HENR. ERNEST. KESTNERI,
IC. ET PP. RINTEL.

PROBLEMATA
DE
DEFECTIBVS
IVRIS COMMVNIS
IN REPVBLICA GERMANICA,

QVIBVS
PRODROMVS CONCLVSIONVM AD REFORMANDAM
IVRISPRVDENTIAM SPECTANTIVM
CONTINETVR.

ACCEDIT
PHILIPPI BVRCHARDI, IC.
DISCVRSVS
DE
HODIERNAE IVRISPRVDENTIAE
NAEVIS ET REMEDIIS.
EDITIO NOVA CORRECTIOR.

RINTELII,
EX OFFICINA IOH. GODOFREDI ENAX, ACAD. TYPOGR.
MDCCXXXVII.

KÖNIGL. BIBLIOTHEK DER UNIVERSITÄT HALLE A. S.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt

Præfatio Secunda.

Multis tum Typographi, tum aliorum, quos habeo, amicorum desideriis animatus, Tractatum hunc de Defectibus Juris Communis in Republica Germanica, quò, uti rubrum docet, Prodromus Conclusionum, ad reformandam Jurisprudentiam spectantium continetur, denuo edidi, & multis in partibus adjunctis iis, quæ in Dissertationibus meis quondam habitis de hac materia scripsi, tum auctiorem, tum etiam, mutato in nonnullis, pro planiori conceptu, ordine correctiorem sistere volui. Quæ hujus scriptionis causa fuerit, tum præfatio prima, tum ipsa totius qualiscunque opusculi pagellæ evidenter satis demonstrare possunt. Miserrimum esse Jurisprudentiæ nostræ statum, nemo facile in dubium vocabit, & si vel centies novæ optimæque condantur leges, (nam inane est in depravato generis humani statu præsidium, quod a bonis moribus introducendis petitur; vitia enim erunt, donec homines erunt,) nova tamen facta, ob malitiam humanam, quotidie emergentia, novas desiderant leges, cautione omni ferendas. Jejunæ autèm cavillationes contra hunc Tractatum a nonnullis forsan factæ, tum ex ordine tum ex aliis nugis petitæ responsionem non merentur. Scripsimus Problemata, in utramque partem disputari solita, quæ diverso tempore, diversis Disputationibus pro animandis Studiosorum conatibus ela-

elaborata, & adeo præcisum pro Scholastica Philosophia ordinem non requirunt. Multa ex principiis Thomasianis in statu meo Professorio penitius, ac quondam inspectis hausta esse, & jam dicta præfatio prima, & allegationes bona fide factæ docere possunt. Mihi inter ea aliquali cedere potest solatio, quod leviculæ istiusmodi meditationes non tantum multis, quorum literas teneo, Status Ministris placuerint, sed & Doctissimi rerum literariarum Collectores eas benignissima & sat honorifica recensione dignati fuerint. Et quamvis hæc omnia, (uti omnes, exceptis spiritualibus, cogitationes nostræ vanæ sunt,) deessent; laborandum tamen, eaque urgenda sunt principia, quæ manifestissimam in rebus humanis utilitatem sistunt. Nihil dicitur, quod prius non sit dictum; sed in dictis, in excolendis, inque ordinem redigendis veris, utut utrobique lateant, principiis vera consistit sapientia. Ignavi contra, quod non capiunt, carpunt, &, quod non scribant aut putent, nihil novi posse scribi, maximum ignaviæ signum produnt. Debet juventus excitari, debent principia cum principiis conferri, & prolatum a magno Status Ministro quondam dictum Fac officium tuum, *quantum licet, in cura habendum. Sint quæ scribuntur suo modo vulgaria; erunt tamen forte in multis singularia.*

Benigno interim Lectoris favori nos commendamus.

DE-

L. S.

MAgna librorum multitudo est. Insatiabilis scribendi pruritus nec modum nec terminum agnoscit. Faciendi plures libros nullus, secundum sapientissimum Ecclesiasten, est finis. Scribendi desiderio docti, indocti, nunc æque agimur, &, quam a cerebro exspectare deberemus immortalitatem, misero papyro immaniter extorquemus, immemores, Palladem non aliunde, quam ex cerebro patris sui prosiluisse, nec papyraceam, sed armatam. Verum hoc est; sed etiam verum est, quod, si ullo, certe hoc tempore scribi, & vera veræ cujusdam Jurisprudentiæ principia promoveri debeant. Nihil facilius, nihil quoque tædiosius est, quam integra crassaque volumina passim compilare ac consuere, quicquid repertoriorum locorumque communium est perrepere, & quæcunque in iis occurrunt, ut & varios autores descriptos in unum opus suum promiscue compingere. Sed hoc non scribere, sed exscribere, & supervacaneus ubicunque labor est. Majora supersunt momenta,

quæ ſcriptionem noſtris moribus & temporibus ſi non imperant, certe ſuadent. Habemus docemusque Jurisprudentiam, multis & infinitis nævis repletam, magno auſu magnas nugas agimus, turbamur plurimis otioſis conceptibus, qui nec ſcientem juvant, nec ignoranti damnum conciliant; terimus tempus inanibus ſterilibusque, quibus præſtantiſſima ingenia torqueri ſolent, quæſtiunculis, nullam Reipubl. utilitatem allaturis. Germani ſumus, ſed Germanorum jura neſcimus. Admiratione Imperii Romani adeo faſcinati, eique adeo ſtudia noſtra condonamus, ut obliviſcamur, & ne cogitemus quidem propria. Quid leges, quomodo hæ ferendæ, quomodo ſtatui Reipubl. accommodandæ, quid vere juſtum, quid injuſtum, (in quo potiſſima JCti vis & virtus conſiſtit, nam leges civiles recitare, & quandoque vel reſponſum vel ſententiam concipere, minima Jurisprudentiæ pars eſt,) alto ſpernimus ſupercilio, cum tamen id docendum, idque urgendum ſit, quod utile, quod rationabile, quod rationibus Reipubl. convenit. Stultum eſt, id addiſcere, in eoque omnem ingenii vim conſumere velle, quod uſui non futurum. Quis, monente *Plinio*, tam patiens erit, ut velit diſcere, quod in uſu non ſit habiturus? Fructus doctrinæ maximi ſecundum *Ciceronem* ſunt, tractare ea, quæ ad uſum ſpectant; Ipſe *Juſtinianus* Imperator Glorioſiſſimus pulchre ſuadet: Hæc ſtudioſi capere ſtudeant, quæ in præſenti ævo in uſu verſantur. Ardua ſunt temporis momenta, quæ Deo, quæ Reipubl., non vero vanis deſtinari debent ſpeculationibus: Reddenda eſt ratio vitæ & actionum noſtrarum. Manet, manebitque, quin conſtabit Juri Romano ſua laus, dignitas

&

& majestas, quatenus id rationabile, justum, & Reipubl. congruum est. Neque est, quod quis nobis aut pruritum novandi, aut, quod in privati non sit arbitrio de lata lege disputare velle, objiciat. Siquidem novitatis studium valde suspectum, periculosum, odiique pleniſſimum est. Mutatio legum temeraria contemtum legis involvit, non debemus facile ab eo jure, quod diu æquum visum, recedere, monente Vlpiano in *l. 2. pr. ff. de Const. Princ.* Judex secundum leges, non cerebrum, sæpius passionibus aut corruptela inquinatum, judicat. JurisConsultus aut Doctor jura profitetur, non hæc condit. Sacrilegium est, de lege aut Principis potestate disputare velle; Verum hisce aliisque dubiolis & scrupulis vanis, ni fallor, satisfactum est in Problemate 3. §. antepen. & seqq. Ingrata quidem hæc thesis est illis, qui in luto hærent, & non nisi systema suum, & quæstiunculas, magno cum sudore temporisque jactura ad hoc congestas, blaterare, rectiora autem ob ingenii vel imbecillitatem vel pertinaciam propagare non norunt; veritas tamen modeste & scribi & urgeri debet. Quadrat huc illud Poëtæ:

Vel quia nil rectum, nisi quod placuit sibi, ducunt,
Vel quia turpe putant parere minoribus, & quæ
Imberbes didicere, senes perdenda fateri.

Reformatione maxima, si mores spectes, opus habet Christiana religio; indiget & emendatione Jurisprudentia. Accedere poterat, quod functio professoria citra frequentes conflictus Academicos & solidam veritatis investigationem cum gloria sustineri nequeat, nisi quis in molli otio consenescere, aut sterile terræ pondus existere velit. In elaborandis hisce proble-

matibus, exercitii & boni publici causa conscriptis, multa debemus *Hotomanni* Anti-Triboniano, *Conringio* de rigine Juris Germanici, *Kulpisii* dissertationi de Germanicarum legum veterum ac Romani Juris in Republ. nostra origine autoritateque præsenti, *Dni. Thomasii* delineationi Histor. Juris, & doctissimis Celeberrimi *Zollii*, JCti apud nos primarii, meditationibus, olim a Viro optimo edendis. Subjunximus ob affinitatem argumenti perelegantem Clarissimi *Burchardi* de nævis & remediis hodiernæ Jurisprudentiæ discursum, lectu digniſſimum. Interea lubens fateor, multa plenius, multa accuratius exornari & potuisse & debuisse; Sed concatenatus, quo in collegiis, aliisque negotiis, & itineribus quibusdam expediendis districtus fui, labor, aliqualem merebitur veniam. Ego sane hac ipsa opella nihil aliud quam gloriam Dei & utilitatem Reipubl. promovere volui, debui. In magnis & voluisse sat est. Futura, si quæ sunt, tempora majorem forte hanc materiam excolendi ansam suppeditabunt, dum hac vice prodromum, non commentarium scripsimus. Quod si lapsus & ἁμαρτήματα typographica irrepserint, quando vel commata vel puncta in suo non rite collocata fuerunt ordine, aut, si quæ graviora inciderint sphalmata, ea benevolus Lector pro suo candore æqui bonique consulet, corriget, excusabit. Plures oculi plus vident. Sapiens vir res, non verborum corticem, respicit. Quod si etiam in uno alteroque hallucinatus fuerim puncto, meliora, placide demonstrata, lubens sequar. Vale,

Lector Optime, & conatibus nostris

fave.

Se-

SERIES PROBLEMATVM.

Problema 1. *De reformanda Jurisprudentia.* pag. 1.

Probl. 2. *De autoritate & receptione Juris Romani.* 19.

Probl. 3. *Ostendens, Jus Romanum, deficiente Jure Statutario aut provinciali, non esse attendendum in casibus, ubi aut rationi aut æquitati repugnat.* 51.

Probl. 4. *De autoritate speculi Saxonici & Suevici occasione statut. Rintel. Sect. II. tit. 2. §. 3.* 68.

Probl. 5. *Ostendens, controversias summorum Imperii Principum non ex Jure Romano, sed ex legibus naturæ, divinis, & observantia Imperii esse decidendas.* 76.

Probl. 6. *Ostendens falsitatem Brocardici, bonus institutista, bonus Jurista.* 95.

Probl. 7. *Ostendens, omne jus esse jus reale.* 99.

Probl. 8. *De mysteriis quibusdam Juris Romani.* 105.

Probl. 9. *De nævis quibusdam circa materiam testamentariam.* 123.

Probl. 10. *De nævis quibusdam circa materiam de Pactis.* 139.

Probl. 11. *De mysteriis quibusdam circa materiam de delictis & de processu.* 158.

* * *

PHILIPPI BVRCHARDI, JC. *Discursus de Hodiernæ Jurisprudentiæ nævis & remediis.* 169.

Pro-

Problema I.
De REFORMANDA JURISPRUDENTIA.

§. I.

Necessitas Jurisprudentiæ Positivæ.

Magnum Reip. momentum in justitia rectè administranda consistit, hæc unica causa est, quare Reges, Principes, omnesque summæ potestates constitutæ, ut invioiabilia Jura vicario Summi Numinis nomine exerceant. Sanctissima justi & æqui principia, cordibus hominum insita, adeò clara, perspicua & limpida sunt, ut plenissimum ubivis assensum adinveniant, & à mortalibus, si principia justi & injusti respicias, facilè adimpleri possint; cum tamen hæc ipsa principia generalissima, & ad infinitos in genere humano occurrentes casus definiendos haud adaptata, quin potiùs pro diversitate rei, hominumque opinione prolixis jurgiis & tædiosis cavillationibus obnoxia sint, adeoque opus erat positivâ aliquâ Jurisprudentiâ, quæ defectum hunc suppleret, & innatum litigandi pruritum amputaret.

An boni mores plus præstent quam leges.

§. II. Non jam disquiremus, utrum melius sit, Remp. regi per bonos mores, quàm per leges. Et certum quidem est, plus juvare & præstare bonos & incorruptos mores, ex

amore boni profluentes, quàm spinosam, & sat molestâ legum farraginem, & hypocriticam vitam, ex metu pœnæ suboriam; verùm, ubi sunt boni mores? ubi est cultura morum? forsan ens rationis. Debebamus esse Christiani, sed debebamus. Ubi enim Christianismus? ubi purus & incontaminatus amor inter mortales, ad omne malum celerrimo impetu proruentes, hæret? Opus ergò est legibus, opus est Jurisprudentiâ. *Conf. Dn. Thomas. disp. morum cum jure scripto contentio.*

Laus Jurisprudentiæ Romanæ.

§. III. Inter positiva jura non sine merito palmam hactenus tenuit Jurisprudentia Romana, quippe quæ solidissima Juris Naturæ principia non tantùm sub ambitu suo comprehendit, sed etiam felicissimis naturalis Jurisprudentiæ restauratoribus *Grotio & Pufendorffio* in excolendâ hac nobilissimâ disciplinâ, quæ basis, fons fundamentumque omnis juris existit, amplissimam pro instituto feliciter adornato materiam dedit; imò hæc quotidiè orituris litibus præscindendis adeò sufficere videbatur, ut, si *Duckio* fidem habemus, communis ferme gentium Jurisprudentia nuncupetur.

Requisita legum.

§. IV. Si tamen fateri fas est, quod res est, diffitendum non est, & ipsa rerum juriumque connexio docet, fortè magnificentius, quàm verius hanc thesin stabiliri. Quod si enim paulò propiùs indolem ac naturam legum inspiciamus, debet lex clara, perspicua & utilis esse, prætereaque leges tum Reip. genioque populi accommodari, tum in linguâ populi conscribi debent: Ad incognita nemo ferri, nec obedientia hominum ad non intellecta adigi potest. Omne jus eatenus obligat, qua intelligitur, nec lex habetur nisi promulgata, nec promulgata, nisi ad notitiam hominum sufficienter, atque adeo linguæ vernaculæ remigio deducta. Scilicet debent leges quæcunque statui & formæ Reip., non Resp. legibus accommodari. Mutatâ Reip. formâ, mutantur, variantque leges & statuta. Alias leges monarchia, alias requirit democratia, & quæ huic utiles, illi plerumque inutiles esse solent. Mutantur leges cum populi moribus & con-

conditionibus. Miserum est, si sancta justitia inter obscuritatem atque ambages, inter perplexa neque absimilia oraculis responsa, inter interpretum dissidia, & fori jurgia & castra urbanæ togæ hæret, ac velut obmutescit. Beata est secundum *Platonem* illa civitas, in quâ pauciſſimæ breviſſimæque leges regnant, nimirùm cum legibus inductum servitium, factumque est, ut, sicut in arte medicâ non tam morbis, quàm remediis obruimur, ita in Jurisprudentiâ nostrâ ex æquo flagitiis ac legibus laboremus. *Hotomannus in Anti Triboniano cap. 2. Conf. tr. nostr. de Jurispr. illustr. §. 14. 15. de Prudentia legislatoria & disp. de Structura legum.*

Defectus Juris Romani.

§. V. An verò hæc legum requisita de Jurisprudentiâ Romana, seculo nostro applicandâ, prædicari queant, valdè ambigo. Ut enim taceam, quanta inter Romanos & Germanos morum, legum, & jurium disparitas sit, quis non videt, utiliſſimum tempus, cujus sola honesta avaritia, quodque addiscendis præstantiſſimis disciplinis, Reip. incrementa promoturis impendi debebat, heic in casibus non dabilibus, aut vix per seculum contingentibus consumi? Vix titulus, vix supereſt materia, quæ non multas otiosas, & de lanâ caprina sistit quæstiones, quæque adeò nullam utilitatem, nullum in vitâ civili usum, quin potiùs, ut ipse ait Imperator Justinianus, antiquas exhibent fabulas. Desudamus in subtili otio, & negligimus necessaria. Germani sumus, sed Germanorum Jura nescimus. Germani Germanas leges habere debebamus; verùm quò te vertas, nonniſi exotica, & peregrina in omnibus Jurisprudentiæ partibus deprehendes. Quin, sicut hoc ultimum seculum plus scientiæ quam conscientiæ habet, ita magis litigia, quam veritatis vestigia sequitur & assequitur.

Status Veterum Germanorum.

§. VI. Felix erat veterum Germanorum status, qui diutisſimè non tàm ex legibus scriptis promulgatisque, quàm ex receptis moribus patriis, aut ex æquo & bono Jura reddentes, vitam sanctiſſimam agitarunt, ac, cum postea

pauciſſimas ſibi impoſuiſſent leges, omnia breviſsimo & planisſimo proceſſu, & per paucas audientias terminaverunt; plus enim inibi, ſecundum *Tacitum*, boni mores, quam alibi bonæ leges valebant. Uſus hic vetuſtate omniumque voluntate comprobatus facilè legis vim, ac ſanctitatem obtinebat in populo, qui ex virtute tanquam ex lege vivebat, & ſuæ naturæ impulſu, non pœnarum edictorumque metu à deformitate ſcelerum detinebatur, ipſos legum Interpretes Judicesque ſenilis prudentia & pietas, & juſtitia tanto muneri commendabant, plerisque etiam e populo deſumtis, qui legendi ſcribendique imperiti ſolam patriæ conſuetudinem callebant. *Hachenberg. in German. med. cap. 2. §. 1. & 26.*

Leges Germanorum.

§. VII. Franci quidem, ſeculo poſt Chriſtum natum quinto, Burgundiones, Weſtrogothi, Oſtrogothi, Longobardi varias tulerunt leges; ſed paucæ hæ erant ac breves, in univerſum autem usque ad XIII. ſeculum à Carolinorum temporibus non ex ſcripto, ſed ex receptis moribus, ex bono & æquo ſententias pronunciarunt. Circa ſeculi XIII. initia jus Pontificium, poſtquàm Gregorius IX. Anno 1239. circiter decretales ſuas edidiſſet, easque ubivis mandaſſet obſervari, ſtatim in Germania in uſu eſſe cœpit, quod cum multa pareret incommoda, lites augeret, ineptis Germaniam legibus repleret, Pontificis dominatum clerique dignitatem in immenſum efferret, inde ſub temporibus Friderici II., Rudolphi I. & ſeqq. Imper. viri de Juribus patriis conſervandis ſoliciti, mores & conſvetudines Germanicas colligere cœperunt, id quod ſpecula tum Saxonicum, tum Suevicum, ut & variarum urbium leges abunde probare poſſunt, quo de in problemate 4. *de autoritat. ſpec. Saxon. & Suevic.* §. 3. 4. 5. & 6. *Conf. Conring. de orig. Jur. Germ. c. 2. 11. c. 15. 17. 19. 25. Meibom. in introduct. ad hiſtor. infer. Saxon. p. 77. & ſeqq. Gryphiander de Weichbildis Saxonicis c. 48 num. 13. Joach. Kollius* im Lübiſch Recht-Buch. *Maurit. in præf. ad conſilia Chilonenſia.*

§. VIII.

§. VIII. Postquam verò Jus Romanum, cujus post Justinianum arbitrarius quidem, sed plane exiguus fuit usus, (nam Imperatores subsequentes aboleverunt, mutaverunt, & novaverunt quicquid ipsis placuit,) in Italia revivisсere, & *sec.* 12. *Irnerius* primùm, & deindè ejus Collegæ *Martinus*, *Bulgarus*, *Jacobus & Hugolinus* hoc jus publicè Bononiis interpretari cœperunt, ita introductis in Germania Academiis, ad normam Italicarum Scholarum constitutis, Romanum jus sensim sine sensu, & potissimum seculo XV. in Germaniam devenit, & publicè doceri cœpit; & cum Professores Academici de jure statim inciperent respondere, & partim ipsi, partim eorum discipuli consiliis Principum & judiciis tum inferioribus tum superioribus admoverentur, non potuit non usus ejus ex schola in forum transire. In territoriis Principum & Statuum usus Juris Romani tardiùs receptus est; in Frisiam, Hollandiam, Saxoniam demum seculo *XVI.* penetravit, tantaque deinceps incrementa sumsit, ut ubivis in Judiciis floreat, ibique allegetur, jus verò Germanicum antiquum, ex quo tamen plurimæ ordinationes provinciales oriuntur, & infiniti casus, quotidie occurrentes decisionem capiunt, non solùm planè ignoretur, sed & communis persuasio suborta sit, ac si hoc ipsum Jus a Romano jure prorsus deglutitum sit. Promoverunt hanc rem Imperatorum Germanorum approbationes, dum in Comitiis Imperialibus juris Romani usum tacite confirmarunt, & secundum illud, nisi aliud forsan recessibus Imperii determinatum, judicare debere statuerunt, nach laut gemeinen beschriebenen Käyserl. Rechten/ prout dicitur *in Ordin. Cam. de An.* 1500. §. Ordnen setzen/ ex quâ tamen sanctione nihil aliud fluere videtur, quàm quod subsidiarius saltem Juris Romani usus sit, ita, ut non nisi deficientibus Germaniæ moribus, & particularibus locorum statutis ad oracula ejus in tantum, quantum receptum est, & recipi potuit, recurri possit. Atque hoc innuunt verba, in Ordinat. Camer. & Recessibus Imperii ex-

Receptio Juris Romani in Germania.

expressa, daß die Assessores nach redlichen / erbaren und landischen Ordnungen / Statuten und Gewonheiten der Fürstenthümer sprechen sollen / & sic nullum quidem est dubium, etsi forte non statim initio, pedetentim tamen in Cameram una cum Doctoribus Juris Romani etiam legibus Imperii Jus Romanum rationabile introductum esse. Ast in alia Germaniæ fora nulla communi totius Imperii sanctione Jus Romanum traductum est, neque enim ulla lege publica ita decretum deprehendas. Quo de infra plenior dicendi occasio semet sistet. *Conf illustr. Stryk. in discursu ad usum modernum. Thomas. in delineat. hist. juris* §. 170. 171. *Hoppius in præcogn. jur. univ.* §. 7. *Kulpis. diss. de vet. Germ leg. autor.*

Nævi juris Romani.

§. IX. Quàm conturbatè verò, si legum imperfectionem, confusionem, obscuritatem, multitudinem, contrarietatem inspicias, ipsa ipsius Juris Romani compages, ex tot diversissimorum, diversas sectas, diversas doctrinas foventium JCtorum principiis consarcinata, sese habeat, quamque ea ad Statum Germaniæ nostræ minimè quadret, ex ipsâ historiâ tum ante-tum post Justinianea evidentissimè demonstrat nondum refutatus *Dn. Thomas. in tr. de nav. Jurispr. ante-Justin. & dict. delineat. histor. juris passim. Dn. Ludovici in præfat. ad comp. Novell.* Quæ summus JCtus *Hotomannus* in Anti-Triboniano pro Jurisprudentia Gallica adornanda contra jus Romanum scribit, hæc omnia sanè Germaniæ nostræ applicari possunt. Si definitiones, quæ non sunt leges, si principia & axiomata Ethica & Politica in Jure Romano repetita, ex regulis communibus fluentia, quorum explicatio, ampliatio, limitatio cuivis licita est, si casûs specialissimos, si rationes legum, quæ pro legibus non habendæ, si præcepta Juris Naturæ & Gentium, & quæ ex ipsa Juris Naturalis ratione sponte fluunt, ex Jure Romano demas, certè exigua portio illius Juris Romani, quod in viridi observantiâ esse dicitur, remanebit, quo de conf. *Probl sequens.* Controversiæ publicæ, & feudales non tam secundum jura veterum Romanorum

norum quàm Germanorum decidendæ sunt. Vana est eruditio, si juvenes iis doctrinis imbuantur, quibus saltem inania fulciuntur litigia, & quas in vitâ civili in usum deducere nequeunt. Fatetur id autor de abbrevianda lite in verbis: **Es seynd viele Gesetze für die liebe lange Weile geschrieben/ immassen die Rechtsgelehrten selbst gestehen müssen/ daß die Helffte des** Corporis Juris **altväterisch Zeug/ und von allen Nutzen entfernet sey.**

Defectus interpretũ Juris.

§. X. Accedit miseria Glossatorum, & primorum in Academiis Doctorum, quippe qui utplurimum historicâ Status Romani cognitione destituti erant, ignorabant Statum Germaniæ, & præterea in genuinis Philosophiæ rationalis atque moralis principiis, quæ fulcra sunt Jurisprudentiæ, hospites deprehendebantur. Non parùm verò auxit hanc rem deplorandum illud autoritatis præjudicium, dum sententias suas sub larvâ ambitiosorum encomiorum, & comminatione temporalis atque æternæ pœnæ auditoribus instillabant docentes. Subsecutis temporibus infiniti Doctorum & Interpretum commentarii, monstrosa distinctionum, ampliationum, limitationum, & diversissimarum opinionum involucra adeò jurisprudentiam lacerarunt, ut neque principium, neque exitum veritatis in iis invenias, sed cum casus aliquis incidit, in tantâ traditionum diversitate incertus hæreas, nec, quô te vertas, ferme scias. Ipsa, quæ tantopere commendatur, *communis opinio*, adeò lubrica, & adeò in hac sæpius Interpretes variant, ut utraque opinio communis dici possit. Et quis omnes autores vel legit, vel legere potest, ut de communi opinione certus sit. Nulla opinio tam certa, tam vera est, quæ non possit pluribus contrariis opinionibus & fundamentis destrui, & sic omnia judicia magis ex judicum arbitrio, quam ex certa juris dispositione terminantur, & modo in uno eodemque negotio nunc pro actore, nunc pro reo sententia fertur sine variatione juris & facti, sed solum ex eo, quia his judicibus placet hæc opinio, aliis displicet, & contraria directa satis-

satisfacit, cum sine certa lege in tot opinionum varietate Respubl. gubernetur. *Cæval in Spec. Aur. Opin. Comm. contra comm. in proœm.* Ipsæ quoque, quas multi urgent, *Res judicatæ* suo non carent defectu; valdè enim difficile est, probare, idem factum, easdem circumstantias, eademque momenta in unâ eâdemque causâ concurrere, & ex eodem fundamento decisionem capere: ne dicam vel de dissensu ferme infinito collegiorum juridicorum, etiam in territorio unius Principis, vel de frequenti observantiæ judicialis, etiam intuitu unius Collegii mutatione. Imò non iniquè dixit, qui dixit, plerasque in judicium deductas lites hodie arbitrarias esse, quas judex pro arbitrio suo, & prout æquitas ipsum moverit, decidere possit; semper enim pro opinione suâ aut legem, aut canonem, aut decisionem, aut praxin, aut rationem aliquam reperiet. Quâ tamen sententiâ nihil perniciosius. Periculosa enim est lex, quæ judicis arbitrio aliquid relinquit, & e contrario sancta & justa, si nihil ejus arbitrio committat.

Consilium pro reformanda Jurisprudentia.

§. XI. Ex quo, ut infinita alia, quæ hanc rem suadent, argumenta taceam, facilè constare credo, quantâ quamque necessariâ reformatione Jurisprudentia nostra egeat; postquam verò elapsum & præsens seculum in summum Reipubl. commodum insignem omnibus ferme disciplinis mutationem attulit, & inprimis in Jurisprudentiæ studio tot illustres, tot celeberrimos viros produxit, qui leges Romanas, Germanas, & inprimis Naturales, ex historiâ atque Philosophiâ sanâ non sine insigni successu explicare annisi sunt, quis de facie Jurisprudentiæ, in melius efformandâ, prospera quæque sibi non promitteret? quid impediret, si Princeps aliquis uni alterique cordato & perito JCto demandaret, ut codicem patrium summâ cum curâ & lucubratione ex optimis quibusvis autoribus construeret, atque omnes, quotquot inveniri possunt, quæstiones controversas & utiles, practicas tamen brevissimè sine ullâ disputatione, autoritatisque aut rationis allegatione decideret, quæ exinde à Consiliariis revi-

revideantur,&, si quæ mutanda esse putent, sine multâ disputatione sola votorum pluralitate colligantur, posteaque principali autoritate confirmentur, & subditis inviolabiliter observandæ præcipiantur? Quid impediret, si Princeps ex systemate quodam celebriori controversias quotidianam utilitatem spirantes extrahi, iisque vim legis tribui curaret, cæteris omnibus quæstionibus rejectis, penitusque abrogatis? Atque inter hæc convenientissimum & dignissimum erit christiano legislatore, non negligere, quæ ex lege Mosis excerpi & seligi possunt,ea inprimis, quæ nituntur rectitudine, ratione,& æquitate naturali, quibus omnes homines,tam ii qui ante Mosen, quam qui post vixerunt, adstricti sunt. Si licet hoc in Gallia, in Dania, quare non apud nos? Si licuit id olim,& nunc licebit; si licet multa, quare non omnia? Non caret hoc seculum, & si quod futurum, Tribonianis, sed illis instructissimum est, qui pari, qua olim facilitate negotium istud citra difficultatem componere possent. Intendit jam olim Julius Cæsar jus Civile ad certum modum redigere, atque ex immensâ diffusâque legum copia optima quæque & necessaria in pauciſſimos conferre libros, prout testatur *Suetonius*. Hæc tamen ita adornanda essent, ut vagum judicantium arbitrium restringatur, & intra justos terminos coerceatur,utut quidem institutum tale solidam Juris Naturalis,Civilis, Canonici, Politices,status publici,historiæ, prudentiæ legislatoriæ, philosophiæ tum naturalis, tum moralis, tum rationalis cognitionem præsupponit;putem tamen,hanc ipsam rem non ad magnorum & subtilium Jurisprudentiæ Doctorum subsellia, quin potiùs ad istos homines transferendam esse, qui præjudicio singularis eruditionis & autoritatis vacui, sensu ac judicio naturali valent, quique supra omnia Deum noscunt & timent, utut non ita docti, aut monarchæ juris & subtilitatis sint; quin potiùs, si summo JCto *Ziglero* fidem habemus, ex solidâ legum naturalium & divinarum culturâ plus Jurisprudentiæ accedit, quàm ex

tetricâ & spinosiore atque anxiâ legum Romanarum contemplatione, nihil sæpius ad juvandum vitæ usum pertinente, quæque non nisi carnificina ingenii existit. Certe naturale illud desiderium, quod in nobis est, ut discere aliquid & ratiocinari desideremus, non debet impendi rebus ita humilibus, vilibus & exiguæ utilitatis, quam sunt maxima ex parte tricæ illæ & difficultates Legistarum, sed potius rebus excelsis & utilibus destinari.

De potestate Principum legislatoria.

§. XII. Habent Principes & sanctiores Imperii status in territorio suo potestatem leges condendi, qualis potestas sensim sine sensu aucta, si antiquissima tempora respicias, ex moribus & diu continuato longævoque usu, ex quo plurima juris Publici capita hauriuntur, resultat, tantamque vim habet, ut Principes in causis privatorum non tantum jus Civile & Canonicum prorsus abrogare, sed & pro lubitu, proque utilitate Reip. novas leges condere possint, utut istæ leges novæ adversentur recessibus Imperii. Et quamvis hi Imperii recessus singulos status per modum conventionis obligent; intelligendum hoc tamen est de iis recessuum capitibus, quæ ad publicum Imperii statum, aut ad ipsas statuum personas spectant. Hæc vero sanctam justitiæ administrationem & potestatem legislatoriam, Statibus in territorio proprio notorie competentem, minime concernunt, nedum eandem, utpote optimo & immutabili juri innixam, infringunt; Ipse Imperator & cæteri Constatus heic nullum jus aut habent, aut docere valent. Neque leges Imperii, etsi posteriores, hisce statutis derogare possunt, imo ipsa Camera secundum hæc pronunciare tenetur; Assessores enim Cameræ absolute obligati sunt, ut secundum leges & honestas statuum consvetudines judicent. *dict. Ord. Cam. p. I. t. 7. Conf. Pac. Monaster. art. 8. Cap. Ferd. IV. art. 3. Dn. Hugo de Statu Region. Germ. c 3. §. 20. Dn Coccej. Jur. Publ. c. 15. §. 43 seqq. Dn. Thomas. de Statuum Imperii Potest. legislat. per tot. Dn. Hertius diss. de Superior. Territor. §. 2. conf. Ordinat. Magd. cap. 22. §. 12.*

§. XIII.

§. XIII. Fateor quidem lubens, institutū hoc à quam plurimis tentatum quodammodo difficile, sed tamen non impossibile, insuperque magna cum circumspectione suscipiendum esse. Est desperatus generis humani status, crescit malitia, crescunt vitia, quæ sensim sine sensu non tam per leges quam exempla & bonos mores corriguntur: pedetentim hic procedendum. Detegendi sunt errores, qui neglecta civili prudentia Germaniam invaserunt. Cumprimis vero bonum Principis, eorumque, qui Principi sunt proximi, exemplum plus juvat & plus præstat, quam mille leges. Et si purus inter mortales amor regnaret, omnis legum vox cessaret. Quæ autem in corrupto hoc mortalitatis statu non sunt speranda, indeque vitiis repagulum opponendum, & de gradu in gradum ambulandum. Debent leges normam sistere, secundum quam subditi actiones suas componant, ne per has, promiscue institutas, quies publica aut turbetur, aut respublica alio modo damnum patiatur. Non igitur interest Principis, ut in omnibus negotiis libertati subditorum normam & formam præscribat, sed iis saltem, quæ læsionem involvunt, remedium afferat. Nam de iis, quæ semel aut bis fiunt, leges constitui non oportet. At talia negotia, quæ legibus opus habent, non adeo multa sunt. Quare non solum indicium male constitutæ Reipubl. sunt plurimæ leges, sed & defectum prudentiæ legislatoriæ arguunt. Adde, quod amor subditorum minuatur, si vel minimas eorum actiones Princeps lege circumscribat, cum sic palpent, se non ut liberos homines tractari, sed ut servos. Quo plures leges, eo plures cavillationes & disceptationes. Ulterius, qui ægrotantes juvant, operam dare solent, ne, quod externum ac visibile in morbo est, saltem aufferatur, sed etiam ut intrinsecam hominis constitutionem & intemperiem sanguinis emendent. Alias, si morbus quidem reprimatur, sed tamen morbi causa non tollatur, vitæ periculo sæpe exponitur æger, morbo plerumque majori cum violentia ac damno redeunte. Eadem est ratio

legislatoris, si saltem prohibeat effectus vitiorum, non sublata causa; quare leges non vitiorum effectus, sed eorum radices tollere debent. Nemo omnium vero, uti quodammodo dictum, prudentius hoc negotium aggressus est quam Moses, cujus leges ita sunt simplices & apte dispositæ, ut neque gula, neque Venus, neque ira, neque fraudulentia & cupiditas furandi irritetur, ut vel ex hoc capite mereantur legibus omnibus aliis præferri. Solent etiam medici, si videant, morbum ægroti corpus & sanguinem ita infeciisse, ut absque periculo mortis humores peccantes ejici non possint, loco medicamentorum expellentium delinientia dare, atque diæta potius quam medicamentis rem aggredi. Pariter prudens legislator, si videat ita adulta esse vitia & radicata, ut absque interitu Reipubl. ea loco movere nequeat, leges contra corruptos ejusmodi mores non fert, sed vel terminos saltem ponit, ne malum latius serpat, vel plane etiam dissimulat totum negotium, & correctionem emendationemque divinæ relinquit providentiæ. Conf. *tr. nostr. de Prudentia legislat.* §. 34. *Dn. Thom. disp. morum cum jure scripto contentio* §. 43. *seqq.*

Subjicimus, ob affinitatem argumenti, prolegomena Dissertationis nostræ de Lana Caprina.

Inutiles Juris quæstiones.

Hæc vero de lana caprina Ulpiani decisio ansam mihi præbet inquirendi, & brevibus saltem pro ratione studiorum meorum ostendendi, quam multa in jure subtilius, quam utilius, & non sine summa discentium confusione tractentur, ut, si effectum ejus rei inspicias, revera de *lana caprina* disputatum, & quæstiones in futuram oblivionem haustas esse sentias, imo magno cum conatu illas quæstiones ex jure Romano defendi, tractari, quæ mutato Reip. statu, aliisq; insuper legibus constitutis vix ullam demonstrant utilitatem, res ipsa loquitur. Innuit hoc bene *Dn. Stryck in diss. de Interesse Contr. in foro* §. 2. ubi inquit: etenim plurima disputantur inter Doctores acerrime, & quasi pro aris & focis propugnantur, sed, si quid pom-

ponderis revera subsit, aut, quid in ipsis rerum argumentis intersit hæc disputasse, perpendatur, non raro *de lana caprina* disputatum fuisse apparebit. v. gr. de quonam egerit caput secundum legis Aquiliæ? Quare sues pecudum numero fuerint exclusæ? Quin vetustiores licet magni nominis interpretes sæpius ridicule magis, quam utiliter in otiosis quæstionibus desudasse videmus. Exempla inter alios refert *Zasius ad l. 3. ff. de leg. num. 7. & 8.* ubi non sine indignatione recenset solicite disputata Doctorum: An is, cui caput gladio abscissum est, si contingat eum revivisere, rursus eodem supplicio afficiendus sit? An Lazarus redivivus uxorem suam repetere possit? An resurgens a mortuis testamentum prius rumpat? *Seb. Med. in tr. mors omnia solvit. p. 1. n. 145.* An fornicatio cum pulchra magis sit culpanda, quam cum deformi? *Finckelth. in præf pract. obs.* Huc etiam pertinet disputatio illa inter Bartolum & Cynum instituta, quare judicis officium latissimum & non longissimum dicatur? Ille respondebat: quoniam longi homines raro sunt sapientes. Sed hæc responsio displicebat Cyno, quoniam nimis longus erat. Disputatur porro, sed frustra disputatur de sobole impuberis, de adulterio infantis, de filio castrati, de mortuo hærede, de filio sine patre, de gemellis uno impetu natis, an detur Filius anniculus patris decem annos absentis? an detur meretrix honesta? an detur servus absque domino? an detur matrimonium furiosi? an detur matrimonium mentale? an detur matrimonium ejusdem sexus? an detur matrimonium ejusdem cum seipso? an detur filius sui patris junior senioris tutor? an efferri possit quis prius, quam mortuus sit? an detur possessio ejusdem corporis pro indiviso & in solidum? an detur filius paganus testator? an detur hæres incertus? an emtio sine merce? an emptio non cogitati? an emptio rei suæ? an detur societas unius? an stipulatio sine causa? an idem sui ipsius creditor? an furtum consentientis? quos aliosque quam plurimos casus non dabiles recenset celeberrimus

Casus non dabiles.

