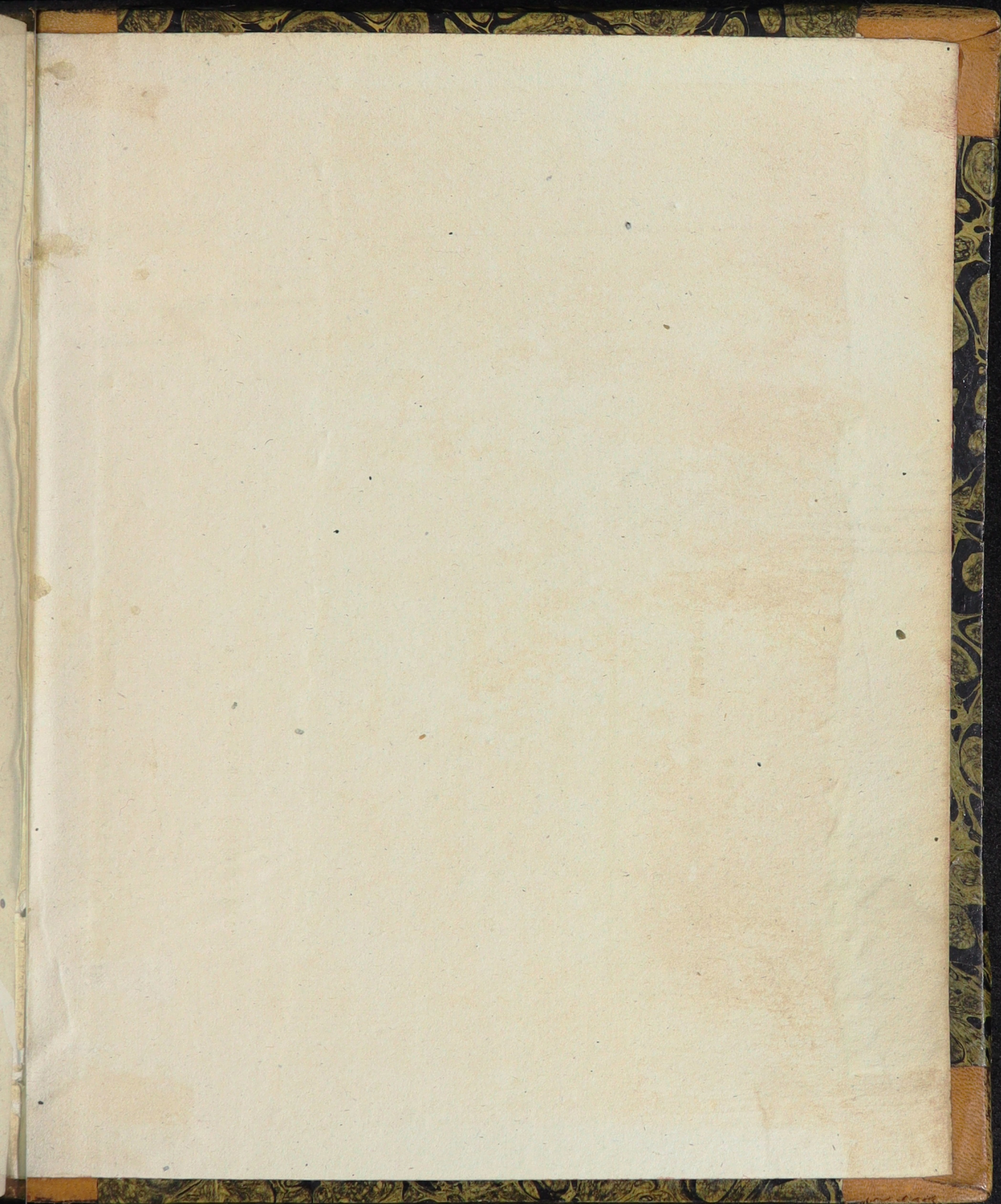
Quod reliquum est, non est, quod multus sim in refellendis CRAMERI argumentis profecto ficulneis. Neque enim, quas nobis occinit, regulae illae cuique non ignarissimo notissimae: *alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet, neque etiam quisque alterius iuri renunciare potest*, nos amplius turbabunt, postquam iam supra fatis expedivimus, liberis nondum procreatis nullum in fideicommissio familiae ius esse *quaesitum*.

Ex his itaque intelligitur, validam esse fideicommissi familiae alienationem, consensu omnium, quorum interest, de familia viventium peractam, eamque a liberis postea procreatis impugnari nequaquam posse, si vel isti alienantium heredes facti non fuerint, nec princeps consenserit. Nam si postgenitis illis *ius vere quaesitum* esset, profecto hoc eis nec heredis qualitas (§. XIII. et XIV.) nec principis consensus auferre posset.

T A N T V M.

C O R R I G E N D A.

Pag. 4. §. II. lin. 3. lege *eique*. Pag. 5. lin. 15. lege *splendorem*. Pag. 33. Not. e. lege *merentur*.





, neutiquam vero beneficio ultimi defuncti
 ne ne fingulo quidem familiae membro in-
 eterorum agnatorum consensu, ius suum
 possit; negamus tamen et pernegamus, eos,
 tionis nondum nati, immo *ne quidem concepti*
 lam specie pro iam natis aut saltim in rerum
 , quippe in quos solum *iura quaesita* cadunt,

c, quod posterorum ius a iure antecesso-
 fideicommissum familiae mutuo consensu di-
 uam adeo seiunctum dici possit, ut nihil
 e cum eo habeat, cum verissimum omnino
nisi intermedio iure sanguinis, quem a maiori-
 ad fideicommissi tam *ius*, quam *possessionem*
 et ius et fas est, ut iidem quoque com-
 maioribus suis circa alienationem fideicom-
 unt.

iquissima maiorum iura hac de re inspeci-
 emus legem, quae sanciret, bona avita aut
 e adfecta, si omnium eorum, quorum in-
 tererat,

scripsit RICHTER in all. Tentam. Cap. II. §. 9. p. 55.
et ex providentia primi fundatoris quaesita, ta-
 ANGVINEM transmitti, adeoque in voluntate aut
et dissensu parentum, voluntatem quoque aut dis-
successorum in infinitum contineri. Add. Cap. VII.
 OT in Diff. de fideicommissio, et quatenus res eodem
 nt. Sect. IV. §. 5.