JCtus

JCtus Jenensis *Dn. Wildvogel in disp. de Casibus non dabilibus passim.* Ne dicam jam, quot in singulis materiis leges abrogatas deprehendamus. Jam tum agnovit præstantissimus Juris Practicus *Joh. Peter de Ferrar. in prax. aurea tit.* 16. multas supervacuas & pomposas in legibus Romanis reperiri subtilitates. Sed majori ingenii tortura opo est in intelligendis subtilissimis, & nec a Triboniano intellectis, ac propterea in institutionibus omissis antiquorum JCtorum controversiis, quæ quidem plurimum ad intelligendum jus Justinianeum conducunt, sed hodie in praxi forensi ob diversos mores Germanorum, & diversitatem processus, partim etiam ob novitates, ab ipso Justiniano vel antecessoribus ejus introductas, nullum usum habent. Ex quo sufficienter constare credo, quam conturbate Jurisprudentiæ nostræ status se habeat, quamque necessarium sit, ut hoc, quamvis alias sat decorum Romanæ Jurisprudentiæ corpus ad justam & suis numeris partibusque completam mensuram adaptetur, qualem necessariam juris reformationem viri de re literaria meritissimi jam dudum in scriptis votis omnibus expetierunt, uti Franciscus Baro *de augm. scient. lib.* 8. *cap.* 3. Hieron. a Cævallos *in tr. de opinion. comm. contra communes num.* 120. & 148. Chokierius *thesaur. pol. lib.* 2. *cap.* 4. *p.* 60. Campanella *de recta stud. rat. c.* 4. *art.* 8. Cisnerus *præf. tom.* 2. *operis Duareni.* Conringius *de Orig. Juris Germ. cap.* 35. Hotomannus *in Anti-Triboniano c. ult.* Mynsingerus *præf. primæ & tertiæ edit. observ. Cameral.* Schonbornerus *lib.* 3. *polit. c.* 7. Dn. de Unverfährt *Pædia Jurispr. c.* 2. §. 11. Dn. Stryk. *in præfat. ad paratitla* Dn. Brunnemanni. Dn. Thomasius *in nævis Jurispr. Justinian.* Conradus Sincerus, seu illustris quondam Dn. de Kulpis. *in dissert. de German. leg. veter. ac Rom. Jur. in Republ. nostrâ origine autoritateque.* Dn. Leibnitz *in nova methodo docendæ discendæque Jurisprudentiæ:* conf. disp. nostram *de Statu Jurisprudentiæ* §. 9. & 10. Plenius autem & ex professo hoc de jure reformandi jurisprudentiam thema tetigerunt *D. Melchior*

ab

ab Ossa in suo testamento. *Nicolaus Vigelius* in instructorio Judicum & deinceps subsecuta alia consultatione de abbreviandis litibus, methodo juris Civilis adjecta. *Petrus Friderus* natione Mindanus in speciali pariter consilio, præfationi tractatus de extrahendo processu Camerali adjuncto. *Hermannus Esaias Rosacorbus* in consultatione de litibus abbreviandis in præfat. Decisionum. *Antonius Faber* in consilio Codici ejusdem in præfatione inserto. Eoque referri possunt *Georgii Obrechti* consilium von Verbesserung Land und Leute. *Autoris anonymi* discursus in lingua Germanica conscriptus, quomodo administratio Justitiæ sit emendanda. *Georgii Valentini Winther* parthenius litigiosus. *Octavii Pisani* Lycurgus Italicus. *Barclaji* consilium de emendanda justitia, in *Argenide lib. 3. p. 374. seqq.* expressum. *Christophori Förstneri* monita ad *lib. 2. Annal. Tac. p. 191. seqq.* *Lampadii* discursus de morbis & cura Cameræ. *Stephani Nathen* Justitia vulnerata & curata. *Anonymi* vindiciæ pro vera Jurisprudentia. *Herm. Hoffmanni* Sciagraphia processus judiciarii. Ejusdem Lycurgus moribus Germanorum informatus. *Leibnitii* jam allegati scripta de emendanda Jurisprudentia. *Justinus Nomicus* de incertitudine juris tollenda. *Phil. Burchardus* de hodiernæ Jurisprudentiæ nævis & remediis. *Andreas* von Mandelsloh in tractatu Historico-Politico-Juridico de postergata justitia. *Georgii Pauli Hornii* consilium de abbreviando processu cum censura B. Strykii. *Joh. Georgii Doehleri* meditationes de emendatione administrationis justitiæ sub titulo (1) Untersuchung des heut zu Tage überhand nehmenden Geld- und Nahrungs-Mangels nach seinem Ursprung und Ursachen / auch sichern und gewissen Hülffs-Mitteln. (2) Ohnmaßgebliche Vorschläge / wie das Justitz-Wesen vornemlich nach Sachsischer Art verbessert werden könne. *Dn. Johann Peter Ludewig* in orat. de emendanda Germaniæ jurisprudentia. Gottfried Warlefs aus Freyburg in Schweitzerland discursus de abbrevianda lite oder von Zeitigung der Gerichts-Handel. *Philippi Krebs* von

Grun-

Grunau wohlgemeintes Bedencken mit vorgeschlagenen Mitteln und remediis, welcher gestalt das hochbetrübte Justitien-Wesen in bessern Stand gebracht/ und ohne Weitläufftigkeit verholffen werden möge. Hans Georg von dem Borne Consultatio über den gegenwärtigen betrübten Zustand der Welt/ §. Was bey uns im Justitz-Wesen für Gebrechen. *Burchardi Berlichii* discursus de justitia pro tempore status hodierni. Quos aliosque plures Autores recensuit & judicium de iis tulit *Dn. Thomasius* in dissertatione sustinente, emendationem administrationis justitiæ neque facilem, neque impossibilem, valde tamen difficilem & caute suscipiendam esse. Et certe, si quis hæc aliaque aliorum scripta evolvat, ex his miserrimum jurisprudentiæ statum facile cognoscet. Sudamus in multis rebus, quæ nullum usum habent aut exiguum, negligimus plures adhuc res, aut superficiarie tractamus, quæ usus quotidiani sunt. Quot non difficultates jus Romanum in materia de jurisdictione, de pactis, de contractibus innominatis, de actionibus bonæ fidei & stricti juris, & in infinitis aliis sistit? quæ, si æqua lance considerantur, vel rarissime occurrunt in praxi, vel difficillime applicari possunt. E contrario utilissimæ quotidieque obvenientes materiæ de rusticis, de hominibus propriis, de juribus venationum & forestalibus, de causis opificiorum & opificum, de causis mercatoriis & cambialibus fere negliguntur, aut ad minimum parcius, superficiarie, nec ita, uti debebant, & communis Reipubl. necessitas efflagitat, pertractantur, quæ deinceps, si praxi manus admovenda, magno incommodo temporisque jactura addiscenda sunt. Nævos jurisprudentiæ tum Romanæ, tum Romano-Germanicæ pereleganter collegit *Dn. Thomasius in præallegato tractatu de Nævis Jurispr.* Inter quos 1. refert insufficientiam Triboniani & Justiniani ad hoc opus. 2 Imperfectionem & ineptitudinem Codicis Justinianei. 3 Excerptionem pandectarum ex diversis dissentientibus JCtis. 4. Multitudinem operariorum in con-

Nævi juris Romani ex Thomasio.

conficiendis pandectis. 5. Virorum horum imperfectionem quoad eruditionem. 6. Corruptionem legum in pandectis partim per additionem juris novi. 7. Repetitionem & geminationem eorundem verborum; rerum, legum. 8. Positionem multarum antinomiarum in pandectis. 9. Incapacitatem Anteceſſorum ad proprio marte conficiendas inſtitutiones. 10. Defectum & omiſſionem neceſſariarum & potiſſimarum doctrinarum in inſtitutionibus. 11. Recenſionem juris antiquati & antiquandi in inſtitutionibus. 12. Ineptam methodum non ſolum generalem, ſed & ſpecialem in ſingulis fere titulis. 13. Poſitionem jurium in pandectis, jam in Codice Juſtinianeo abrogatorum. Ad nævos Jurisprudentiæ Romano-Germanicæ refert 1. Introductionem juris Pontificii. 2. Introductionem juris Juſtinianei cum Academiis. 3. Multiplicationem litium, ſtatim poſt introductionem horum jurium ortam. 4. Gloſſatorum primorum ignorantiam hiſtoriæ & philoſophiæ veterum JCtorum. 5. Ramiſtarum curam ac methodum cauſalem, infeliciter Jurisprudentiæ applicatam. 6. Multiplicationem ſyſtematum & compendiorum juris. 7. Cœcam defenſionem, non dari antinomias. 8. Doctrinam, quod, ſi concurrat jus Juſtinianeum cum juribus Germaniæ, in dubio jus Romanorum Germanico præferendum. 9. Diſſenſum infinitum collegiorum juridicorum. 10. Mutationem frequentem obſervantiæ judicialis, etiam intuitu unius collegii. 11. Neglectum philoſophiæ tam a docentibus quam diſcentibus. 12. Omiſſionem diligentiæ debitæ, & nimiam properantiam in curſu juris. 13. Neglectum juris Germanici & Hiſtoriæ pariter ac antiquitatum Germaniæ. Eoque pertinent querelæ graviſſimorum virorum, bene ait *Schönbornerus* in allegato loco. Utinam hodie fata aliquem animarent Julium, qui jus Civile ad certum modum redigeret, atque ex immenſa diffuſaque legum copia optima quæque & neceſſaria in pauciſſimos libros conferret, Conf. *Mallincrot de Archi-*

Cancell. Imper. p. 112. Nec minus eleganter, quam vere inquit *Viglius Zuichemus*, mutatis tot rebus, tot veterum abolitis consuetudinibus & novis quotidie irrepentibus, ut plerumque etiam municipiorum instituta moresque juri Civili prævaleant, & responsis magis Doctorum, quam certa aliqua lege controversiæ decidantur, necesse prope est, legum corpus innovare. Facit quoque huc, quod *Cisneru* Ducatus Brunswicensis quondam Cancellarius, & judicii Spirensis deinceps Assessor, refert, *verbis*, ac mihi quidem ea de re diu multumque in hoc summo hujus tribunalis loco cogitanti, nulla melior ratio ejus corrigendi in mentem venit, quam, si aut veteris juris Justinianei, conjunctis antiquis cujusque gentis de eodem genere cum æquitate congruentibus legibus municipalibus, pristina simplicitas restituatur, aut, si id fieri his nostris moribus non possit, tamen ad illam formam, quam proxime judiciorum ratio ususque forensis postulat, revocetur, eodem instituto, quo C. Julio Cæsari & Justiniano propositum fuit, ut, legum multitudine concisa, ex infinito finitum, ex confuso concinnum, ex incerto certum, ex obscuro perspicuum redderent. *conf. Conring de Orig. Jur. Germ. cap.* 35. *p.* 232.

Pro-

Problema II.

De AUTORITATE ET RECEPTIONE JURIS ROMANI.

§. I.

Elogia juris Romani.

Magnam juris Romani dignitatem, vim & autoritatem esse, non potest non illis constare, qui vel *Duckium* de usu & præstantia juris Romani inspexerunt, vel collegium quoddam Digestorum audiverunt. Inter leges omnium gentium, fatentibus passim Doctoribus, nulla reperitur magis justa & rationi consentanea, quam lex, quæ est in libris juris Romani. Ita justum, ita æquum plenumque humanitatis omnibus ferme jus Romanum visum est, ut, qui Romanis legibus non tenentur, illud tamen tanquam æquitati naturali maxime consentaneum libenter sequantur, & suas leges per has interpretentur. Imo jus Civile Romanum legum sanctitate & disciplina exterarum Gentium omnium legibus & institutis præponderare, omniaque populorum jura & mores in se comprehendere, non una Doctorum sententia est: Romani enim armis multa, legibus omnia vicerunt & occupârunt. *Const. Summa pr. de Just. Cod. conf.* Arma eorum jamdudum fracta in spolia & tropæa cesserunt hostibus. At leges invictæ ac sempiternæ ipsos victores non vi, sed ratione & æquitate durabili domuerunt. Græci Philosophiâ, Romani Justitiâ excelluerunt. Et quamvis laudentur Leges sapientissimi Solonis vel Draconis & Lycurgi; tamen Romanorum jura innumeris modis præstant. *Cic. pro S. Roscio cap. 25. Excell. Dn. Rhode, Fautor quondam & Amicus noster singulariter colendus in Lauterb. Illustr. disp. 1. ad verb. Est magnæ autoritatis.*

Jus Romanum non quadrat ad Statum Germaniæ.

§. II. Concedimus facile, si ulla unquam Resp. in arte & disciplina juris felix fuit, eam esse Romanam, quippe quæ

magno numero magnos produxit JCtos, eosque tanta ingenii perspicaciâ & subtilitate præditos, ut jure nobis mirandi & imitandi videantur. Neque usquam græcâ aut latinâ historiâ proditum legimus, fuisse populum, qui aut tam sedulo huic studio incumberet, aut JCtos tanti faceret, aut certe, qui in tanto honore & existimatione eos haberet, tam longo præsertim tempore. Nam Imperator Justinianus mille & ducentos non minus annos memorat, quo spatio hoc studiorum genus famâ & auctoritate præ reliquis omnibus viguit. Verum concedi etiam debet, nisi quis rationi vim inferre, aut cœco autoritatis præjudicio obnubilari velit, multa in hoc subtilius quam utilius tradi, multaque, imo ferme dixerim plurima, si ea, quæ Juris Naturalis sunt, & per se patent, ex hoc demas, ob diversitatem status tum Romani tum Germanici, Reipubl. nostræ ejusque rationibus minime convenire. Leges statui Reipubl. accommodari debent, diversus est Romanorum, diversissimus est Germanorum status, non omnia omnibus congruunt, non quævis lupata cuivis equo conveniunt, quin ea, quæ juniori equo apta sunt, non conveniunt vetulo. Sunt leges Persicæ, sunt Turcicæ sat utiles, & Reipubl. attemperatæ; sed quid hæ ad Germaniam? Quin, si dicere fas est, quod res est, jus Romanum non est conditum, ut æquitatem & jus Naturæ, omnibus gentibus æque conveniens, repræsentaret, sed ut prærogativa esset, ad conservandos Cives Romanos in dignitate & gradu altiori, quam essent reliqui Italiæ populi. Inde soli cives Romani jure erant patres aut filiifam. soli nuptias contrahere, soli adoptare, soli negotiari, vendere ac emere, soli per mancipationem, per cessionem, per usucapionem acquirere, soli testamenta facere, instituere hæredes, & instituí, actuumque legitimorum testes esse poterant. *Hotom. in Anti Tribon. c.*10. *p.*145. Facit huc, quod pereleganter monet *illustris Dn. de Unverfährt in Pad. Jurispr. Univ. c.*23. *§.*4. In verbis, quæ vero alias de legum Romanarum summa æquitate, perfectione & idoneitate, quo-

quoad omnes in universum rerum publicarum formas regendas, prolixe disputantur, ab usu jam satis sunt explosa & rejecta. Plane ipsa legum forma litibus, contentionibus civilibus serendis alendisque, perquam est idonea, & ad autoritatem judicii conciliandã, ad distrahendos item populi animos, nec non ad enervandos cives plurimum facit, atque hactenus dominatui itidem est commoda; at ubi salus civium primario quæritur, reapse haud congruit.

Multitudo compilatorum multa producit mysteria.

§. III. Cum verò hoc Romani Juris corpus à tot diversis, diversa principia foventibus, JCtis conflatum consarcinatumque sit; facile inde patescit, cohærens aliquod suisque numeris completum juris systema, ob tantam animorum disparitatem, & naturalem, qui mortales invadere solet, dissensum aut dissentiendi pruritum, compilari minime potuisse, indeque non potuerunt non multa exsurgere mysteria.

Status juris Rom. tempore Regum & Reipubl.

§. IV. Quod si paucis saltem, & a prima sui origine natales Romanarum legum per indicem inspiciamus, utrobivis haud leves advertimus nævos. Romulus, primus Romanæ Reipubl. conditor, pauciſſimas condidit leges, ob paucitatem istam valde imperfectas & insufficientes; cumque is fratricida, raptor, variisque sceleribus commaculatus fuerit, vix sapientes a Principe, tantis vitiis immerso, expectari potuerunt leges. Numa Pompilius, Romulum secutus, advertens civitatem a Romulo ad bellum saltem dispositam paratamque esse, pacis leges dedit, multosque quidem nævos, a Romulo commissos, correxit, (namque præter alia, ad religionem spectantia, agros inter inopes divisit, studium agriculturæ promovit, multitudinem secundum artificia distribuit, calendarium emendavit;) verum etiam, quod inter maximos ipsius nævos reputandum, populum superstitioni assuefecit, qui nævus eo periculosior, quo subtilior fuit. Conf. *Plutarch. in Numa.* Insufficientiam harum legum colligere licet ex Tacito *lib 3. Annal. c.26. conf. Georg. Eberlinus de orig. jur. cap.4.* Si statum Reipubl. perpendamus, erant LL. 12. ta-

tabularum, à Græcis petitæ, pro moribus illorum temporum valde breves, atque istiusmodi genere loquendi instructæ, quod subsequentibus seculis Romani ipsi, mutato idiomate, vix intelligerent. Orta hinc est interpretatio prudentum, & disputatio fori, quæ magnam juris incertitudinem introduxit. Uti vero illa legum interpretatio à patribus vel patriciis, juris dicendi potestatem sibi vindicantibus occupabatur, ita præscribebant populo, ne, prout vellet, actiones suas institueret, certas solennesque formulas, legis actiones dictas, quæ prorsus incertæ, variantes & populo incognitæ erant; inerat iis maxima & subtilitas & iniquitas. Nam si litigatores, præeuntibus JCtis, in pronunciando vel syllaba deerrassent, formula cecidisse, & sic causam perdidisse dicebantur. Tametsi vero *Cnejus Flavius* formulas istas, ut à toto populo quotidie cognosci possent, evulgaret; nova tamen, excogitatis novis formulis, à JCtis, hoc factum Flavianum increpantibus, juris incertitudo emersit, donec *Sextus Ælius* & has peculiari libro, quem Jus Ælianum appellitabat, publicaret. Cumque dissensio patres inter & plebem efficeret, ut & plebs per tres potissimum sessiones partem potestatis legislatoriæ ad se traheret, &, ut prætor primum ex patribus, mox ex plebe, primum unus, mox duo, successu temporis autem plures adhuc crearentur, ansam daret, prætores autem, mala patrum intentione ad decipiendum plebem creati, Jus Civile adjuvare, supplere & corrigere possent, & ita tacite facultatem legis ferendæ obtinerent, inde Jurisprudentia maxime obscura & intricata fuit reddita, quam confusionem frequens edictorum prætoriorum mutatio valde auxit. Quin & edicta Ædilium Curulium, vim legis habentia, non semper utilitatem publicam, sed magis, ut plebs multis litibus involveretur, intenderunt. Facile hinc colligere licet, propter tot variantes leges, plebiscita, edicta, necessario etiam multiplicatum fuisse dissensum Jureconsultorum in explicatione eorundem, & ita maximam juris incertitudinem subortam esse.

esse. JCtorum deinceps autoritas, reducto statu Monarchico sub Augusto, in tantum crevit, & semet extendere cœpit, ut non amplius privata, sed ex Principis autoritate publice responderent, & scripto quidem, non viva voce; non tamen licebat id omnibus, sed quibus à Cæsare jus respondendi datum, neque judices à responsis horum JCtorum recedere poterant. Verum potestas istiusmodi, JCtis data, sectas, sectæ incertitudinem juris auxerunt. Quales sectæ maxime sub Imperatoribus florere, & augmenta capere cœperunt; hinc *Proculiani* & *Pegasiani*, qui Labeoni, *Sabiniani* & *Cassiani* qui *Capitoni* adhærebant. Tam acriter, tam obstinate contenderunt hæ sectæ, ut hereditarium fieret bellum, quod trecentos annos, & ultra, duravit, quales factiones civitatem Romanam innumeris rixis, & scriptis inter se contrariis repleverunt. Quæ à temporibus Hadriani deinceps latæ sunt constitutiones Principum, incertum jus magis augebant, cum plerumque Successor Antecessoris leges & constitutiones mutaret. A quo tempore verò in Græcia Imperii sedes fuit, & Italiam Gothi aliæque gentes exteræ tenuerunt, necessario judiciorum forma fuit mutanda, eique rescripta Imperatorum Constantinopolitanorum fuerunt accommodanda.

De Statu Juris Romani tempore Justiniani.

§. V. Scilicet eo, quo Tribonianus specimen istud immensum ederet, tempore, erant in civitate Romana infinitæ leges, partim quoque sub Imperatoribus conditæ, quæ pro temporum varietate, & diversa Reipubl. forma necessario sibi invicem repugnabant, contradicebant, & alia aliam abrogabat. Præterea ingens librorum à JCtis multitudo scripta & divulgata erat, qui partim expositionem istarum legum, partim disputationes, consilia, responsa aliaque continebant. De libris antiquorum JCtorum notat *Cicero*, esse quædam in iis ob sermonis antiquitatem tam obscura, ut nec sui ævi JCti ea intelligerent. Idem dijudicandum de ingenti Jurisprudentiæ acervo, qui duo voluminum millia continebat,

nebat, & intra trium annorum spatium jussu Imperatoris in quinquaginta libros redactum, quod curriculum pro compilando tanto tamque vastissimo opere valde exiguum videtur. Ne dicam, quod, si ipsam compilationem respicias, Tribonianus, eâ absoluta, omnes antiquas leges, edicta prætorum, Senatusconsulta supprimi & aboleri curaverit, quod omnes magnorum & eximiorum JCtorum veterum, qui verè Romani, & in summo honorum & autoritatis gradu, stante Republ fuerunt, suppresserit libros, eorumque loco peregrinorum JCtorum, sc. Græcorum, Syrorum, Africanorum, qui è dissitis provinciis Romam venerant, ut linguam latinam, & demum Jurisprudentiam addiscerent, tractatus tradiderit, qui vernacula promtius, quam latina scribere idonei erant, tamque obscure in exprimendo latine id, quod volunt, versati, ut dimidia pars supplenda sit, & juvanda litera etiam divinando. Quod in omni hac congerie nullam integram orationem, sed interruptos potius, atque hinc inde consarcinatos sermones, modo ex hoc, modo ex illo autore sine ullo disputationis vinculo aut ductu reliquerit. Nam ex duobus aut tribus tractatuum millibus, per diversos autores factis, ipse ex alio unum, ex alio item sex, & rursus ex alio novem & decem versus sumit. Quod in coagmentandis his segmentis nullum servaverit ordinem, consequentiam, aut dispositionem in ulla materia, ita, ut lex, quæ nunc loco postrema est, prima esse debuisset, ita ut plurima trunca & passim interrupta sint; quod multas tautologias commiserit; quod Tribonianus, tametsi formulæ ab ipsis jam tum Imperatoribus Constantinopolitanis essent abolitæ, disputationes librorum suorum iis quasi utilissima doctrina impleverit, idque oratione non plena, quæque intelligi possit, sed minutis frustis & fragmentis, quæ sunt tanquam Sibyllæ carmina, aut ænigmata, torquendis & divexandis ingeniis omnium optimis facta, atque inde corruptio legum in pandectis partim per detractionem, partim per additionem juris novi ex-

exsurgit, id quod peculiari tractatu, quem inscribit emblemata Triboniani, observavit *Wissenbachius.* Plura refert, pleniusque hanc rem exornat *Hotoman. in Anti-Tribon. per integrum cap.* 12.

Status Jur. Rom. post tempora Justiniani.

§. VI. Id verò, si tempora post Justinianum secuta attendamus, certum & ex purioribus historiæ monumentis apertum est, illud jus, quod Justinianeum est, nullo obsequii nexu Germanos constringere; nam hi Justiniani ætate in sua adhuc vivebant libertate, nec unquam leges illæ ad eos pervenerunt. Et quis tam stolidus, & omnium passim rerum ignarus esset, qui credat, Justinianum Germanis legem tulisse, cum ne glebam quidem in Germania tenuerit? Mortuo Justiniano & in oriente & in occidente autoritas juris Romani valde imminuta, siquidem in oriente nova legislatione Græcâ, quæ in Basilicis exhibetur, corporis Justinianei usus penitus fere sublatus, ex quibus Basilicis postea inibi jus dictum, Italiam vero aliasque imperii occidentalis partes Gothi, Vandali, Longobardi mirè misereque affligebant, utut Longobardi in eâ, quam occupaverunt, Italiæ parte leges Justiniani non abrogaverunt, multo minus id factum Romæ, aut in aliis Italiæ locis, à Longobardica dominatione liberis. Carolus M. verò, ejusque nepos Lotharius temperamentum, in devictis Germaniæ populis adhibitum, subjugato regno Italiæ & Romano Imperio applicuerunt. Nimirum relinquebant his pristinam Longobardici & Romani juris, quibus hactenus utebantur, libertatem, nisi Francorum legibus uti mallent, quas in Italiam quoque Carolum M. intulisse expresse testatur *Sigonius de Regn. Ital. lib.* 4. *in pr.* Ab hoc tempore in Italia juris Romani, & quidem maxime Justinianei, usum aliquem arbitrarium, exiguum ubivis, frequentiorem tamen Romæ, inque aliis exarchatus locis, quam in regno Longobardico fuisse, plenius deducit *Conring. de Orig. Jur. Germ. c.* 20.

Incrementa juris Romani in Italia.

§. VII. Majorem jus Romanum, ultra sex secula fere sepultum, vim & autoritatem accepit, postquam seculo 12. circa Imperatoris Lotharii tempora, instituta Bononiensi scholâ, primum id *Pepo*, deinceps verò *Irnerius* privato studio & autoritate doceret, illustraret, & ab æquitate & prudentia singulari commendaret. Idem fecerunt jam dicti Collegæ, ab Irnerio in divisionem laboris assumti, *Bulgarus, Martinus, Hugo & Jacobus.* Ne tamen id in diminutionem Imperatoriæ potestatis vergeret, hinc uti antea, ita proporro nomen & auspicium legibus accommodarunt, novis id constitutionibus auxerunt, easque Justinianeo Codici inseri jusserunt, id quod de constitutionibus Friderici I, Friderici II, ut & Henrici Lutzelburgici satis apparet. Imo cum deinceps, coortis inter Imperatores & Pontifices dissensionibus, factiones Guelphorum & Gibellinorum in Italiâ recruduissent, ex quibus illi cum Canonistis ex Decretalium carminibus Pontificis, hi ex Romani juris placitis cum Legistis partes Cæsaris agerent, non potuit non jus Romanum, indulgentibus ita Imperatoribus, longe maxima capere incrementa. Quin seculo XII. quicquid de Majestate Justiniani Cæsaris ejusque potentiâ per Europam, Asiam, Africam late porrectâ uspiam inveniebant Romani Juris Doctores, ad Germanicos Imperatores singulari curâ ac sollicitudine operosiori pertraxerunt, his nihil omnino repugnantibus, indeque ex titillatione cujusdam potentiæ, amplissimis istis titulis excitatæ, prolixius jura Romana Italis fuere confirmata. *Conf. Conring. de Jur. Publ. Justin. autor. in German. Kulpis. de Germ. legum Veter. ac Rom. Jur. in Republ Orig. p. m* 380. *conf. Probi præc.* §. 8.

Quomodo Jus Romanum in Germaniâ sensim penetraverit.

§. VIII. Ex quo citra dubium constat, magnum hisce temporibus Juris Romani usum & autoritatem in Italiâ fuisse. Exinde tamen evinci nullatenus poterit, eundem hujus juris usum in Germaniâ, à rationibus Italiæ diversissimâ, extitisse; Germania interim nostra quievit, nec tale quicquam audivit. Quo fato autem, quove modo placita juris Romani

in

in Germaniam irrepserint, qualemve publicam approbationem obtinuerint, inspicere lubet. Scilicet, cum deficientibus in Germania Academiis Germani, literarum studiis professam operam navaturi, in Italiam contenderent, inibique juris Romani, maxime eo tempore florentis, & insignibus clarorum interpretum commentationibus exculti cognitionem haurirent, deinceps verò domum reversi publicis gravissimisque muneribus tum in aulâ tum in judiciis admoverentur, &, quam artem didicerant, subinde applicarent, non potuit non Romani juris usus paulatim innotescere. Non negari quidem potest, quod ipsis Carolingorum temporibus Codex Theodosianus ab his, qui latina callebant, multis in casibus in causarum decisionibus & ventilationibus fuerit adhibitus, prout monet *Dn. Ludvvig* in Programmate **von der Verbesserung des Lehn-Rechts.** Facit quoque huc, quod Illustris *Stryck. in tr. de Usu mod. in disc. prælim. §. 2. & 4.* adducit in verbis, hoc tamen certum, quicquid unquam vel antiquorum jurium vel monumentorum produci potest in Germania, latina lingua conscriptum, ut inde credibile, illos Germaniæ populos, quibus continua cum Romanis bella, & Romanæ linguæ & juris aliquam sibi parâsse notitiam, & inde LL. scribendarum studio motos fuisse: & in §. IV. unde in illis antiquissimis Germaniæ legibus à *Lindenbrogio* collectis, haud pauca deprehendere fas est, quæ ex jure Romano deducta, sicuti variis exemplis, si pretium operæ foret, ostendi posset. Neque diffitendum forte est, multa juris Romani placita in speculum Saxonicum illapsa fuisse, id quod ex *Spec. Sax. lib. 2 art. 56. & lib. 2. art. 63.* ex speculo Suevico *lib. 1. c. 64.* testari possunt. Imo diu ante *Ludovicus Pius* Imp. capit. *addit. 4 c. 102.* dixit: Lex Romana est omnium humanarum mater legum. Verum talis Rom. Juris usus mere privatus, arbitrarius, & saltem dogmaticus fuit, perinde, quemadmodum leges Turcicæ & Persicæ, si quid præclari statuunt, in subsidium vocari possunt. Neque à notitia juris

Justinianei ad ejus observantiam, & usum in scholis vel foris, validum existit argumentum.

Ulteriora Juris Rom. increm. in German.

§. IX. Verum majores Jus Romanum progressus sensit, postquam constitutis & multiplicatis Germaniæ Academiis, ad Italicarum Scholarum normam & formam adaptatis, hoc jus publice doceri cœptum, ita, ut, auctis & docentium & discentium cœtibus, brevi tempore magna juris illius peritorum multitudo sub initium statim seculi XV. succresceret. *Conring. de O. J. G. c 33. p.209.* Cumque Professores Academici de jure statim responderent, & partim ipsi, partim eorum discipuli consiliis principum, judiciisque tum superioribus tum inferioribus admoverentur, non potuit non usus juris Romani ex schola in forum transire. *Conf. Dn Unverfährt in pæd. Jur. Univ. c.7. §.12.* Scilicet ex quo judicia Romani illius juris Doctoribus commissa sunt, fieri vix aliter potuit, quin eorum multi illius juris, cujus audiebant Doctores, quam priscarum Germaniæ legum ac consuetudinum cum peritiores tum observantiores, hujus Romani juris usum sensim introducerent; præsertim apud populum quoque enatâ juris illius, utut ignoti, præ antiquis institutis singulari existimatione, nec amplius, uti olim, populo legum suarum curam gerente, sed omni hoc negotio paucis, qui quasi legum domini hinc redditi sunt, concredito. Quemadmodum Germani in alienis curiosi, in propriis negligentes esse solent, quo ipso tamen non aliam, quam scholasticam autoritatem accepit, &, ut doctrinæ causa, velut Jurisprudentia aliqua, in formam artis coacta, & ad explicandas accommodandasque ad negotia civilia leges apta, addisceretur.

Non obstantibus querelis jus Romanum emersit.

§. X. Utut verò Viri eruditi conquesti sint, quod introductio juris Romani in Galliam & Hungariam longe maxima multarum calumniarum, sycophantiarum & multiplicatarum litium causa fuerit, ita ut *Fridericus III.* tot justis cordatiorum querelis motus, de Juris Doctoribus minus benigne senserit, ac dixerit, juris æquitatem ab eis subverti, justi-

justitiamque fœdari, & adeo de eorum numero restringendo, iisque à judiciis & consiliis penitus removendis cogitatum fuerit, quo de legi meretur reformatio Fridericiana à Goldasto relata, & specialis ad hanc reformationem dissertatio, à *Thomasio* concepta, nihil tamen durius statutum, sed potius declarationes articulorum præfatæ reformationis ita sophistice positæ sunt, ut sub iis pristinam autoritatem non difficulter retinere potuerint. *Conring. de O. J. G. c. 32. p. 199.* Qualia fata sub ipso Imperatore *Maximiliano*, glossatoribus parum æquo, continuarunt. Hic tamen una cum pace publica judicium Camerale instituens, communiter jus Romanum simul in fora Germaniæ introduxisse fertur. Et quanquam hæc receptio in subsidium saltem facta, ita, ut deficientibus statutis & particularibus juribus ad oracula juris Romani recurrendum, id quod formulæ *O. C. item Ord. Jud. Aul. tit.* 1. §. Und weiln so dan zuforderst unser Röm. Käyserl. Wahl capitulation, & porro wie auch jedes Standes/ Landes/ Ortes und Gerichtes/ sonderlich die gebührlich allegirte und probirte privilegia, gute Ordnungen und Gewohnheiten/ und in Mangel derselben die Käyserl. Rechte und rechtmäßige Observantz und Gebräuche in acht nehmen/ und nach derselben ihre Bescheide/ Decreta, und Urtel richten/ satis innuunt; leguleji tamen, hoc non contenti, intenderunt, ut jus Romanum tanquam ordinarium reciperetur, & mores Germaniæ passim supprimerentur. Imo integer processus Cameralis in ordinatione Camerali Ratisbonensi de A. 1507. allegatis ubique glossatoribus, ex mixtura tum Romani, tum tædiosissimi processus Juris Canonici consarcinatus fuit. Quin & Caroli V. ordinatio criminalis, dum plurimos articulos dubios non determinaret, sed judices ad collegia Juridica remitteret, per indirectum Romani juris usum maximopere adjuvit. Quo de textus infra allegati plenius afferre possunt testimonium. *Conf. Dn. Thom. delin. Histor. Juris Rom. & Germ. §. 169. & seqq.*

§. XI.

Causæ, quæ receptionē Juris Romani adjuverunt.

§. XI. Scabinatus quidem, secundum leges & mores Germanicos pronunciare consueti, ipsique Senatus urbium, commercia maritima tractantium, & ab Academiis remotarum hisce juris Romani incrementis resistebant, & non semel Doctores Juris ex Senatu & Scabinatu removebant, quin &, non obstantibus facultatum, quæ opponebantur, præjudiciis, secundum mores patrios sententiam ferebant; nihilominus tamen jus Romanum emersit, & ingentes ubique progressus fecit. Causas hujus incrementi in eo collocant, quod *Lutherus* ex peculiari status ratione in Canonistas & jus Canonicum invectus, Jurisconsultos Romanos sæpius valdeque laudaverit: Ita enim stylo, prout consuevit, liberrimo ait *tom. I. Jen. ad Ps* 101. *fol.* 156. das Käyserl. Recht/ nach welchem das Röm. Reich noch heutiges Tages regieret/ und bis an den jüngsten Tag bleiben wird/ ist ja nichts anders/ dan heidnische Weißheit/ welches die Römer/ ehe denn Rom von Christen oder von Gott selber ichts gehöret hat/ gesetzet und geordnet haben/ und ich achte wohl/ wenn jetzt alle Juristen in einen Kuchen gebacken/ und alle Weisen in einen Tranck gebrauet würden/ sie solten nicht allein die Sachen und Händel ungefasset lassen/ sondern auch nicht so wohl davon reden/ noch dencken können. Dann solche Leute haben sich in grossen Händeln müssen üben/ und gar mancherley Menschen Sinn lernen kennen/ sind dazu mit hoher Vernunfft und Verstand begabt gewesen; Summa, sie haben gelebt/ und werden nicht mehr leben/ die solche Weißheit in menschlichem Regiment gehabt haben. Auxerunt hæc incrementa, quod Summorum Principum ut & Facultatum collegia Doctoribus Juris replerentur; quod Camerales contra jura germanica pronunciarent, & in editis ad Jus Camerale observationibus non nisi Jus Romanum, Canonicum, & utriusque Glossatores allegarent; quod primarii practici in pragmaticis suis quæstionibus dicta sua per allegationem juris Romani corroborarent, patrio jure sparsim, & saltem obiter adducto; quod usum Juris Romani pra-

practicum, remotis legibus antiquis, nimis temerè assererent. Plura ostendit *Dn. Thomas. in delin. Histor.* §. 177.

§. XII. Hisce tamen non obstantibus putamus, allegantí usum juris Romani, ejus receptionis, non verò adversæ, uti communiter statuunt, parti probationem non receptionis vel abrogationis injungendam esse; id quod sequentibus adstruere conamur rationibus: Quoniam 1. jus Romanum in infinitis casibus non est receptum, nec 2. ob diversissimam tum Romanæ tum Germanicæ Reip. structuram & habitum per rerum naturam recipi potuit, id quod materia de pactis nudis, de jurisdictione, de in jus vocando, de servis, de pœnis dupli, tripli, quadrupli, de L. Aquilia, (ut infinita alia capita, in omnibus ferme titulis obvenientia taceam,) abunde satis docere possunt. Ipse *Schilterus*, utut in quæstione hâc contrarius, hoc ipsum, si non aperte, tamen operte taciteque agnoscere videtur, quando Romani Juris usum legibus Imperii firmatum asserit, nisi appareat, ob statum Germaniæ illiusque leges peregrinum illud jus recipi non potuisse *vid. Exerc. 1. th.* 12. *Conf. Illust. Stryck. præf. U. M.* § 34 35. Quoniam 3. receptio huic Juri Communi autoritatem tribuebat, igitur nec ulterius stringere potest, nisi qua receptum, receptio enim est facti, ergo omnino probanda. Atque eam causam esse credo, quod magis attendatur, si quis præjudicia alleget, quam textum ex corpore juris, quia illa de receptione testantur. Neque 4. potest dici, aut præsumitur receptum, quod multis in capitibus casibusque absurdum, iniquum, & à rationibus Reip. prorsus recedit, uti ex Problematibus mox secuturis constabit. Neque 5. abrogatum dici potest, quod nunquam receptum. Aliud abrogatio, aliud nõ facta receptio est. Sic leges Turcicæ, Persicæ, Hispanicæ, Danicæ, Gallicæ non valent in Germaniâ, non quia abrogatæ, sed quia nunquam receptæ sunt. Et mirum est, quod Doctores, ubi aqua hæret, & notoriam legis Romanæ infirmitatem, & non receptionem cernunt, legem abrogatam esse pronuncient,

Jus Romanum allegans ejus receptionẽ probare debet.

&

& operosiori conatu hanc abrogationem probare debeant, cum tamen longe promtior & accuratior respondendi via sit, si hanc legem nunquam receptam esse arguant, eoque nomine melius forte feciſſet *Grœnvvegius*, si instar rubricæ de LL. abrogatis, titulum de LL. nunquam receptis tractatui suo præfixisset. Quare immutanda potius regula, & magis dicendum esset, in singulis Provinciis leges antiquas valere, nunquam Romanas, nisi doceantur receptæ. Connexionis ratio est, quod illæ olim legitime promulgatæ sint atque obtinuerint, adeoque pro obligatione præsenti præsumtionem inducunt; hæ verò mutationem inferunt, quæ cum sit facti, utique probari debet. *Kulpis. dd. p. Thomas. delin. Hist.* §. 191. *Beyer ad tit. ff. de LL.* § 46. 47. Unde 6. omnis, quæ à Doctoribus tam solicite urgetur, abrogatio præsupponit receptionem. Si igitur de hac non constat, quomodo quis ad illam provocare poterit? privatio præsupponit habitum. Quod 7. receptum est, illud intelligi, & de eo constare debet. At verò jus Romanum multis in locis tam obscurum, tam incertum, tam desperatum est, ut doctissimi quoque ejus cultores in haud exigua ejus parte fluctuent, cespitent, &, quorsum se vertant, verè nesciant? quomodo igitur talia & alia receptionem inferre possunt. Confirmat, quæ diximus, *Hotomannus in præfat. ac dedicat. lib. 4. observ.* in verbis: Verum hoc tempore multo majore cum labore atque negotio & nomen & munus illud JCti tueri cogimur. Nam illi antiqui leges, edicta, Scta, de quorum sententiâ ac interpretatione consulebantur, habebant integra; nos leges ipsas, quas interpretari cogimur, partim non habemus ullâ ex parte, partim mutilas tantum habemus, & laceras, & truncatas, ac tanquam fragmenta quædam Edictorum, & SC. ex quibus de illorum sententia conjecturam facere, ne dicam ariolari cogimur. Illi superiorum, qui in eodem studio versati cum laude fuerant, responsa & commentarios integros habebant; nobis frusta quædam ex illis libris supersunt, adeo confusa, dis-

disjecta, indigesta, ut hos suos libros Tribonianus καὶ' ἀντί-φρασιν Digesta inscripsisse videatur. Sed cum multæ aliæ in his libris nostris obscuritatis causæ sunt, tum illa præter ceteras exercitatissimum quemque fatigat, quod innumerabilia in iis menda esse constet, quæ partim temporis vitio, partim etiam descriptorum & librariorum inscitiâ contigerunt. Imo 8. si jus Romanum ita nude & simpliciter esset receptum, sequeretur, quod à nulla juris definitione recedi possit, quod tamen recte fit, cum definitiones non sint leges. Nec enim 9 principia & axiomata ethica & politica, in jure Romano passim repetita, pro legibus habenda; nam horum explicatio, ampliatio & limitatio cuilibet ex regulis communibus licita. Neque 10. communis receptio juris Romani ullâ ratione probari poterit, cum fora foris, collegia collegiis etiam in una civitate contraria sint; imo singula collegia sententias & opiniones pronunciandi diversis temporibus mutant. *Dn. Thomas. in delin. Hist. Jur.* §. 182. Sane cum 11. jus Romanum, prout diximus, nunquam publicis Imperii legibus in universum, sed in subsidium saltem sit receptum, ubi, & in quo puncto, quomodoque sit receptum, merito ostendi debet. Ne 12. quid novi afferamus, eandem sententiam tuetur & in theoria & in praxi Celeberrimus quondam JCtus *Eichelius in præf. observ. Hahnii ad Digesta*, quando inquit: Cum enim Jus Justinianeum quidem à nobis Germanis receptum sit, aliter tamen nos non obliget, nec obligare possit, quam ex liberrimo consensu, quo id recepimus, facilè apparet, id quod recepimus, nos obligare; quod verò non recepimus, vel contraria consuetudine ab eo discessimus, ejus nullam apud nos esse autoritatem, quam in foro & decisionibus causarum sequi debeamus, in aliis enim Germaniæ locis plus, in aliis minus receptum, ex quo sponte fluit, illud, quod receptum dicitur, esse probandum, quomodo enim alias de hoc constaret? Porro alio in loco eleganter ita incedit: Et vero, quod in quolibet loco sit receptum, & in viridi vigeat observantiâ,

vantiâ, aliunde discentes consequi non possunt, quam vel ab ipsorum Præceptorum viva voce, vel lectione eorum, qui de praxi cujuslibet loci vel regionis testantur, vel tandem ex usu cujuslibet loci, in quo praxi operam dant sive judicando, sive consulendo vel procurando, manifesto sane indicio, receptum hâc ratione Romanorum jus facile probari posse. Idem confirmat 13. *Matth. Stephan. proœm. comm. in nov. n.* 52. ubi inquit: Leges Justiniani, quatenus à moribus nostris non sunt approbatæ, non magis jus nobis facere potuerunt, aut nos obligare, quam *Leonis* Philosophi, aliorumque Græcorum Imperatorum novellæ, quæ receptæ non sunt. Ex quo forte liquet, quam frustra desudent Doctores, quando hoc jus non pro parte, sed in totum receptum putant, cum talis totalis Romani juris receptio per rerum naturam nec facta fuerit, nec fieri potuerit.

Definitiones non sunt leges.

§. X. Sunt præterea leges jussa imperantium, secundum quæ subditi actiones suas instituere, Judices autem sive in civilibus sive in criminalibus juxta hæc præcepta judicare debent. Leges ergo voluntariis hominum actionibus normam præscribunt, non autem intellectui feruntur. Ex quo, ut ea quæ §. prior. sub *num.* 8. *&* 9. *ut & in probl.* 1. § 11. dicta sunt, manifeste consequitur, quod definitiones, divisiones, differentiæ, axiomata & regulæ doctrinales inde deductæ, in jure Romano passim obviæ, non leges, sed potius doctrinæ sint intellectum informantes. Equidem definitio, quid res sit, explicat, & generalissimam materiæ ideam & conceptum ex nativis suis principiis sistit, hoc cum quilibet doctor secundum gustum & ductum materiæ efficere, & a definitione non rite & recte constructa recedere, quin & meliores tum divisiones tum differentias construere possit, Doctores autem leges non condant; facile apparet, definitiones & divisiones plane non esse leges. Facit huc, quod pereleganter ait *B. Beyerus in præf. ad positiones secundum pandectas §.* 13. Non ego unquam in tantam superstitionem me abripi passus sum, ut

ut crederem, definitiones, quas in legibus invenimus, necessario esse retinendas. Quin potius experientia confirmatus deprehendi, non paucas aliter efferri & posse & debere. Non intellectui positæ leges sunt, sed voluntati, neque verba, sed res in legibus retinendæ sunt, sic nemo facile in dubium vocabit, definitiones justitiæ, jurisprudentiæ, juris naturalis, tutelæ, testamenti & infinitas alias aut emendatione & correctione habere opus, aut certe paucioribus verbis multo clarius tradi posse. Certe doctrina systematica juris Romani nunquam recepta, ergo tuto licebit hodie, non obstante qualicunque receptione juris Justinianei in Germania non tantum definitiones & divisiones non recte constructas immutare, sed & errores historicos, grammaticos, logicos, physicos, morales, practicos, & contra jus Gentium commissos in jure Romano obvios modeste detegere ac refutare. Quod si vero doctrina juris Romani in talibus cum recta ratione conveniat, uti sane doctrinæ JCtorum Romanorum, ex quorum scriptis pandectæ sunt compositæ, in multis conveniunt, id quidem pro usu legum Romanarum haberi non magis debet, quam si quis ex Cicerone, Seneca, vel aliquo ex Græcis philosophis similia allegaret, quia assensum hominum sanæ mentis non ob autoritatem docentium, sed ob evidentiam rationis merentur, & per se constant, quamvis nullum in rebus humanis extiterit jus Romanum. Et quidem, ut unum ex jam dictis de rebus physicis exemplum tangamus, certum est, quod, quæcunque JCti de homine, ac in specie ejus conceptione, medicamentis procuranda *in l. 3. §. 2. ff. ad L. Cornel. de sicar.* pariendi tempore *l. 12. ff. de stat. hom. l. 3. §. 11. 12. ff. de suis & leg. her.* nascendorum numero *in l. 36. ff. de solut. l. 3 ff. si pars jur. pet.* De partu, matre mortua excidendo *in l. 2. ff. de mort. infer.* aut de morbis humanis *in l. 6. §. 2. l. 12. §. 4. l. 15. ff. de edilit. ed.* de longævitate *l. 56. ff. de usufr.* de sexagenario patre *l. 15. §. 2. ff. de adopt.* de matre quinquagenaria *l. 12. C. de legit. hered.* de partu undecimestri *l. 3. §. p. de suis & legit.*

Nov. 39. *c.* 2. de hermaphrodito *l.* 10. *ff. de ſtat. hom. l.* 15. §. 1. *de neſt.* de venenis *l.* 3 §. 2. *ad L. Cornel. de ſicar.* deciderunt, liberrimæ phyſicorum disquiſitioni ſubjaceant, prout etiam nonnulla a quibusdam falſitatis vel poſtulata vel convicta ſunt.

Rationes legum non ſunt leges.

§. XI. Rationes legales ſunt quidem veræ leges, ſed cum tamen jus Romanum eo laboret nævo, ut nec ubique leges cum legibus cohæreant, ſed non paucæ ſibimet ipſis contradicant, etiam in negotiis in foris Germaniæ receptis licebit JCto iſtas contradictiones annotare, & ſubinde ineptias eorum, qui contradictiones illas diſtinctionibus variis, iisque pariter non cohærentibus, tollere allaborarunt, perſpicue oſtendere, cum primæ philoſophiæ præceptum ab omnibus Gentibus receptum: contradictoria nimirum non poſſe eſſe vera, fallere nequeat. Quod tanto magis verum, ſi rationes iſtiusmodi aperte ſunt falſæ, v. gr. quando Tribonianus dicit, uxorem eſſe dominam dotis conſtante matrimonio, uti docet *l.* 30. *C. de jur. dot.* Item liberos inceſtuoſos ne quidem alendos eſſe ſecundum *Nov.* 89. *c. ult.* Sæpe quoque applicatio rationum eſt inepta, ut quando Cajus & Ulpianus *in l.* 28. § 1. *ff. de uſur.* & *in l.* 68. *pr. de uſufr.* §. 37. *J. de R. D.* dicunt, partum ancillæ ideo non eſſe in fructu, quia omnes fructus hominis gratia ſunt comparati, aut quando Tribonianus aſſerit, legem Æliam ſentiam ideo interdixiſſe promiſcuas manumiſſiones minorennibus, quia libertas eſt inæſtimabilis, Conf. *Dn. Thomaſ. diſſert. de rite formando ſtatu controv. an legum Juris Juſtinianei ſit frequens an exiguus uſus practicus in foris German.* §. 37.

Axiomata & interpretationẽ regula non ſunt leges.

§. XII. Sed nec principia & axiomata ethica & politica, in jure Romano paſſim repetita pro legibus habenda. Nam cum illa tum ex ſana ratione, tum ex principiis decori, honeſti atque publicæ utilitatis fluant, & paſſim obvia ſint, ita horum explicatio, ampliatio & limitatio, vel in dubium vocatio cuilibet ex regulis communibus moralibus licita, nunquam ob ſobriam philoſophandi libertatem reſtricta eſt; v. gr.

v. gr. vim vi repellere licet, bonæ fidei non congruit de apicibus juris disputare, quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est, cogitationis pœnam nemo patitur. Quæ & infinita alia communiter non leges, sed ex variis legibus communes abstractiones speculativæ sunt, sæpe utiles, sæpe subtiles nimis, & per se jam constantes. Neque etiam regulæ interpretationum ex jure Romano petitæ, pro legibus habendæ. Sunt enim illæ nihil aliud, quam conclusiones ex paucis communibus principiis vel deductæ vel deducendæ. Principia vero ipsa, tanquam pars philosophiæ rationalis non sunt objectum legum, non magis ac definitiones & divisiones. Et proinde non tantum harum frequens & insulsa applicatio v.gr. non omnium posse dari rationem *l.* 20. *ff. de leg.* legem duram, ita tamen scriptam esse *l.* 12. § 10. *ff. Qui & a quib. manum. l.* 32 *C. ad L. Jul. de adult.* sed & insufficientia & falsitas earum, salva & illæsa potestate legislatoria demonstrari potest. Ita regulam illam vulgarem, beneficia Principum late explicanda esse, nullo niti fundamento, plenius demonstravit *Thomasius* peculiari disputatione. Repugnat enim rationi, per interpretationem doctrinalem Principi modum præscribere velle, quousque ejus beneficium extendi debeat, cum tamen hoc totum dependeat ex ejus indulgentia, & hinc merito ejus arbitrio relinquendum, quousque gratiam suam & indulgentiam extendere velit. Si quilibet privatus est optimus verborum suorum interpres, quare non Princeps? Interpretatio præsupponit voluntatem dubiam, si vero Princeps declarat mentem suam, & indicat gratiam suam eousque extendi non debere, cessat omnis interpretatio, cum non amplius tunc adsit voluntas dubia. Quin potius firma manet *Celsi in l.* 191. *ff. de R. I.* sententia, Principis esse æstimationem, quem modum sui beneficii esse velit. Quamvis quidem veteres JCti regulas bonæ interpretationis plerumque non

ne-

neglexerint, incuria tamen Triboniani sæpissime factum, ut, dum nervum ex veterum JCtorum libris tradere debuerit, textus ita laceraverit, ut rationem quandam secundariam & inadæquatam, tanquam legem notabilem excerpserit, omisso plane illo casu, cui ratio à JCtis applicata fuerat. Quin, cum in responsis rationes dubitandi inseri soleant, illæ vero vel sæpius falsæ, vel saltim maximopere restringendæ sint, certe fieri potuit, ut compilatores talem accipiendo rationem, illam tanquam legem quandam ex responsis JCtorum excerpserint, & sic nobis falsas, pro veris, interpretandi regulas reliquerint. Certum est, regulas interpretationis doctrinalis non ex legibus petendas esse, sed ex doctrina logica, adeoque legis officium hic cessare, cum legis sit præscribere voluntati normam, non intellectui, quomodo scilicet ex sana ratione hoc vel illud sit interpretandum. Hinc si vel maxime falsa interpretandi regula a JCtis fuerit adhibita, illa tamen non magis nos obligat, quam definitio juris Naturæ, aut alia aliqua assertio, contra fidem historicam aut principia philosophica pugnans.

Decisiones casuum vix aut rarissimè dabilium non sunt leges.

§. XIII. Cæterum in jure Justinianeo & potissimum in Pandectis quam plurimæ occurrunt decisiones casuum specialissimorum, rarissimè occurrentium, & vix semel aut bis per integrum seculum in ipsis rerum argumentis, non dicam existentium, sed saltem dabilium. Cùm enim JCti leges populi Romani, item Plebiscita, Scta & Edicta exponentes doctrinas suas subinde exemplis illustrare conarentur, factum fuit sæpissimè, ut, quemadmodum naturaliter in ejusmodi explicationibus & Commentariis fieri solet, de casuum frequentia aut dabilitate non fuerint solliciti, sed sufficere arbitrati sint ad scopum suum, si modo lectores horum Commentariorum, secundum vulgatum dogma, quod exempla illustrent, intelligerent eorum mentem. Neque enim eorum intentio erat, novas leges condere, sed leges latas explicare. At interpretatio legis non est lex, quia interpretatio

legum

legum iterum est munus Doctoris, uti legislatio ipsa legislatoris. Et quid verbis opus est? cum Justinianus in suâ juris arte optimè annotaverit, ex his, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constitui, nam ad ea potius debere aptari leges, quæ & frequenter & facilè, quam quæ perrarò obveniunt. Quod enim semel aut bis existit, præterire solere legislatores prudentes *l.4.5.6. ff. de legibus. Dn. Thomas. dict. disp. de rite formando statu controversia, an legum juris Just. sit frequens, an exiguus usus practicus in foris Germ.* §. 8. *per tot.* ex qua hæc, & quæ in *§. seqq.* 14 *&* 15. adducta, sunt hausta.

§. XIV. Sed nec decisiones casuum, frequenter aut non rarò occurrentium, leges sunt. Etsi enim hic cesset ratio præcedens, etsi verum sit, leges & Scta fieri de iis, quæ plerumque accidunt; ipsæ tamen decisiones casuum frequenter obvenientium, à JCtis in pandectis propositæ, non sunt leges, sed vel interpretationes doctrinæ per casus frequenter occurrentes, vel responsa, casus ipsis propositos definientia. Neque tamen aut interpretationes Doctorum, aut eorum Responsa leges sunt, aut vim legum habent. Non illæ, quia pertinent ad doctrinam intellectualem. Non hæc, quia talia Responsa applicant jura vel leges ad facta proposita. At applicatio legum ad facta proposita non est lex, nec vim legis habet, sed pertinet ad officium judicis. Adde utrobique *l.* 13. *ff. de legib.* Et quemadmodum unus JCtus non habet potestatem obligandi alterum, ut suam opinionem in expositione legum sequatur: ita multo minus habet potestatem alterum adigendi, ut ad casum propositum eadem applicatione juris utatur, quâ ipse usus est, cùm nec hodie nihil sit frequentius, quam ut in uno eodemque casu, etiam ubi constat, jus Romanum in illo negotio receptum esse, etiam integra collegia soleant in applicatione illius Romani juris dissentire. Ergo cur non liceret dissentire a decisionibus Pauli, Ulpiani, imò etiam Papiniani? si ex ipsis eorum verbis vel ex aliis legitimis argumentis ostendi possit, eos aberrasse, nec

Neque etiam decisiones casuum frequenter aut non raro occurrentium leges sunt.

nec genuinam decidendi rationem adhibuisse. Nam eadem libertate ipsi usi sunt, non solum, dum in una eademque quæstione diversimodè ab illis responderunt, quorum fragmenta non pauca in ipsis pandectis latent, sed dum in ipsis decisionibus suis dissensus aliorum JCtorum disertè meminerunt, ut passim factum est. Imò idem egerunt JCti Glossatores in omnibus seculis. Etsi enim sibi persuaderent, a jure Romano non plane recedendum esse, alius tamen v.gr. Paulo adhæsit, & Ulpiani sententiæ cereum nasum affingere intendit, alius contra Ulpiani doctrinam gustavit, & Pauli verba cerea aliqua distinctione ad mentem Ulpiani flectere conatus est. Unde jam ante seculum Thesaurus opinionum communium contra communes in magna copia prodiit. Scio quidem, dixique jam Augustum dedisse JCtis potestatem de jure respondendi, & judices obligasse, ut secundum illa responsa judicarent, sed scio etiam, jam ab aliis monstratum esse, eum non esse minimum nævum jurisprudentiæ Romanæ (vid. quæ hanc in rem collegit *Dn. Thomasius lib. 2. de Nav. Jurispr. Ante-Justin. cap. 5. nav. 20. seq.*) adeoque planè non verisimile esse, Cæsarem & Status, dum juris Romani voluerunt aliquem esse usum in Germania, talem irrationabilem usum voluisse introducere, ut interpretationibus aut explicationibus juris, quæ ad philosophiam rationalem & intellectum pertinent, nostri judices sequerentur responsa JCtorum Romanorum; certè illi, qui rectè docent, hanc receptionem juris Romani esse subsidiariam ad promovendam administrationem justitiæ, non possunt salvo sensu communi expectare subsidium aliquod rationabile à remedio ad nihil magis apto, quàm ut protractiones justitiæ, incertitudo juris, imò jura contradictoria, & tricæ inextricabiles introducantur, uti proh dolor! hactenus eædem sunt introductæ. *Dn. Thomas. dict. disp. §. 9.*

Sed nec res judicatæ pro legibus habendæ.

§. XV. Quod si ulterius pro sententia, quod ejusmodi responsa JCtorum legum vim obtineant, urgere velis, quod

quod Justinianus Imperator omnia, quæ à compilatoribus pandectarum in eas relata sunt, sua fecerit, ut constitutionum imperialium vicem obtinere voluerit, quasi ab ipso promulgatæ essent *Constit. Tanta de confirm. dig.* §. 20. nil tamen amplius obtinebis, quam ut responsa illa vim obtineant rerum ab Imperatoribus ipsis judicatarum. Ergo videamus, an etiam res ab Imperatoribus judicatæ, quarum exempla plurima extant in Codice, leges veræ sint? Non arbitror. Lex enim est regula universalis, at res judicata est applicatio legis generalis ad casum specialem. Variante verò vel minimâ circumstantiâ uti jus ipsum variat, ita necesse est, ut tum alia quoque fiat juris applicatio. Quemadmodum igitur rarissimum est, ut idem sit vel similis quoad omnes circumstantias casus hodie obveniens cum casu rerum ab Imperatoribus etiam judicatarum, etsi Lejuleji sæpissimè putent, se casum illum, uti barbarè loquuntur, in terminis terminantibus ibidem inveniſſe, magis respiciendæ erunt in istis causarum singularium decisionibus ipsæ rationes sive doctrinales sive legales, ex quibus Imperatores ita judicarunt. Et tum repetenda erunt ea, quæ modo de ipsis rationibus legum observavimus. *Dn. Thom d.l.* § 10.

§. XVI. At verò hactenus dictis graviter obstare videtur 1. quod seculo 12. *Fridericus I.* diserte, se jura civilia in campis Roncalienſibus firmasse, fuerit professus, ita enim ait: nostis, quod jura civilia nostris beneficiis ad summum profecta, firmata, ac moribus utentium approbata satis habeant roboris, teste *Radevico lib.* 4. *c.* 3. Siquidem is etiam famosam illam authenticam *Habita in f. C. ne filius pro patre, & auth. navigia C. de furt.* tulit, easque constitutionibus imperialibus inseri jussit, quis itaque in dubium vocabit, Jus Romanum autoritate imperatoria esse donatum? cum diserte hic Codex Justinianeus imperialium constitutionum nomine veniat. Quin & seculo 13. *Fridericus II.* peculiares aliquas constitutiones, de statutis & consuetudinibus contra

Obstant 1. *Friderici I. & seqq. Imp const. Corp. Juris inserta.*

libertatem eccleſiæ editis, tulit, quæ Corpori Juris conjunctæ, ac Interpretibus decimæ collationis nomine appellatæ ſunt, inde decerptæ authenticæ in Codice Juſtinianeo comparent, ſicuti exempla ſub variis titulis exhibent. Seculo 14. verò *Henricus VII. Lützelburgicus* edidit conſtitutiones, quomodo in læſæ Majeſtatis crimine procedatur, & qui ſint rebelles, quibus, utpote extra Romani juris veteris ambitum manentibus, extravagantium quidem titulus impoſitus, eas tamen in parem cum eodem autoritatem evaluiſſe dicunt, ex quo Corpori juris contentæ, & undecimæ collationis elogio ornatæ reperiantur *conf. Dn. Kulpiſ. d. d. p. m.* 396. ℞. Hæ omnes confirmationes ſolam Italiam, non Germaniam reſpiciunt. Sicuti enim Italis Romana jura, ut propria relicta, ita ex langueſcente & perituro fere uſu renovata & firmata ſunt. Quod verò omne jus Romanum eo tempore confirmatum fuerit, nuſpiam ex hiſtoriæ monumentis evincere licet. Et quomodo populo alicui (intellige Germanico) jus confirmari dici poteſt, quod antea penes ipſum nunquam fuit? Imo ſtylus & connexio harum conſtitutionum aperte ſatis evincit, eas ad ſolam modò Italiam reſtringendas. De authentica *Friderici I.* hoc omnino certum; nam eo tempore nullæ adhuc in Germania Academiæ, nulli fuerunt Profeſſores, neque ſtudiorum cauſa ſcholarium quisquam proficiſcebatur; quid igitur opus erat legislatione? cum non entis nulla ſint accidentia. De *Friderici II. & Henrici VII.* conſtitutionibus idem dicendum eſſe, ex occaſione & cauſa legislationis, quin & ſtylo evidenter apparet; neque enim Marchionum, Comitum, cunctique populi nomine appellari tum conſueverunt ſanctiores Germaniæ ordines. Plenius hanc rem ex genuinis ſuis fontibus deducit *Dn. de Kulpiſ. d l. p.* 399.

Obſtat 2. Conſt. Maximil. von den Gotteslaſteren.

§. XVII. Obſtat 2. Conſtitutio *Maximiliani I.* von denen Gotteslaſteren de An. 1495. ubi ſe vocat ſucceſſorem imperii Juſtinianei in verbis: Weyland Käyſer Juſtinianus

Un-

Unser Vorfahr am Reich; hic unicus locus est, ubi Justiniani nominetenus fit mentio. Qui autem succedit in Imperium, succedit quoque in leges, fundamenta imperii. R. aliud est, aliudque fuit Romanum imperium, jamdudum destructum, & in Carolum M. rursus translatum; aliud Germanicum imperium. Neque consequitur: Rex succedit in Imperium, ergo leges Imperii illius ad diversum imperium spectant. Confirmavit Maximilianus hanc de blasphemis Romanorum legem, quam in lege naturæ & divino fundatam esse pro moribus illorum temporum putavit, eamque in Germania observari voluit; sed an ideo totum jus Romanum hoc modo receptum, & confirmatum dici potest? Talis à particulari ad universale illatio haud admittenda. Quando Justinianus, vel etiam Constantinus, prout exemplum ex *Goldasto tom. 3. const. p.* 408. allegat *Kulpis. d. d. p.* 413. appellatur nostrorum Imperatorum anteceſſor in imperio, illud præcise imperii Romani nomine accipiendum, & ad solam Italiam, non Germaniam restringendum. Imo quotiescunque Rex aliquis pluribus populis diverso jure tituloque imperat, leges uni latæ alterum non obligant, nisi promulgatio huic quoque seorsim sit facta; multo minus hoc præsumendum, ubi unus populus alterius, tanquam dignioris, facta est accessio, vix alio quam gentis in provinciæ formam redactæ jure æstimanda, quemadmodum omnis Italia, ex quo lege belli acquisita, intuitu Germaniæ censeri debet. Ergo Germanicæ LL. Italiam quidem merito obstringebant, non vice versa. Neque verba, huic constitutioni adjecta: zu mehrer Nachfolg und Ehre Gottes / und der Menschen Heil männiglich zu halten ernstlich ermahnet / und strengiglich gebotten hat / alle lästerliche Worte und Schweren bey dem Nahmen Gottes / und seinen H Gliedern zu vermeiden / & paulo post in medio: und aber dieselbe Gebott und ehgenandten Unsers Vorfahren Satzung / Ermahnung / Gebott und Poen jetzt leyder in Vergessen und Verachtung von vielen Menschen übersahren worden / dubium aliquod involvunt;

vunt; siquidem hæc nihil aliud arguunt, quam Justinianum legum à se conditarum observantiam serio & sub comminatione inculcasse, ipsumque Maximilianum ægre ferre & Italis inprimis exprobare, quod hactenus illa de blasphemis lex, quæ, uti diximus, & Jure Naturæ & Divino tam severe injuncta, fuerit neglecta. Nihil obstat, quo minus dicamus, legem Justiniani contra blasphemos obligare & nos & quoscunque alios populos, non quatenus Justiniani est, sed quia quod ipsa recta ratio cuique dictitat, eâdem clarius repetitur, in cujus generis rebus etiam aliarum gentium leges, si eleganter adornatæ sint, subinde solere produci, novum non est. Quanquam tamen nulla pœnæ determinatio ex jure Naturæ venit, sed omnis ejusdem mensura ex jure positivo fluit.

Obstant 3. allegatæ imperii constitutiones.

§. XVIII. Obstant verò 3. tot textus, ubi juris Romani, tanquam communis cujusdam juris, perpetuo in imperio valituri, fit mentio, ejusque passim observantia præcipitur, &, si non alia, certe hæc constantissimum juris Romani usum arguere poterant. Sic cum Maximilianus I. Cameræ Imperialis judicium fundaret A. 1495. in Assessoribus requisivit, ut essent jurium periti & promoti **der Rechte gelehret und gewürdiget.** Nec dubium est, voluisse Imperatorem, ut eo jure uterentur, in quo honoris gradum meruerant. Porro 2. in §. item **als täglich** 20. *d. Ord.* in appellationibus à sententia interlocutoria illud obtinere vult, **was in den Käyserl. Rechten geordnet.** Imo 3. Assessoribus jurandum, se secundum jura imperii communia judicare velle, uti illud ex ordinatione *Wormatiensi de An.* 1495. refertur in corpore Recess. Imper. post *An.* 1538. Postea 4. *in Ord. Cam. de A.* 1500. §. die Succession provocat idem Imperator **auf gemeine geschriebene Käyserl. Rechte.** Idem Maximilianus, 5. *in Ord. Notar. de An.* 1512 §. **Demselben nach/** notariis injungit, ut officio fungantur **nach Inhalt gemeiner Rechte/** & deinde formam testamenti conficiendi præscribens, vult, ut id fiat **nach den Kayserl. Rechten und Gesetzen/** ubi integer titulus de testamentis

mentis ex jure Justinianeo petitur, & subjungitur pœnalis comminatio, daß alle Notarien diese aus Käyserl. Rechte gegebene Form der Testamenten fleissig halten sollen. Plenius autem id 6. apparuit in Comitiis primis, à Carolo V. Wormatiæ habitis, ubi non tantum confirmavit ordinationem Cameræ, &, ut legum periti Assessores constituerentur, disposuit, sed & postea sub rubricâ wie es in Irrung der possession §. Und ob sich je zu Zeiten casum, si quis via facti rem alienam vel suam occupet, decidit nach Ordnung gemeiner Rechte. Imo 7. *in Recessu Wormat.* eodem anno §. Nachdem auch in gemeinen Rechten / ex jure communi fratrum liberis jus repræsentationis adserit. 8. *in R. I. Spir. de An.* 1529. pro jure communi omnes obligante allegatur *l. 2. C. ne sanct. bapt. iteretur.* 9. Idem Carolus V. *in Ord. Crim. art.* 107. 118. 121. provocat auf die beschriebene Rechte / atque jus commune suum vocat; clarius autem mentem suam declarat in *art.* 135. in verbis: Es soll in diesen / und andern dergleichen Fällen unser Käyserl. geschriebenes Recht gehalten werden. Pariter 10. autoritatem juris Civilis asseruit *Ferd. I.* dum in *Ord. Cam. p.* 1. *t.* 13 §. 1. expresse sanxit, die Beysitzer sollen nicht nach eigenen Gutbedüncken / sondern auf des Reichs gemeine Rechte Urtel fassen / & inde solenni juramento judicem & Assessores Cameræ constrictos voluit, ut sententias ferant nach des Reichs gemeinen Rechten *d. O. C. p.* 1. *tit.* 57. Idem 11. in judicio Aulico observatur, ubi Consiliarii Aulici jurare tenentur auf des Reichs Constitutionen / und die gemeine beschriebene Rechte *vid. Ord. Jud. Aul tit.* 7. & in fine ejusdem Ord. Aul. præcipitur, daß das Corpus Juris Civilis & Canonici allezeit auf der Reichs Hoffraths Tafel seyn solle / damit man sich derselben gebrauchen könne. Subjungi meretur 12. *R. I. de An.* 1654. §. Benebenst sollen 105. ibi, Es sollen Cammer-Richter und Beysitzer bey Administration der heilsamen Justitz so wohl die Statuta und Gewohnheiten / als die Reichs-Abschiede und gemeine Rechte vor Augen haben. *Conf. Per-Illustr. Dn. Stryck. in usu modern. disc. prælim.*

prælim. § 24-28. *Conring. de Orig. Jur. Germ. c.* 32. *Struv Exc.* 2. *§.* 35. Ne dicam 13. quod in multis Germaniæ provinciis, abolitis expreſſe priſtinis legibus & conſuetudinibus, Jus Civile generaliter receptum. Sic in *Rec. March. de An.* 1534. legitur, concluſumque fuit, **daß hinfürder in unſern Chur- Fürſtenthum und Lande das Käyſer-Recht gehalten/und darnach geſprochen ſoll werden/ derowegen Unſere Prælaten/ Herrn/ Mann/ und Städte ſich aller Gebräuche und Gewohnheiten voriger Gericht und Rechtens verziehen und abgeſagt ꝛc.** Idem in conſtitutione Ducali Serenisſimi Principis Rudolphi Auguſti *de An.* 1675. *d.* 24. *Sept.* quam civitati Brunſvicenſi dedit, refertur, ne ſcil. amplius antiquis moribus Saxonumque Jure uteretur, ſed impoſterum juris Civilis Cæſarei placita ſequeretur. De Ducatu Pomeranico & Megapolitano ſimilia teſtantur *Cothman vol.* 1. *conſ.* 27. *&* 28. *Carpzov. de Leg. Reg. c.* 11. *ſect.* 13. *num.* 7. idem ſtatutum eſt, ut videre eſt in *Ord. Jud. Aul. Comit. Lippiaci p.* 2. *c.* 26. *in f.*

Reſponſio ad hoſce textus.

§. XIX. Tametſi ex omnibus hiſce, qui graviter obſtare, & quam §. 12. definivimus ſententiam impugnare videntur, textibus, perſpicue ſatis conſtet, haud exiguum, quod diffitendum non eſt, juris Romani in Imperio noſtro uſum eſſe; exinde tamen nulla ratione colligere licet, jus Romanum in totum, & per omnes ſuas partes, quin potius in illis ſaltem, de quibus conſtitutiones Imperatoriæ loquuntur, capitibus tenere, non aliis, niſi expreſſa receptio doceatur, indeque qui jus Romanum allegat, ejus obſervantiam & receptionem probare tenetur per § 12. Nulla ſane, quâ hoc jus expreſsè & in univerſum confirmatur, ſanctio vel in ordinatione Camerali, vel in Receſſibus Imperii deprehenditur, tacita confirmatio, quod nimirum Aſſeſſores **nach den gemeinen Rechten ſprechen ſollen/** ex uſu colligitur, uſus conſiſtit in facto, facta autem ſunt probanda: Aut enim jus Romanum in totum, aut pro parte, quatenus nimirum & æquum, & rationabile, & Reipubl. conveniens eſt, & applicari poteſt, re-

receptum. Illud asseri nequit, cum in infinitis casibus non sit receptum, nec per rerum naturam recipi potuerit, E. in qua parte receptum, & rationibus Reipubl. accommodari potest, per necessariam consequentiam probandum, neque ejus probatio, si structura Reipubl. & fontes æquitatis inspiciantur, difficilis. Ponamus, aliquem, testamentum captivi in captivitate factum impugnaturum, provocare ad *l. 8. pr. ff. de testam.* aut pactum nudum non valere, ex legibus demonstrare, aut computatione damni ex primo & tertio capite legis Aquiliæ ex *l. 21. pr. §. 1. l. 23. § 3 ff. Ad L. Aqu. ut & ex §. 14. J. eod.* ostendere, ut infinitos alios textus silentio prætream; adsunt hic expressæ leges, quæ, uti nostri volunt, semper loqui præsumuntur, ergo secundum has pronunciandum. Quis autem secundū jura hæc sententiam dicet? Dices: leges hæ sunt abrogatæ. Falsum hoc est, quia nunquam sunt receptæ; igitur, qui sive in hoc, sive in alio juris articulo ad leges Romanas provocat, earum receptionem probet, per sæpius dicta. Imo per formulam juris communis non saltem Romanum, sed & provinciale aliquod in oppositione statutorum particularium intelligi & posse & solere, eleganter docet *Mevius ad Jus Lubecense.* Eadem *Schilterus de Jure Saxon. ad ff. Exerc. 23 th. 66.* refert. Apud alias quoque gentes (quas tamen nulla ratione stringit) Jus Romanum commune audit secundum *Duckium* & alios. Quidni ergo in Recessibus nostris sub formula juris communis liceret etiam accipere Jura Germanica domestica, quæ partim in LL. scriptis, ab Imperatoribus Regibusque Germanicis latis, partim in consuetudinibus consistunt? Cum enim, prout diximus, jus Justinianeum seculo demum 15. in Germaniam invectum, & vero eodem tempore in Recessibus & Constitutionibus, etiam ante Maximilianum compositis, eadem formula occurrat, qua veritate solum jus Romanum pro communi reputandum? Quin in argumentis subinde legum, quæ soli Germaniæ originem debent, & de quibus in jure Romano nihil quicquam reperitur dispositum,

eadem

eadem appellatio occurrit. Quod vel unicum, eam ad Cæsareum jus non simpliciter esse referendam probando sufficeret, speciminis loco hic allegari potest sanctio pacis publicæ, quæ decreto *Wormatiensi de An.* 1495. *tit.* 9. per Maximilianum servanda injungitur sub pœna communi jure **in den gemeinen Reichs Rechten** definita, quod *Fridericus III.* antea absolute **das Reichs Recht** appellaverat, quis hic Romanorum jura intelligere vellet? apud quos ejusmodi sanctio nec erat necessaria, nec effecta unquam legitur, in Germania vero à multis retro seculis ad præsens usque frequentatur, sicut ex formulis *Ludovici Pii*, *Henrici III.* aliorumque Imperatorum *à Beato Rhenano Rer. Germ. l. 2. c.* 17. *& Goldasto tom.* 2. *const. p.* 19. §. 47. relatis apparet. Et quamvis quidem illustris *Kulpisius in d. diss. p.* 409. existimet, quod sub vocabulo **der gemeinen Rechten** vel **der geschriebenen Reichs Rechten/** non tam eæ, quæ post Maximilianum in Comitiis Germanicis latæ, quam quæ antea invaluerunt leges & consuetudines Germanicæ intelligantur; quando verò de medio sententias istas consequendi, sive de jure, ad quod processus ratio adornanda, sermo est, præter Germanica jura, præcipue vetera, Romanum quoque & Canonicum, imo Interpretum sæpe opiniones communes ea appellatione venire possint, prout hoc ex verbis *Ord. Cam p.* 1. *tit.* 3. §. 1. 2. deducit, ubi præscribitur, **daß sie nicht nur des Teutschen Herkommens/ löblicher Gebräuche/ und guter Gewohnheit kündig/ sondern auch verständig die wichtige** Proceß **zu** dirigiren/ **und in der** Practicq **geübet.** Cum aliud sit jus, quod circa materialia, seu merita causarum; aliud, quod circa formam processualem occupatur, indeque sub vocabulo **des Reichs gemeinen Rechten** antiqua jura, sub vocabulo **der gemeinen oder der Käyserl. Rechten** jus Cæsareum intelligi, & hanc in Recessibus Imperii differentiam observari. Putem tamen, promiscuum harum phrasium esse usum, ita ut sub hisce & antiqua Germanorum Jura & Romana subintelligantur, siquidem de receptione

juris

juris Romani nullatenus dubitandum, modo ista receptio in hoc vel isto articulo ritè probetur. Sane in omni illa Imp. Maximiliani constitutione de legibus Romanis observandis nihil legitur: tantum formula, in quam jurare coacti sunt Assessores judicii illius, meminit Romanarum legum, verum ita, ut consuetudinum æque magnam habendam esse rationem, non obscure judicet. Habetur illa in Codice der **Reichs-Abscheiden**/ & quidem prout paulum emendata est in Comitiis Wormatiensibus anno superioris seculi vicesimo primo. **Diese alle sollen zuvor unser Käyserl. Majestät geloben/ und ein Eyd zu Gott/ und auf das Heil. Evangelium schweren/ unsern Königl. oder Käyserl. Cammer-Gericht getreulich und mit Fleiß ob zu seyn/ und nach des Reichs gemeinen Rechten/ Abschied/ und den jetzt bewilligten und auf diesen Reichs-Tag aufgerichteten Frieden in Religion und andern Sachen/ auch Handhabung des Friedens und nach redlichen ehrbaren und Landischen Ordnungen/** Statuten **und Gewohnheiten der Fürstenthumen/ Herrschafften und Gericht/ die vor Sie bracht werden/ dem Hohen und Niedern/ nach seiner besten Verständnis gleich zu richten.** Communia Jura heic allegata ex communi interpretatione & concipientium intentione indubie tum Romana tum Canonica sunt; illis vero jungun-tur consuetudines & singularum statuta provinciarum, quæ merito prævalent, nisi receptio juris Romani in conflictu horum jurium probetur. Præsumtio enim est pro jure Germanico tanquam priori & antiquiori. Eleganter quæ diximus confirmat *Hahn. ad Wesenb. tit. de condict. indeb. n.* 4. quando ait: jus hoc Romanum Germanis ubique receptum esse, probari non potest, ideoque pro nullo est, ubi de acceptatione & observantia manifesto non constat.

§. XX. Et adeo quamvis aliquis communem Doctorum sententiam arripiat, & universalem LL. Romanarum, quatenus moribus genioque Germanorum illæ congruunt, receptionem admittat, semper tamen dubium remanebit, *Aliud dubium circa receptionẽ juris Rom.*

utrum hoc vel illud caput noſtris moribus ac indoli Germanorum rationibusque Reipubl. conveniat, an repugnet? utrum ſuperſit legis, ob quam lata fuerit, ratio, an omnino ceſſet? Continentur in Jure Romano plurima, quæ ne eo quidem tempore, quo Juſtinianus compilationem ſuam edidit, uſum habuerunt, Continentur plura, quæ non conveniunt temporibus noſtris, Reipubl., utilitati, communi. Ea omnia obſervata noſtris eſſe, aut obſervabilia quis credat? Ergo a prima receptione, merito probandâ, res repetenda, & cujusque provinciæ ratio habenda eſt. Ne decantatas illas quæſtiones, quæ Jus Romanum incertum ejusque in maxima parte receptionem dubiam reddunt, tangam: Utrum inſtitutiones pandectis, an pandectæ inſtitutionibus derogent? an & quousque, his & illis, codex. Quæ authenticarum ſit autoritas? Utrum novellæ non gloſſatæ vim juris habeant? An græco textui latina verſio præferenda? Quid de Novellis Leonis, & de legibus reſtitutis ſentiendum ſit. Et quæ infinitæ ſunt quæſtiunculæ hujus farraginis.

Dubium 4. ex eo, quod ſubſidiariũ jus eſt, petitum.

§. XXI. Scrupulum tamen **4.** adhuc injicit, quod per ſæpius conceſſa jus Romanum in imperio, velut jus ſubſidiarium teneat; ergo qui deficientibus moribus & ſtatutis ad legem provocat, ejus receptionem probare neceſſum non habet. Reſp. Quod in imperio Germanico jus Romanum, ut jus ſubſidiarium receptum ſit, id ita intelligi debet, ut in negotiis, quæ antea Germanis fuerunt incognita, ſi poſtea eadem recipiantur, quoniam de iis deficiunt priſcæ Germanorum leges, quoad eorum formam in ſubſidium recipi debeat jus Juſtinianeum. Ita in materia teſtamentorum jus Juſtinianeum ſequimur, quia veteres Germani magis contenti libera diſpoſitione inter vivos, vel bona ſua donabant vivi, vel relinquebant ſucceſſoribus, ad quos lex ea per mortem transferebat. Et igitur poſtquam teſtamenti factio recepta eſt moribus Germaniæ, merito hic utimur in ſubſidium legibus Romanis. Quanquam nec univerſaliter verum eſt, quod, qui in materia teſtamentaria textum juris Civilis allegat, fundatam habeat intentionem, partim, quod teſtamenti factio ante receptum jus Juſtinianeum, cum Jure Canonico in mores Germanorum introducta eſt, & multæ ſunt differentiæ in materia teſtamentaria inter Jus Canonicum & Juſtinianeum, partim etiam quod mores Germanorum de transferendis per pacta hereditatibus, cum Romanorum teſtamenti factione pactis inter vivos plane oppoſita miſere ſint commixti, ac ita valde intricatam & confuſiſſimam reddiderint materiam teſtamentariam. Quod ſi igitur communiter Germania negotium aliquod aut plane non receperit, aut idem jam diuturnâ conſuetudine abrogaverit, aut alias cum Statu Germaniæ publico negotium illud commodam combinationem nõ recipiat, tum fruſtra quis urgeret uſum Juris Juſtinianei, tanquam ſubſidiarii: ita, multa Germaniæ ſtatuta nullam mentionem faciunt ſervorum, propterea tamen, ſublata ſervitute in Germaniâ, in ſubſidium hâc parte vocare non poteris Jus Juſtinianeum. *Dn. Thom. in diſſ. de Uſu Act. Pœn. in For. Germ. c. 2. §. 10.*

Pro-

Problema III.

OSTENDENS,

JUS ROMANUM, DEFICIENTE JURE STATUTARIO AUT PROVINCIALI, NON ESSE ATTENDENDUM IN CASIBUS, UBI AUT RATIONI AUT ÆQUITATI REPUGNAT.

§. I.

Jura Statutaria ex Jure Romano declarantur.

Trita est & antiquissima sententia, tot præjudiciis & autoritatibus confirmata, cessante jure statutario, ad Jus Romanum, velut sacram anchoram & oraculum quoddam, recurrendum esse: imo, quod ex hoc jure declarentur, restringantur, extendantur, suppleantur jura statutaria, & hæc ita interpretanda esse, ut quam minime recedant a jure Communi i. e. Romano, ad unum sentiunt omnes, ita *Gailius*, *Carpzovius*, *Berlichius*, *Schurphius*, *Lauterbachius*, ut infinitos alios taceam.

Jus Romanum, ubi rationi adversatur, non est attendendū.

§. II. Gravior est problematica nostra quæstio: an jus Romanum, utut suo modo receptum, in casibus, ubi aut rationi aut æquitati contrariatur, advertendum sit? Quod cum pace dissentientium intrepide negamus; quod enim de Gallia testatur *Johannes Tilius*, *Hotomanno in Anti-Triboniano* allegatus, Reges sc. voluisse Romanum Jus publice legi, ut doceretur æquitas & excoleretur ratio, ex quibus plurimùm in regno Galliæ judicatur, id certè, si tractationem juris Romani inspicias, Germaniæ nostræ applicari debebat, neque alia ex ratione jus Romanum receptum, quam ut rationis & æquitatis fontes exhauriantur, atque deinceps Reipubl.,

feliciter gerendæ, accommodentur, uti graphice monet *Besoldus in diss. de præmiis, pœn, & leg. c.8. §.6.* Nam Jus Romanum, quatenus æqui & boni continet artem, seu leges quascunque recte interpretandi riteque applicandi modum docet, uti a nostris, ita a cujusque nationis homine utiliter disci potest, imo debet, neque eo fine in scholis frequentatur, ut provinciæ omnes jure Romano debeant regi, id quod dictu absurdum esse, nemo non, qui vel primis labris politica degustavit principia, dijudicabit, monente *Besoldo d.l.* Neque hic de casibus aut legibus abrogatis, vel potius nunquam receptis, sed de hisce decisionibus loquimur, ubi jus Romanum in viridi adhuc observantia esse dicitur, & graviter urgetur.

Quid jus, quid æquitas.

§. III. Per jus nihil aliud, quam præceptum superioris, actiones hominum morales, seu quid agendum, quid non agendum, stringentis; per æquitatem autem commodam seu rectam interpretationem juris generaliter ac indefinite lati ad casus, in lege non expresse, seu non sigillatim decisos, intelligi, & adeo æquitatem vel ipsum naturæ jus, vel interpretationem in Jure Naturæ fundatam absolvere, tam notum quam notissimum est.

Fulcra legis.

§. IV. Duo igitur juris fulcra, duo cardines sunt, ratio & æquitas, queis demtis, jus non est jus, sed impium præsidium, & constantissimum malitiæ tegumentum.

Ratio legis.

§. V. Equidem uti ratio legis est anima legis, ita certum est, deficiente ratione, quæ cumprimis ex genuinis veræ & sinceræ Jurisprudentiæ, & immotis juris Naturæ principiis haurienda, quæque velut medium fortissimum, quid justum, quid injustum, apertissime demonstrat, ipsam deficere legem: agnovêre jam glorioſissimi Imperatores *in l.8. C. de Jud.* quod in omnibus rebus potius *justitiæ & æquitatis*, quam stricti juris ratio haberi debeat.

Requisita legis.

§. VI. Lex omnis debet esse utilis, justa, Reipubl. conveniens, rationalis; consuetudo & lex irrationalis non obligant. Nulla lex positiva sanctissima naturæ decreta ever-

evertere, eaque, quæ rationem & æquitatem enervant, stabilire potest. *c. f. X. de consuet.* Inde lex dura, & naturali rationi jurique divino contraria non est servanda, uti Ethnicus ille *Ulpianus* putat *in l. 12. §. 1. ff. qui & a quib. manum.* injusta vitanda, Deo magis quam hominibus parendum.

§. VII. Ipsæ ergo leges Justinianeæ politico sunt dijudicandæ judicio, & ad hoc judicium vocandæ, ita, ut æquum & bonum in legibus comprehensum Reipubl. applicetur, & ex ipsissimis Politicæ & Jurisprudentiæ, quam universalem dicimus, principiis legum rationabile deducatur. Neque enim jus Romanum aliter considerari debebat, quam eximiũ systema Jurisprudentiæ, in artem collectæ, quatenus in juribus singulorum populorum, eoque etiam Germanorum, in regulis *æqui & boni* subsidium præbere potest. Idem de Galliâ prædicat allegatus *Tilius* in verbis: imo ubi Academiæ & professiones juris in Gallia institutæ sunt, & ornatæ privilegiis, nominatim protestati sunt Reges, se jura illa non autoritatis loco, sed rationis tantum accipere. Merentur huc referri *Godofredi* Summi JCti verba *in tr. de Imperio maris c.* 11. Sic sane Romanis legibus utuntur omnia regna, populique, tanquam æqui bonique fonte, quo qui aliter utuntur, næ illi perquam suaves sunt, parumque sibi consulunt, cum, verso hodie regnorum populorumque statu in aliam, quam Romanum olim imperium habuit, formam, juri Romano non nisi absurde quisquam se illiget. Et prudentissime omnium Galli, qui eo loco leges Romanas habent, quo & fontem boni æquique, quo simul & dignitati suæ recte consulunt, & veram juris dicundi orbitam tenent. Atque ex hoc principio tota hujus juris disciplina petenda. Innuit hoc bene *Celeberrimus Ziglerus in præf. notar. & animadvers. ad Grot.* Quando ait: nec soleo ego in scholis meis vel Ulpiano, vel ipsi denique Justiniano tam cæco assensu blandiri, ut non identidem ad naturalia principia recurrere, & veras juris justitiæque causas eruere mihi integrum reservem, quocirca ille demum veram

Censura legum.

&

& non simulatam philosophiam affectare mihi videtur, qui civile jus ad altiora & superiora principia revocat, & in illis verum JUSTI ET ÆQUI fundamentum inquirit. Recte dicit *Bachovius in not. ad Treutl. v. 2. disp. 13. §. 4. lit. I. K.* Indignum est homine erudito imperatoris, præsertim latini & græci, ita serviliter jura tractare, ut omnia Justiniani effata pro oraculis habeat; Ingeniorum hoc esse videtur imbecillitati damnatorum & infra præstantiam humani acuminis demissorum: leges & decisiones Justiniani sequor, sed in rationes earum, quas sæpe, ut colorem faceret, novis suis constitutionibus, ipse sibi confinxit, inquirere, & sub censuram veritatis revocare, piaculum non duco. In eandem fere sententiam *ad pr. J. de injuriis* differit: Hic locus ethicus est, & paulo accuratius explicandus, & quæ hic proponit Tribonianus, excutienda, & sub censuram vocanda sunt, licet enim & libet libere Philosophari, neque piaculum est in his rebus, quæ ex principiis aliarum disciplinarum dependent, a Triboniano dissentire. Idem urget *Cicero lib. 1. de leg.* Ubi inquit: ex intima philosophia haurienda juris disciplina, complectenda in hac disputatione tota causa juris universi est ac legum, ut hoc civile, quod dicimus, in parvum quendam & angustum locum concludatur. Qui aliter Jus Civile tradunt, non tam justitiæ, quam litigandi tradunt vias. In his autem rite ponderandis vera occupatur Jurisprudentia, quæ quid justum, quid injustum, quid utile, quid inutile, quid rationabile, penitius examinat, quo de *pœdia Jurisprud. Universal. Illustris Dn. de Unverfährt* per totum conferri meretur. Habemus multos legulejos juriumque peritos, qui leges blaterare, earumque corticem recitare, & nonnunquam applicare norunt; paucos vero JCtos seu prudentes juris, qui de valore legum, quomodo & qualiter ferendæ, an expediant, an Reipubl. conveniant, dijudicare valent. Hac ipsa autem cognitione vir prudens boni & mali, justi & injusti prope lex est & norma inflexibilis.

§. VIII.

§. VIII. Quis enim tam ſtolidos arguet Germanos, ut id, quod in exigua ſui parte irrationabile exiſtit, receptum intelligant. Et adeo Romanum jus Germanos aliter non ſtringit nec ſtringere poteſt, quam quatenus rationabile eſt, ſicut eâdem ex ratione ſub prætextu & rationabilitatis & æquitatis ab aliis, uti dixi, gentibus receptum eſt. Nullus JCtorum poteſt in Belgio ſalva conſcientia allegare vel approbare leges Cæſareas, niſi primo inquiſiverit in illarum rationes, quas ad rem decidendam facere judicat. Nobile hac de re extat judicium teſtimoniumque apud Nobilem *Scutat. Matth. van der Houve Dom. tot. camp. in annal. antiquis Batav. Lib. 6. c. 14.* Cognitum, inquit, eſt, quod leges Romanas ſolummodo pro rationibus & exemplis, ſed non pro jure allegare liceat. Obligant itaque confœderatos, quatenus rationabiles ſunt, ſed nequaquam quatenus ſunt Romanæ vel civiles, ne quid abſurdum aut ſuperius populi Romani imperium in Batavia inducere videamur. Utut ſit, omne jus, teſte *Baldo*, cedit rationi, id eſt ipſi Deo, illudque jus ſolum in foro ſequendum videtur, quod perſpicuæ rationi conveniens eſt, & rejiciendum, quodcunque ei adverſatur, aut ſaltem ejus iniquitas Principi demonſtranda eſt *L. ult. C. de Leg.* In dubio quidem caſu, ubi nec ratio manifeſta eſt, nec lex municipalis, nec rationabilis conſuetudo reclamat, jus Romanum omnino amplectendum eſt, quod vulgo commune juſtitiæ aſylum, vel ſecurum juris palladium dicitur, quodque tam miſere a multis advocatis negligitur, gloſſisque doctorum poſtponitur vid. *Cypr. Regnerus ab Oſterga in Comment. ad Cod. in præſat.* Spectat huc ejusdem autoris judicium in *dedicat. cenſuræ ad inſtitut.* expreſſum, quando inquit: Qui jus obſoletum operoſe nimis tractant & de jure magis ſuperſtitioſe agunt, ac ſi in foro Romano verſarentur, digni ſunt, qui ad Campos Elyſios relegentur, ut ibi jus dicant Romanis. Similes ſunt habentibus marſupium plenum recte ſignata pecunia, ſed in illa regione, ubi contrahendum & coëmendum eſt, non currente & expendibili. §. IX.

Jus Romanum irrationabile non eſt receptum.

Fons legum.

§. IX. Scilicet singularum Gentium & Provinciarum leges ex propriis ac domesticis rationibus æstimandæ, & suborto dubio, inde explicandæ sunt. *Domesticæ* rationes sunt, quæ legislatorem ad ferendam legem impulerunt, & sunt vel *morales*, quarum dijudicatio ex jurisprudentia universali, Naturalis scil., Divini, ac Gentium Juris Principiis adornanda; vel *politicæ*, quæ ex occasione temporum, personarum, rerum, Reipubl. aliarumque circumstantiarum eruendæ, quod historiæ de quacunque Republ. cognitionem involvit. Præclare hujus interpretationis & applicationis exempla in legibus Romanis subinde præstiterunt *Jacobus Gothofredus* ac *Franciscus Balduinus*, ex recentioribus *Strauchius*. Neque ulla lex est, aut hoc nominis meretur, quæ non his rationibus unius aut utriusque generis innitatur, earum una aut pluribus propositis, si comparationem inter legis latæ tempus ac præsens erudite institueris, de mente legislatoris ac vero legis sensu haud facile errabis, atque hoc prudentiæ illius, huicque subordinatæ Syneseos legislatoriæ opus est, de qua egregia monita inculcarunt *Joachimus Hopperus* & *Vincentius Placcius*, ille in Seduardo, hic in JCto perfecto. *Conf. Dn. Kulpis. d. epist. p.* 391.

Statuta ex Jure Nat. interpretanda.

§. X. Ex hisce manifeste colligere licet, statutorum juriumque provincialium interpretationem non tam ex Legibus Romanis, quam potius ex æquitate, quam Jus Naturæ & genuina interpretatio suadet, derivandam esse. Præclare hoc innuit *Mevius ad jus Lubec. quæst. pralim.* I. *n.*17. Inquiens: non leviorem errorem illos errare existimo, qui ex Juris Civilis rationibus statutorum æquitatem examinant, quam qui ad eandem formam cuilibet ætati, sexui & corpori crepidas calceosque conficiunt. Eoque tendit, quod Per-Illustris *Kulpisius* in epistola *de Orig. Leg. Germ. p. m.* 390. notat, in verbis: nescio, an non eadem veritate dicere possim, sacras literas ita esse accipiendas, ut quam minime ab Aristotelis libris metaphysicorum abeant, ac, si dubium occurrit, hinc

hinc esse illustrandas: quali enim modo se habet Aristotelis metaphysica, tanquam præclarum opus philosophiæ primæ, quæ in theologia usum suum ostendit, eadem nec alia ratione æstimari debet corpus Juris-Romani, in præceptis æqui & boni suppeditandis. Quis enim ferret, aut non potius derideret, qui leges Gallorum, Danorum aliasque ex institutis Svecanis, Turcicis & similibus iret repetitum? Responderunt jam JCti Lipsienses in interpretatione jurium provincialium non tam inspiciendum, an recedant a Jure Romano, quam quæ mens sit legislatoris. *Conf. Dn. Hess. in dissert. de usu & autoritate Juris Romani in foris Pruss. §. 13.* Illustrat hanc rem insignis ordinatio Borussiaca, concepta **im allgemeinen Land-Tage** de anno 1612. sub verbis: **Da sich ja einiger Fall/ der in gegenwärtiger unserer Ordnung nicht begriffen/ künfftiglich begeben und zutragen würde/ so soll derselbe nicht nach den alten aufgehobenen Rechten/ Gewohnheiten/ und Gebräuchen gerichtet und geurtheilet/ sondern zu anderwertiger** decision **und** dijudication EX ÆQUO ET BONO **der Sachen Umstände und Gelegenheit nach gestellet werden.**

§. XI. Non tamen hic æquitatem cerebrinam intelligimus, neque omnis opinio de turpitudine ac honestate legis est norma legis. Ridiculum est, ideo non velle subditum vivere secundum legem, quod lex cum subditi ratione non quadret. Caute adeo incedendum, discutienda sunt principia justi & injusti, æqui & iniqui, afferendus est animus pius, constans, incorruptus, in legibus divinis versatissimus. *Non æquitate cerebrina.*

§. XII. Verum his aliisque graviter obstare videtur 1. quod in lege non disquirendum, an lex sive dura, sive parum conveniens, sed an ita scripta sit. *d. l. prospexit 12. ff. qui & a quib. manum.* Siquidem justum est secundum præceptorem *Cyri* apud *Xenophontem*, non quod nobis videtur, sed quod lex ordinat, & quod lex non cantat, nec nos cantare, nec sapientiores lege esse debemus. Nam judex judicare debet secundum leges & consvetudinem provinciæ, in quâ judicat *Dubium* 1. *quod secundum leges judicandum.*

l. 3. *§. ult. ff. de teſtam. Nov.* 15. *c.* 1. imo non aliter judicare debet, quam legibus *l.* 4. *§.* 2. *ff. de Cenſ. l.* 239. §. 8. *ff. de V. S.* conſtitutionibus Principum, aut moribus populi Romani proditum eſt, *pr. l. de off. jud.* Non convenit de legibus judicare, easque reformare, ſed ſecundum leges judicare *Auguſtin. in c.* 4. *diſt.* 4. Indeque judices & Aſſeſſores Cameræ Cæſareæ admonentur in *P. I. Ord. Cam. tit.* 13 §. 1. verb. **Sollen in keinen Sachen/ ſie ſey ſo gering/ als ſie wolle/ allein auf ihr Gutbedüncken oder eines jeden eigenen erwogenen Billigkeit/ oder eigen fürgenommen/ und nicht den Rechten gemäß informirten Gewiſſen/ ſondern auf des Reichs gemeine Rechte nach Vermög/ und Anweiſung ihres Eydes Urthel faſſen und ausſprechen/** ne ſub prætextu & velamento peſſimæ ſæpius conſcientiæ extra legis mentem, aut verum juris fundamentum ſuper dubio quodam ſtatuant, vel judicare ſibi ſumant. Pariter, ſicut architectus normam habet, ad quam dirigit ædificationis laborem, & rectum a non recto diſcernit; ſic in judiciis oportet eſſe ſcriptas leges, tanquam immotas juſti & injuſti normas, quibus & regantur homines & dirimantur, unde Vir bonus is nuncupari ſolet, qui conſulta patrum, qui leges juraque ſervat, nam Doctor & Magiſtratus legum miniſter, non arbiter eſt. Reſp. concedo lubens neceſſitatem ſcriptarum legum, quo vagum judicantium arbitrium intra juſtos coerceatur terminos: concedo facile, Doctorem aut Magiſtratum nec leges ferre, nec conditas mutare, ſed ſecundum leges, cum miniſter legum ſit, pronunciare debere. Verum inde colligi nequit, quòd omne circa juſtitiam vel injuſtitiam legum judicium privatis ſive Doctoribus ſive conſiliariis ſit ademtum. Pronunciandum ſecundum, non contra leges. Quod ſi vero notoria legis injuſtitia erumpat, aut lex omni deſtituatur ratione, aut Reipubl. ejusque rationibus minime conveniat, aut inutiles ſpeculationes, magnam litium materiam ſuppeditaturas, contineat, aut civium facultates exhauriat, privatus quidem legem, quod in ipſius arbitrio non eſt,

haud

haud tollit, hoſce tamen notabiliores defectus, haud exigua Reipubl. incommoda parituros decenter indicat, &, qualis iisdem medicina parari poſſit, debeatve, decenter monet. Neque enim veri & ſinceri cujusdam JCti officium eſt, ut cœco ferme impetu in cortice legum hæreat, aut eandem reluctante ratione adoret, quin potius in omni lege ratio legis, quæ eſt anima legis, &, qua demtâ lex omnem amittit virtutem, inveſtiganda; ratio illa ex principiis Juris Naturæ, Divini, Hiſtoria, moribus patriæ petenda. Appoſitè ait *Hornius de Civitat. in proœm. cap. 5.* JCtus eſt, qui immotam regulam moralitatis, in Jure Naturæ poſitam, noverit a primis cauſis derivare, immediata concluſa rite deducere, tum attributa & effecta explicare. Adde, quod JCti officium, non tantum in legibus intelligendis, interpretandis & applicandis, aut, ſi *Ciceronis* ſententiam amplecti lubet, in reſpondendo, agendo & cavendo, ſed in eo quoque conſiſtat, ut prudentiam leges ferendi calleat, &, quid in vita civili utile, quid inutile ſit, probe ſciat. Boni certe civis eſt labaſcenti Reipubl. quantum poteſt, re, opera aut conſilio ſuccurrere.

Dubium 2. ab autoritate Juris Romani petitum.

§. XIII. Obſtat 2. dignitas & præſtantia Juris Romani, ſiquidem hoc teſtibus *Molinæo, Hugone de Roy, Arth. Duckio* tam æquum, tam rationabile & undique abſolutum eſt, ut omnium fere Chriſtianorum Gentium uſu & approbatione commune ſit effectum. Imo Jurisprudentiam Romanam ab orbe condito, omnique hominum memoria unicam ferè, nec aliam unquam, quæ tot deciſiones, ex intimis Naturæ principiis hauſtas, comprehendat, editam fuiſſe. Reſpondeo: largior facile, ſolidiſſima Juris Naturæ, &, quæ ad Jurisprudentiam poſitivam ſpectant, principia in Jure Romano contineri, ita, ut hoc inexhauſtum in ſuo ſenſu, ſi utilia ab inutilibus ſepares, ſit cornu copiæ ſapientiſſimarum deciſionum, ſed diffitendum non eſt, ipſaque tum ſtructura, tum connexio, tum habitus legum, tum Status Reipubl., tum diverſiſſima, quibus JCti Romani imbuti erant, principia abunde ſatis

docent, haud exiguos in omni passim Juris Romani materiâ defectus deprehendi, quo de alibi, aliorumque ex scriptis ubertim constat. Æquitatis quidem Romani JCti studiosissimi fuerunt, sed non omnia æqua sunt, quæ æquitatis habent imaginem. Non semper mare inter æstuantes fluctus ex gremio suo margaritas excludit, sed & stercora spumat. Id facile admitti potest, quod Jus Romanum sit eximium per jam dicta Jurisprudentiæ in artem collectæ systema, infinita prudentia refertissimum, cujus ope quisque suas leges interpretari, ac ad præsentes casus discit applicare, prout ratiocinatur *Dn. de Kulpis. dissert. de Germ. LL. vet. ac Rom. Jur. in Republ. nostr. Orig.* Indeque strenua & sedula huic juri opera impendenda.

Dubium 3. quòd leges non facile sint mutandæ.

§. XIV. Obstat 3. quod omnis novitas, omnisque subitanea reformatio valde odiosa, ne dicam periculosa sit, cum mutatio legis contemtum legis involvat, indeque monente *Ulpiano in l. 2. pr. de Const. Princ.* non facile recedendum ab eo jure, quod diu æquum visum est. Pulchre ait *Conring. in dissert. de Nomothet. th. 58* Circa legum mutationem cautione opus, fit enim, ut quædam in Republ. sint non optima, quæ tamen non sunt mutanda, nempe cum plus mali est in mutatione, quam in re ipsa boni: ne dicam, quod hoc ipso legum vis infringatur, ac impune peccandi libido accendi soleat. *Conf. Nov. 28 pr. præs. Förster ad Tac. 3. ann. p. 260.* Resp. Verum hoc est, sed etiam verum est, quod ob evidentem Reipubl. utilitatem Leges & mutentur, & mutari debeant. Pulchre hoc monet idem *Ulpianus in d. l.* In rebus novis constituendis evidens esse debet utilitas. *Conf c. non debet X. de Consang. & aff. §. p I. de J. N. & G.* Salus populi suprema lex est.

Supplementum ex dissertatione nostra de Jurisprudentia Paganizante.

Ex §. II. de fundamen-

At febriculosam hanc de autoritate & majestate juris Romani doctrinam esse, illi sane, qui leviculo saltem conatu fon-

fontes prudentiæ legislatoriæ indagant, primo statim intuitu advertent. Majora ad hanc rem subsidia requiruntur. Cognoscendæ penitius sunt leges, percipienda omnis antiquitas, senatoria consuetudo, disciplina Reipublicæ, jura sociorum, fœdera, pactiones, causa imperii: legendi sunt etiam Poëtæ, dignoscenda historia, omnium bonarum artium scriptores ac Doctores & legendi & pervolutandi. *Cic. 1. de Orat.* Equidem in omni legum contemplatione id accuratissime tenendum, ut fontes justi & injusti, æqui & iniqui ex divino, animis nostris insito, thesauro & semine derivemus, nec jura civilia veluti fabulam aliquam tractemus. Noscere debemus Rempublicam, qualis illa sit, qualis ejusdem indoles, an status sit simplex, corruptus an mixtus, quæ cuique exitiosa esse soleant, quæ gubernandi ratio conferat ad civitatem tuendam, quæ LL. cuilibet formæ conveniant, quæ adversentur, id quod ex historia superiorum temporum hauriendum. Utile est complurium civitatum leges & consuetudines addiscere: Facit huc multum experientia, quæ est potentissimum discendi genus. *Aristoteles* hanc legum tradendarum rationem exponit: (1) Viros prudentes omnes omnium rerump. mores ac leges colligere, (2) collectas comparare, (3) ex comparatis optimum reipublicæ genus conflare. Quo de plenius egimus *in tract. de Prud. Legislat. passim, in tract. de Stat. & Firm. rerumpubl.* §. 14. *& in disp de Structura legum.* Spectant huc egregia illa monita & requisita in JCto & Status cujusdam Ministro, quæ refert *Dn. Cellarius in orat. in obitum illustrissimi quondam Dn. L. B. de Fuchs* habita, ubi ità incedit: Qui enim vel sacra Themidis, vel alius superioris disciplinæ, sine literarum studiis, quod est illotis, ut ajunt, manibus, tractari posse existimant, plerumque ejusmodi formant ac fingunt homines, quibus nec Reges nec Principes ad magnas res agendas uti possunt. Magnorum Principum aliæ rationes sunt, quam cæterorum, nec illis hac scientia, quæ juri dicundo addiscitur, solum satisfieri in rebus suis potest. Legationibus

tis prudentiæ legislatoriæ.

opus

opus est ad exteros Reges atque respublicas. Latinæ sæpè ad eosdem sunt scribendæ epistolæ, aut aliud eadem lingua copiosius in causis publicis & belli pacisque momentis demonstrandum. Quibus sane impar est muneribus, qui non in juventute ad illa se præparaverit. *Hugonem Grotium* magnum virum, uti erat, ac illustratorem Naturæ & Gentium juris omnes laudant & demirantur, pauciſſimi verò ad fontes, unde fluxerit sapientia illius, respiciunt. Ipse eos minime celavit, Oratores, Historicos, Poëtas veteres nominatim commendans, unde corrivarit suam, quam orbis admiratur, Naturalis juris ac populorum consuetudinum notitiam ac facultatem. Hinc enim optima nascitur vis consultandi, & saluberrima consilia ab exemplis & rationibus seculorum proficiscuntur. Et paulo post eloquentiam commendaturus inquit: despiciant artem qui ignorant: ineptos Rhetores cum Oratoribus confundant, qui discernere nesciunt, sunt nihilominus sapientiores multi, qui altius inspiciunt, discrimen intelligunt, usum cognoscunt & prædicant. Plus ad hæc studia requiritur, quàm vulgus imperitè judicat: cognitio omnis antiquitatis, lectio Oratorum, Poëtarum, Historicorum, nec non juris, Legum & Philosophiæ, ejus præsertim, quæ de moribus agit & civitate, non leviter tincta, sed penitus imbuta cognitio atque scientia.

Ex §. 3. Quid sit JCtus.

Ex hisce facilè liquet, quod JCtus sit vir bonus, studiis humanitatis primò edomitus, dein sacri, publici & privati juris peritia instructus, qui consilio, oratione & stylo justum ab injusto separando, æquum ab iniquo discernendo, Dei, populi & privatorum jura sarta tecta tueri, lapsa erigere, & fatigata possit reparare, qui, quamcunque in Republ. politicam aut juridicam sortietur personam, eam decore sustinere, & ad publicam omnium ac privatam singulorum salutem & tranquillitatem redigere possit ac velit. Bodinus *in præfat. Methodi histor.* imaginem JCti sequentibus exprimit verbis: Qui non modo præceptis ac usu forensi, verum etiam præclaris

claris artibus, & solida philosophia informatus, justitiæ naturam non ad hominum voluntates mutabilem, sed æterna lege definitam amplectitur. Qui normam æquitatis peritè tractat, qui juris origines ab ultimo principio deducit, qui omnem omnis antiquitatis cognitionem accuratè tradit, qui Principis, Senatus, populi, Magistratuumque Romanorum imperium ac potestatem planè tenet, qui Philosophorum de legibus & Republica disputationes ad jus interpretandum affert, qui græcam & latinam linguam, quibus descriptæ sunt leges, minimè ignorat, qui denique artem universam suis finibus describit, generibus notat, in partes distribuit, verbis designat, exemplis illustrat & adeo qui, spretis subtilitatibus & inanibus, quibus tum theoretica tum practica studia turbari solent, quæstiunculis, fontes boni & æqui intelligit & applicat. Judex & Jureconsultus ex sententia *Baldi* utroque sale debet esse instructus, uno scientiæ, sine quo est insipidus, altero conscientiæ, sine quo est Diabolicus. *Cicero lib. 1. de Orat.* JCtum definit virum bonum latissimo elegantissimoque genere, quo vocabulo omne perfectum continebant. Ità *Quintilianus lib. 12. Inst. Orat. c. 12.* ait, Oratorem esse non posse, nisi qui vir bonus & Philosophia instructus. *Horat. lib. 1. epist. 7.* virum bonum & sapientem dignis, ait, esse paratum; hinc conjungebantur semper sapiens & bonus, quod vera sapientia non nisi in bonis atque inter bonos esse crederetur. Ipsa nostra Jurisprudentia secundùm Ulpianum *in l. 1. ff. de J. & J.* vocatur ars boni & æqui. Inde *Trajan. Boccalin. p. 1. relat. 41.* inquit: Der sey im Regiment nöthiger/ der discret und leutselig/ und eine Sache der Billigkeit und Vernunfft nach/ welches nicht in den Büchern beschrieben/ zu ermessen weiß/ denn der in Rechten fast gelehrt/ oder super gelehrt sey. Ipsi nostri juris Romani Consulti hos æquitatis fontes satis aperiunt; eleganter ait *Paulus in l. 10. ff de R. I.* in omnibus quidem, maximè tamen in jure æquitas spectanda est; imo placuit in omnibus rebus præcipuã esse justitiæ æquitatisque,

quam

quam stricti juris rationem *l.* 8. *C. de Judic.* quod neque latuit *M. Tullium lib.* 3. *ad Heren.* Justitia est æquitas jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque, contra verò, quod summum jus summa injuria, factum jam tritum sermone proverbium. *lib.* 1. *de Offic.* Lex namque omnis pro basi habere debet æquitatem, & est conclusio deducta ex principio, hominum mentibus natura insito per elegantem consequentiam.

Ex §. 5. de jurisprudentia paganizante.

Ad hosce Jurisprudentiæ defectus spectat, quod multas in jure Paganizantes aut ex Paganismo fluentes, & sanæ rationi ipsique Christianismo repugnantes offendamus leges; Nam Juris Consultos Romanos fuisse paganos quis dubitaret? Inde non immerito ait *Joh. Brandt in tract. de vera & simulata JCtorum Philosophia:* **Die Römische Rechte haben die Heydnische Römer als ihr Erfindnis Gottes Gesetzen und der Christl. Liebe zuwieder/ auf die Leisten ihres gemeinen Nutzen und zu dessen Ergrösserung gericht/ dazu wie Mausfällen listige** Formulen **angehengt: Wer darin gefallen/ der ist ärger als in Garnstrengen verworren/ und hat sein Recht alsbald verlohren. Solche verrostete Mausfälle hat man vor Jahren umgeschmiedet/ und mit so viel Dornhecken umzäunt/ daß fast Niemand in dem wilden Wald zu seinen Rechten kommen kan.** *Lutheri in Probl. prior.* §. 11. *allegatum de præstantia juris Romani testimonium* extra captum Theologi & vera justi fundamenta abire videtur; Luthero autem hæc facilè condonari possunt, cum ex peculiari status ratione jus Romanum JCtosque Romanos ideò laudaverit, quo Canonistas & jus Canonicum reprimeret, eorumque eo tempore valentem autoritatem destrueret. Quod verò doctissimus cæteroquin Melanchton in oratione quadam de Legibus ait in verbis: *Moneo juniores, ut insulsos & seditiosos clamores eorum explodant, qui hoc Romanum jus vituperant, & somniant, se novas leges condere posse. Horum stultitiam non refutabo longa oratione, cum quidem vera, gravis & splendida refutatio opponi possit; sed nunc in hac temporis angustia eam omitto, tantum apologum recitabo, qui illustri imagine*

osten-

ostendit, quanti sint illi novi nomotheta. Addit deinceps exemplum simiarum, ad imitationem hominum urbes, domus, theatra & spectacula, sed frustra, condere volentium. Verum si Melanchthon hic principia justi ac injusti excoluisset & arte Reipubl. regendæ, quin & genuina juris naturalis & politices principia, insuperque nexum, mores habitumque Germanorum calluisset, aliud citra dubium in re, quam non penitius inspexerat aut intellexerat, judicium tulisset, nec suam in re non explorata stultitiam exposuisset. Nullus sane sanæ mentis erit, qui jus Romanum, quippe in quo solidissima juris naturalis principia delitescunt, in totum vituperabit aut abjiciet, quod certe, dum hoc jus in multis ejusdem articulis receptum intelligitur, absurdum & fere temerarium foret. Cùm verò etiam hoc jus in maxima parte maximis nævis, ineptiis, iniquitatibus, conclusionibus, malè cohærentibus & decisionibus, a rationibus Germanorum alienis scateat, uti alibi plenius & inconcussis demonstratum argumentis; non erit insulsa & seditiosa vox, quæ hosce apertissimos nævos notat, taxat, & ut his remedium afferatur, summo Principi indicat, nisi autoritatis præjudicio corrumpi, aut rempublicam iniquitatibus & absurdis rebus implere velimus. Non hic, quod crimen Majestatis foret, leges conduntur, sed conditarum, quæ ab Ethnicis originem derivant, & Rempubl. turbant, fundamenta & rationes examinantur. Ut enim jus Romanum liberè suo modo, salvisque Germanorum moribus, receptum, ita libere quoque & repudiatur & mutatur. Et optandum esset, ut Melanchthon veram illam, gravem & splendidam refutationem opposuisset, tum enim facile cæteris hujus periodi verbis: *Harum simiarum cum similes sint multi, qui hoc Romanum jus sapientißimorum & peritißimorum hominum deliberationibus scriptũ & deinde illustratum, vituperant, & stultè somniant, se meliorem Politiam condere posse, deliramenta explodenda sunt, quorum quanta sit vanitas, etiamsi juniores nondum videant, tamen senioribus & peritis credant, non temerè leges sapientum & peritorum judiciis*

latas, receptas, comprobatas, mutandas esse, parcere potuisset, siquidem rationibus, non vero vana superstitiosaque Doctorũ autoritate pugnandum. Non procul discedit abhinc celeberrimi cujusdam JCti de autoritate juris Romani judicium, quando ait: Habet quidem adhuc hodie (jus Romanum) suos obtrectatores & adversarios acerbissimos, novatores & veteratores phreneticos, qui frenos mordent, & ad obsequium nati parere nolunt, sed imperare malunt, & ex cerebro suo arrogantiæ pontificiali longe majoris jus novum orbi obtrudere, quam antiquum tot seculorum usu tritum ac validum, tot Commentariis JurisConsultorum incomparabilium illustratum, tot curiarum ac tribunalium eminentissimorum in Germania & extra illam sententiis ac decisionibus corroboratum, patienter addiscere ac sapienter applicare. Verum esset hic aliquid dictum, si tota totius Romani Juris compages destrueretur, aut ex academicis subselliis ejiceretur. An qui publicum, qui veritatem, qui genuina Reipublicæ regendæ principia amat & excolit, qui notorios nævos taxat, qui multas fraudes detegit, aut obtrectator aut adversarius dici potest? aut an parere recusat, qui in obsequio parendi & utilitatem publicam promovendi omne collocat studium, antiquitas verò temporis, nullum rei, cæteris paribus injustæ, præsidium conciliare potest. Quod enim semel absurdum, semper manet absurdum. *c. f. X. de Consuet.* Debet tractari jus Romanum, quippe quod ingenium judiciumque acuit, quod fontes justi & injusti exhaurit, quod in similibus optimam decidendi ansam præbet; sed & debent nævi ejusdem, si non superstitiosi esse velimus, maturè indicari. Si enim dicendum, quod res est, malum vel omne tam incertitudinis legum, quam prolixitatis processuum à Professoribus Academicis in Aulas, ab Aulis in forum, & sic in Judices & Advocatos derivatum est; hi enim & isti utut protractarum litium sæpius causa sint, has tamen protrahere non possent, si non ordinationes ipsæ judiciales

sub

ſub prætextu, ne nimis præcipitata adminiſtratione juſtitiæ partes litigantes damnum patiantur, remedia nimis lenta, & præcipitantiæ illi longe graviora in forum introduxiſſent. Illi verò operam dederunt ſedulo & diligenter, ut ea, quæ in Academiis didicerunt, bona fide ad negotia in civili ſocietate obvenientia, & ad ipſum ordinem judiciorum applicarent. Neque tamen Profeſſoribus Academicis ultimo adſcribenda erit corruptio jurisprudentiæ & juſtitiæ, ſed papatui & arcanis politicæ papalis. Papæ, de imperio ſuo in Reges & Principes Europæ ſtabiliendo ſolliciti, introduxerunt Academias, ea intentione, ut per Profeſſores, tanquam Clientes ſuos, in his docerentur tales doctrinæ, quæ pro ultimo fine haberent ſubjectionem laicorum omnium Clericis, & Clericorum omnium Papæ. Quorſum, abolitis Germanorum legibus & moribus, introductio juris Civilis & Canonici multum tribuebat, uti plenius pluribusque rationibus demonſtrat *Illuſtr. Thomaſius in Notis ad Pandect. in præfat.* §. 7. Sentiebant enim Pontifices mixturâ juris Juſtinianei, quod antea improbaverant, cum Canonico incertitudinem juris & tædioſitatem proceſſus augeri, adeoque Laicorum potentiam eo ipſo magis imminui. Iſtiusmodi igitur notorii defectus, qui ab Univerſitatibus in Aulas & judicia irrepunt, merito taxari, & cum cura expendi, in Academiis autem, quæ ſeminaria Reipublicæ ſunt, notari debent.

Problema IV.

De AUTORITATE SPECULI SAXONICI ET SVEVICI occasione Statut. Rinthel.

Sect. II. tit. 2. §. 3.

§. I.

Verba Statuti.

Elegantem Statuta Acad. Rintelienſia, in capite & ſectione de officio Profeſſorum Juris, de ſolidâ Francici & Saxonici juris cultura referunt legem, ſequentibus expreſſam verbis: *Quamobrem Juris inſuper Francorum & Saxonici, quorum autoritas per Auream Bullam eſt confirmata, & quibus univerſa propemodum Europa hodie utitur ac regitur, non ſperni volumus allegationes & conciliationes.*

Goldaſti querela ob neglectum horum jurium deducitur.

§. II. Quod Melchior Goldaſtus, præſtantiſſimus rerum Germanicarum ſcriptor, in epiſtola dedicatoria, *ration. conſtit.* præfixa, graviter deteſtatur in verbis: hoc malum Academiarum eſt, quòd magno Reipubl. damno juvenes in iis juris Romani antiquitatibus inſtruantur, quæ nullum uſum habent, negligantur verò noſtræ propriæ leges, id certe de ſpeculo Saxonico & Svevico dici poteſt. Siquidem in communem velut ſententiam abiit, leges Germanicas antiquiores omnes abrogatas, ſolum jus Romanum, quod vim deinceps legis haberet, publice juſſum: quin multos videbis JCtos, qui ſpeculum Saxonicum & Svevicum nunquam viderunt, aut ſpeculum Saxonicum nihil aliud eſſe reputant, quam leges hodiernas Saxonibus præſcriptas, aut utriusque allegationem ex præcipiti quadam ſententia inconſultam ducunt. Contrarium per doctas allegationes demonſtravit Celeberrimus JCtus *Schilterus* in Commentario ad Digeſta: Scil. Romanorum, Græcorum cæterorumque

rumque populorum rationes anxiè inquirimus, domi otiamur, ac in patria hoſpites ſumus, atque ſic, dum aliarum Rerumpublicarum jura legesque inveſtigamus ac colimus, proprias perdimus, aliena quærimus, propria negligimus, Germani ſumus, ſed Germanorum jura neſcimus. Quam verò a vero memorata recedat ſententia, paucis oſtenſuri ſumus rationibus, pro autoritate horum jurium ſecundum tenorem ſtatutorum militaturi.

De Legibus antiquis Germanorum.

§. III. Equidem abunde ſatis conſtat ex hiſtoria, quod Germania antiquiſſimis temporibus legibus Salicis, Alamannorum, Bajuvariorum, Burgundionum, Ripuariorum, Saxonum, Angliorum, Friſonum, Longobardorum (quibus edendis *Joh. Baſilius Heroldus*, *Fridericus Lindenbrogius*, *& Stephanus Baluzius* præcipuam operam intenderunt) poſtea duplici jure Saxonico & Svevico ſeu Franconio uſa adminiſtrataque fuerit, quorum illud tractum Saxonicum ad mare Balticum in Sarmatiam, hoc tractum Rheni Franciam Orientalem & Sveviam complectebatur, indeque duo ſuprema à Cæſaribus conſtituta ſunt Tribunalia Cæſarea ſeu palatia, **die Käyſerl. hohe Reichs-Pfaltzen in Sachſen und Schwaben.** Leges priores paucæ erant & breves, adjecerunt quidem Carolus M. & ſubſequentes Imperatores varias leges & Capitularia, in univerſum autem judicia Germaniæ usque ad ſeculum XIII. à Carolinorum temporibus non ex ſcripto, ſed ex receptis moribus ex bono & æquo ſententias pronunciarunt; nam illæ veteres Carolinæ leges & Capitularia manibus hominum diu exciderant, à Regibus autem ſubſecutis & Principibus vix quicquam circa leges renovatum memoratur, vel aliis indiciis intelligitur. Conferri circa hanc rem meretur elegans *Conringii tractatus de Origine Juris Germanici*, &, quæ hunc in omnibus fere comitatur *Illuſtris quondam Kulpiſii Diſſertatio erudita de Germanicarum legum veterum, ac Romani Juris in Republ. noſtra origine autoritateque præſenti.* Quam pro norma præſentis disquiſitionis in plurimis ſecuti ſumus.

§. IV.

Introductio Juris Canonici Germaniam turbavit.

§. IV. Circa seculi XIII. initia jus Pontificium in Germania in usu esse cœpit; & à Friderico II. Cæsare cautum videtur, ut secundum jus Pontificium non solum res spirituales dijudicentur, sed & in negotiis secularibus magna ejus ubique debeat esse autoritas, magnum incrementum; verum rem & jus hoc penitius introspiciens facile cum *Strauchio in præf. Amœnit. Jur. Can.* sentiet, inesse centonibus hisce tot ridicula, tot vicina blasphemiæ, ex ambitione regnandique libidine & avaritia insatiabili orta, ad interpretandum Academiis obtrusa, quo & Angelis pariter & Diabolis jussiones Roma mitterentur, omniaque bene constituta everterentur; Jus namque hoc tum Pontificis Dominatum Clerique dignitatem in immensum extulit, tum novum & longum judiciorum ordinem, tum comperendinationem & procrastinationū uberem campum pro simplici Majorum Juridica Processus formula obtrusit, tum multitudine, varietate, & obscuritate legum & Clero & aliis crucem fixit, tum superstitiosorum hominum animos in Rempubl. armavit, tum Clerum ac populum perpetuo collisit, tum denique legibus Germaniam replevit, & emunxit argento. *Conring. de Orig. Jur. Germ. p.157. Dn. Thomas. delin. hist. jur. §. 99. Dn. Mastrich. in historia Juris Canon. Weihe JCt. Wittenb. in orat. super controversia, an jus Pontif. in terris protest. doceri debeat.* In cæteris, quæ pietatem ac æquitatem spirant, capitibus maxima merito juris Canonici dignitas, laus, & præstantia existit.

Gravamina contra Jus Canon. & collectio speculi Saxonici.

§. V. Observarunt hæc incommoda tum Imperatores, tum Principes, tum alii Viri quietis patriæ amantissimi; hinc in comitiis publicis acerrimas nectebant querimonias, quòd hoc jus Pontificium, ejusque Doctores decretales, non solum miseros litigantes exsangues redderent, sed & jura patria, quorum scabini custodes erant, cum ipsis scabinis eliminarent, hinc sensim sine sensu hisce resistebant incommodis, efflorescebat lingua Germanica, admonebantur judices, ut secundum mores patrios causas controversas

diju-

dijudicent. Imprimis verò hoc tempore *Epko Repkovius* jus provinciale Saxonicum intra primos quinquaginta seculi XIII. annos primùm latine, deinceps rogatu *Hoyeri Comitis Falckensteinii* in linguam antiquam Saxonicam, postea idem in Misnicum idioma transtulit *Melchior Zobelius*, operique in tres tomos diviso titulus speculi Saxonici datus. Cujus tanta fuit autoritas, ut non tantum in multas Germaniæ partes, verum etiam in Livoniam & Bohemiam, imo & in ipsam Poloniam fuerit receptum. *Conring. de O. J. G. c. 31. p. 194. Meibom. Introd. ad Histor. infer. Sax. p. 79.* Accessit huic, autore & tempore incerto, jus Feudale Saxonicum. Inter urbium leges eminuerunt Colonienses, Aquisgranenses, Lubecenses, Magdeburgenses. Magdeburgensium Statutis Poloniæ, Bohemiæ, Marchiæ Misnensis & Lusatiensis, item Silesiæ urbes usæ sunt, unde & in controversiis dubiis ad scabinatum Hallensem & Magdeburgensem appellatum fuit. *Conring. d. tr. c. 29.*

Collectio speculi Suevici.

§. VI. Uti verò mores Saxonum à moribus Francorum & Svevorum parum differentes fuerunt, ita verisimiliter decimo quarto seculo autor incertus mores Suevicos similiter libris duobus incluſit, iisque pariter speculi titulum præfixit, in primo libro jus Provinciale, in secundo Feudale exhibens. Magna pariter hujus juris autoritas, quod multis in capitibus mores Germaniæ & Saxonicos longe melius explicat, quam glossatores inepti, speculum Saxonicum plus corrumpentes, quam illustrantes. Hinc & *Meichsnerus* id irruenti in mores Germaniæ juri Romano opponere volens in seculo XVI. sub titulo **Kayserl. und Königl. Land- und Lehn-Recht** edidit, & cum hæc editio rarior esset, *Goldastus* idem *Tomo I.* der **Reichs-Satzungen** inseruit. *Dn. Thomas. Delin. Hist. Jur. §. 112.*

De autoritate & valore antiquarum legum.

§. VII. Quod verò autoritas & usus harum legum juriumque adhuc maximus sit, & esse debeat, vel inde constat, quoniam 1. hæ LL. nullibi, aut lege aut consvetudine con-

contraria abrogatæ; ergo adhuc, donec sanctio abrogatoria doceatur, plenissimum habebunt valorem. Fatendum quidem, aliquas ex priscis legibus, cessantibus procul dubio rationibus, immutatas esse; sed eo ipso reliquarum validitati cavetur. 2. Imo LL. a Carolo M. institutas, subinde instauratas, & expresse confirmatas esse ab Imperatoribus Friderico I. Ottone IV. Friderico II. Rudolpho I. Carolo IV. in *A.B.c.5.* luculentis tum rationibus tum documentis probat *Kulpisius dict. diss. p.m.*369. 370. 371. Apparet hoc cumprimis 3. ex ordinatione Camerali & Recessibus Imperii, ubi Assessores jubentur pronunciare **nach redlichen/ ehrbaren Landischen Ordnungen/** Statuten **und Gewohnheiten der Fürstenthümer/ Herrschafften und Gericht/ die vor Sie gebracht werden.** *vid. Ord. Cameral. de A.*1555. *p.*1. *t.*57. *& R.I. de A.*1654. §.105. Per quæ verba citra dubium hæc jura intelliguntur, cum hæc ipsa ordinatio non tantum plurimam partem ex istis antiquis juribus exorta, sed & 4. certum est, omnia ferè, quæ hodie consvetudinum Imperialium nomine in *Joh. Meichsneri* decisionibus Cameralibus, *Gylmanni & Wehneri* Symphorematum tomis apud *Gailium*, *Mynsingerum*, *Hartmannum*, *Wesenbecium*, *Schneidevvinum*, aliosque venditantur, revera juris Germanici capita esse, indeque suam habere originem, id quod de consvetudinibus particularibus etiam asseverare licet. Quod 5. jus Saxonicum præter Saxonicas terras in plerisque, ubi olim obtinebat, provinciis adhuc hodie valeat, de Holsatia *Mauritius*, de Silesiis *Henelius*, de Pomeranis ac Anhaltinis *Finckelthusius* & *Musculus* testantur, nisi novis constitutionibus, quæ tum probandæ sunt, immutatum fuerit. Vetus Saxoniæ jus ab Imperatoribus latum commune Germaniæ jus erat quoad provincias Palatinatui Saxonico cohærentes, constitutiones electorales verò ab Electoribus profectæ solos subditos stringunt, non alios. De validitate speculi Suevici testatur 6. *Goldastus in præf part.* 1. **der Reichs-Satz.** in verbis: **Es ist der Schwaben-Spiegel bey den**

Schwa-

Schwaben in Schwäbischen Gebiethen/als Algowern/ Schwitzer/ Pundnern/ Wallisern/ Saphoier und Burgunder/ noch zum guten Theil im Schwang/ und in ihre Statuta gezogen. De legibus Carolinis verò & antecedentibus pereleganter 7. tradit *Lindenbrogius in prolegom.* in verbis: nonnulli commentum novum addunt, Irnerium quidem è situ ac pulvere jus Romanum reproduxisse, usum verò ejus in foro, abrogatis aliis omnibus, Lotharium iterum edicto publico confirmasse. Hoc quidem illi dicunt, sed rectius faciunt, qui illis fidem non habent; in re enim seriâ æque pernicioſum est, ficta stolide credere, quam falsa confingere.

§. VIII. De constitutionibus post Ottones ac Henricos latis Goldastus in epistola dedicatoria, idem refert, & pro validitate horum jurium militat, quin 8. ipse *Lehmannus Chron. Spir. lib.* 4. *c.* 21. utut pro recepto jure Romano quodammodo militet, disertè tamen postea quoque vetera jura obtinuisse, atque ex his consvetudines, sequioribus temporibus signatas, descendisse asserit, in verbis: Und in keiner Historie zu finden/ daß ein Käyser oder König dieselbe alte Gesetze und Recht der Teutschen abgeschafft/ oder andere Rechte an dero Statt anzunehmen gebotten/ & porro in sequentibus: daher die Fränckischen Rechte und Gewohnheiten in steter beständiger Ubung in der Stadt Speyer vor Gericht und Recht geschwebet/ wie aus alten Urtheilen/ da man dieselbe zu protocolliren angefangen/zu spüren/daß dieselbe den capitularibus und Gesetzen der Francken allerdings zustimmen/ die alten Gewohnheiten gleicher gestalt von denselben hergeflossen/ und theils noch auf diese Zeit in Ubung seyn. *Conf. Dn. Kulpis. d. d. p m.* 375. Indeque autor de abbrevianda lite recte monet: Es ist gewiß/ daß eben die vielen Gesetze und deren mannigfaltige Auslegungen die gröste Ketzereyen in denen Rechten verursachen. Es hätten die Teutschen an den Salischen Gesetzen/den Weichbild/ Sachsen- u. Schwaben-Spiegel genug gehabt/ und hätten doch wohl ehrliche Leute seyn können/wenn sie schon das Corpus Juris nicht angenommen.

Ulterius declaratur hæc sententia.

Resolvitur dubium.

§. IX. Neque infringere hanc sententiam, aut dubium movere potest, quod hæ antiquiores LL. rarius occurrant, aut in judiciis allegentur, imo exemplaria speculi Saxonici valde rara, Suevici vero rarissima sunt. R. Si id, quod non frequenter in judiciis usurpatur, abolitum censeri debet, certe maxima Romanarum legum pars, quæ in praxi forensi rarius occurrit, dudum periisset.

Explicatio hujus rei ulterior.

§. X. Pro autoritate horum jurium, & ad illustrandam sententiam mox definitam, porro facit, quando Carolus V. Imperator Augustissimus in decreto comitiorum Augustanorum de An. 1548. §. 23. 24. promittit, se constituere velle Præsidem & Assessores, **die Teutscher Nation löblicher Gebrauch/ und guter Gewohnheit erfahren seyn.** In Ordinatione Camerali ipsa *de A.* 1555. *P.* I. *tit.* 13 §. 1. his injungitur, ut secundum jura pronuncient, **wie solches von Alters jederzeit gehalten worden ist.** Ast ab antiquo non Romana, sed Germanica jura vigebant, neque hasce LL. usu contrario, introducto & usque quaque vires suas exserente jure Romano, prorsus obliteratas esse ex mente Celeberrimi cujusdam JCti asserere licet, siquidem consuetudines in plurimis Germaniæ provinciis vigentes contrarium passim evincunt, conf §. 7. rationem 4. quæ sc. ex hisce juribus, non spinosis Romani juris placitis fluunt, vel fluere possunt. Subjici meretur elegans judicium, quod fert illustris Autor Fecial. Europ. p. 843. **Dann es wäre ja der gantzen Deutschen** Nation disreputirlich/ **wann der ins Reich eingeführte frembde Gast/ oder das** jus Rom. **und** Justinianeum **den Wirth und die alte Fränckische/ Schwabische und Sächsische Rechte hätte austreiben sollen.** Et cum hæc jura antiquam & communem Germaniæ consuetudinem spirent & in se contineant, tam diu durare præsumuntur, donec per contrariam consuetudinem vel legem abrogentur. Neque obstat, si regeras, quod capita juris Saxonici, & Suevici, & Magdeburgensis Weichbildici libris juris Germanici privatorum hominum auspiciis inserta fuerint; certe eadem difficultas, si authenticas respicias, Codicem Justinianeum premet. §. XI.

§. XI. Quod verò hæc jura passim fuerint neglecta, causa esse videtur, quod 1. Pontifices Romani prætextu vicariatus Christi super omnes Reges atque ipsum Imperatorem se evehere contendentes, jura hæc, dominatui Papali adversa, supprimere anniſi sint. Extat Gregorii IX. bulla, qua speculum Saxonicum ideo proscribere ausus, quod in eo apostolica denegetur potestas. Accedit 2. quod maxima horum jurium pars in moribus consistat, ipsæ quoque leges scriptæ sub nomine consuetudinum veniant, quæ, si non aut docentur aut excoluntur, facile in oblivionem, aut confusam certè disciplinam abire possunt. Accessit 3. infelicitas temporum, qua in Republ. nostra omnia civilibus bellis impleta erant, ubi leges hæ, literis nondum excultis, sub istis turbis notitiæ hominum subtractæ. Accessit 4. novitatis, quo Germani premimur, studium, quando instauratis passim literis, neglectis propriis studiis, consuetudine potissimum Italorum inducti Romanarum legum ac Judiciorum ordines excoluimus.

Causa, quare jura hæc neglecta.

§. XII. Ex his autem, ni fallor, constat, maximam adhuc speculi tum Saxonici tum Suevici autoritatem esse, illosque JCtos magnam mereri laudem, qui hæc jura, quæ omnibus passim ordinationibus provincialibus aut particularibus lumen accendunt, & Reipubl. nostræ rationibus conveniunt, ex tenebris in lucem protrahere studeant. Idem fatetur, utut contrariam alias sententiam foveat, *Celeb. Dn. Hert. in diss. de Consult. leg. & jud. Germ. Imp.* §. 15. *p. m.* 432. verbis sequentibus: Sed nec eo isthæc dixi, ut veterum Germaniæ legum dignitati quidquam detractum velim, quin multas ex iis ubique in Germania & alibi consuetudines supereſſe, multum quoque illustramenti juribus qua publicis qua privatis eas affundere libenter concedo. Ipse summus noster *Grot. in not. ad l. 2. de J. B. & P. c. 8. §. 23.* haud obscure indicat, speculo Saxonico inesse multa æquitatis plenissima. Et quamvis quidem in hisce antiquis Germanorum juribus multos terminos obscuros, a communi loquendi usu prorsus recedentes, quin etiam ordinem non satis cohærentem advertamus; hisce tamen, si ineptæ glossæ & conciliationes Jur. Rom. demantur, ipseque textus cum explicatione verborum obscurorum ex glossario sistatur, mederi nos posse puto.

Conclusio & autoritas horum jurium.

Problema V.

OSTENDENS

CONTROVERSIAS SUMMORUM IMPERII PRINCIPUM NON EX JURE ROMANO, SED EX LEGIBUS NATURÆ, DIVINIS ET OBSERVANTIA IMPERII ESSE DECIDENDAS.

§. I.

Regum controversiæ ex Jure Naturæ deciduntur.

Tralatitium est, & in omnium passim ore hæret, quod subortæ inter Reges populorumque Rectores controversiæ non ex Jure Civili, uti frustra putat Doctissimus cæteroquin *Hotomannus*, non ex Bartholo & Baldo, non ex tricis & lacunis Doctorum, sed ex sanctissimis Juris Naturæ & Divini principiis decidendæ sint. Pulchre hoc innuit *Grotius de J. B. & P. l.* 1. *§.* 1. quando inquit: controversiæ eorum, quos nulla Juris Civilis tenet communio, quales sunt, & qui ingentem nondum coierunt, & qui inter se diversarum sunt Gentium, tum privati, tum Reges ipsi, quique par Regibus jus habent, sive illi Optimates sint, sive populi liberi, aut ad belli, aut ad pacis tempora (i. e. ad Jus Naturæ) pertinent. Facit huc, quod *Ferd. Vasquius in illustr. controv. l.* 2. *c.* 51. *n.* 28. 30. disserit, nempe Principem quemque, & populum liberum Civili Jure non magis teneri, quam si scriptum & inventum nunquam fuisset, solo autem Jure Naturali & Gentium mutuo constringi. Idem, ut infinitos alios taceam, asserit *Hieronymus Conestagius l.* 3. *de Port. & Castell. conjunct.* in verbis: Contra Ducissam Brigantiæ dicebant jurisperiti, quia regna essent antiqui Juris Gentium, illorum successiones non debere exigi ad amussim Juris Civilis, pleni subtilitatibus & fictionibus, quas post tot annos Imperatores inveniissent. Addit: & ii, qui

hanc

hanc opinionem amplectebantur, erant homines docti, & peritiores antiquitatis, quam vulgus Jurisconsultorum esse solet. An idem de controversiis Summorum Imperii Principum, qui unam aliquam Rempubl., unum conficiunt systema, & artificiosum quoddam corpus, pacto communi conflatum, de cætero autem superioritate territoriali summisque regalibus gaudent, sentiendum sit, majori forte dijudicatione opus habebit.

An Principum controversiæ dubium.

§. II. Non minimæ in negativam hujus quæstionis propendentes supersunt rationes. Equidem opponunt hic statim, graviterque urgent Doctores, quod causæ & controversiæ Principum coram Austregis in primâ, in Judicio Camerali & Aulico verò, concurrentem habentibus jurisdictionem, in secundâ instantia ventilentur. Jam verò, introducto constitutoque à Maximiliano I. judicio Camerali, si non expresse, saltem tacite cautum, ut in camerâ Jus ex LL. Romanis, velut in subsidium receptis, diceretur, vid. *Lehm. Chron. Spir. l.* 4. *C.* 21. Siquidem illi, qui augustiori huic judicio & præsunt & assident, solenni constringuntur juramento, se in causis illuc delatis sine ullo personarum respectu secundum communia imperii jura **nach des Reichs beschriebenen gemeinen Rechten/** per quæ citra dubium Romana jura intelligantur, pronunciare velle, vid. *Ord. Cam. de anno* 1500. §. **die** *succession, & de anno* 1555. *p.* 1. *tit.* 57. Plures textus, idem asserentes, justa serie allegavimus in problemate 2. de Aut. & recept. jur. Rom. §. 17. & inde Doctores arguunt, jus Romanum magis stringere summos imperii Principes, quam eorum subditos, quibus statuta & leges pro lubitu præscribere possunt. Hæc enim primario attenduntur, jura civilia demum in subsidium vocantur. Quod si verò inter duos imperii Principes controversia decidenda, nec statuta, nec provinciarum mores attendi merentur, quippe quorum obligatio ad Principem Imperii se extendere non valet, sed jus commune imperii, quale est jus justinianeum, hic unicam decidendi regulam præ-

præbere. Quemadmodum enim controversiæ, inter gentes liberas obvenientes, uti diximus, ex jure Gentium; ita inter illos, qui ejusdem Reip. se membra agnoscunt, non ex eo, quod cuique in suo territorio justum est, sed quod ab omnibus in Imperio pro jure receptum, causæ componendæ. conf. *Illustr. Dn. Stryck in ll. Mod. disc. prælim.* §. 40.

Variæ circa hanc rem Doctorum sententiæ.

§. III. Alii aliter incedunt, interque negotia Principum tùm publica tum privata distinctionem formant; in his, non illis decisionem juris Romani admittunt, inde duplicem in Principe personam construunt, Publicam & Privatam: illa ex respectu ad Rempubl., hæc ex actionibus, quas Princeps cum aliis Principibus aut privatæ sortis hominibus habet communes, æstimatur; in hisce enim controversiis decidendis particulares imperii Respublicas judiciariam Cæsaris & superioris Reip. potestatem agnoscere debere. Alii distinguunt, an negotium cum subdito, an cum extraneo agatur, & in hoc posteriori quoque casu ad jus Romanum convolant. Alii in specie adhuc pro autoritate juris publici Romani depugnant, & hoc simpliciter in Statuum controversiis observandum esse volunt.

Principum controversiæ ex jure Romano non sunt decidendæ.

§. IV. Verùm, hisce non obstantibus, cum pace dissentientium dicimus, Principum causas & controversias qualescunque, tum publicas tum privatas, sive inter se, sive cum ipsis privatis concertent, non ex jure Romano, nisi ejus in hoc vel illo capite expressa receptio, tanquam exceptio, doceatur, sed ex jure Naturæ & divino, id est ex æquo & bono, quin & ex legibus fundamentalibus & consuetudine immemoriali determinandas esse.

Jus publicum Romanũ in causis Principum decidendis nullũ usum habet.

§. V. Equidem, ut distinctè singula expediantur, certum, & extra dubitationem positum esse autumamus, jus publicum Romanum, quod posterioribus tribus libris Codicis exhibetur, ob diversissimum tum Romanæ tum Germanicæ Reipubl. statum, conditionem & structuram in quæstionibus, publicum Germaniæ statum concernentibus, nullam ha-

habere utilitatem, ubi per capitulationes Imperatorum longe diversa imperium gubernandi ratio introducta: Nam publicæ Romanorum leges cum Germanicis vel conveniunt, & tum, quia proprias habemus, iis non indigemus; vel iis contrariantur, tumq; valere omnino non possunt; vel præter eas aliquid disponunt, ac tum autoritatem habere possunt, si receptæ sint. Conf. *Dn. Titium amicum quondam meum singulariter colendum in jure publ. lib. 2. c. 9. §. 9.* Neque ullum produci potest testimonium, quod unquam imperium nostrum Germano-Romanum juraverit in jus illud justinianeum, sive id publicum, sive etiam privatum dixeris. Germania nostra Romano populo nunquam olim paruit, & nunc Romanis dat Cæsares, non autem accipit. Neque Cæsar, in quantum Cæsar est, Germanis imperat, sed in quantum Rex est Germanorum; quem cum eligunt sanctiores imperii Novemviri, etiam Romanis suum Imperatorem eligunt. Neque Germania pars est Romani imperii; paruit quidem transalpina imperii Germanici portio Romanis olim Cæsaribus, sed Justiniani ætate jamdudum isthoc jugum abjecerat. Unam Italiam, fractis Gothorum viribus, asseruerat sibi tempestate illa Cæsar Justinianus; sed ista maximam partem Romanis per Longobardos statim post erepta. Conf. *Conr. de jur. publ. just. autor. in Germ. p. m.* 284. Roma enim tempore Caroli M. jam à 400. annis bello capta, & in servitutem redacta fuerat, atque tamdiu municipium regni Gothorum erat. Triplici autem Carolus M. urbem Romam mactavit beneficio; huic enim à barbaris & Græcis subjugatæ urbi 1) libertatem dedit, 2) imperium hoc, reapse Germanicum, (armis enim quæsitum erat) Romanum dici voluit, indeque electus in Regem Germaniæ hoc ipso facto fit Rex Romanorum, 3) cum hoc regnum in nulla consisteret terra, ipse & deinceps Otto I. de suis regnis plurima in ejus tutelam donarunt. Illustr. *Dn. Coccejus in jur. publ. cap. 6. §. 12. 13. 14.* Confirmat nostram sententiam *Dn. Horn. in jur. publ.* novissimè edito *Cap. 12. §. 7.* inquiens; Quia

ergo

ergo ſtatus Reipubl. Rom. ſive veteris, ſive tempore Juſtiniani plane alius fuit, quam is, qui tempore admiſſionis fuit Romani juris in Germania, & adhuc hodie eſt; facile intelligimus, jus illud publicum Romanum, quatenus cum formâ & ſtatu imperii univerſi, vel territoriorum ſingulorũ non convenit, quod maximam partem fit, uſum legalem in imperio non habere. Et ſic procul dubio mirificè ineptiunt illi, qui poteſtatem Imperatoris ex lege Regia Romana, vel Electorum & Principum jura ex conditione præfectorum prætorio, præſidum provinciarum &c. æſtimare volunt, vel nullam quæſtionem juris publici decidi poſſe credunt, ſi non farrago legum Romanarum ſimul allegetur. Hoc admitti facile poteſt, quod in quæſtionibus & illuſtrandis & decidendis juris Romani tum publici tum privati uſus aliquis dogmaticus ſit, quemadmodum ex ſcriptoribus claſſicis, poetis, atque oratoribus, imò forte melius ex ipſo *Grotio* & *Pufendorffio* multa in libellis ſuis loca advocati allegare ſolent, judice nequaquam repugnante, quibus tamen vim legum tribuere velle, ridiculum forte & abjectum eſſet.

Principes qua publicas perſonas jus Romanum nõ obligat.

§. VI. Unde, ſi Princeps velut imperans conſideretur, quatenus nimirum imperium conſequitur, in territorio ſuo imperat, cum reliquis imperii ſtatibus deliberat ac decernit, Reipubl. munera gerit, cum exteris civitatis ſuæ nomine agit, territorio ſuo aliis ſtatibus ac toti Reip. Germanicæ connectitur, eatenus juris Romani nullus eſt & eſſe poteſt uſus. Quicquid enim vel ſtatus imperii qua tales, vel nexum ſingulorum territoriorum, vel totius imperii, vel quorundam ſtatuum inter ſe, vel cum exteris reſpicit, illud omne a privati juris diſciplinâ longe alienum eſt: porro conſequens eſt, quod imperans qua talis in actibus ſuis leges privatas obſervare non debeat, & adeo nullus juri Romano hic ſit locus. *Dn. Tit. in ſpecim. jurisp. publ. l.* 1. c. 1. §. 46. 53. 60. Neque enim dum Principes & ordines imperii jus Romanum ſuo modo admiſerunt, ſtatum publicum per hoc immutari, aut jura Reip. ſuæ

ſuæ ad normam hanc revocari voluerunt. Qua de re olim ordines Rudolphum Imperatorem monuerunt: Es ſey ſich des Orts mit der Jurisdiction und Rechten/ wie ſie die Lateiniſchen Käyſer gehabt/ allerdings nicht aufzuhalten/ alldieweil Käyſerl. Majeſtät gutes Wiſſen habe/ daß es mit dem Teutſchen Reich/ deſſen Ständen/ Gliedern und Unterthanen einen groſſen Unterſcheid gegen die alten Lateiniſchen habe und haben ſoll. *vid. Hipp à Lapide P.* 1. *c.* 10. *p.* 160. Unde autor der Donawertiſchen *Information p.* 123. recte ſcribit, Daß ein mercklicher Unterſcheid zwiſchen den alten Lateiniſchen und itzigen Teutſchen Käyſern ſey/ und daß demnach ipſa totius Germaniæ forma nicht aus den Lateiniſchen Rechten/ oder Bartolo und Baldo, ſondern aus des Reichs üblichen Herkommen und alten Verfaſſungen zu nehmen ſey.

Principum privatæ lites ex jure privato nõ ſunt decidendæ.

§. VII. Majoris momenti quæſtio eſt: anne jus civile privatum in privatis ſummorum Principum cauſis dijudicandis neceſſitatem oſtendat? quod pariter negamus, & ſequenti ratiocinio probamus: quoniam 1) ſummis in imperio noſtro Principibus, (ſub quo nomine ſanctiores imperii ſtatus ſubintelligimus,) omnia iſta, quæ ad ſummam poteſtatem componendam ſpectant, jura competunt. Habent jus vitæ & necis, leges condunt, quamvis juri communi repugnantes, magiſtratus & honores conferunt, omnes reditus ex ſuis provinciis capiunt, tributa indicunt, fœdera inter ſe & cum extraneis feriunt, modo non contra Imperatorem & imperium vergant, armis ſe defendunt, munimenta exſtruunt, monetam cudunt &c. *vid. J. P. O. art.* 5. § *gaudeant.* Quicquid igitur in aliis ſummis poteſtatibus juris, quippe quæ nulla juris civilis communione ſtringuntur, idem de Principibus & ſummis imperii ſtatibus judicandum eſt. Apparet hoc 2) ex natura & conditione Imperantium, qui privatis legibus, quales ſunt Romanæ, ſoluti ſunt. Principem ſolutum eſſe legibus, jam agnovit JCtus *in l.* 31. *ff. de LL.* Conſtat hoc 3) ex ipsâ ipſius juris Romani indole, natura, & denominatione;

privatum enim est, & ita appellitatur in §. 5. *Inst. de J. & J.* Ergo privatorum, non summorum Principum jura tangit aut dijudicat, consequenter ad privatos, non publicas summasq; imperii Personas spectat, *Conring. de juris publ. autor. in Germ.* Imo 4) in plerisque causis Principum inter se jus civile repudiatum esse, docet *Schilter. instit. jur. publ. tit. 9. §. 2.* Notabile hujus rei argumentum sistit Domus Ducalis Saxonica, quæ in causa Juliacensi ita se declarat, **daß die Chur-Fürsten u. Fürsten des Reichs/ als** personæ publicæ, **denen** privat **Gesetzen keines Weges unterworffen/** vid. apol. **der 2. Schrifften/ so An. 1609. von den Chur- und Fürstlichen Häusern Sachsen ausgegangen** p. 8. Quin 5) consequens & paradoxum erat, quod privati eorumque subditi, quibus à Principe suo pro lubitu, proque utilitate Reipubl. leges præscribuntur, & rationibus Reipubl. accommodantur, longe melioris conditionis, quam ipsi Principes sint; nam status imperii possunt derogare Recessibus imperii, modo non in constitutionibus imperii disponatur de statu communi imperii, sed de controversiis privatorum aut processu; tum enim, etsi communi consensu latæ sint leges imperii, intelligendum tamen est, eâ intentione latas esse, ut valerent in terris imperii (non in terris statuum) aut judiciis imperii. *Dn. Thomas. ad Monzamban. conf. Dn. Rhet. comm. jur. Feud. Proœm. P. 13 n. 53. Itter de Feud. imp c. 10. §. 9. Schwed. intr. ad jus publ. part. Spec. Sect 2 c. 13.* Ne dicam 6) quam conturbate legum Romanarum nexus & habitus semet habeat, & à rationibus genuinæ alicujus jurisprudentiæ, Germanis attemperandæ, non tantum recedat, sed & 7) ad statum Reipubl. Germanicæ minime quadret. Sane 8) inter ipsos quoque privatos jus Romanum non aliter valebit, nisi probetur receptum; nam per sæpius dicta tacita juris Romani receptio non nisi ex legibus provincialibus vel rebus judicatis cognoscitur. Nec sequitur: si unam vel alteram materiam receptam esse constet, reliquas etiam, de quibus hoc probari non potest, in fora esse introductas. Ergo quoad summas in imperio no-

nostro potestates non alium effectum & valorem inducere potest. Certe 9) Principes imperii per tacitam juris Romani receptionem sibi præjudicium fieri noluerunt. Nemo præsumitur sibi præjudicare, aut suo juri renunciare voluisse. Incivile igitur fuerit contendere, Principes & ordines imperii juris Romani recipiendi causa conditionem suam tam insigniter deterioraturos. Et quamvis 10) Justinianeæ leges non fuerint originarie a Principibus imperii latæ; fuerunt tamen vi legislatoriæ potestatis receptæ, quæ receptio, sive expressa sive tacita (ex legislatoris silentio coorta) lationis loco est. Sequitur ergo ob hanc causam status imperii legibus Justinianeis non obstringi; quo enim pacto quis lege obstringitur, quam pro lubitu mutare potest? Receptas autem 11) leges Romanas hac tum intentione tum conditione à Statibus imperii fuisse, ut tanquam normæ essent, quibus ipsi inter se vellent obligari, aut juris publici controversias definiri, nunquam probari poterit. Quadrat huc, quod eleganter monet summus quondam in Academia Wittenbergensi JCtus *Zieglerus*, quando in præfatione notarum ad *Grotii opus de Jure belli & pacis* sequentem in modum incedit: Et ni fallor, seculi nostri hæc labes est, quod in academiis ad leges Romanas ita assuefieri cogantur juvenes, ut in omni controversia, etiam ubi inter summos Principes lis vertitur, non aliunde decisionem petendam credere oporteat, quam ex jure Romanorum & legibus isti uni Reipubl. accommodatis. Fac mihi jam talem publico regimini admoveri, & de lege condenda deliberationem instituo; subnixo ille animo leges, quas didicit, ad nauseam evomet, & Romanorum instituta, ut πμένων ἱερὰ observabit, nec admittet legem novam aliter scribi. Victor, si Diis placet, scholasticus & umbratilis.

§. VIII. Ex hoc, hisce præsuppositis, capite & fundamento multifariæ juris publici quæstiones dijudicari facile possunt. Inde in matrimonio Principum solæ saltem leges divinæ tenent, nec alii personis Principum gradus prohibiti

Illustratur exemplis de jure personarum.

intelliguntur, quam qui *Levit. c.* 18. expressi sunt, nec in nuptiis eorum requiritur consensus Imperatorum vel provinciæ statuum, conf. *Matthæum Castritium de Heroicâ virtute Principum Germanorum.* Submittunt se aliquando legibus humanis, quod ex Hierologiâ patet; verum hoc ex libera Principum voluntate, non juris necessitate resultat. Potest quidem in legibus publicis aut provincialibus exprimi, ne Princeps nobilem vel plebejam uxorem ducat: sed hæc, ut & ipsum matrimonium, quod ad Morganaticam dicitur, ex pacto fluunt, conf. *Rhet. Inst. jur. publ. L.* 1. *t.* 21. *per tot.* Patriam potestatem Principibus in filios Principes, quatenus in jure Naturæ fundata, competere extra dubium est; effectus vero ejusdem ex jure Civili fluentes hic prorsus exulant. Hinc nihil obstat, quo minus Princeps filius testamentum condat, mutuum accipiat, cum patre contrahat. Ipse *Schilterus* negat donationem Patris illustris invalidam, & revocabilem esse, si collata sit in filium non emancipatum *Inst. jur. publ. lib.* 1. *t.* 8. §. 4. Idem recte asserit, principis filios sibi acquirere, quicquid acquirant, vix ut peculiorum discrimina hic locum habeant, aut adventitiorum ususfructus patri vindicari possit, quæ tamen a Principe regente dependent. Quod privatis dignitas aut œconomia instituta præstat, ut indignum habeatur, eos sub vinculis patriæ potestatis teneri, id natalium splendor in tam illustribus personis efficit, ut locum habere omnino non possit, quicquid est civilis potestatis. Poterit Princeps adoptare & adoptionem, prout legibus Romanis definita, vel extendere vel restringere; adoptio verò ad successionem in territorium aut illustrem conditionem, ubique valituram, non nisi Cæsaris & Statuum, eorumque, quorum interest, consensu perficitur, neque solennitates juris Romani in Principum personis aliquid operantur, conf. *Dn. Kulpisii diss. de adopt. & emancip. princ.* Emancipatio à solis statibus fit, patriamque saltem potestatem tollit, salvâ agnatione aliisque inde dependentibus jurib°, quo de videatur illustre exemplum

Co-

Comitum Löwensteinensium, allegatum à *Kulpisio d. d.* §. 56. *in append.* Ut ut quidem tutela non est juris naturalis, non pugnat tamen cum jure naturæ. Æquum enim est, ut Principis pupilli actiones adhuc immaturæ dirigantur. Inde Princeps regens, siquidem libertas illa legibus Imperii fundamentalibus (nisi tutelam Electorum Minorum quoad jus eligendi Cæsarem zur Verwesung des Chur-Amts *A. B. c.* 7. exceperis) non est restricta, tutorem utique dare, idque in testamento sive solenni, sive minus solenni, sive quâcunque ultimâ voluntate rectissime fieri potest: nullo tutore dato, agnatus proximior potius ad eam jus habet, cum ejus intersit, quomodo territorium administretur, idque in aliis quoque regnis tenet, nec proinde ex jure Romano petendum. Mater verò aviaque ad eam semet legitimare nequeunt, nisi receptionem probent. Delatione tutelari hisce modis non factâ, dubio procul cura constituendi tutorem ad Imperium pertinet, quod hanc potestatem Cameræ imperiali & judicio aulico delegavit. vid. *O. C. p.* 3. *t.* 3. Quanquam Principes quidem in Aula fere Imperatoris malint, quam in Camera constitui vel confirmari. Terminus autem imperfectæ ætatis in Electoribus est annus 18. completus, qui ad alios Imperii Principes & status rectissimè pertrahitur, usu magis quam lege. Requisita pariter juris Romani, quod illustres istiusmodi tutores Principes satisdare, jusjurandum præstare, confirmationem seu testamentariæ seu legitimæ tutelæ expetere debeant, hic locum tenent nullum.

De tutela Illustrium.

§. IX. Si jura rerum spectemus, & ad privata Principum negotia applicemus, pauca heic ex jure Romano, plurima ex jure Naturæ, ut & observantia imperii videmus deduci. Quod enim, ut putant aliqui, de rebus populi, de bonis civitatum, de fluminibus, de ripis, de insulis in flumine natis, de alveo derelicto, de molendinis in publico flumine exstruendis, de jure piscandi nemo certius quid definire possit, quam JCtus Justinianeus, a veritate prorsus alienum est; cum

De juribus in re.

cum Romani & fallas, & a placitis germanicis abhorrentes habuerunt hypotheses. Hæc omnia vero ad Principem spectant, nisi privatus jus in his quæsitum aut titulum ostendere possit; placita enim juris Romani statum democraticum sapiunt, & inepto conatu nostris Principibus applicantur. Proinde non dantur in Republ. res communes, res nullius, sed quæ huc referuntur, proinde ut res publicæ, sunt in Principis potestate. Quicquid enim non est singulorum, id est omnium, Reipubl. Principis est. De jurisdictione, quæ jus aliquod in re est, testatur hoc illustris *Dn Hugo in tr. de Stat. Reg. Germ. c.* 6. §. 14. in verbis: oritur autem omnis hæc doctrina ex moribus nostris hodiernis, non ex jure Romano. Et quanquam summi Principes vi potestatis territorialis v. gr. jus sequelæ, aperturæ, collectandi, conducendi, jurisdictionem civilem & criminalem, vectigalia, cæteraque regalia teneant, exerceantque; fieri tamen potest, ut eorum nonnulla extraneo & vicini territorii Domino specialiter quasi servitutis cujusdam jure constituta sint. Neque novum est, ut una provincia plurium dominatu fatigetur, alio summum imperium, alio Ictionem simplicem, alio jus gladii, alio alia jura sibi vindicante *Wehner in observ. pract. voce* Herrlichk. Verum cum talia jura vel pacto, vel privilegio, vel immemoriali, uti volunt, præscriptione constituuntur vel acquiruntur, ita frustra hæc ex LL. Romanis, quæ de servitutibus realibus disponunt, petuntur. Nam cum multa regalia v. gr. Ictiones in alieno, venationes magis commoditatem possessoris, quam usum prædii concernunt, hoc verò ad essentiam servitutis realis requiratur; consequens est, jus Romanum hic incongrue applicari. Indeque *Zasius* contra communem Ictorum opinionem conatur defendere, jura venandi, aucupandi in fundo alieno, & id genus alia, inter servitutes reales censeri posse; secundum quam opinionem in Camera Imperiali judicatum fuisse refert *Gailius* 2. *Obs.* 6. *n.* 2. non quidem ex jure Civili, sed ex notissima Germaniæ consuetudine. Quæ de rebus, re-

regalibus, juribus, & jurisdictionibus communibus passim disputantur, &, an in his major pars vincat minorem, cum plurima vota concludant, vix dubitationem habent, cum, tametsi nullum jus Romanum fuisset conditum, ex sanâ ratione satis constet, neminem tenere invitum stare in communione, & in hâc meliorem esse rationem prohibentis, ad divisionem provocantis, itaque vel unius dissensus reliquorum decreta impedire potest. Idem sentiendum de finalibus controversiis, inter provincias dijudicandis: ibi enim antiqui limites, quos vel natura, vel industria humana posuit, custodiri, vel, si obfuscati sint, antiqua monumenta, communis circumcolentium existimatio, ac id genus alia varia adminicula indagari, turbati fines restitui, &, horum non exstante vestigio, adhibitis in consilium agrimensoribus, novi constitui solent. Quod acquisitionem superioritatis territorialis concernit, de eâ pulchre ait *Dn. Hugo d. tr.* §. 22. Fatendum tamen est, totum hoc, quod ad concessionem territoriorum & autoritatem Imperatoris in ea re pertinet, non tam ex privato, quam publico jure petendum esse, cum primis etiam ex jure feudali, quoniam pleraque territoria feudi jure possidentur. De præscriptione idem asserit *Dn. Hugo d. tr.* §. 24. in verbis: totum igitur jus hoc ex moribus hodiernis est, non ex jure Romano, tametsi inter præscriptionem regalium & superioritatis territorialis differentiam struat, & in hâc immemorialem, in illis ordinariam præscriptionem locum habere dicat. Verius est, nullam a parte subditorum hic tenere præscriptionem. Siquidem subditi omni juri perfecto adversus Principem renunciarunt, dum se suaque ipsi subjecerunt ad bonum commune obtinendum dispensanda, quæ adeo summæ potestati annexa sunt, licet per immemoriale tempus subditis fuerint indulta, quotidie tamen pro arbitrio Principis revocari possunt. Neque præscriptio inter gentes obtinens, utpote quæ gentes diversas ad invicem pares requirit, subditos juvat. Neque obstat præscriptio juris

Ci-

Civilis, quæ autoritate Principis nititur, adeoque Principem non obligat, sed civium negligentiam coercet. Uti vero subditis negligentiam principis coercendi jus non est; ita hic non Principi, sed bono publico inepte præjudicarent. Adde quod regalium præscriptio dicatur vim privilegii habere; at privilegia possunt revocari. *Dn. Thom. disp. de Præscr. regal. ad jura subditorum adversus principem non pertinente.* Successio in superioritatem territorialem non ex legibus privatarum hereditatum, sed jure potius feudali fit. Et quanquam contra juris feudalis constitutionem, quâ feuda regalia dividi prohibentur 2. *Feud.* 55. §. *præterea* consuetudine receptum sit, ut hæc non minus, ac alia feuda in dispositionem veniant *Gail.* 2. *obs.* 153. *n.* 1. quoniam tamen hæc ratio succedendi, & imperio, & ipsis regionibus magna affert incommoda; ideo jus primogenituræ, quod vocant, in Electoratibus quidem lege publica *A. B. t.* 7. in aliis autem familiis illustribus vel pacto, vel privilegio, vel consuetudine introductum, quâ tamen de re in aliquot familiis gravissimæ extiterunt controversiæ. Sane cum secundum indolem & structuram Germaniæ Ducatus & Principatus indivisibiles sint, per divisionem autem terrarum sciissæ provinciæ, imminuta potestas & autoritas Principum, immutata omnia; non poterat a tali norma imperii, notoriam ejusdem ruinam involvente consuetudine contraria recedi. Et quod apanagia ad legitimæ quantitatem præcise revocanda, iterum sapit præjudicium aliquod ex jure Romano haustum, a rationibus Germanorum autem alienum, & principatibus valde noxium.

De testamentis Principum.

§. X. In testamentis privatis itidem Principes imperii legibus civilibus non subsunt; hinc scrupulosæ solennitates tam externæ quam internæ ab ipsis negligi poterunt, inde possunt pro parte testati & intestati decedere, liberis sine proprio testamento, aut etiam post pubertatem directo substituere, eos vel instituere, vel exhæredare, aut silentio præterire. Excipe Principatus feudi nomine concessos, de qui-

quibus citra Cæsaris & agnatorum consensum dispositio non valebit) æquum tamen est, & ab ipsa præceptum natura, ut liberis legitima, i. e. portio ad alimenta necessaria, utrobivis sit salva. Itaque si testamentum Principis contingat jura civium vel familiæ, nullum de valore hujus testamenti dubium exsurgere potest. Putant tamen, si inter duos imperii Principes de testamento lis est, hanc ex jure communi, i. e. Romano, decidi debere. Verum cum ineptæ scrupulosæque testamentorum solennitates ex meris juris Romani placitis descendant, Principes autem LL. sint soluti *l.* 31. *ff. de LL.* non obstante, quod hic textus de Imperatore loquatur, cum Principes in suo territorio sint Imperatores & Reges, quo de conferri meretur elegans disp. *Dn. de Eiben* de hoc themate, salvis, quæ ex pacto fluunt, quoque toti Imperio obnoxii sunt, juribus, ita puto, hasce solennitates nullatenus esse attendendas, modo de seria Principis testantis voluntate constet, sicuti in hanc sententiam quodammodo inclinant *Schraderus de Feud. p.* 10. *sect.* 1. *num.* 36. *Myler ab Ehrenbach tr. de stat. Imp. th.* 29. *Klockius vol.* 3. *cons.* 102 *n.* 68. *Besold. cons. Tub.* 150. *n.* 24. *Schilter Inst. jur. publ. l.* 1. *t.* 9 §. 2. Notum proinde est, testamentum coram Principe factum sine omni alia solennitate subsistere *l.* 19. *C. de test.* quoniam Princeps tot plerumque stipatus est consiliariis & aliis, quot testes ad solenne testamentum non requiruntur. Ita si princeps coram se, & sine omni solennitate alia testamentum condere velit, illud subsistit *Dn. Rhetz. Inst. jur. publ. Lib.* II. *t.* 34. §. 1. Certe Recessus imperii solennitates testamentorum præscribentes de jure privato agunt, & in dubio ad subditos tantum Principis, non ad ipsos Principes pertinent. Indeque recte ait *Schilter. in Inst. jur. publ p.* 279. Receptio illa juris testamentarii intelligenda est non secundum apices juris Civilis, & ad instar privatorum, sed cum differentia τῆς ἀξίας & dignitatis illustris. Ratio enim, quod istæ subtilitates solennitatum a Principibus & Statibus non requirantur, ex dignitate princi-

pali & illustrissima nobilitate superiori, summaque Germanorum fide ac legalitate harum personarum arcessitur, qua salva intelligi debeat juris Civilis testamentaria receptio, quippe quæ dignitas & prærogativa sine facto & consensu eorum nullo modo minui potuerit. Usu pariter juris publici invaluit, ut, sicuti inter milites concedebatur pacto transferri hereditatem, ita quoque per pacta confraternitatum hereditates relinquantur, qualia pacta, integrum respicientia territorium, Cæsar confirmavit in *Capit. Leopold* §. 6. *inf.* Imo absque præcisa hæredis institutione testamentum optimo jure subsistere potest, quo de alibi. Quoad contractus dubitandum non est, quin Status Imperii ad fidem servandam, damnum resarciendum, evictionem præstandam, similiaque facienda obligentur; sed hæc juris Naturalis sunt, juris civilis autem solennia autoritatem non habent. Sic donationes à Principe vel Principi factæ sine insinuatione valent *l.* 34. *C. donat.* bona immobilia absque judiciali resignatione ab iis transferri possunt, valent donationes inter conjuges Principes, inter patrem & liberos, secus ac jure Romano. *vid. l.* 7. *C. de bon. quæ liber.* Quis etiam æquo animo ferat, quæcunque de ludis, de pravitate usuraria, de renunciatione hereditatis & aliis privatorum conventionibus Justinianeum jus constituit, sine discrimine, sæpe etiam non sine ineptiis ad Principes nostros applicari? Delicta imperantium ex solis legibus divinis & fundamentalibus Germanicis æstimanda, utut executio quoad status potentes non adeo valide semet exerat, quemadmodum aliquando actio forensis vera quidem, sed non adeo bona est.

Dubium 1. *quod Jus Romanum commune imperii jus.*

§. X. Ast vero 1. obstare, & sententiam nostram, si privatas Principum lites, aut, quas cum aliis Principibus habent, respicias, infringere videtur, quod ex libera Germanicorum legislatorum, puta Cæsaris & Imperii ordinum, voluntate jus Romanum juris cujusdam Germaniæ commune robur etiam in Imperii ordinum controversiis illis habeat,

in

in quibus decidendis Respubl. imperii particulares judiciariam Cæsaris & superioris Imperii Reipubl. potestatem agnoscere tenentur, considerantur enim Status Imperii in illis causis tanquam privati. Quoties enim summi imperii Principes inter se, vel cum propriis aut extraneis subditis concertant, toties causæ hæ ad suprema Imperii judicia delabuntur; hæc verò pronunciare debent secundum communia Imperii jura, **nach denen gemeinen Rechten**/ per quæ, prout §. 2. visum dictumque fuit, jus Romanum citra dubium intelligitur; ergo LL. humanæ, inprimis Romanæ, processuales & pœnales, in eorum controversiis attendendæ sunt. Status enim, quatenus per modum imperii contra eos in judiciis communibus proceditur, veri subditi sunt, adeoque cum legibus judiciariis ad jurisprudentiam privatam pertinent; actiones igitur ex jure Romano resultantes eis applicantur. *Dn. Hugo de Stat. Reg. Germ. cap. 6. paßim.* Ipse *Rosenthalius de feud. c. 12. concl. 10. num. 15.* (ut infinitos alios silentio præteream,) Principes respectu Imperatoris & imperii tanquam privatos considerat, & juri privato præcise inhærendum esse putat. Idem confirmat. *Reink. in tr. de Reg. Sec. & eccles. L. 1. c. 14. c. 17.* in verbis: quamvis Principes imperii respectu suorum subditorum publicam sustineant personam, respectu tamen Imperatoris & totius Imperii, unde regalis dignitas, quam possident, dependet, pro privatis habendi, ut in simili civitates respectu Romæ omnes censentur loco privatorum. *Resp.* Hæc omnia de jure Romano recepto sunt intelligenda, quando nimirum de ejus receptione, manifestissimis rationibus & argumentis probanda, constat, & hoc vel ideo, quoniam nulla, uti diximus, in Imperio aperta juris Romani confirmatio doceri, aut, quod Principum controversiæ ex hoc decidendæ sint, lex ulla ostendi potest. Neque formulæ ordinationis Cameralis & Recessuum Imperii, **daß sie nach den gemeinen Rechten sprechen sollen**/ quicquam obstant: hæ enim respiciunt

saltem controversias privatorum, non ipsos Principes, aut inter se, aut cum subditis tum propriis tum extraneis concertantes, id quod argumenta in §§. prioribus data satis evincunt. Remanet tamen dubium: quoniam Principes respectu harum controversiarum privati, imo in suo sensu subditi sunt; annon ergo privatorũ quoque jus hic tenere debet? Verum hoc est in formalibus, quatenus nimirum hic leges processuales & pœnales legibus publicis determinatæ locum adinveniunt, id quod ex structura juris publici, pactoque, quod inter Imperatorem & status intercedit, haud obscure fluit, fallit autem quoad materialia, quæ, quod ex jure Romano in Principum causis peti debeant, nullâ ratione constat, quin potius sanctiora Principum jura turbat & convellit, cum in infinitis casibus jus Romanum applicari nequeat. Illustrat sententiam hanc prælaudatus jam *Titius in Spec. jur. publ. L. 1, c. 1. §. 61.* ita incedens: idem suo modo obtinet, si Princeps simpliciter ut privatus spectetur. Licet enim hoc sensu ad juris privati disciplinam pertineat; attamen cum imperandi conditio in eo occurrat, ac quoad actus privatos præsupponatur, ideo regulariter ejus actus & inde venientia jura legibus saltem divinis dirigi, legum vero humanarum nullam esse autoritatem, nisi ultro eas sequatur Princeps, aut jus naturæ ad observantiam legis alicujus humanæ eum obliget, dicendum est. Id facilè concedi potest, quod illa juris Romani capita & axiomata, quæ ex recta ratione & immotis naturæ principiis resultant, Principum controversiis accommodari, & ad decidendas eorum causas adhiberi possint. Verum hæc æternæ veritatis sunt, de quorum veritate nemini dubium oriretur, etsi nunquam illa à JCto quodam in jure Civili fuerint usurpata, & adeo naturali, non civili juri originem debent. Considerari merentur verba præallegati *Dn. Hugo. d. tr. c. 6. §. 38.* ita ex ratione politica, utut legem non inferente, incedentis: Quanquam in controversiis Principum ac ordinum Imperii sive de ipso ter-

territorii jure, sive de re quapiam aliâ exortis, dijudicandis leges juris privati adhibeamus, atque sic causas Magnatum & privatorum magnam partem eodem jure metiamur; non potest tamen principibus eodem semper rigore ac privatis jus dici. Sæpe enim, ut nostræ quidem Reipublicæ status se habet, vulnus majus est, quam ut ordinariam medicinam patiatur. Itaque, cum controversia adeo late patet, ut quietem publicam turbare possit, sæpe temperamento aliquo Ictio mitiganda est, & inde, teste *Thuano*, Cæsar controversiam istam, inter agnatos Alberti Brandenburgici, qui proscriptus fuerat, & Episcopos Franconiæ Senatumque Noribergensem de arcibus, ab his in executione destructis, agitatam, non privati juris esse, sed ad tranquillitatem publicam spectare arbitratus est, decisione ex ratione status adhibita. Addit: hæc causa est, quare Imperatoris nostri Consiliarii Aulici sententiam in causis gravioribus, si politicæ concurrant considerationes, non pronunciant, sed prius causam cum voto **mit einem Gutachten** referunt ad Cæsarem. Quo facto Cæsarea Majestas causam in consilio secreto **im geheimen Rath** proponit, in quo non tam justitiæ & juris, quam status ratio consideratur, utpote an tali vel alio rerum statu commodum sit, ita pronunciare; an sine magno Imperii motu & scandalo sententia talis executioni mandari possit? Et si difficilis executio vel alia incommoda timeantur, non rarò pronunciatio sententiæ conceptæ aliquantisper suspenditur, donec commodior exequendi occasio eveniat.

§. XI. Neque obstat, aut dubium quoddam movet, quod in tanto Doctorum conflictu principia juris naturalis plane incerta sint, & sic jus iterum ad promiscuum judicandi arbitrium devolvatur *arg. l. 2. §. 43. ff. de O. J.* Quo nihil perniciosius existit. *Resp.* principia juris na-

Dubium 2. de incertitudine juris Naturæ.

naturalis & divini, cordibus hominum inscripti, pura, clara, simplicia, & statim obvia sunt, nisi quis vim rationi inferre, aut meris saltem cavillationibus in re, luce meridiana clariori, uti velit. Neque diversa, quæ pro diversitate ingeniorum Doctores construunt principia, immutabilia naturæ decreta vel turbant, vel evertunt, ubi in centro quæstionis, & ipso concludendi medio suavis deprehenditur harmonia, apud homines recta sanaque mente præditos ea res jam dudum discussa & evicta. Quod si his, qui morbido distortoque sunt animo, aliter videtur, nihil id ad rem pertinet: nam nec mentitur, qui mel dulce esse dicit, ideo quod ægrotis aliter videatur. Neque hic æquitatem cerebrinam subintelligimus, quam quis ex cerebro suo ductu conscientiæ suæ non regulatæ sibi formatː hæc enim, cum promiscue terminos juris, honesti, decori, virtutis disturbat, & nocivam inducit confusionem, merito eliminanda, negotiaque ex nativis purisque suis principiis, quippe quæ veras rei causas earumque origines & decidendi fontes referunt, determinanda sunt. Innuit hoc bene Paulus *in l.* 91. §. 3. *ff. de V. O.* verbis: esse hanc quæstionem ex æquo & bono, in quo genere plerumque sub prætextu juris scientiæ pernicioſe erratur.

Pro-

Problema VI.

OSTENDENS FALSITATEM BROCARDICI, BONUS INSTITUTISTA BONUS JURISTA.

§. I.

Falsitas Brocardici

In omnium fere ore hæret, nec heri hodieque, sed ab immemoriali fermè tempore locum tenuit Brocardicum illud sat barbarum, quod primos Jurisprudentiæ cultores mirifice allicere solet, *Bonus Institutista, Bonus Jurista:* Quantopere vero id à genuinis Jurisprudentiæ veræ & sinceræ principiis recedat, & magnificentiori forte, quam veriori stylo exprimatur, paucis modestè, & bonâ dissentientium cum pace examinare lubet.

Quid sint Institutiones.

§. II. Sunt Institutiones, docente Imperatore, prima legalis scientiæ elementa seu initiamenta, hæc adeo solidum solidioris Jurisprudentiæ fundamentum, ex jure Naturæ hauriendum, i. e. præcipuas cujuscunque materiæ definitiones & divisiones, subjunctis in quâcunque materiâ principiis & axiomatibus generalioribus, eaque, quæ, uti Imperator vult, in ipsis rerum momentis tenent, exhibere debebant; quod minimè in institutionibus juris advertimus, quin plurima potius inibi hiulca, obsoleta, pauca ex jure Naturæ deprompta deprehendimus. Hanc vero assertionem sequentibus rationibus probamus.

Defectus J. Naturæ.

§. III. Quoniam 1. fundamentum totius Jurisprudentiæ constituit sanctissimum Naturæ jus, cordibus hominum inscriptum, nec à divino jure, nisi modum promulgandi spectes, discrepans; hujus enim cultura, antequam ad positiva jura transitus fiat, omnino erat præmittenda. Nam, uti in omnibus disciplinis, ita pariter in Jurisprudentia verum manet, quod,

quod, neglectis fundamentis, tota totius disciplinæ ratio concidat. Innuit hoc bene Illustris *Pufendorffius*, quando in præfatione elegantissimi libelli de officio hominis & civis inquit: Cæterum, quin ejusmodi principia ad universam Juris disciplinam magis idonea sint, quam cujusvis juris Civilis elementa, nemo, cui sanum sinciput, abnuet: jam vero, quæ in Institutionibus juris Justinianei ex jure Naturæ tanguntur, pauciſſima sunt, & vix fragmentum unius alterius ve conclusionis, ex hoc jure fluentis.

Doctrinæ inutiles in Inst.

§. IV. Quoniam 2. omnis doctrina, quæ non nisi steriles, inutiles, & contemplativos conceptus sistit, disciplinæ nomen non meretur. Non indignum est *Aristippi* Philosophi consilium, qui consultus, quid adolescentibus discendum putaret? id respondit, quod cum viri evasissent, ad usum vitæ maxime commodum esset futurum. Quotus enim quisque, secundum *Plinium*, tam patiens est, ut velit discere, quod in usu non sit habiturus? Hanc vero assertionem Institutionibus juris jure optimo applicari posse, non tantum mixtura & recensio juris antiqui & antiquandi, quam in his advertimus, sed & integri ferme tituli ex *lib.* 1. *tit.* 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 11. 16. 17. 18. 19. 20. *ex lib.* 2. *tit.* 9. *tit* 13. *ex lib.* 3. *tit.* 1 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 11. 12. 19. *ex lib.* 4. *tit.* 1. (ne recensem tot in singulis fere titulis paragraphos, mutato Reipublicæ statu, sponte ruentes) evidenter satis, nisi quis rationi vim inferre velit, docere possunt.

Defectus principiorum.

§. V. Quoniam 3. disciplina quævis ad minimum necessaria cujusvis materiæ, illius inprimis, cujus manifestissimus usus in vita civili, & in ipso jure existit, principia continere debet. Jam vero quotidianæ materiæ in institutionibus prorsus omissæ, & vix verbo notatæ sunt. Exemplum præbent materia de jurisdictione, de judiciis, de foro competente, de pactis, de dote, de contractibus innominatis, de processu tum civili tum inquisitorio, ut multas alias taceam, de quibus, si non plura, certe definitio aliqua afferri debuisset.

§. VI.

§. VI. Quoniam 4. Jura Publica & Sacra, in Codice & Novellis fusius pertractata, in his vix tanguntur, cum tamen hæc nobilissimam legalis scientiæ partem, & augustiora Principum jura, eaque, quæ ad regendam feliciter Rempubl. faciunt, absolvunt. Privata jura privatas tricas, lites & altercationes dirimunt; graviora sunt, quæ ipsum Reipubl. vinculum constituunt. *Defectus Juris Publ.*

§. VII. Quoniam 5. pauciſſima in institutionibus nostris conveniunt temporibus, & perinde est, ac si catechismum quendam aut ordinationem Schaumburgicam statui Turcico, aut vestimenta hominis gibbosi erecto applicare velis. Diversi status diversa jura requirunt. Omnes leges secundum statum, mores, indolem, & conditionem Reip. & in ea viventium subditorum sunt formandæ. Omnis Respubl. quoties formam mutavit, simul leges & statuta variavit. Quæ leges uni Reip. utiles, aliis sæpe inutiles esse solent, perinde uti medicamenta non quævis quibuslibet hominibus conveniunt, utut ejusdem sexus, ætatis & nationis sint. Probe hoc perspexit *Conring.* quando *in diss. de Nomoth. p.* 63. *&* 64. ait: plurimum sane falluntur, qui existimant, omni perinde statui leges Romanas convenire, id enim omnino est ἀδύνατον, & a mente ipsorummet Romanorum legislatorum alienissimum, arguitque talis opinio summam politices, vel regendæ Reip. inscitiam, imo & ignorantiam Romanarum legum. Ipse Justinianus non censuit jus suum esse aptum omnibus populis, sed soli tum Romano imperio. Neque verba Imperatoris *in* §. 1. *Inst. in proœm.* relata: omnes populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis, reguntur: hoc conficiunt. Sermo enim ibi est de populis, imperio Romano tunc subjectis. Quo sensu nimirum dixerant jam olim Imperatores, Gratianus, Valentinianus & Theodosius, cunctos populos, quos clementiæ nostræ regit imperium, & passim florentibus Romanorum legibus loquendi mos fuit. Ipse Imperator de jure suo ait, velle se exponere jura non simpli- *Diversitas status.*

citer, sed populi Romani. Hujus porro juris id, quod publicum dicitur, esse illud, quod ad statum non omnium gentium, sed rei Romanæ spectat. Esse porro jus Civile Romanorum, non quo omnis civitas, sed quo populus Romanus utitur: populum enim Romanum partim suo proprio, partim communi hominum jure uti. Perinde videlicet atque omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Defectui quidem huic ex tot centonibus & commentariorum plaustris medicinam parant, sed hâc scripturientium farragine juventus plus oneratur, quam juvatur.

Casus non dabiles.

§. VIII. Quoniam 6. multos in Institutionibus casus non dabiles, aut per centum saltem annos vix & ne vix quidem occurrentes, quin & obscurum sæpe difficileque scribendi genus observamus. Lex omnis debet esse clara, perspicua, quomodo autem subditus vivet secundum legem, quam non intelligit, nec intelligere per rerum naturam potest?

Alia incommoda.

§. IX. Addunt 7. incapacitatem Antecessorum ad conficiendas proprio marte institutiones, quod probant ex Const. Tanta §. 2. 8. Electionem Caji præ aliis, quia Cajus a temporibus Justiniani nimis fuit remotus, & jus post illa tempora maxime fuit mutatum. 9. Ineptam methodum non solum generalem, quam jam notavit Illustris Leibnitius, sed & specialem in singulis titulis, ubi paragraphi sæpissime inconvenienter ordinati, quasi studio hoc factum, v. gr. in titulo quibus mod. tutel. finiatur. 10. Insufficientiam rationum vid. §. 28. I. de rerum divis. conf. Dn. Thom. in præf. tr. de næv jurispr. & in delineat. histor. Jur. Rom. Germ. §. 53. 54. Adde 11. mixturâ male cohærentem in tit. de actionibus.

Reformatio necessaria institutionum.

§. X. Ex quo manifeste, ni fallor, fluit, Institutiones, prout jacent, & prout tempora nostra sunt, prima totius legitimæ scientiæ principia nuncupari minime posse. Præstaret adeò, & longe consultius esset, si cum jure Naturæ, in quod plurima habemus compendia elegantiora, prima Juris positivi fundamenta ex Struvianâ Jurisprudentia, aut commodiore quodam autore haurirentur. Videbaturque, compendium aliquod novum in gratiam discentium ita esse adornandum, ut, rejectis inutilibus, ea saltem, quæ ad solidam Jurisprudentiæ cognitionem necessaria, insuperque constitutionibus Imperii & formæ regiminis conformia, usumque in ipsis, uti diximus, rerum momentis ostendunt, pertractentur. Maximi momenti est educatio, & institutio juventutis, ut nimirum ad id ducatur, quod justum, quod utile, quod Reipublicæ ejusque rationibus convenit.

Pro-

Problema VII.

OSTENDENS
OMNE JUS ESSE JUS REALE.

§. I.

Jus rerum esse moralem facultatem circa res juste aliquid agendi vel habendi, hocque jus vel in re vel ad rem, seu in personam esse, & per universam Juris molem per tot titulos & materias se diffundere, vel tyronibus, aut prima Juris elementa tractaturis non potest non notissimum existere. Conf. *l 2. ff. de pollicit l 30. ff. de noxal. act. l 19. pr. de damn. inf. l. 71. §. p & f. de leg. 1. l. 3 pr. de obl. & act. Hahn. in dtss. de Jure Rerum concl. 9.* Non jam quæstio est, & erit, quot Juris in re species dentur? cum alii duas, alii tres, alii quatuor, communiter quinque, alii octo hujus juris species efforment, qualis de numero quæstio prorsus otiosa, & de illis est, quas vocamus de lana caprina; ubi enim effectus actionis alicujus realis adsunt, ibi adest jus reale. Majorem forte difficultatem habebit supra memorata Juris tum realis tum personalis divisio, & an ea tum in Jure Naturæ, tum in ipsa re fundamentum habeat.

Jus est vel in re vel ad rem.

§. II. Jus in re aut reale in ipsam rem devinctam competit, & actionem realem producit. Jus ad rem seu in personam hanc ad rem præstandam tenet obligatam. Illud immediate; hoc interveniente hominis facto in rem competit. Illud a quocunque possessore, cum ipsam rem devincit, vindicari potest; hoc solam, cum qua contraxi, personam ejusque hæredes afficit, nec ultra fines aut terminos personæ semet extendit. *vid Dd. in unum omnes ad tit ff de Rer. divis.*

Quid Jus reale? quid personale?

§. III. At verò hanc ipsam rem & assertionem, utut quidem positivis juribus statui possit, & statuta sit, in Jure Naturæ, in ipsa re fundamentum non habere, paucis problematice, & exercitii gratia, salvaque dissentientium autoritate demonstraturi sumus. Id verò jus in personas, quod Princeps

Impugnatur hæc divisio.

in subditos, maritus in uxorem, uterque in liberos, dominus in servos exercent, ex alio, uti alibi dictum deductumque, principio fluit, nec huc spectat, sed ex diversa hominum in Republ. viventium structura, jure, & conditione, statuque tum naturali tum civili petendum.

Personæ & res separari nō possunt.

§. IV. Personæ & res in jure separari non possunt, res absque personis in sensu juris nihil sunt, quis usus rerum absque personis? & quomodo persona vivere potest sine rebus? Res omnes hominis causa productas esse, jamdudum agnovit vero naturæ principio innutritus JCtus in *l.* 28. §. 1. *ff. de usur.* Nam sapientissimus rerum Conditor homini, in terram collocato, tellurem dedit pro scabello, cœlum pro illuminatione, aërem ad respirandum, ignem ad calefaciendum, aquam ad explendam sitim, fructus pro alimento, flores ad recreationem. *Poiret insinuat. virtut. Christ. facilis cap.* 1. Pulchre ait Vir nobis amicissimus, maximè venerabilis Abbas *Fabricius in consid. var. controv. p.m.* 7. Cœlestes omnes orbes propter aërem & aquam sunt, aër vero & aqua propter terram, terra propter herbas, herbæ propter animalia, animalia propter hominem, serviunt singula singulis, uni omnia, homo solus Deo.

Homini competit jus in res creatas.

§. V. In hisce, quæ a benignissimo naturæ autore & datore concessæ sunt, facultatibus humano generi, non uni alterive, siquidem natura omnium providentiæ consulere, neque alios conservari, alios perire voluit, plenissimum jus & arbitrium, legi naturali attemperatum, singulis verò & unicuique individuo competit jus occupandi illud, quod nullius est.

Omnis dispositio fit propter res.

§. VI. Ista autem & personarum & rerum conjunctio manifeste arguit, omnem, quæ circa res humanas contingit, dispositionem, non propter personam, quæ, rebus denudata, misera erat, sed propter res & personæ, ex quibus satisfactio nobis obtingit, facultates fieri, & consequenter omne jus esse jus reale, ejusque effectus nanciscì.

§. VII.

§. VII. Patet hoc cumprimis ex natura & indole dispositionis. Cum enim hæc nihil aliud sit, quam voluntatis declaratio, quid fieri vel non fieri circa res nostras velimus, ita, si paciscor cum altero, tum de Jure Naturæ alterius patrimonium, quo de liberam disponendi facultatem habet, imminuitur, mihique jus aliquod reale in ipsius bonis constituitur, sive hoc per promissionem, sive quemcunque alium disponendi modum fiat; nam non personam, sed facultates personæ, uti dixi, respicio, hæ enim ob jus in me translatum mihi jam obstrictæ sunt: quotiescunque enim alteri quid promitto, vendo, societatem ineo &c. toties patrimonium meum, propter juris in alterum translationem obligatur, consequenter, quamvis post contractum hunc res mea qualiscunque in centesimum possessorem delabatur, alteri vindicatio competet. Bona enim, quæ verissima naturæ regula est, non intelliguntur, nisi deducto ære alieno. Quod igitur jam alterius erat patrimonium, & in quo radicatum tenebat jus, tertii facto aufferri, aut à me velut debitore transferri nequit, contra regulam puriorem, quam exhibet *l.* 11. *ff. de R.I.* Qui prior tempore, potior jure, quæ sola in Jure Naturæ fundatissima regula si attenderetur, tot prolixissimæ altercationes, quas circa materiam de concursu creditorum advertimus, facile evitari possent, neque ad quem deinceps res, ut ut bona fide, justoque titulo delapsa fuit, conqueri debet, cum conditionis illius, cum quo contraxit, non ignarus esse debuisset. Atque hinc facile constat, rerum dominia per solam saltem voluntatis declarationem optimo jure transferri posse, non obstante dispositione *l.* 20. *C. de pact. l.* 8. *C. de act. empt. l.* 12. *C. de distr. pign. l.* 12. *C. de prob. l.* 50. *ff. de R V. l.* 14. *pr ff. de furt.* Nihil enim tam naturale est, quam voluntatem Domini, rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi §. 40. *J. de rer. divis.* Imo hoc ipsum ex ipsis juris Romani placitis haud obscurè intelligi potest: sic testator dominium & alia sua jura nuda voluntate, per testamentum declarata,

Illustratur rationibus & exemplis.

citra

citra apprehensionem possessionis in heredem, hanc voluntatem tantum agnoscentem, transfert. *§. ult. J. de her. qual. & diff. l 37 ff. de acquir. her. l 9. § 12. ff. de her. inst. l. 24. l. 178. §. 2. ff. de V. S.* dominium rei legatæ statim a morte testatoris sine ulla possessionis apprehensione in legatarium transit *l. 80. ff. de leg. 2 l 64 in f. ff. de furt.* Sic in societate omnium bonorum dominium rerum communium ad socium, citra traditionem possessionis devolvitur. *l. 1. & 2 ff. pro soc.* Sic dominium rei, ecclesiæ donatæ vel venditæ, ipso jure ad ecclesiam *l 23. C. de SS. eccl.* dominium fundi dotalis, quem alius possidet, nihilominus ad maritum *l. 16. ff. de fund. dotal.* dominium rei donatæ, instrumentis literariis traditis, sine traditione possessionis in donatarium transit *l. 1. C. de donat.* dominium rei cum addictione in diem, vel pacto commissorio venditæ & traditæ, resoluto contractu, sine retraditione possessionis ad venditorem revertitur *l. 2. ff. de in diem add. l. 1. l. 2. C. comm. de leg.* dominium rei propter nuptias donatæ ipso jure ad sponsum transit. *Auth. permissa C. de donat. propt. nupt.* dominium rei, quæ in commissum cecidit, ipso jure fisco defertur. *l. 14. ff. de publ. & vectigal.*

De contractibus.

§. VIII. Illustrari hæc res, & evidentia ejus ex omnibus passim, quarum aliquas saltem dabimus & delibabimus, contractuum speciebus demonstrari potest. Sic, si contractus reales consideres, quando mutuam pecuniam alicui do aut concedo, non accipientis aut heredum personam, sed eorum bona contemplor, ita ut hæc, nullo licet pignore constituto, mihi obstricta sint, ipsum enim alterius, quod de meo quid tenet, patrimonium obligatur, quod, quamvis deinceps post hunc contractum ad tertium, aut quemcunque devenerit, mihi præjudicare, aut quam habeo, aut habere debeo actionem realem aufferre nequit, per rationes in thesi priori datas. In commodato rem eandem, cujus saltem usum gratuitum concessi, restituendam esse, pas-

passim constat. Quod si vero vel dolo, vel culpâ commodatarii commodatum perierit, certe hîc ob damnum, per interversionem aut abusum rei commodatæ illatum, commodatarii patrimonium, in quo reale jus habeo, mihi obligatur; satisfactio enim mihi ex ipsius debet fieri bonis, consequenter non persona, sed bona obligantur. Idem de deposito, idem de pignore, si culpa legibus expressa tum depositarii tum creditoris pereant, statuendum, neque alia verbalium, neque consensualium, neque contrariarum actionum natura est, utrobivis enim ob fidem datam, & ob translatum vi pacti in me jus, alterius obstringitur patrimonium. Sic in venditione ob rem non traditam venditoris, & emptoris, ob pretium non solutum, in locatione tum locatoris tum conductoris pro natura præstationis, & sic in cæteris, bona obligantur, idemque in quasi contractibus, & multo magis delictis tenet.

§. IX. In factis promissis idem sentiendum. Si enim alter factum promissum non præstiterit, ipsius pro interesse mihi adjudicando patrimonium obnoxium redditur, mihique in eo jus reale constituitur. Dubium autem haud leve suboritur, si alter, qui mihi obstrictus est, nulla teneat bona, ubi tum jus reale manebit? R. non entis nulla sunt accidentia, & præsupponimus terminos habiles, quin imputet sibi, quod cum tali, qui omnibus bonis destitutus est, contraxerit. Interim tamen nec hic Jus Reale suum amittet vigorem, cum talis contrahens ad præstandas, si potest, operas, quæ revera jus aliquod reale sunt, ipsamque rem afficiunt, obligetur. *De Factis.*

§. X. Discedit ab hisce purioribus Naturæ principiis Jus Civile, quippe quod in contractibus & delictis non realem, sed personalem saltem actionem præbet, neque inibi dominium, nisi traditione subsecutâ, transfertur. Vi- *Aliter incedit jus Romanum.*

Videtur autem hoc ex publica utilitate, & ideo introductum constitutumque esse, ne scil. v. gr. creditor, emptor &c. ultimum possessorem conventuri, singulis momentis varias actiones instituere, & sic processum, & actionem mutare deberent; hoc igitur ne fieret, personales contra contrahentes dederunt actiones; at vero ratio naturalis longe planior, æquior, & rei ipsi convenientior est. Neque obstat, quod hæc sententia multa teneat incommoda, siquidem res imprimis mobiles in centesimum abire possunt possessorem, sæpius nobis incognitum. R. Loquimur de casu tali, ubi de hoc constat; si vero hic non adsit, ipsa persona contrahens quoad operas nobis obligatur per §. priorem. Promptissimum adeo videbatur medium, atque securitatem creditorum valde promoveret, si nullum admitteretur debitum, plenissimam habens validitatem, nisi quod judiciali autoritate confirmatum, & in peculiarem, uti in multis contingit regionibus, librum esset relatum, ita enim creditores, inspecto hoc libro, cognitâque proinde debitoris substantia, an, & quid debeat, an bona sufficiant? securi essent, utile hoc esset & debitoribus & creditoribus. Illi pecuniam, hi securitatem accipiunt. Verum quidem est, inter mercatores ob frequentiam commerciorum hoc non semper observari posse: Verum nullum video obstaculum, quo minus inter cives, rusticos, imo ipsos, quos præmittere debebam, nobiles, aliasque personas digniores res hæc in effectum deduci posset. Quamvis enim consultum non sit, patrimonium ejusque vires revelare velle; consultum tamen & æquum justumque est, ut, qui debet, solvat, creditorque securitatem obtineat, ipsaque Respublica ingentibus, quæ alias hisce in casibus suboriri solent, litibus minuatur.

Pro-

Problema VIII.

DE MYSTERIIS QUIBUSDAM JURIS ROMANI.

§. I.

Quid sint Mysteria Juris.

Vocamus hoc loco mysteria juris illas leges casuumque decisiones, quarum nullam solidam, firmam & cohærentem aliquam rationem dare possumus. Dicitur mysterium seu μυστήριον ἀπὸ τοῦ μύειν, quod est os claudere, i. e. quando deficiente solidâ ratione os claudere, & cœco ferme impetu modo hanc, modo istam rationem, prorsus claudicantem, admittere debemus. Theologi vocant mysterium rem occultam 1. religionis Christi 1. *Tim. III*, 16. *Rom. XI*, 25. *Apoc. I*, 20. *Apoc. X*, 7. & 2. Impietatis Anti-Christi 2. *Thess. II*, 7. *Apoc. XVII*, 5. in fronte suâ nomen inscriptum mysterium, quo de *vid. Dn. Gurtler in Explicatione vocum typico-Propheticarum sub vocab. Myster.* Plenius in originem hujus vocis inquirit *Bürmannus in Synops. Theolog. tom. poster. lib. 7. cap. 4. §. 3.*

Scopus argumenti.

§. II. Sed neque hæc huc pertinent, neque etiam sermo nobis erit de legibus aut expresse abrogatis, aut, quæ nunquam receptæ sunt, sed illa potissimum capita urgebimus, quæ adhuc in viridi observantia esse dicuntur, quantumvis omni ratione naturali careant, & sic mysterium aliquod juris involvant. Pauca tamen delibabimus, arbitrariâ methodo usuri, ne in tanto mysteriorum cumulo institutum alias nostrum normam disputationis excedat, & in prolixiorem tractatum excrescat, utut vix titulus supersit, ubi non ingentia deprehendere liceat mysteria & glaucomata, a rationibus Germanorum prorsus aliena, sed tamen, uti communis schola vult, ingentem usum habitura.

Comparatio inter jus Romanum & Germanicum.

§. III. Neque tamen hoc mirum erit, si quis aliqualem modo inter leges tum Romanorum, tum Germanorum, eorumque tum habitum tum Reipubl. utriusque nexum collationem instituerit. Leges Romanæ pleræque a tempore Regum ejectorum usque ad edictum perpetuum eo tendebant, ut discordia plebis & confusio ac incertitudo juris augeretur, & fortunæ plebis essent in manibus patriciorum; unde tot captiones & insidiosa formularum aucupia mimicæque in plerisque negotiis civilibus subtilitates, quas Tribonianus merito antiquas appellat fabulas. *Conf. Probl.* 2. §. 4. Germanis contra simplicitas, ratio, fides in servandis promissis, brevis litium discussio & tranquillitas populi cordi erant, quibus candor, defectus urbium & commerciorum cum exteris, huicque consentanea contractuum raritas, ignorantia, luxus, brevitas processus, testamentorum & literarum neglectus plurimum felicitatis præ Romanis pepererunt, prout *Tacitus* integro libello *de moribus Germanorum* testatur. Sic (1) Romanis civibus major erat libertas, quam subditis aliis esse solet, & ex regulis generalibus potest. Cujus exempla deprehendimus in eximiis patriæ & maritalis potestatis effectibus, tutoris datione, rei vindicatione, actionibus popularibus, privata in jus vocatione, litis contestatione, aqua & igne interdictione, liberrima facultate immobilia privatim alienandi &c. Conf. *d. Probl.* 2. §. 2. Sic (2) peregrinorum apud Romanos minora erant jura, quam jus Gentium postulat v. gr. denegatum jus nuptiarum, potestatis patriæ, dominii, testamentorum, successionum, commerciorum, qui rigor erga peregrinos a Græcis, præsertim Lacedæmoniis ad Romanos transiisse videtur. Sic (3) negotia Romanorum civilia præscriptis peragenda erant formulis. Hinc origo divisionis actionum in directas & utiles, bonæ fidei & stricti juris, exceptionum in juris & facti, hinc actio ad exhibendum, æstimatoria & reliquæ præscriptis verbis instituendæ, porro interrogationes in jure &c. Sic (4) promissa

missa & pacta apud Romanos non producebant actionem efficacem, nisi lex expressa vel antiqua consuetudo iis assisteret. Hinc intricatæ divisiones pactorum & contractuum, quo de infra. Quæ omnia & infinita alia a statu Germanorum prorsus recedunt, & adeo, si cum moribus Germanorum conferantur, utut Doctores inepto conatu usum juris Romani in multis horum articulis crepent, non possunt non ingentia producere mysteria.

§. IV. Inter Mysteria Juris Romani, si secundum systemata de Statu hominum initium sumere licet, primo se loco sistit famosa ista decisio, quam ex rescripto Divi Severi & Antonini exhibet *Marcianus in l. 25. ff. de Captiv. & Postlim. reversis.* Ita autem se habent verba legis: Si uxor cum marito ab hostibus capta fuerit, & ibidem ex marito enixa sit: Si reversi fuerint, justos esse & parentes & liberos, & filium in potestate patris, quemadmodum jure postliminii reversus sit, quod si cum matre sola revertatur: Quasi sine marito natus *Spurius* habebitur. Ratio hujus decisionis forte facilis est, postquam enim captivus fit servus hostium, servi autem non matrimonium, sed contubernium contrahant, consequenter filius ex patre captivo, in captivitate mortuo, natus pro illegitimo erat reputandus. Verum, cum filius hic ex matrimonio vero legitimoque procreatus sit, quin, cum ex purioribus naturæ decretis abunde satis constet, omnia, quæcunque molitur hostis, facta, & sic ipsam quoque captivitatem injustam esse, ita durum certe, & ab omni humanitate, ratione, jureque alienum est, insontem huncce filium, ab omni labe immunem, pro spurio habere, & jure civitatis excludere velle. Purior est regula, quam Imperator suppeditat in *pr. J. de Ingen.* calamitas matris (adde patris) non debet nocere ei, qui in utero est. Omnes homines nascuntur liberi, servitus ex facto humano inducta & introducta est.

Myster. leg. 25. ff. de capt. & postl. revers.

§. V. Et adeo durum certe, mysteriumque aliquod est, quod ab hostibus per infortunium in bello capti, & in ser-

De calamitatibus captivorum.

servitutem redacti pro servis habeantur, omniaque sua jura, tutelam, patriam potestatem, dominium, obligationem, & cumprimis etiam testamenti factionem amittant, nec ea, nisi revertantur, fictione juris postliminii recipiant, quin, quod uno ex conjugibus, ab hostibus capto, vel alias in servitutẽ redacto, matrimonium solvatur *l.* 1. *ff. de Divort. & Repud.*

An à sponsalibus invitâ parte alterâ recedi possit?

§. VI. Pactum istud, ne quis a sponsalibus rite initis sub pœna conventionali recedat, licitum esse, quis negaret? Aliud in jure Romano constitutum deprehendimus, ubi unius etiam dissensu sponsalia dissolvere permissum. *l.* 2. §. 2. *& 3. ff de Divort. l.* 1. *C. de Sponsal. l.* 14. *C. de Nupt.* Sponsus tamen sponsave a promissione sua recedentes arrham datam amittunt, acceptam reddunt duplicatam *l.* 5. *C. de Sponsal. l.* 19. *ff. de V. O.* Si neuter arrham dederit, impune sponsalia respuere, & contra puriora naturæ principia fidem frangere licet, rationem hujus placiti hanc habebis, quod inhonestum, & contra bonos mores sit, matrimonia sive futura, sive pure contracta constringere velle *l.* 134. *pr. ff. de V. O. conf. c.* 10. *X. de Sponsal. Sanch. de Matr. l.* 1. *de Sponsal. disp.* 30. *Trentac. tit. de Matr. Resol.* 2. *n.* 20. *Mant. lib.* 14. *de Conv. tit.* 57. *n.* 10. quæ ratio, cum sanctiores pacti terminos perturbat, mysteriũ aliquid involvit.

Mysterium l. 5. §. 2. *ff. de Pact. Dot.*

§. VII. Pactum istud, quo maritus impensis necessariis, in rem dotalem factis, renunciat, ac illas se repetere & deducere nolle declarat, non valet, per *l.* 5. §. 2. *ff. de Pact. dotal.* ubi disertissimis exprimitur verbis: *Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, non est servandum.* Certum quidem est, omne illud pactum, quo dotis causa deterior redditur, non valere, ob favorem dotis, & quoniam præstat uxores non esse indotatas, dotis enim causa debet esse salva secundum *l.* 2. *ff. de Jur. Dot.* & quæ plura sunt Brocardica, quibus LL. & Dd. dotis causam exornare solent. Cum vero hoc in casu, quando maritus impensis necessariis, quas jure optimo repetere poterat, renunciat, dotis causa non deterior, sed melior reddatur; ita mysterium sane est, talem pactionem,

quæ

quæ ampliorem reddit dotem, abjicere aut infringere velle. Ratio ista, quam *Paulus in d. l.* affert, quia tales impensæ dotem ipso jure minuunt, sat frigida & lubrica est: non enim hic quæritur de compensatione, quæ debitum ipso jure minuit, sed an maritus hic renuncians repetitioni dotis ob impensas necessarias compensationem opponere possit, quod utique negandum, non tale pactum improbandum erat.

De Fidejussore dotis nomine constituendo.

§. VIII. Cum vero tam prolixa, tam favorabilis, tamque benigna sit dotis causa, quæ extendi, non restringi, sed utrobique secura esse debet; nescio sane, an non jus Romanum prorsus ab hoc discedat, quando mulieri nubenti, fidejussorem pro securitate dotis vel a marito, vel a patre, vel ab omnibus, qui dotem suscipiunt, exigere non licet, & adeo talis mandator vel fidejussor, si soluto matrimonio maritus inops inveniatur, non teneantur secundum *l. 1. & 2. C. ne Fidej. vel Mand. Dot. dentur.* Certe Justinianea ratio *d. l.* 2. sequentibus expressa verbis: si enim credendam mulier sese suamque dotem patri mariti existimavit, quare fidejussor vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiæ in connubio eorum generetur; rem non ferit, quin potius mysterium involvit. Si enim dotis causa & conservatio maxime favorabilis est, non increpanda erat petita hæc cautio, quæ non perfidiam sed prudentiam infert, neque per hanc amor & confidentia conjugalis læditur; imo absurdus foret maritus vel pater ejus, qui, quod alius pro dote semet obliget, ægre ferre velint.

De Donationibus inter virũ & uxorem.

§. IX. Donationes inter virum & uxorem, ex quibus donans pauperior, donatarius locupletior redditur, ideo prohibentur, ne amor venalis esset, seu ne occasio detur, ut amor conjugalis donis sit conservandus, aut, altero non donante, discordia inter conjuges oriretur. *l. 1. 2. 3. 9. §. ult. & LL. seqq. ff. de Donat. inter vir. & uxor.* Arctissima enim, quæ virum inter & uxorem intercedit tum animi tum corporis conjunctio, castum purumque requirit amorem, non donis provocatum. Plures prohibitionis causas affert *Brunn. ad tit. D. de*

de don. inter vir. & uxor. ad l. 1. *Connan. lib.* 1. *c.*10. *n.*11. *Hillig in Donell. lib.*9. *c.*11. *lit. R. Struv. exerc.*30. *th.*23. Largior facile, conjuges ſummo ſe invicem ſtudio & amore proſequi debere; non tamen video, quomodo donatio hunc amorem conſpurcet, quin potius hæc intentiſſimi amoris ſignum eſt, eâque amor inter conjuges tanto magis excitatur. Munera, crede mihi, placant hominesque Deosque. Et cum in conjugio duo ſint in unâ carne, & hic adeo indiſſolubilis perſonarum nexus adſit; perinde eſſe poterat, certe eſſe debebat, ſive maritus, ſive uxor rem donandam teneat. Sicut enim corporum, ſic & bonorum communio merito locum habere debebat inter conjuges. Imo ſi inter ſponſos, inter quos tamen amor vehementior eſſe ſolet, quam inter conjuges, donatio permiſſa, quid ni inter conjuges? Nullam equidem donatio hæc involvit turpitudinem, nullum indecorum, hinc, quæ inter Imperatorem & regiam conjugem, & de jure Canonico juramento confirmata eſt, ſubſiſtit, quod fieri non poſſet, ſi hæc moralia infringeret præcepta.

De injuſtitia Sct. Vellejani.

§. X. Quod fœminæ pro aliis intercedentes vi SCti Vellejani efficaciter non conveniantur, uti iniquiſſimum, ita certe myſterium aliquod juris involvunt rationes, quæ pro tuendo hoc in paſſu jure Romano paſſim allegari, & ex legibus demonſtrari ſolent. Quis enim, ſi genuina rationis fundamenta inſpicias, cum ratione ſtatuet quod intercedere pro alio ſit munus civile? prout philoſophatur JCtus in *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. 2. *ad Sct. Vellej.* Si autem ex fragilitate ſexus fœminei fundamentum aliquod petatur, ſequeretur, quod fœminæ eâdem ex ratione nec contrahere, nec donare, nec dominium transferre, nec teſtamenta condere poſſint; quæ omnia, utut majoris ſæpe momenti ſint, a fœminis rectiſſimè expediuntur: tantum abeſt, ut ſexus fœmineus fragilior ſit, ut frequentius fœminæ, ad conſervandum & augendum patrimonium regulariter intentæ, in his aliisque negotiis magis circumſpectæ ſint, quam maſculi. *Bachovius ad Weſ. in tit. ad Sct.*

Sct Vellej. hoc beneficium prorsus iniquum, & ita comparatum esse judicat, ut mulier christiana salvâ conscientia eodem uti nequeat: iniquum est, & directo in præcepta naturæ impingit, fidem fallere, & homines defraudare velle.

§. XI. Ex hoc Sct. Vellejani principio fallaci non potuerunt non alia subinde mysteria, iniquitatem spirantia, subnasci. Spectat huc casus legis 48 *pr. ff. de Fidej.* Nimirum, si Titius & Seja pro Mœvio fidejusserint, subductâ muliere, in solidum adversus Titium actio datur, qui enim cum muliere intercessit, ipse solus, & quidem in totum tenetur ex fidejussione, & ita pronunciatum refert *Sande l. 3. t. 10 d. 2. Thes p. 4 qu. 61 per tot.* Certe ratio *Papiniani*, quâ in dictâ lege utitur, cum (Titius fidejussor) scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere, in creditorem, non fidejussorem quadrat. Ille enim cum muliere contraxit, non hic; ille igitur conditionem contrahentis, ejusque privilegia scire debebat, nisi, quod homines impune defraudare liceat, statuere velis.

Casus l. 48. pr. de fidej. iniquitatem spirat.

§. XII. Tutorem habenti non tutorem, sed curatorem dari, constat, indeq; si furiosus vel minor in testamento fuerint dati tutores, interea, dum ille sanæ mentis, hic vero major fiat, curator, non tutor datur *l. 10. §. pen. ff. de excusat. tutor.* Sed nulla sane ratio adest, quare in utroque casu non possit interea tutor aliquis constitui. Si, tutore in testamento vel in diem vel sub conditione dato, alius intermedio tempore tutor datur, secundum *l. f. C. de legit. tutor.* quare non hic?

An tutorẽ habenti tutor vel curator detur?

§. XIII. Major viginti annis, adhuc tamen jure minorum gaudens, se ipsum validè vendere potest, cum tamen ne minimum prædium cum effectu vendere possit; Imo durius adhuc, & mysterium aliquod juris existit, quod, non obstante judicii imbecillitate, talis venditor libertatis suæ, & liberi ex istiusmodi muliere venditrice nati ad libertatem proclamare non possint. *§. 4. J. de Jure Person. l. 1. l. 3. ff. quib. ad libert. proclamare non licet,* Aliter sensit *Leo Nov. 59.* Si igitur vita, tan-

De Majore se vendente.

tanquam res omnium charisſima, nec prece, nec pretio æſtimari, nec in contractum venire, nec bonis comparari poteſt; fruſtra talis venditio in minore ſtatuitur.

An ad transferenda rerum dominia traditione opus ſit?

§. XIV. Traditionibus & uſucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferri, quin & ad transferendum dominium vacuæ poſſeſſionis traditione opus eſſe, evidenter docent *l.* 20. *C. de Pact l.* 8. *C. de act. empt.* At vero vereor, anne hic ſingulare quoddam juris myſterium erumpat. Cum enim, quæ de jure Naturæ nobis competit in res & actiones diſpoſitio nihil aliud ſit, quam legitima facultas de iisdem in infinitum diſponendi; nulla ſane ſanâ ratione conſtat, quo minus ad hanc traditio aliqua præciſa requiratur. Quotiescunque enim de re meâ, utut abſente, diſpono, & alterum ejusdem eſſe dominum declaro, toties ipſo jure Naturali dominium cum omni qualitate in alterum tranſit. Pulchre hoc exprimit ipſe Imperator in §. 40. *J. de R. D.* Quando inquit, nihil tam naturale eſſe, quam voluntatem domini, rem ſuam in alium transferre volentis, ratam haberi. Imo totum patrimonium; omniaque paſſim jura citra traditionem aut apprehenſionem poſſeſſionis nuda voluntate in alium transferri poſſe, ex legatis in teſtamento relictis, ex ſocietate omnium bonorum, ex dominio rei, eccleſiæ donatæ, aliisque quampluribus caſibus abunde ſatis conſtat, quo de videatur *Probl. præced. Omne Jus eſſe Jus reale §. 7.*

§. 28. *J. de R. D.*

§. XV. Quæ de commixtione refert deciditque Imperator in §. 28. *J. de R. D.* certe myſterium aliquod induunt. Recte quidem ſe habet prius paragraphi membrum, quod, ſi utriusque voluntate mixtio fuerit facta, communio hic inducatur, aut frumentum fiat commune, quia ſingula corpora, id eſt ſingula grana, quæ cujusque propria fuerunt, ex conſenſu communicata ſunt, quod vero, ſi caſu frumentum miſtum fuerit, vel alter ſine alterius voluntate id miſcuerit, non videatur commune eſſe ideo, quia ſingula corpora in ſuâ ſubſtantia durant; nec magis iſtis caſibus commune ſit fru-

frumentum, quam grex intelligitur communis, si pecora pecoribus hujus illiusve mista fuerint, certe divinatorium, aut paradoxum est. Quis tam vanus erit, & grana invicem commixta aut separabit, aut separare poterit? Verissima igitur hic inducitur communio, habitâ tamen quoad quantitatem & qualitatem granorum ratione, cum grana hæc aliquis designare, & per consequens vindicare non possit *l.6. pr. ff. de V.O.* Sic quando Paulus *in l.53 § 5. ff. de R V.* docet, quod ferruminatio per eandem materiam faciat confusionem, id non concedendum esse jure suo contendere potuit *Grot. de J.B. & P. l.2. c.8. §.23.* qui eadem libertate improbavit ibidem doctrinam Ulpiani, cum Pomponio existimantis, æs & aurum commixtum diduci non posse *l.5. § 1. ff. de R.V* Nec valde a Grotii sententia alienus videtur Calistratus *in l.12. §.1. ff. de acq. rer. dom.* dum æs & argentum separari posse censet. Sic inepte *in §.33 & 34. Inst. de Rer. div.* statuitur, aliam scripturæ, aliam picturæ esse rationem, ut huic tabula cedat, illa tabulæ. Sic excutere spicas erronee in *§. 25. Inst. de rer. div.* ad specificationem refertur, cum hic nova species non conficiatur, sed pristina detegatur. Id quod recte asserit *Gajus*, quando *in l.7. §.7 ff. de acquir. rer. dom.* ait in verbis: Videntur tamen mihi recte quidam dixisse, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus & spicæ fuerunt. Cum enim grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quæ est, detegit.

An servitutis causa perpetua esse debeat?

§. XXI. Servitutem prædialem ad tempus constitui non posse, quin causam servitutis perpetuam esse debere *l. 4. ff. de serv. & l.28 ff. de S.P.U.* evidenter satis demonstrant, prioris nulla ratio dari potest: quid enim impedit, quo minus servitutem tum urbanâ tum rusticam, cujuscunq; generis, ad decem pluresve vel minores annos constituâ? Si licet, prout lubet, de reb⁹ nostris disponere, &, quam placet, legem his dicere, quare nec in hoc casu licebit? Perpetuitas vero servitutis, quod

secundum membrum est, ideo requiritur, ut possimus servitute sive actu sive potentiâ perpetuo uti, atque inde facultas utendi semper adsit. *d. l.* 28. *ff. de S.P.U. l.* 19. *ff. de Servit.* Rationem in eo quærunt collocantque, quia servitus semel constituta prædio perinde, uti alia qualitas naturalis cohæret; unde aqua ex torrente, qui æstate siccatur, vel stagno, quod non suâ naturâ, sed temporalem aquam habet, vel ex lacu, qui perpetuus non est, non ducitur, *d.l.* Neque aquæ ductus imponitur aquæ, quæ machinis & organo hydraulico tollitur. *Zoes. ad tit. ff de S.P.U n.* 8. *Mantz. de Servit. Præd. n.* 4. Verum inanis hæc est subtilitas, nullum in rebus humanis influxum, & in praxi effectum habitura, ipsaque servitutis natura istiusmodi commentis reclamat; siquidem hæc in usu rei consistit, sufficitque, sive hic usus perpetuus sive temporalis sit, modo revera sit aliquis usus. Legem hanc subtiliorem, quam utiliorem esse, ex *Cujacio* probat *Brunnem. ad h. l.*

L. 8 ff. de Servit.

§. XXII. Ut pomum decerpere liceat, & ut spatiari, & ut cœnare in alieno possimus, ex mente Pauli in *l.* 8. *ff. de Servit.* servitus imponi non potest. Valet quidem istiusmodi concessio, si simpliciter usus harum rerum concedatur; sed inde pactum, quod solum paciscentem, ejusque heredes stringit, non servitus nascitur. Rationem hujus rei in eo invenies, quod amœnitatis quidem causa, secundum *l.* 8. §. 1. *ff. Si Serv. vind. l.* 15. *ff. de Serv. Urb. Præd.* non voluptatis gratia, quorsum actus istos, spatiari, cœnare, pomum decerpere, referunt, citra summam absurditatem servitutes constitui possint, quia amœnitas est realis fundi qualitas, a prœdio inseparabilis, voluptas verò qualitas animi, fundo non inhærens, quæque adeo fundi non inservit utilitati. Pulchra sane mysteriique pleniſſima ratio! Nonne mortales amœniſſimos hortos solius saltem voluptatis & recreationis causa sibi comparant? Annon propter solam obambulationem pretiosissimi in Hollandia horti constructi? Quidni liceret servitutes istiusmodi nostris acquirere prædiis, quæ ob hanc qualitatem pretium ejusdem augent?

§. XXIII.

§. XXIII. Majus mysterium sistit Ulpianus in *l.* 15. *§. ult. ff. de usufr.* ubi Dominus proprietatis, ne quidem consentiente usufructuario, fundo in usumfructum dato, servitutem imponere potest. Rationem hujus decisionis in eo construunt, quod servitutis impositio sit species alienationis *l. ult. C. de reb alien. non alien.* usufructuarius autem, cum nec alienare, ita nec alienanti consentire possit. *l.* 156. *de R. I.* Quæ ratio, cum quilibet de re sua disponere, ipseque usufructuarius conditionem suam, si vult, deteriorem reddere possit, insuperque nemo hic lædatur, (volenti enim non fit injuria,) rem non ferit, & prorsus in casu supposito inepta est; Imo usumfructum alienare nullibi fructuario injure prohibitum, quin potius eidem nominatim concessum est. §. 1. *J. de Usu & Habit.* *l.* 67 *ff. de Usufr.* Neque Struviana ratio *exerc.* 12. *th.* 21. allata, (scilicet usufructuarium non posse imponere servitutem, quia non sit dominus, nec posse eum per suum consensum Jus proprietarii diminutum facere integrum, usufructu remanente,) aut veritatem aut rem tangit. Verum quidem est, quod ad servitutis impositionem, si quis solus imponere velit servitutem, plena proprietas requiratur; sed cum usufructuarius hic consentiat, nullum in firmitate concessæ hujus servitutis dubium, nullus hærere potest scrupulus. Lubricum autem & plane falsum est, quod Usufructuarius consentiendo in servitutis impositionem plenam domino proprietatem concedat; nihil enim Usufructuarius hoc modo Domino impertit, sed tantum in impositionem servitutis consentit. Neque conciliatio Illustris *Huberi*, quando legit, *non nisi consentiente*, quadrat; id quod collatio legum sequentium satis innuit, ubi Ulpianus in *l.* 17. *pr.* ait, tantum religionis favore constitutum, ut, consentiente fructuario, liceat domino locum religiosum facere; Ergo in aliis casibus capitibusque consensus Usufructuarii nihil operabitur. Recte hic monet *Brunnem. ad h. l.*: credamus ergo, interdum JCtos spinosiores habuisse rationes. Et si talis casus contingeret, dubitari

l. 15. *§. l. ff. de Usufr.*

poteſt, an juxta hanc legem ſpinoſam, ob rationem impervestigabilem & procul dubio ſcrupuloſiorem, reſponderi debeat?

Servitutes in faciendo conſiſtentes ſubſiſtunt.

§. XXIV. Ulterius ſervitutum non ea natura eſſe cenſetur, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amœniorem proſpectum præſtet, aut in ſuo pingat, ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat *L. 15. §. 1. ff. de ſervit. L. 6. §. 2. ff. ſi ſerv. vindic.* Verum & hoc ad inanes ſubtilitates referri debet. Si poſſeſſori prædii ſervientis obligatio ad patiendum & non faciendum imponi, eaque ad omnes futuros poſſeſſores transmitti poteſt; etiam obligationem ad faciendum eadem ratione conſtituere licet. Nam quæ transmiſſionis ratio quoad illam allegari poteſt, eadem quoque quoad hanc obtinet. Tranſit nimirum obligatio in futuros poſſeſſores, quia hi rem ſine onere comparare non poſſunt, adeoque hanc comparando in onus illud conſentiunt. Moribus itaque noſtris ſervitutes in faciendo conſiſtentes, conſtitui poſſunt. Sic dantur furni & molendina bannalia, in quibus vicini aliquid facere, panem ſc. coquere & molere tenentur. Illa autem jura bannaria cum ſervitutibus convenire cenſet *Stryck in U. M. ff. lib. 8. t. 1.* Neque vero hujus rei ratio ſpecialis eſt, quaſi non cum perſonis ſingularibus, ſed integra univerſitate, quæ non moriatur, pacta ineantur, quæ adeo futura etiam univerſitatis membra obligent. Nam transmiſſa obligationis cauſa non alia eſt, quam quod ſucceſſores in onus, quod deprecari nequeunt, conſentiant, quæ ratio in ſingularibus etiam prædiorum poſſeſſoribus obtinet. Non minus ruſtici operas ſuas prædio vicini præſtare tenentur, quo ipſo ſervitus in faciendo conſiſtens iterum apparet, cujus etiam nulla ſpecialis eſt ratio, quaſi non perſona, ſed prædium ſerviat, **das Gut ſey Dienſtpflichtig.** Nam qua facilitate id hoc caſu aſſeritur, eadem in omnibus illud aſſeri poteſt. Deinde falſum eſt, quod obligetur prædium, obligatio afficit perſonas, ſed cum reſpectu ad prædium. Cum vero in hoc exem-

exemplo obligatio transmissibilis consensu hominum effici queat, idem in aliis quoque fieri poterit. *Dn. Tit. in jur. Rom. Germ. lib. 3. c. 13. §. 16. 17. 18.*

§. XXV. Usumfructum, velut servitutem personalem, morte fructuarii extingui, & leges & Doctores in unum omnes testantur. Personalia enim meris personæ terminis includuntur, & adeo demtâ personâ exspirant: repugnat huic, eique adversatur constitutio Justiniani in *l. f. C. de Usufr.* quando ususfructus servo vel filio relictus, mortuo servo vel filio, apud patrem vel dominum usque ad mortem eorum remanet. Ratio Justiniani, quod ususfructus ejusmodi domino vel patri acquisitus sit, mysterium est. Habet pater, habet Dominus, quam diu filius servusque vivunt, usumfructum. Quod vero, his per mortem sublatis, ususfructus in persona patris Dominique subsistere & continuare debeat, a naturâ servitutis & voluntate testatoris, siquidem is filio servoque, non patri aut domino hunc concessit, prorsus alienum est; neque etiam vel pater vel dominus plus juris ab hisce personis acquirere possunt, quam ipsæ habuerunt. Quod vero duæ hic servitutes videantur relictæ, prout vult *Donellus l. 10. c. 17.* divinatorium est.

An Usufructus filio concessus, hoc mortuo, in persona patris duret?

§. XXVI. Neque fructuarium fundo fructuario, neque socium rei communi servitutem acquirere posse *l. 5. l. 6. §. 1. l. 8. ff. comm prad. l 34 ff. de S. P. R.* evidenter satis commonstrant. Verum & hic mysterium aliquod subesse, nullus ambigo. Certum quidem est, quod nec fructuarius nec socius Domino vel socio facto suo præjudicium inferre queant; ast hic non de præjudicio, sed commodo, non de damno, sed emolumento res & quæstio est, nihilque impedit, quin potius laudabile, & rationibus juris convenientissimum est, si alterius conditionem reddamus meliorem, præsertim ubi alterius maximopere interest. § 20. *J. de Inutil. Stip. l. 118. §. ult. ff. de V. O.* Si licet hoc superficiario & vasallo, quare non socio? Si licet hoc alibi, quare non hic? Quod autem individua

An Usufructuarius vel socius servitutem acquirere possint?

vidua servitutis sit natura, uti docet *Alciat. in Repert. l.* 1 §. *sed mihi* 26 *ff. de V. O.* & quod hoc in casu adjectio socii stipulationem vitiet, quia quando mihi & socio stipulor, non potest mihi competere servitus, ut non socio etiam competat; nimiam forte subtilitatem spirat.

An Usufructus in aream remaneat?

§. XXVII. Usumfructum, domo collapsa, in aream non remanere, constat ex *l.* 5. § *p. l.* 10. §. 1. *ff. Quib. mod. usufr. amitt.* § 4. *J. de Usufr.* Quia sublata superficie, dum ædes amplius non sunt, aut nominantur, forma rei mutata intelligitur, ideoque nec areæ, quæ adhuc supereſt, licet pars ædium fuerit *l.* 21. *de Pign. act. l.* 98. *in f. de Solut.* ususfructus debetur. Et quidem ita extinguitur ususfructus, ut ne quidem, ædibus restitutis, redintegretur *l.* 10. §. 7. *ff. Quib. mod. Usufr. amittatur l.* 36. *ff. de Usufr. Struv. Exerc.* 12. *th.* 35. ne diu inutilis maneat proprietas, & quia alia domus facta. Cum vero in servitutibus realibus aliud prorsus teneat, juxta legem 20. § 1 *ff. de Serv. P. U.* Ibi enim, exstructo rursus ædificio, servitus prædialis restituitur *d. l.* 20. §. 1. *l.* 32. *l.* 33. *de S. U. P.* ita nulla differentiæ hujus solida ratio dari potest, quin potius, cum jam adsit ædificium, pristina merito servitus reviviscere debebat.

An in vestimentis verus consistat usufr.

§. XXVIII. Vestimentorum quidem verus, non quasi ususfructus est; siquidem quasi ususfructus in rebus fungibilibus, quæ usu consumuntur aut minuuntur, consistit, at vero vestimenta perinde sicut ædificia, ferrum, metalla usu non minuuntur, sed teruntur. Patet hoc ex *L.* 15. §. 4. *ff. de Usufr.* ubi fructuarius vestis, si non ut quantitas ei legata sit, sed ut corpus, ea abuti non potest, qualis abusus frustra adjiceretur, si vestis esset quasi ususfructus, nam hic in abutendo consistit. Sic in *L.* 9. §. 3 *ff. Usufr. quemad. cav.* diserte dicitur, fructuarium finito usufructu vestem attritam reddendo liberari, cum tamen ex natura quasi usufructus tantundem restituere deberet. Si ulterius vestis usu consumitur vel minuitur, i. e. si ejus usus in consumtione & abusu consistit, sequitur, quod eo momento, quo tota veste utimur

totam

totam quoque consumere debeamus, nam in quasi usufructu usus rei in abusu seu consumtione, uti diximus, consistit, ergo usus totius esset totius absumtio *L.5. §.1 L.2. de Usufr. ear. rer. quæ usu consum.* Sic vestimentũ potest locari & comodari *§. pen. inst. loc.* quod falsum esset, si res esset fungibilis, quantitas enim nec locari, nec commodato dari potest *L.3. §. f. L.4. L.5. §.10. ff. comm.* Et quæ alia sunt argumenta, quibus Doctores quæstiunculam hanc valde sterilem exornare solent. Sed quis tam stolidus insulsusque erit & vestimenta in usumfructum dabit, ubi finito per mortem fructuarii usufructu attritum nullique amplius usui futurum recipiet vestimentum. Unde Tribonianus in *§.2. J. de Usufr.* vestimenta æstimato data ad quasi usumfructum non immerito refert.

De pignore à non Domino constituto.

§. XXIX. Paulus quidem in *L. 41. ff. de pign act.* negat pignus convalescere, si non domino, olim illud constituenti, succedat verus dominus. Verum uti contraria sententia meritò placuit Modestino in *L. 22. ff. de pign.* Ita Paulum in applicatione juris constituti errasse, satis manifestum videtur; nam in casu allato & dominium & consensus domini in pignus adest, ex quibus requisitis hujus valor omnino dependet.

An possessio præcise apprehendi debeat.

§. XXX. De jure Romano quidem possessio ipso jure in heredem non transit, sed hanc de novo apprehendere debet, quoniam ea solum ad heredes transeunt, quæ juris sunt, possessio autem facti esse dicitur, & sic non transit, nisi naturaliter comprehensa, id est apprehensa *L. 23. pr. ff. de acquir. vel. amitt. poss.* Quæ sententia, utut in Germania plerumque recepta sit, fundamento omni caret. Cum enim hæres defuncti personam repræsentet, & in ejus jura jure optimo succedat, &, quamvis hæc fictio juris Romani sit, hæres & defunctus pro una persona habeantur; nulla sane solida ratio dari potest, quare hæres non ipso jure citra omnem apprehensionem defuncti patrimonium obtineat. Quod in Gallia, Italia & Hispania juxta Gallorum dicterium, Le mort saisit

saisit le vif, id est defunctus viventem possessorem facit, certissimum, & non immerito receptum est.

An judici illegitime procedenti possit resisti.

§. XXXI. Notum quidem est, quod pro defendenda possessione magistratui aut judici sine causæ cognitione, aut alias illegitime procedenti privata autoritate resistere liceat *L. 5. C. de jur. fisc. L. 5 C. de execut.* Verum hanc sententiam periculosam, multis turbis obnoxiam, & consequenter non tolerandam esse, vel inde constat, quoniam magistratus est Dei ordinatio, cui resistere non licet, etiamsi injustum quid decernat & exequatur. *Paulus ad Rom XIII. 1. Pet. II. Psal XIII. & seq. l. 2 ff. de just. & Jur. l. 29. § 7. ff. ad L. Aquil.* Quin potius injustitia hæc aut patienter ferenda, aut apud superiorem judicem accusanda & ab eo corrigenda est. *L. 176. ff. de R. I. L. extat. 13. ff. Quod. met. caus.* In quem finem actio injuriarum *L. 32. ff. de injur.* item ex *L. Aquil. L. 12. & 13 ff. de pericul. & comm. rei vend.* contra magistratum intentari, aut ejus sententia ejusque executio injusta & nulla, per appellationem, nullitatis querelam & similia juris remedia suspendi & corrigi potest, imo debet *L. 11. ff. de appell. t. t. ff. de sent. quæ sine appell. resc. t. t. C. de pœn. jud. qui male jud. pr. Inst. de oblig. quæ quasi ex del. nasc.* Nullibi autem in jure legimus scriptum, quod magistratui, sine causa aut alias illegitime procedenti privata autoritate resistere liceat, quin potius magistratus propter publicam, qua pollet, autoritatem jus dixisse dicitur, etsi inique quid decernit *L. p. ff. de just. & jur.* Et unde certo & liquido constabit, magistratum vel judicem illegitime processisse? Siquidem judici notoria esse potest injustitia possessoris, ut nulla causæ cognitione aut processu opus sit; aut latere potest causa, quæ judicem ad ejusmodi processum, qui vel possessori aut aliis illegitimus videtur, commoverit. Si autem possessori ex illegitimo & injusto processu magnum & per judicem superiorem irreparabile damnum immineat; privata ista resistentia veniam aliquando meretur, propter extremam neces-

necessitatem, quæ licitum facit, quod alioquin prohibitum. *C. 4. X. de R. I.*

§. XXXII. Quoad possessionem singulare Juris mysterium obvenit: notum scil. est, conductores rem conductam locatoris saltem nomine detinere, & ne naturaliter quidem possidere. *vid. §. 5. J. de Interd. l. 21. §. ult. l. 30. §. 6. l. 37. ff. de Acquir. Possess.* quæ sanctio in se suspecta, & à veritate rei, ipsisque sanctioribus Naturæ decretis aliena est. Largiri facile possumus, quod conductor non ceu dominus, id est animo sibi habendi rem teneat aut possideat; detinet tamen hanc rem animo & affectione sibi habendi usus gratia, cujus intuitu emphyteuta, superficiarius, usufructuarius, & is, qui rem precario rogavit, naturaliter possident, illisque remedia possessoria dantur *l. 17. ff. de Precar. l. 1. §. 9 ff. l. 3. §. 13. ff. de Vi & Vi Armat.* Quicquid igitur in hisce personis juris, idem in conductore merito statuendum erat, præsertim cum is, detinendo rem conductam (id quod in commodato pariter accidit) animo sibi usus gratia habendi, revera possideat, in quo indoles possessionis consistit *l. 1. pr. & §. 3. ff. de Acq. Poss.* Si precario rem habens eandem revocanti pro lubitu restituere obstrictus, uti diximus, possidet; quidni conductor, qui ad multos rem locavit annos, possidebit? Quæstio autem ista, utrum aliquis possideat, nec ne? facti, non juris est, dicente Paulo in *l. 1. § 3. ff. de Acq. Possess.* ideoque non à determinatione Juris Civilis, sed ab ipso facto detentionis, cum animo sibi habendi, dependet. Verùm cum, stante hoc principio, locatoribus vis expellendi conductores, cedere nolentes, competat, refragantibus plane naturæ præceptis, vid. *l. 15. C. Loc. Cond.* conductores autem huic violentæ expulsioni resistere possint, indeque tumultibus ac cædibus occasio præbeatur, imo, cum conductores, forte superati, & cedere coacti, flebilem actionem ad interesse, quæ, computatis impensis,

An conductor possideat?

sæpius ad nihilum redigitur, arripere debeant, *l.*25. §.1 *ff l.*13. §.8. *l.*32 *l.*33. *ff. loc. Cond.* facile inde constabit, quantâ hâc in parte iniquitate jus Romanum laboret.

An cicatricum & deformitatis ratio habenda?

§. XXXIII. In materia de damno, quod illatum fuit, resarciendo, hoc durum, & mysterium Juris videbatur, quod cicatricum aut deformitatis nulla habeatur ratio. Neq; ferit rem aut rationem, quòd liberum corpus nullam recipiat æstimationem, prout philosophatur Cajus in *l. ult. ff. de his qui effud. vel dejecerint.* Verum quidem est, quod liber homo aut taxari, aut æstimari, aut vendi, aut de eo, quemadmodum in rebus hoc contingit, disponi non possit; Ast hic corpus non æstimatur, sed damnum, per cicatrices & deformitatem alterius culpa causatum, taxatur, quod nihil iniqui in se continet. Cùm enim deformitas corporis & cicatricis in muneribus & honoribus suscipiendis, inprimis vero sexui fœmineo in contrahendo matrimonio notabile damnum conciliet, (quis enim, cæteris paribus, vel cœcam, vel in facie prorsus corruptam, laceratam, & plane deformatam virginem facile in matrimonium ducet? siquidem pulchra formosaque facies virginibus sæpe instar optimæ dotis est,) inde putem, hoc damnum utique reparandum esse, quemadmodum etiam in innuptis puellis hoc dogma limitat *Matth. de Crim. ad lib.*47 *ff. tit.*3. *c.*3. *num* 4. Harum equidem facies fœdata æstimatur, cum ampliore dote opus habeant. *Gomez l.*3. *Resol. c.*6. *num.*12. *Farinac. qu.* 119. *n.* 119.

Pro-

Problema IX.

De NÆVIS QUIBUSDAM CIRCA MATERIAM TESTAMENTARIAM.

§. I.

Testamenta Rempubl. litibus implent.

Magnum Jurisprudentia Romana locum occupat in testamentis & ultimis elogiis recte explicandis, & si ulla, certè hæc materia infinitis legum & casuum plaustris, quin & spinosissimis & vix dabilibus decisionibus repleta est; quod non potest non genuinam & Reipubl. adaptatam Jurisprudentiam graviter vulnerare, & miserorum civium facultates prorsus exhaurire. Non inique dixit, qui dixit, materiam de successione testamentaria esse difficillimam & confusissimam, ac si in ulla juris doctrinâ, sane in hac de quæstionibus testamentariis esse jus incertissimum, ac communibus opinionibus contra communes refertum. Refert *Raphael Cumanus*, se ex *Baldo* audivisse, quod ex sola substitutionum materia quindecim millia ducatorum lucratus fuerit. Multitudo legum multitudo litium est; multitudo litium verò promtissimum Reipubl. interitum involvit. Quemadmodum ubi pharmaca & medici multi sunt, ibi multi reperiuntur ægri: ita ubi leges & magistratus sunt plurimi, (quod tamen cum pace veniaque bonorum sit dictum) ibi injustitiæ & nequitiæ plurimum invenitur. Scripsit *Plato*, certissimum corruptæ Reipubl. signum esse, si multi in ea sint & judices & medici. Spectat huc effatum *Isocratis*, optimas esse leges, quæ lites quam pauciſſimas producunt. Potest equidem absque testamentis Respubl. commodissime subsistere, nec salus Romæ aut Reipubl. periclitatur, si nulla fuerint condita testamenta; quin nec leges Mosaicæ, nec

antiquissimi Germani successionem ex testamento, aut testamentum aliquod agnoscunt. De Germanis pristinis *Tacitus* sequentia refert verba *in tr. de Mor. Germ.* De bonis testari non licebat, sed, si liberi extarent, ad intestati patris hæreditatem admittebantur, sin minus, proximiores propinqui. De Gallia pereleganter ait *Hottomannus in Anti-Tribon. c.* 6. sub verbis: utut autem sit, haud difficulter omnes fatebuntur, in maxima regni hujus parte nec libertatem, nec solennitatem testamenta faciendi ac constituendi de bonis suis per ultimam voluntatem esse receptam: quin obtinet, ut, defuncto aliquo, bona ipsius ad eum redeant, ad quem jure Naturali pertinent. Est ea res tum juri Divino ac Naturali æquitati conveniens, tum aptissima præscindendis controversiis & litibus. Quandoquidem omnes pragmatici fatentur, quod materia testamentaria fons & nutricula sit maximæ litium partis captionumque, quæ istic fiunt, ubi jus Civile viget. Imo variis variorum locorum statutis libertas testandi vel plane sublata, vel valde restricta fuit. Sic jure Lubecensi pariter & Hamburgensi de bonis, per hæreditatem quæsitis, nulla dispositio testamentaria valet, sed hæc præcise proximis cognatis relinquenda, etiamsi multa millia thalerorum contineat hæreditas. vid. *Jus Lubec. lib.* 1. *t.* 10. *art.* 6. Quod & jure Saxonico obtinuisse constat *ex Spec. Sax. lib.* 1. *art.* 52. & idem adhuc in Holsatia juris esse, collatis aliorum locorum placitis, ostendit *Giesebertus in Per. Stat. Harm. p.* 2. *art.* 33. Fuit itaque sine lite Germania, quamdiu testamenta, tanquam fomitem litium & pomum quoddam eridis, ignoravit; felix adeo fuit, quia sine lite fuit. Incommoda testamentorum prolixius exhibent *Bernh. Argentræus in comment. in consuet. Britann. ad rubr. tit.* 22. *p.* 1902. *Boer ad consuet. Bitur.* §. 4. *t. de Testam.*

Modus testandi coarctari potest.

§. II. Verum, sint testamenta, sint ultimæ voluntates, sæpius ad ostentationem & superstitionem tendentes, piæ, æquæ, & rationi conformes, sit liber stylus, vox, & jus testatoris

toris secundum *l.* 1. *C. de SS. Eccles.* Dolendum tamen est, quod tam inutili legum circa hanc materiam farragine laboremus, cum tota hæc res ex claris, perspicuis & limpidis fontibus derivari possit. Videamus autem defectus aliquot, tum circa externa i. e. solennitates, tum circa interna testamentorum capita obvenientes. Et quidem cum tota testatoris intentio in eo consistat, ut is de bonis suis, & ad quem hæc per mortem devolvenda sint, disponat; non operose adeo laborandum erat, quomodo, qualiterve hoc fiat, modo id, quod vult testator, probetur aut per duos tresve testes, aut si judici hæc voluntas quâcunque ratione exposita, aut si eadem in scriptis declarata fuerit. Intelligunt hanc thesin rustici, intelligunt haud periti; interea innumeræ, quæ heic de testium numero & qualitate, de testamentis publicis & privatis oriri solent, controversiæ sponte cessabunt. Si licet hoc in testamento militis, in testamento patris inter liberos, in testamentis privilegiatis; quare non in aliis? Si licet in uno; quare non in omnibus? Si licet hoc in contractibus & aliis transferendi rerum dominia modis; quare non in testamentis? Vanum est, & certe injustum, de testium habilitate, rogatione, subscriptione, eorumque sigillis disputare velle, ubi de expressa enixaque testatoris voluntate apertissime constat. Referri huc meretur elegans *Scævolæ* responsum in *l.* 88. §. *ult. ff. de leg.* 2. Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito, rationem animi potius secutus, quam nimiam miseramque diligentiam, &, si minus aliquid legitimè minusve peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Neque obstat, si regeras, fraudes, in ultimis voluntatibus occurrentes, omni modo esse præscindendas. Respondeo: verum quidem hoc est; sed quare in aliis testamentis, quin & negotiis gravioribus duo tresve sufficiunt testes? Imo si fidem ex genere humano demere velis; septem isti testes æque fallere possunt, ac duo aut tres. Tutius igitur, & rationi convenientius est,

ut in puriſſimis juris Naturæ & Divini principiis, qualia circa hanc materiam jus Canonicum, Longobardicum, Saxonicum, Lubecenſe, Ditmarſicum paſſim ſequuntur, ſubſiſtamus, & ita litibus repagulum opponamus. Conf. *c.* 10. *& 11. X. de Teſtam. Jus Lubec. l. 2. t. 1. a. 2. Jus Ditmarſ. art.* 26.

An quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poſſit?

§. III. Interna teſtamentorum capita multis difficultatibus, multis pariter ſubtilitatibus laborant. Fundamentum teſtamenti in teſtatoris arbitrio conſiſtit: lex XII. tabul. puriſſimam ſuppeditat regulam: uti quisque legaſſet, ita jus eſto. Si igitur tota teſtamentorum vis liberrimam de rebus noſtris diſponendi facultatem involvit; perinde ſane eſt, ſi quis ſive pro parte, ſive in totum hæredem inſtituat. Neque ulla, quæ hoc impedit, ratio dari poteſt: quod enim quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere non poſſit, ſecundum *l. 7. ff. de R. I.* & quod cauſa teſtati trahat ad ſe cauſam inteſtati, cum teſtamentum diſpoſitio univerſalis ſit, quæ de parte bonorum fieri nequit, & quòd proviſio hominis faciat ceſſare proviſionem legis, quodque naturalis aliqua heic intercedat pugna; certè hæc a veritate naturali, pleniſſimoque, quod in res noſtras competit, arbitrio, prorſus recedunt, myſterium quoddam in ſe continent, & cum alia puriori juris regula, quòd voluntas teſtatoris pro lege habenda ſit, e diametro pugnant: quin non alia imperiti cujusdam hac in re teſtatoris voluntas eſt, quam quod partem aſſignatam hæres, reliqua agnati, ſeu alii ab inteſtato ſucceſſuri habere debeant; imo hic obtrudunt defuncto univerſalem, quem ipſe nunquam pro tali agnovit, heredem. Si militi hoc licet, vid. *l. 6. & 7. ff. de Teſt. Mil.*; quare non pagano? Si de parte bonorum codicillos condere licet, quare non etiam teſtamenta? inter hæc enim nulla, niſi ſolennitatis, intercedit differentia. Equidem quod naturalis aliqua pugna ſit, quodque quis pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere non poſſit, verum quidem eſt, ſi de tota hæreditate id ſumas; ſed ceſſabit hæc contradictio, quando quis in aliquâ par-

parte bonorum heredem instituit, in reliquis autem nihil testetur, tum quidem testatus & intestatus simul decedit, sed non quoad eandem partem, adeoque hic nulla subnascitur pugna. Neque lapidem movet, aut scrupulum concitat, quod heres debeat repræsentare defunctum uno & simplici, non diverso successionis genere, adeoque vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato, quæ repræsentatio sicut est totius personæ, ita etiam totalis & uniformis esse debet. Quemadmodum enim defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet repræsentari per heredes diversi generis partim ex testamento, partim ab intestato; & quisquis heres est, debet in totum subire locum & vicem defuncti, illumque repræsentare uno ac simplici successionis genere. In summa: uti nemo potest partim existere, partim non; ita nec heredes tales esse possunt. Quæ philosophia sane mira mysteriique pleniſſima est, & in alia puriora, uti diximus, veræ Jurisprudentiæ principia notorie impingit. Et qualis inepta heic præsumitur aut fingitur pugna? Nihil sane interest, utrum quis duos heredes ex eodem testamento, vel ab intestato, an unum ex dimidia parte bonorum ex testamento, alterum ex altera dimidiâ bonorum ab intestato habeat; utroque enim modo quilibet heres pro eâ parte, qua heres est, personam defuncti active & passive sustinet. Imo ipsum jus Romanum, quod inanem hoc in passu subtilitatem spirat, teste *Brunn ad l. 2. C. de Milit Testam.* casus sistit, ubi quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedit. Sic si filius contra duos heredes querelam inofficiosi testamenti instituat, unumque vincat, ab altero verò superetur, defunctus pro parte testatus, pro parte intestatus decedit *l* 15. §. 2. *ff. de Inoff. Testam.* Sic si frater plures heredes instituerit, & illorum unus sit turpis persona; tunc, cæteris fratribus exclusis, non contra omnes heredes, sed adversus turpem personam, & quoad illius personam querela datur *l.* 24. *ff. de Inoff. Test.* Imo, si totum testamentum per querelam impugnetur, sola saltem in-

institutio corruit, cæteris capitibus salvis manentibus. Ex hoc autem capite, & ne quis pro parte intestatus decedat, resultat famosum istud accrescendi jus, quod sane contra voluntatem testatoris militat, siquidem is ne verbum quidem de hoc jure dispositit, sed potius agnatis, quam extraneis in parte institutis, secundum modo dicta, ea, de quibus non fuit testatus, relinquere velle præsumitur. In tantum tamque rigide huic insistunt juri, ut asserant, testatorem jus accrescendi ne quidem prohibere posse, sed, quod hæc accretio alteri fiat testatore invito *l. un.* §. 10. *C. de Cad. Toll.* Imo ipse heres invitus deficientis portionem acceptare teneatur. *l.* 53. §. 1 *ff. de Acquir. Hered.* Ast quo juris & æquitatis colore excusari, nedum defendi potest, quod contra apertissimam testatoris mentem & voluntatem heredi aut portionem deficientem tribuamus, aut heredi, hanc non desideranti, obtrudamus, & ita legitimis, quibus eandem testator assignaverat, heredibus subtrahamus? Conf. *Illust. Dn. Stryck in tr. de Caut. Test. cap.* 1. §. 14. 15.

An quis ad certũ diem vel annum heres instituí possit?

§. IV. Quod ad certum diem aut annum hæres non, sed, detractâ temporis mentione, ad diem aut annum scriptus, perpetuo sit heres, apertissime demonstrat decantatissima *l.* 34. *ff. de Her. Inst.* Rationem si inquiras, hanc habebis, quod, herede ad tempus admisso, defunctus postea intestatus foret. Quam vero a vero, & ab omni dispositionis natura & indole hæc ipsa recedat dispositio, quis non videt? Si in aliis passim negotiis, contractibus, & dispositionibus rerum dominia ad annum, aut quodcunque aliud tempus transferre, eo autem absoluto revocare licet; quare nec idem in testamentis procedere posset? Imo ex singulari quadam subtilitate, contra manifestam testatoris mentem, alteri obtruditur hæreditas, & hæredi ab intestato, cui elapso anno debebatur, illa auferetur; id quod in alia & æquiora juris principia impingit, dum, quod nostrum est, & esse debet, sine facto nostro auferri nequit *l.* 11. *ff. de R. I.*

§. V.

§. V. Cum verò, uti diximus, voluntas testatoris pro lege habenda sit, nihil sane interest, utrum testator hæredem certum habuerit, an non, sed, si quocunque titulo Cajo, Sempronio, Javoleno quid reliquerit, eaque voluntas probata fuerit, valebit, modo in his aliisque casibus legitima, veluti portio quædam naturalis, iis, quibus debetur, salva sit. Et inde operosa ista, quæ inter testamenta, legata, fideicommissa, codicillos intercedit differentia, & infinitis jurgiis occasionem præbet, sponte corruit, neque creditores dubium aliquod obmovere possunt. Hi enim, ad quos bona hæreditaria devolvuntur, illis pro rata respondere tenentur, cum bona non intelligantur nisi deducto ære alieno; cavendum saltem erat, ut, facto legitimo inventario, id, quod quilibet accepit, rite designetur, bonaque creditoribus, si qui sunt, obligentur, præstita utrobivis sufficiente cautione. Quod si verò seu heredes seu legatarii illa, quæ ex supremo defuncti elogio habituri erant, respuant, ipsis sine dubio creditoribus jus apprehendendi & occupandi hereditatem, hærede destitutam, competet, adhibito judicis decreto.

An testator præcise heredem instituere debeat?

§. VI. Fœminas in testamento testimonium ferre non posse, ex §. 6. *J. de Test. Ordin.* constat. Ratio juris Romani satis plana est; cum enim testamenta in comitiis fierent, fœminæ ab his, velut actu & munere quodam publico arcebantur §. 2. *J. de R. I.* Reclamat sane huic juris Romani placito naturalis ratio, quæ circa voluntatem testatoris nihil amplius requirit, quam ut de eâ certo & liquido sive ex testimonio virorum sive fœminarum constet. Si fœminæ in aliis negotiis, longe gravioribus, testes esse possunt, si in ipsis quoque codicillis admittuntur; quare non in testamento?

An fœminæ possint esse testes in testamento?

§. VII. Quod pater, & qui in ejus potestate est, non possint testes esse in testamento, quod filius & frater de bonis castrensibus faciunt, & in quo heredem extraneum instituunt, quemadmodum præcipit Imperator in §. 10. *J. de Test. Ord.* mysterium certe est. Cum enim vinculum istud, quod

An pater in testamento filii de bonis castrensibus testantis testis esse possit?

patrem inter & filium intercedit, heic plane sublatum, filiusque de hoc peculio plenissime disponere possit; nulla solida, quæ hoc impediat, ratio adest.

An legatarii testes esse possint?

§. VIII. Legatariorum quidem testimonium ideo, quia non sunt juris successores, in testamento non repellitur; quæ ratio tamen, cum legatarii in particulare defuncti jus succedunt *l. 6. ff. de Exc.* & simul in propria causa testimonium perhibent, prorsus suspecta, & mysterium quoddam juris est.

An prodigi & filiifam. testamentū condere possint?

§. IX. Quod prodigi, quibus bonis interdictum, quod obsides, quod filii familias, ne quidem permittente patre, testamentum condere possint. vid. *pr. instit. quib. non est permiss. test. facer. l. 6. pr. ff. qui test. fac. poss.* mirum certe, mysteriumque aliquod est. Equidem, quod filiosfamilias concernit, cum illi, approbante ita patre, mortis causa donare possint. *l. 25. §. 1. ff. de Mort. Causa Don.* quid impediret, quo minus sub hâc conditione testari possent? cum donationes istiusmodi per omnia ultimis voluntatibus comparentur. *§ 1. J. de Donat. l ult. C. de Mort. Causa Donat.* Testamenta quidem juris Publici esse dicuntur, censenturque; sed hoc de solennitatibus, non ipsâ testandi facultate subintelligendum. Eâdem ex ratione a ratione alienum est, quod filiusfam. de propriis suis bonis, nimirum peculio adventitio, salvo patri usufructu, testari non possit *pr. J. quib. mod. Test. infir. l. p. C. qui Test. fac possunt. Reusn. de Test. p. 1. c. 28. n. 19.* nec valet testamentum filiifam. licet sui juris factus decesserit *l. 19. ff. qui Test. fac. poss.* secus in codicillo *l. 1. § 1 de Leg. 1.* ideoque si filiusfam. testetur cum clausula codicillari, *Brunnem.* putat, valere id, si sui juris moriatur, licet dissentiat *Zepperus de Codic. c. 5. n. 28.*

L. 16. ff. de Cond. Inst.

§. X. Institutio ista, quam refert Marcianus in *l. 16. ff. de Cond. Instit.* Si Titius heres erit, Sejus heres esto, si Sejus heres erit, Titius heres esto, pro obscurâ, perplexa, imo mysterio quodam habetur. Julianus institutionem hanc inutilem esse statuit, quia conditio existere non posset. Ast vero hanc

hanc institutionem non scrupulosam esse, vel ideo constat, quoniam & Titius & Sejus sub hac expressa conditione, si uterque hereditatem agnoverit, instituti. Si igitur ambo hæreditatem agnoscunt, atque ita conditioni satisfaciunt, institutio vim suam habet, & uterque heres est; sin autem unus nolit, deficit conditio, sub quâ alter institutus erat. Neque impedit, quod conditio effectum dispositionis præcedere nequeat. *Menoch. l. 4 præs. 16. n. 33. Reusn. de Test. p. 6. c. 11. n. 4.* postquam certum est, in testamenti ordinatione solam testatoris voluntatem, non ordinem scripturæ spectari §. 34. *J. de Legat. l. 24. C. de Test.* adeoque talis præposteratio aut verborum prælatio voluntati testatoris, modo de hâc liquido constet, nullum infert præjudicium. Conf. *Dn. Thomas.* in Ausübung der Vernunfft-Lehre *c. 3. num* 78.

An pater in substitutione pupillari matrẽ præterire posit?

§. XI. A pietate valde alienum est, quod pater vi patriæ potestatis in substitutione pupillari extraneum instituere, uxorem autem suam, nimirum impuberis filii matrem, præterire, & ita hanc filii sui legitima privare possit *l. 8 §. 5. ff. de Inoff. Test. l. 9. C. de Impub & al. subst.* Ratio sane ista, quâ JCtus utitur, quod nimirum non filius, sed pater hoc testamentum fecerit, prorsus claudicat, & mysterii indolem sapit. Nam revera hocce testamentum non patris, sed filii est: pater namque non pro se, sed pro filio, & super bonis filii testamentum condit §. 2. *J. de Pup. Subst.* verbis, tanquam filius sibi heredem instituisset: & cum filii nomine, uti revera hic contingit, testamentum facit, pro merâ causa instrumentali reputandus erit. Unde rectius *Brunnem ad l. 8.* & quidem ita incedit: Sed quæstio est, quam dicti Dd. (*Carpzovius, Pistor, Covarruvias*) movent, an ad minimum tamen matri competat jus petendi legitimam ex bonis impuberis? Et hoc communiter negant Dd. sed puto, affirmantem sententiam esse veriorem & æquiorem, nam non est consequentia: mater est a querela exclusa, ergo etiam a legitima, hæc enim Jure Naturæ debetur, omneque a legitima gravamen abesse debet.

Dicit quidem *Carpzov. P.3. c.8. d.1.* absurdum esse, matri e bonis mariti legitimam deberi; sed respondeo maritus testatur in casum, si filius impubes moriatur, quo casu adveniente, omnino legitima jam matri debetur, & impubes ipse etiam vivo patre bona propria habere potest tum castrensia ex donatione Principis, tum adventitia ex ultimis voluntatibus, in quibus legitimam matri præscindere nimis durum foret. *Richt. dec.45. Pruckm. v.2. l.23. n.42.*

L.9. C. de Impub. & al. Subst.

§. XII. Eodem iniquitatis mysterio laborat, quando Justinianus parentibus, qui liberos mente captos, & ex iis nepotes vel neptes habent, unum, vel aliquem ex mente capti filii vel filiæ liberis sibi substituendi, & reliquos excludendi potestatem concedit, exclusâ inofficiosi testamenti querela *l.9. C. de Impub. & al. subst. verb. non liceat parenti, qui vel quæ testatur alios, quam ex eo descendentes* NB. *unum, vel certos vel omnes substituere.* Annon inter æquales æqualis ratio servanda? Annon præstat, parentes liberos suos, dempto, quod diffidentiam parit, discrimine, parili amore & beneficiis prosequi?

An res aliena legari valide possit?

§. XIII. Rem alienam a testatore, qui talem esse sciebat, legatam hæres aut comparare, aut, si id non potest, ejusdem æstimationem præstare debet, prout decidit Imperator in §.4. *J. de legat.* Verum hæc decisio tum naturæ dispositionis, quæ in aliena re frustra exercetur, expresse contrariatur, tum etiam in se plane dubia & divinatoria est. Nam ubi dixit testator, quod hæres hanc rem vel æstimationem præstare debeat? Hoc igitur cum non fecit, testator potius nihil egisse, quam in dubio heredem suum contra communem juris præsumtionem, quâ de in *l.34. §.5. l.67 §.8. ff. de leg.2.* gravare voluisse censendus. Rectius incedit Jus Can. *in c.4. X. de Test.* quod tale legatum pro nullo habet. Interim graviter errat Pontifex, quando putat, quod secundum jus Romanum res legata aliena invito domino aufferri possit. Permittit jus Romanum, ut testator etiam de re aliena disponere possit,

ut

ut heres inde obligetur, vel ad rem redimendam, vel ad æstimationem præstandam, non vero ut inde dominus invitus obstringatur ad rem suam derelinquendam vel vendendam.

§. XIV. Legata purè relicta, statim a tempore mortis testatoris cedunt, secus hoc reputatur in legatis conditionatis. Quamvis enim talis legatarius, cui sub conditione quid relictum, testatorem supervixerit, & legatum agnoverit; si tamen ante conditionis eventum decesserit, istud ad heredes non transmittit, secundum *l.* 4. 5. *l.* 21. *pr. ff. quando dies leg. vel fideicomm l. un.* §. 7. *C. de Caduc. Tollend. Gail.* 2. *obs.* 132. *Ricc. collect. d.* 359. Verùm dispositio hæc naturam conditionis evertit, siquidem per agnitionem legati hujus, utut sub conditione relicti, legatario jus perfectum, quamvis spe adhuc, est quæsitum, quam spem debitum iri, quamvis ante existentem conditionem moriatur, ad heredes transmittit *arg.* §. 4. *J. de V.O. l.* 57. *ff. eod.* conditio enim retrotrahitur ad tempus negotii celebrati, & ex eo tempore pro puro habetur *l.* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pign.* Si hoc in contractibus tenet, quare non in testamentis? Est quidem favor heredis; sed quare non etiam legatariorum? qui itidem quod habent, a testatore habent.

An legatū conditionale ad heredes transmittatur.

§. XV. Quod causa, quæ testatorem ad legandum commovit, utut evidenter falsa, legato non noceat secundum Justiniani decisum in § 3. *J. de Leg. l.* 17. § 1. *de Cond. & Demonst.* communi ratiocinationi, qua, cessante causa, cessat effectus, contrariatur. Ratio vero ista, qua pro coloranda hac decisione *Papinianus in l.* 72. § 6. *ff. de Cond. & Demonst.* utitur, quod nimirum causa legati legato non cohæreat, quoniam etiam sine hac subsistere potest *Carpz. p.* 3. *c.* 9. *d.* 20. inepta, & mysterium quoddam est; siquidem omnis legati vis & efficacia ex voluntate testatoris dependet. Quod si igitur apparet, hunc errore inductum esse; sane legatum subsistere nequit, cum errantis nulla sit voluntas, indeque *Papinianus* ibidem recte quidem subjicit: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, quod alias legaturus non fuisset; in eo tamen

An causa legati legato cohæreat?

à ge-

à genuina juris indole discedit, quod probationem negativæ heredi injungat, cum tamen hæc probatio, quod testator nihilominus legare voluerit, legatario ut petitori injungenda esset, cum nimirum heres illam præsumtionem, quod in dubio eum testator gravare noluerit, pro se habeat.

L. 4. ff. de Legat. 1.

§. XVI. Legavit testator suppellectilem, atque sub hâc denominatione vestem venire putavit, quæritur an debeatur? Negat Ulpianus in *l. 4. ff. de Leg. 1.* Rationem hanc habebis, quia rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Quæ vero ratio, cum hic de voluntate testatoris, vestem, quocunque etiam nomine hanc appellita verit, legare volentis, constet, certe inanis est. Vocabula sunt signa rerum, de quibus si constet, nihil interest, quo modo proferantur, modo id certum & indubitatum sit, quod per ea exprimitur §. 28. *J. de Leg. add. l. 69. §. 1. de Leg. 1.* Inspiciendus enim est, si de genuina interpretandi forma quæstio est, mos & consuetudo loquentis, prout is nimirum vocibus communiter uti solet. *l. 50. § f. ff. de Leg. 1. l. 75. de Leg 3 l. 96. de R. I.*

L. 38. §. 4. & l. 93. pr. de Leg. 3.

§. XVII. Legatum sub hâc expressâ lege relictum, ne ullo modo alienetur, per testamentum tamen transferri posse, quia hic nudum saltem præceptum adest, dum testator causam prohibitionis, quod sc. bona in familiâ manere deberent, non adjecit, tradit *Scævola in l. 38. §. 4 & l. 93. pr. ff. de Leg. 3.* Ast quis dubitaret hic mysterium aliquod subesse? Annon testamentum alienatio est? Annon testator rei suæ legem, quamcunque vult, (vult autem, ut res apud heredes ab intestato in infinitum successuros permanere debeat,) dicere potest? Annon nudum præceptum testatoris est voluntas? an igitur hanc excedere licet?

An duæ causæ lucrativæ in eundem hominem cadere possint?

§. XVIII. Mira est Imperatoris decisio in §. 6. *I. de leg.* sequentibus expressa verbis: sires aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: siquidem ex causa emtionis: ex testamento actione pretium consequi potest. Si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione,

tione, vel ex alia simili causa: agere non potest. Rationem hanc habebis; nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse: proinde si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si æstimationem, agere potest. Et hæc ultima pariter sententia tenet, si una quantitas v. gr. 1000. imperiales alicui sæpius in uno testamento relinquantur; hæc enim summa toties peti potest, quoties relicta *l.* 34. §. 3. *ff. de leg.* 1. cum quantitas multiplicari possit, non species: nisi tamen hæres probare possit, quod testator non bis legare, sed priorem duntaxat quantitatem repetere voluerit *L.* 12. *ff. de probat.* Prioris asserti hanc iterum rationem afferunt: quia quod semel meum est, amplius meum fieri non potest §. 10. *Inst. de legat.* §. 2. *Inst. de inut. stipul.* nec bona fides patitur, ut idem bis exigatur *L* 57. *ff. de R. I.* Quicquid tamen hujus rei sit, philosophia hæc justinianea plane non procedit. Quamvis enim quis speciem aut rem aliquam sive ex alio testamento sive ex donatione obtinuerit; nihil tamen a testatore posteriori, qui pariter ei beneficium conferre volebat, consecutus fuit Quare nihil obstat, quo minus legatarius pretium rei jam adeptæ, sibi vero legatæ, petere possit. Interea tamen notari debent illa, quæ in §. 13. de legata re aliena, & quod tale legatum merito nullius esse debeat momenti, diximus.

An Usufructu fundi legato proprietario fundi pariter legati in usu fructu concurrere debeat?

§. XIX. Quando testator uni fundum, non addito, detracto usufructu aut simili restrictione, alteri autem ejusdem fundi usumfructum legavit, secundum *l.* 19 *ff. de usufr. leg.* ambo concurrunt in usufructu. Quia fundi appellatio ex proprietate & usufructu consistit, quorum altero deficiente non dicitur fundus sed nuda proprietas vel nudus usufructus *L.* 58. *ff. de V. O.* Sed quam misera hic iterum exsurgit philosophia? Verum quidem est, quod fundus & proprietatem & usu-

usufructum sub se contineat; sed an ideo, cum testator utrumque separavit, & illi proprietatem, huic autem usumfructum legavit, hic aliquis in usufructu concursus a testatore præceptus est, aut intelligi potest? indeque recte dicit *Struv. Jurispr. Rom. Germ. L. 2. tit. 24. §. 7.* Cæterum si morum simplicitatem spectemus: Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi testator legaverit, ita contra apices ex benigna interpretatione testatoris voluntatem capiendam esse videtur, ut non alio proposito id feciſſe, quam ut alter nudam proprietatem habeat, alter vero plenum usumfructum: adeoque ipsum usumfructum a fundi proprietate separasse videatur.

An impossibilis conditio pro non scripta habeatur?

§. XX, Conditionem impossibilem, vel turpem aut derisoriam, salva nihilominus hæredis institutione, pro non scripta haberi *L. 9. L. 14. L. 27. ff. de conf. Inst. L. 3. ff. de cond. & dem.* docent. Sed quis sanæ mentis ridiculas istiusmodi conditiones v. gr. Titius heres erit, si cœlum digito tetigerit, si terra volitaverit per aerem, testamento suo adjiciet? Et proinde testator hic non animum testandi, sed vexandi habuisse censetur, & uti contractus hac ratione concepti corruunt; ita idem de testamentis dicendum. Quare *Simon van Leven in censura for. L. 3. c. 5. n. 25. & 26.* recte urget, moribus hodiernis conditionem per se impossibilem ipsam dispositionem vitiare, perindeque haberi, ac si ridicule & ludendi animo nihil disposuisset testator. Et idem de conditionibus contrariis, id est impossibilibus in non faciendo consistentibus v. gr. si mare non exhauseris, quæ institutiones quidem testamentum non vitiant, sed hereditas pure relicta censetur judicandum est. Quis enim mare exhaurire potest? & quis, cui rationale sinciput, de tali conditione cogitabit?

An heres Inventario non confecto ultra vires hereditarias teneatur?

§. XXI. Quod heres, qui absque beneficio inventarii hereditatem adiit, ultra vires hereditatis teneatur, durum certe, & à fontibus justi & æqui alienum est. Voluit heres aliquid lucrari, non vero ad id, quod non debebat, neque ullo vinculo solvere obstrictus erat, semet obligare. Sane rectis-

rectissime moribus Saxonicis plane ultra vires hereditarias non tenetur, quamvis simpliciter adierit, nullumque inventarium confecerit *Carpz. P. 3. C. 33 def. 8. Richter dec. 60 n 8. Struv. exerc. 24 th. 33. conf. Schilter exerc. 58 §. 51.* Idque adhuc antiquis Germaniæ moribus debetur, secundum quos heres adeundo hereditatem se non ulterius obligasse censetur, quam pro quantitate patrimonii, adeoque nec jus deliberandi nec beneficium inventarii hoc jure requiritur. *Schilter. cit. loc.* Quin etiam non immerito in aliis plerisque locis receptum est, ut heres, qui simpliciter adiit, quocunque tempore possit offerre juratam bonorum designationem, quæ iisdem gaudet effectibus, quibus inventarium. Designatio hæc jurata vel ideo hoc casu requiritur, ut de quantitate patrimonii constare possit, si heres solutionem debitorum declinet, & ita sæpe a facultate Francofurtana etiam quoad illa loca, ubi jus Civile viget, pronunciatum esse, docet *Brunnem. ad tit. C. de jur. deliber.*

De Regula Catonianâ.

§. XVIII. Regula Catoniana, qua cavetur, quod heredis institutio, vel legati relictio ab initio inutiliter facta, postea convalescere nequeat, quamvis in eum statum deveniat, ut valere possit, v. gr. si res legatarii propria legata, tempore mortis testatoris autem alienata est. *t. t. ff. de Reg. Caton. l. 29 ff de Reg. Jur.* fundamentum nullum tenet; sufficit enim hic voluntas testatoris, quæ omnem testamento valorem, vim & efficaciam dat, & quod illa exitum habere possit. Horsum recte inclinat Celsus in *l. 1. §. 2. ff. de Regul. Caton.*

De Codicillis.

§. XIX. Quod in codicillis, perinde uti in testamentis, hereditas dari non possit, mera juris Romani traditio, vid. *l. 10. ff de Jure Cod.* & Imp. Justin.; hoc prohibentis, ratio, ne sc. jus Testament. & Codic. confundatur, mysterium juris est. Quid enim, si hæc etiam confunderentur, interest? Quid opus est, quod entia præter necessitatem multiplicentur? & cur codicilli non eandem vim haberent ac testa-

 menta?

menta? cum tamen æque voluntatis noſtræ juſta ſint ſententia, quam ipſum teſtamentum, indeque etiam teſtamenti vicem exhibere dicuntur. *l.* 16. *ff. de Jur. Cod.* Quemadmodum autem quis pluribus codicillis, inter ſe non contrariis, decedere poteſt. §. *ult. J. de Cod.* ita nulla ſane cauſa adinvenienda, quo minus aliquis, uti militi hoc indultum, plura teſtamenta, invicem non pugnantia, condere poſſit, neque poſterius prius tollere debebat, uti præcipit *Imper. in §. 2. & 3. J. quib. mod. teſt. infirm.*

De Succeſſionibus Conjugum.

§. XX. Succeſſionis materiam conjectura illâ, quod defunctus bona ſua illis, quos præ aliis dilexit, præ aliis etiam relinquere voluerit, niti dicunt: cum autem inter conjuges naturæ pariter ac divino jure intenſisſimus amor & dilectio interveniat vid. *Paul. ad Epheſ. c. 5. v. 25. ſeqq.* Siquidem hic individuum vitæ, omnisque tum proſperi tum adverſi conſortii vinculum adeſt; hinc conjux conjugi ſemper, non tantum liberis aut parentibus, ſed multo magis collateralibus extantibus, in portione aliqua ſuccedere debebat, quemadmodum hanc juris Civilis iniquitatem, ubi conjugi ſaltem inopi, maritum locupletem habenti, ſuccurritur, multa paſſim ſtatuta & conſuetudines locorum correxerunt. Quin optimam tenet rationem, quando ſuperſtes conjux, non extantibus liberis collaterales indiſtincte excludit, ſecundum tritum iſtud, in multis locis receptum: **Längſt Leib/ längſt Gut.** Illegitimi quidem filii matri & adſcendentibus maternis perinde ut legitimi filii ſuccedunt §. 3. *J. de Sct. Orphit.* Exceptio eſt, niſi mater ſit illuſtris & liberos legitimos quoque habeat, cum quibus naturales non ſuccedunt, ex ratione *l.* 5. *C. ad Sct. Orph.* quia mulieribus ingenuis & illuſtribus (quæ ſpurios procrearunt) caſtitatis obſervatio præcipuum debitum eſt, & ſic in illis nominari ſpurios ſatis injurioſum, ſatisque acerbum & temporibus noſtris indignum: imo hanc legem ipſi pudicitiæ, quam ſemper colendam cenſet, merito dedicat *Juſtinianus.* Lepida ſane philoſophia!

Pro-

Problema X.

De NÆVIS QUIBUSDAM CIRCA MATERIAM DE PACTIS.

§. I.

Fides in pactis servanda.

Pactorum vis & essentia, cùm ex puris, claris & perspicuis juris Naturæ fundamentis constet, siquidem ipse JCtus, verô innutritus principiô, satis agnoscit in *l. 1. ff. de Pactis.* nihil tam congruum fidei humanæ esse, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servari, & grave esse, geminatam fidem fallere, secundum *l. 1. ff. de Constit. Pec.* fundamentum enim justitiæ est fides, id est dictorum conventorumque constantia & veritas, eaque de causâ fidem appellatam esse, quia fiat, quod dictum, graviter monet *Cicero lib. 1. de Offic.* Id quod Germani exprimunt ein Wort ein Wort/ ein Mann ein Mañ/ ita demirandum certe, quod planissima hæc materia tot tricis, tot difficultatibus, tot cavillationibus, tot fallaciis, tot denique quæstiunculis, aut nullam, aut certe exiguam utilitatem habentibus involvatur, & sic misera juventus, quin & ipsa sæpius judicia inanibus torqueantur litigiis. Rectè ait *Illust. Stryck. in tr. de Caut. Test. cap. 1. & diss. de Abbrev. Proc. per pœnam mend.* consultum esset, maximeque expediret, si judices id agerent, ut ad pactorum qualiumcumq; fidem servandam, quo solo vinculo res Germana feliciter stetit, adigerent controvertentes, negantes autem promissam fidem in duplum condemnarent, idque publica lege sanciretur, *conf. Compend. nostr. Jur. Univ. cap. 5. §. 1.*

Quid sit pactum & de divisionibus pactorum.

§. II. Pactum esse duorum pluriumve in idem placitum consensum, tam notum est quam notissimum. Pactorum vis in liberrimâ, quæ in res & actiones nostras competit, dispositione consistit. Dispositio hæc 1. facultatem, 2. voluntatem, ejusque 3. idoneam declarationem requirit,

quibus rite peractis pleniſſima obligandi vis exſurgit. Hæc utut notoria, & luce meridianâ clariora ſint; mira tamen hic prima præſtantiſſimæ hujus, per plurima juris capita excurrentis, materiæ principia tractaturis ſuboritur difficultas, mira confuſio. Diſputatur enim & acriter diſputatur: an pactum & pactio differant? an pactum ſub ſe comprehendat contractum? quomodo differat pactum nudum & contractus? an pacto nudo opponatur veſtitum? quin de pactis adjectis in continenti aut ex intervallo vel contractibus bonæ fidei vel ſtricti juris, de pactis vel alterantibus, vel immutantibus, vel detrahentibus latiſſima diſputandi & cavillandi materia enaſcitur, non uno die terminanda. Quibus verò omnibus promptiſſime conſuli poteſt, ſi in ſimplicitate juris tum Gentium tum Germanici ſubſiſtamus, & id, quod cuique promiſimus, religioſè ſervemus. Cautius longeque melius incedit jus Canonicum, in praxi circa hanc materiam receptum, quando ex omni pacto, deliberate ſerioque ab his, qui paciſcendi facultatem habent, inito pleniſſima obligatio, pleniſſimum naſcitur robur & vinculum; ex quo conſequens eſt, ſub vocabulo pacti, contractus, pactum legitimum, adjectum ſive in continenti ſive ex intervallo, aut quodcunque demum pactorum nomen fingas & refingas, contineri. Neque enim in naturali æquitate, aut ulla puriori Jurisprudentia fundatum eſt, ut pactum in continenti majorem efficaciam habeat, quam ex intervallo; ſufficit enim illud, quod ex intervallo promiſſum, æque in foro peti poſſe, quam id, quod prius aut antecedenter in obligationem veniebat. Omnia quidem fiunt in tempore; ſed tempus nullam varietatem inducere poteſt.

De pacto nudo.

§. III. Equidem, quod nudum pactum concernit, inanis certe juris Romani ſubtilitas primo ſtatim intuitu ſemet ſiſtit Deſcribit fines nudi pacti *Hermogenianus*, quando in *l. 45. ff. de Pact.* inquit: diviſionis placitum, niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum,

nulli

nulli prodesse poterit. Ex quo sequentem Doctores regulam constituunt, scil. quæcunque conventio in certum nomen contractus non transit, nec stipulatione aut traditione rei firmata est, & consequenter neque nominatum neque innominatum contractum involvit, illa est pactum nudum, prout docet *l. 7. pr. & §. 1. 2. & 4. ff. de Pact.* Exempla istiusmodi nudi pacti esse possunt, v.gr. si inter nos convenit, ut ego tibi Stychum darem, tu mihi Pamphilum, vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres, aut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares; quibus in casibus nec stipulatio, nec traditio, nec facti præstatio interceßit, nec etiam certum contractus nomen adest. Ex tali autem nudo pacto nullam, reluctante jure Naturæ, actionem dari, abunde constat, & *d* § 4. sat evincit. Causam si inquiras, hanc habebis, quòd Romani juris conditores honestius, & ad excitandum virtutis studium conducibilius existimaverint, si quædam spontaneæ hominum inter se fidei & probitati relinquantur, ne adeo omnia tam severo legum & necessitatis vinculo coërceantur, ipsique cives Romani ex temerariâ, qualis in pactis nudis præsupponitur, promissione notabile incurrant damnum, prout iisdem ferme rationibus incedit *Connanus.* Verum vera hujus rei causa ex historicis Reip. Romanæ circumstantiis petenda. Nimirum tempore liberæ Reipubl. perpetuæ patres inter & plebem erant lites, illis pro introducendâ Aristocratiâ, his pro defendendâ libertate sua acriter pugnantibus, uti ex *Livio* aliisque abunde patet. Jam verò in istiusmodi rebusp. turbulentis inter rationes status refertur, multas lites, multa inter plebem disseminare odia, ut his turbata, nedum obruta, libertatis obliviscatur, quo ipso optimatibus optima suppeditatur ansa, jura sua magis magisque stabiliendi, & è contrario libertatem plebis opprimendi; optimum idcirco & aptissimum ejus rei instrumentum est, si leges condantur dubiæ, ambiguæ, & multis tum explicationibus tum declarationibus obnoxiæ, & ita obscuræ, ut plebs

plebs eas nec intelligat, nec per rerum naturam intelligere possit, sed in omnibus casibus eos, qui legum peritiam profitentur, consulere necessum habeat, id quod majori cum successu procedit, si hi cum optimatibus colludant, & spem habeant perveniendi in ordinem Optimatum. Hæc omnia verò circa Jurisprudentiam Romanam contigisse, historia docet, conf. *Dn. Brenneisen apud Serenißimum Ost-Frisiæ Principem Vice-Cancellarii gravissimi, Fautoris & Amici nost. i valde dilecti disp. de Inutil. Pact. divis. sect.* II §.6. Quam verò a vero & sanctioribus juris-Naturæ principiis hæc ipsa doctrina de nudis pactis recedat, & plenissimam decipiendi fraudandique segetem contineat, consequenter peccandi ansam suppeditet, castissima fidei humanæ indoles & natura, quæ inviolabilis est & istiusmodi fallacias respuit, evidenter satis commonstrat. Neque 1. obstat ratio *Huberiana*, quod scil populus Romanus ita inter se convenire potuerit, ut nemo eorum ex nudâ conventione sine adjectione stipulationis teneretur. Resp. naturalia præcepta, quæ, fidem sancte servandam esse, injungunt, apud omnes peræque tenent, nec civilibus legibus mutari, nedum convelli possunt. Quare dogma hoc contortum in foris Germanorum nunquam receptum fuit. Neque 2. pro molliendâ hâc sententia obstat, quod tamen nudum pactum obligationem naturalem & exceptionem pariat. *l.* 7. *§.* 4. *de Pact.* Nam quid juvat exceptio, ubi deficit actio? Sicut inanis est actio, quæ per exceptionem infirmatur, docente *l.* 112. *de R. I.* Ita inanis est exceptio, quæ nullum suo modo producit effectum Imò quod parit exceptionem, id quoque serium, & consultum est, quod tamen in nudo pacto secus est.

De differentia contractuum.

§. IV. Differentia ista, quod alter contractus sit nominatus, alter innominatus, alter realis, alter consensualis, rationis simplicitati certe incognita est, id quod Paulus agnoscere videtur in *l.* 1. § *f. ff de C. E* Supposita enim pactorum efficacia ratione obligationis omnes in effectu, solam

lite-

literarum obligationem si exceperis, consensuales esse, nulli dubitamus. Hoc unicum saltem restare videtur, quòd ratione actionis instituendæ aliqualis intersit differentia. Sic, si v.gr. certus de pecunia mutuo danda consensus adest, firma ad pecuniam mutuo dandam obligatio & condictio ex moribus patet; actio tamen seu condictio certi ex mutuo competens prius institui nequit, antequam ipsa pecunia revera intervenerit, & sic in cæteris. Quod enim alii contractus nominati, alii innominati vocentur, ex diversitate formularum profluit. Nominati erant, quod in illis certa actionum formula erat, quâ agi oportebat; innominati, quòd, cessantibus ejusmodi formulis, seu judiciis & vulgaribus actionibus, ut dicitur in *l. 1. pr. ff. de P. V.* in factum ageretur, id est factum, prout gestum erat, conciperetur, & judici proponeretur, sicut intelligenda *l. 1. §. 2. ff. de P. V.* Postquam vero ipsis ipsius Imperatoris temporibus formulæ hæ abolitæ *t. t. C. de Form. & Imp. act. Subl.* quin istiusmodi formulæ nunquam in Germaniâ fuerint receptæ, nec, salvo judiciorum ordine, recipi potuerint; ita sponte operosa istiusmodi commenta corruunt.

De contractibus bonæ fidei & stricti juris.

§. V. Solennis est, & per omnes contractuum species excurrens distinctio contractuum in bonæ fidei & stricti juris, notabiles juris effectus ubicunque producens; siquidem in contractibus b. f. usuræ debentur ex morâ, pactum in continenti iis adjectum actionem inde format, exceptiones insunt, etsi non contestatæ, æstimatio inspicitur tempore rei judicatæ, locus est jurijurando in litem, & plures alii, quod secus est in contractibus stricti juris. Differentia hæc exinde suborta, quod prætor in quibusdam formulis, quæ judici pedaneo præscribebantur, adderet verba, ex bona fide, vel, ut æquius melius ageretur, ut testis *Cicero 3. Offic. c. 15.* In contractibus stricti juris verò hæc verba non adjiciebantur; in his enim judex non poterat egredi terminos conventionis, neque formulam à prætore præscriptam. In illis adeo in-

infinitam judici potestatem dabat, juxta prudentiam suam & æquitatem quæstionem decidendi; in his juxta probationem petitioni conformem, idque tam stricte, ut si is, qui centum solidos petierat, nonaginta novem in probationem deduceret, necessario totam summam perderet, nec imposterum ullam ad persequendum actionem haberet. *Hotoman. in Anti-Tribon. c. 9 p m* 138. Cum verò etiam hæc distinctio contractuum in b. f. & Str. Jur., & omnium inde dependentium conclusionum à formularum diversitate descendat, formulæ autem istæ, uti diximus, nunquam sint receptæ; sponte adeo fluit, distinctionem hanc nullum in nostris foris habere usum. Ex quo facile spinosæ istæ quæstiones, quæ Dd. mirum in modum divexant: num dolus b. f. an stricti juris contractibus causam dederit? dijudicari possunt. In priori casu contractus ipso jure nullus, & consequenter per 30 annos impugnari potest; in posteriori casu agitur tantum actione doli *l. 7. §. 3 in f ff. de Dol. Malo.* quæ biennio præscribitur. Ulterius in contractibus b. f. dolus incidens actione ex ipso contractu descendente purgatur; in stricti juris judiciis vero ad actionem doli recurritur. *Vinn. I. Quæst. Sel. c.* 12. Sed quare disputamus tam operose de umbrâ? postquam formulis his, ex verborum superstitionibus subortis, non receptis, certum est, dolum sive causam dantem, sive incidentem contractum quemcunque ipso jure reddere nullum. Cum enim liberrimus in omni contractu consensus esse debeat, dolus verò consensum excludat, & improbam, meritoque coërcendam malitiam involvat; quis sanus de nullitate contractus hujus dubitabit? Quadrat huc, quod eleganter monet Ulpianus *in l. 29 § 4 ff Mandat.* Bonæ fidei non congruit de apicibus juris disputare. Deceptum verò electionem habere, an contractum nullum dicere, an verò contra adversarium agere velit actione ex contractu ad præstandum interesse, non potest non constare. vid. *Hillig ad Don. l. 12 c. 7. lit. D.* Ex quâ nullitate manifestè apparet, rei ex tali causâ in tertium

de-

devolutæ dominium non transire, sed à decepto utique vindicari posse; quod enim nullum est, nullos producit effectus.

De obligationibus, quæ vel ipso jure, vel ope exceptionis excludantur.

§. VI. Quod aliæ obligationes ipso jure, aliæ demum ope exceptionis elidantur tollanturque, inter meras Romani juris subtilitates referendum est. Duo enim modi erant solvendi aut distrahendi obligationes, alter apud prætorem ipso jure, alter apud judices à prætore datos, quem vocabant per exceptionem, ubi prætorem oportebat exceptionem addere, & judici committere, ut de eâ cognosceret. Certe ratio & philosophia Pauli, quâ *in l. 27. ff. §. 2. de Pact.* utitur, stipulatione quidem obligationes tolli ipso jure, pacto vero non nisi ope exceptionis, & quod in stipulationibus jus contineatur, in pactis verò factum versetur, lubrico sane insistit fundamento. Cur enim in pacto non æque jus continetur ac in stipulatione? nulla sane ratio firma dari potest, quare pactum nudum actionem injuriarum & furti magis ipso jure tollere possit, quam alias actiones, uti constitutum est in *l.* 17. §. 1. *ff. de Pact.*

An pactæ de futurâ hereditate valeant?

§. VII. Pacta de futura paciscentium hæreditate ipso jure nulla reputantur vid. *l.* 61 *ff de V. O. l.* 15. 19. *C. de Pact.* adeo, ut nec naturalis inde obligatio oriatur. *arg l.* 15. *C de Pact.* nisi inter milites, personas illustres, & conjuges hæc fuerint inita. Rationem dant, quia hæreditates jure Publico, non pacto privato deferantur, vid. *l. f. ff. de Suis & Legit.* & quoniam pactum tale contineat votum captandæ mortis. *c. 5 X. de Pact. c. 2 X. de Conc. Præbend.* Quod primam rationem concernit, de ejus firmitate valde dubito. Tametsi enim hæreditates tum per testamenta tum per successiones deferantur; nulla tamen idonea ratio dari potest, quare id ipsum etiam per pactum fieri non possit. Neque publico, aut Reipubl., aut juri Publico per istiusmodi hæreditatis delationem aliquid vel accedit vel decedit, quin, utut hæreditates per testamenta & successiones deferantur; eo ipso tamen pacta, quorum firmitas ex immotis naturæ principiis constat,

non excluduntur. Unius positio non est alterius exclusio. Et quare istiusmodi pacta inter milites cœterasque personas commemoratas valere, apud alias verò corruere deberent? Quod vero ex voto captandæ mortis, velut re in se turpi aliqua prohibitio quæratur, vix & ne vix quidem admitti potest, cum hâc ratione tota successio ab intestato, pacta confraternitatis, Ganerbinatus, & similia restringi, aut prorsus expungi deberent: imo admittitur tale pactum circa tertii hæreditatem, modo, si de certi hominis hæreditate fiat, ille quoque consentiat, & ad finem hanc voluntatem habeat. *l. f. C. de Pact. Carpz. l. 2. c. 35 d. 17. 19.* Annon vero & heic votum captandæ mortis adest? Quin pacta renunciativa non inveniuntur prohibita, nisi tantum eo casu, quo liberi per pactum cum parentibus suis initum illorum hereditati, Juri Naturæ ipsis debitæ, renunciant *l. ult. ff. de Suis & Legit. her. l 3. C. de Collat. l. 35. §. 1. ff. de Inoff. Test.* Alioquin ejusmodi pacta, ubi parentes cum liberis suis de horum hereditate paciscuntur, etiam jure Romano valent *l. 1 § 3. ff si a parent. quis manum.*

De Obligationibus facti.

§. VIII. Quod ex conventione inita de re danda quis ad rem, si habeat, præcise dandam, & ad transferendum dominium teneatur, evidenter docet *l. 75. § f. de V. O.* In Obligationibus de faciendo vel facto præstando, quorsum etiam traditio spectat, quæ ad facta refertur *d. l 72. pr. ff. de V. O.* longe secus semet habet. Utut enim quis obligetur, ut præstet factum; attamen non potest præcise ad faciendum cogi, quin potius præstando interesse liberatur *l. 68. l. 72. pr. de V. O.* Ratio in §. 3. jam quodammodo exposita, & in aprico est. Putabant enim durum, & nimis abjectum, quin contra dignitatem esse, liberum hominem armis & violentiâ militari ad obsequium & contractus implementum adstringere velle; sufficere enim, quòd alteri, cui interesse præstatur, nihil deesset, imo factum, & id quod interest, unum idemque esse. Admitti, aut quodammodo excusari posset hæc sanctio, si citra difficiles litium ambages & remoras hoc interesse illico præ-

præstetur; Cum verò hoc ipsum juris Romani placitum à seriâ, quæ inter paciscentes facta fuit, promissione prorsus recedat, (siquidem paciscentes factum, non facti interesse, summa cum difficultate computandum, intenderunt;) ita sententia hæc, moribus nostris explosa, nullum meretur calculum, quin potius limpidissimos pactorum fontes temerè inquinat. Inde recte inquit *Grœnvvegen ad l. 13. in f. ff. de re Jud.* hodie in omnibus faciendi obligationibus præcise ad factum quis cogi potest, neque solvendo interesse liberatur promissor, qui faciendi facultatem habet. Et ita judicatum refert *Christin. vol. 1. d. 323. num. 9.* Ita quoque distinctio factorum in nuda, quæ nullum juris effectum post se relinquunt, & non nuda, quæ jus tribuunt, & causam bonorum habent, inter otiosas juris Romani speculationes meritò referenda erit.

De Pacto Advocati circa quotam litis.

§. IX. Pactum advocati de quotâ litis non valere, communis ferme Doctorum sententia est, *conf. l. 53. ff. de Pact. l. 6. §. 7. ff. Mand. l. 7. ff. eod l 1. §. 12 ff. de Extraord. Cogn.* Verum nulla solida ratio afferri potest, quo minus tale pactum, si non immensum lucrum, concussionem, aut illicita compendia contineat, infringi mereatur. Quid si enim causa sit prorsus perplexa, & advocatus pro studio & labore in tanta litium difficultate, remorâ, & infinitis, quæ ex processibus resultant, incommodis quartam litis partem stipuletur, nonne cliens summa cum voluptate, obtentâ tandem lite, hanc exsolvet? Ipse Imperator *in l. 5. C. de Postul.* istiusmodi pactum non improbat, sed gravissimum saltem litigatoris damnum damnat & arcet; Ita enim verba textus semet habent: si quis advocatorum existimationi suæ immensa atque illicita compendia prætulisse sub nomine honorariorum ex ipsis negotiis, quæ tuenda susceperint, emolumenta sibi certæ partis cum *gravi damno litigatoris & deprædatione* poscentes fuerint inventi: Placuit, ut omnes, qui in hujusmodi sævitate permanserint, ab hac professione penitus arceantur. Præsumtio ista, quod

alias advocatus per fas & nefas & per mendacia graſſaretur ad victoriam, in bonum virum non cadit, imo pactionem de modico admittunt, quidni ergo de graviori ſummâ in cauſa prorſus intricata pactio iſtiusmodi toleranda eſſet? Certe, ſi advocatus in qualibet cauſa ſalarium petere poteſt usque ad centum aureos *l.* 1. §. 12. *ff. de Extraord. Cogn.* quare hoc de quota litis pactum eſſet infirmandum?

An in contractibus inominantis pœnitentiæ locus ſit?

§. X. Quod à pacto de dando vel faciendo, ut rurſus aliquid detur, vel fiat, antequam aliquid datum vel factum ſit, & ita re integra liceat uni, invito altero, recedere & pœnitere, ubi alter ad implendam conventionem paratiſſimus eſt, vid. *l.* 3. §. 2. *&* 3. *l.* 5. *pr. de Cond. cauſa datâ non ſecutâ*, directo naturam pactorum, quæ ab initio quidem voluntatis, ex poſtfacto autem neceſſitatis ſunt, ſecundum *l.* 5. *C. de Obl. ex Act* evertit; quare hoc dogma in foro non attendendum (dixerim ego nunquam receptum fuiſſe) docet *Brunnem. ad l.* 5. *ff. de Condict. cauſa data non ſecutâ.* Jure Canonico non dari locum pœnitentiæ tradunt *Bald. in Rubr. C. de Perm. Felin. in c.* 1. *d. t. n.* 13. *Molin. d.* 258. *n.* 7. *Garcias in Repet. c.* 1. *X. de Pact. n.* 122. *Ritterhuſ. de Differ. Jur. Civ. & Canon. lib.* 3. *cap.* 10. *in f.*

An Pactũ de perpetua communione ſubſiſtat?

§. XI. Myſterium eſt, quòd pactum de non dividenda re communi invalidum ſit, adeoque, non obſtante hoc pacto, alter ad diviſionem nihilominus provocare poſſit. *l.* 14. §. 2. *ff comm. div. l.* 70. *ff. pro ſoc.* Quòd enim communio ſoleat parere diſcordias, non communio, ſed indoles unius alterius-ve ſocii minus ſocialis efficit, qui, debitis adhibitis remediis, ad pacis & tranquillitatis menſuram componi & poteſt & debet; neque etiam contra ſubſtantiam dominii perpetua militat communio, quin habemus paſſim exempla, quod ducatus, quos Principes nonnulli quoad partem pro communibus tenent, utut alter Principum ad diviſionem provocaverit, ob nexum & ſitum provinciarum pro evitandâ læſione hinc emergente dividi non potuerint, quod de Holſatiâ con-

constat. Et quid dicendum, si socii, ut res dividatur, nihil interfit? Imo pater in testamento liberis injungere potest, ut perpetuo stent in communione, si addat privationem hereditatis, aut sub conditione communionis leget, nam si sub certa pœna potest prohibere alienationem, & hæc prohibitio tenet *l. 1. C. quæ sub pœnæ nomine* cur non liceret prohibere divisionem sub pœna? *Rot. a Valle conf. 84. n. 14 seqq. vol. 1.*

§. XII. Pactum inter socios initum, ut unus totum lucrum ex societate perceptum habeat, alter vero damnum solus ferat, quod absolutam inæqualitatem vocat *Bachovius*, & ideo non tantum ipsam pactionem, sed totum contractum nullum esse, contra *Gomez tom. 2. Resol c 5 n. 5.* tradit *Hillig. in Donell. l. 13. c. 16. lit. M.* contra naturam quidem societatis, sed tamen ideo non est nullum, secundum *l. 29. §. 2. ff. pro Soc.* cum utique per modum donationis, quam donator adimplere, & promissis suis vim dare debet, subsistat *l. 5. pr. & §. 4. C. de Don.* *L. 29. §. 2. pro soc.*

§. XIII. Res sacras, religiosas, publicas, aliamque, quæ in commercio stipulatoris non erat, rem, sub illâ conditione, si tales esse desinant, stipulari non possumus. Verum, putem ego, rationem Justiniani in § 2. *J. de Inutil. Stipul.* allatam, quod nimirum, quæ sui natura dominio nostro exemta sunt, in obligationem nullo modo deduci possint, insufficientem & mysterium aliquod esse; cum enim hisce rebus, ad usum sacrum destinatis, nulla inhæreat sanctitas, & tum pro necessitate, tum pro utilitate ecclesiæ rectissime vendi possint, ita certe, si usus hic cesset, & res in commercio stipulatoris esse possit, obligatio hæc conditionata, quæ firmissima est obligatio, vires suas, existente ita conditione, habere debet. *An res sacræ in obligationem venire possint?*

§. XIV. Mysterium & iniquitatem aliquam sapere videtur, quod obligatio ista, quâ Titius Sejo, seu Sempronio, Seji potestati non subjecto, daturum aliquid & facturum, promittit, (nisi simul Titii peculiariter interfit, ut Sempronio de- *An, si nostra nihil interest, tertio stipulari possimus?*

detur,) nulla sit §. 4. & 18. *J. de Inut. Stipul.* §. p. 1. *per quas person. cuique acquiratur. l.* 38. § 17. *l.* 126 § 2 *ff. de V. O. l.* 3. *C. de Contr. & Comm. Stipul.* Siquidem nihil impedit, quin potius sanctiora naturæ decreta si non imperant, suadent certe, ut quilibet in alterius utilitatem stipulari, & alteri obligationem acquirere possit, quid obstat, quo minus alteri absenti & ignoranti ex promissione alterius Jus acquiratur? *arg. l.* 3. *C. de Donat. quæ sub Mod.* Et quamvis stipulatoris non intersit, ut alteri detur; interest tamen hominis hominem beneficio affici *l.* 7. *ff. de Serv. export.* Naturalis enim inter homines cognatio *l.* 3. *ff. de J. & J.* ad proximi utilitatem promovendam nos obstringit. De jure Naturæ itaque de pacti hujus valore nullatenus dubitandum. Constat hic satis de animo transferentis; accipientis vero personam cur tertius sustinere nequeat, nulla apparet causa. Proinde hodie alteri per alterum obligationem acquiri posse, recte asserunt *Mev. P.* 4. *dec.* 112. *n.* 5. *Brunn. ad l.* 25. *in f. ff. de Pact. Cothman vol.* 2. *resp.* 54. *n.* 87. *Wissenb. ad ff. vol.* 1 *disp.* 9. *th.* 18. *in f. Christ. vol.* 3. *dec.* 34. *n.* 12. Nihil enim, uti recte inquit *Stryck. in Usu Mod. ad tit. de Pact.* §. 12. obstat, quo minus ex ratione juris Gentium alteri per alterum obligatio acquiri possit, modo tertii ratihabitio postmodum accesserit. Gerit enim ita stipulator negotium alterius, & hinc æquitas ipsa postulat, ut utilitas gestionis, quorsum & jus petendi pertinet, in alterum transeat, nam & hoc casu promissi fidem violasse nefas est. Et hoc agnovisse videtur ipsum jus Romanum, quando rationem, quare alteri stipulari non liceat, hanc reddit: quod ea, quæ civiliter acquiruntur, ut stipulatio, tantum per illos acquiramus, qui in potestate: Ea vero, quæ naturaliter, per quemlibet alium *l.* 53. *ff. de acqu. rer. dom.* Cum ergo in pactis hodie vinculum naturalis obligationis attendatur, cui mores efficaciam agendi tribuunt, non video, quare non per alterum illa naturalis pacti obligatio acquiri possit.

§. XV.

§. XV. Insignem pariter iniquitatem spirat decisio Pauli *in l.* 19. *ff. de novat. & deleg.* Ubi exceptio doli, quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus. Casus sit talis: Cajus debitor delegat creditori suo debitorem suum Sempronium. Novit creditor tempore delegationis Sempronium hujus rei inscium validas habere contra Cajum debitumque delegatum exceceptiones. Quæritur, an Sempronius, ubi eas deinceps cognovit, creditori ex delegatione debitum petenti opponere possit? Respondet Paulus: ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus & pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, & debitorem actum sit: *aut etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur*, & ideo merito deneganda est exceptio adversus eum ex persona debitoris. Certe cum hæc decisio & curiositas bonam fidem infringat, & damnum proximi intendat; salva pietate, salvo jure tolerari nequit.

Casus l. 19. *ff. ne nov. & deleg.*

§. XVI. Mysterium est, quod in emptorem pretium jam diu solventem, aut, cui venditor fidem de pretio habuit, ante traditionem dominium non transeat, cum tamen possessio nihil commune habeat cum dominio *l.* 12. *ff de Acq. poss.* nec ulla, quare emptori vindicatio denegetur, (quo de *l.* 15. *C. de R. V.*) ratio dari potest: omnes namque dominii effectus habet Sic omnes fructus post venditionem ad eum spectant, cumprimis partus ancillæ *l.* 8. *ff. de Evict. l.* 91. *ff. de leg.* 1 alluvio. *l* 7. *ff. de Peric. & comm. rei vend.* Imo & ipsum rei periculum sustinet, res autem perit suo domino *l.* 9. *C. de Pign. Act.* quæ genuina periculi ratio est, non illa, quasi venditor utatur jure debitorum, qui interitu rei debitæ liberantur. Hæc enim ad eos saltem debitores spectat, qui quoad omnes effectus absoluti rerum domini sunt, non ad venditorem, quippe qui post venditionem nullam fere utilitatem, nisi fluentes ex dominio actiones, habet, quas tamen cedere tenetur §. 3. *F. de*

An emtor, pretio soluto, aut habita de pretio fide, sit dominus rei emtæ?

de Empt. Imo ipsa Imperatoris in *d. §. 3.* ratio hoc ipsum indigitare videtur; nam & commodum ejus esse debet cujus periculum versatur. Utut tamen hæc minime sufficiens aut accurata sit, id quod in commodatario & creditore constat, qui, utut commodum, non tamen periculum sustinent; sic inverso modo negotiorum gestor, qui novum negotium, quod absens facere solitus non erat, suscepit, de casu fortuito tenetur, etsi nihil commodi ex eo habeat *l. 11. ff. de Neg. gest.* Sic malæ fid. possessoris & furis periculo res est, hâc tamen surreptâ actio furti iis non datur, *l 12. §. 2. & l. 14. §. 3. ff. de Furt.*

An res pure emta deinceps sub conditione emi possit?

§. XVII. Quod si pure rem emerim, eandem vero deinceps sub conditione emam, disponit *l. 7. pr. ff. de Rescind. Vend.* quod in posteriori actione nihil agatur, seu, quod prior emtio valida maneat, sed posterior sit irrita, sicuti quando aliquem pure quis instituisset heredem, & postea sub conditione, prius testamentum non fit invalidum, quia est satis perfectum *l 27. §. 1. de Her. Instit.* Ast quale mysterium qualisve inanis hic exsurgit subtilitas? Nam si quis prius emisset pure domum, cur non liceret ambobus a contractu puro discedere, & novum aliumque contractum facere? cum mutuo dissensu aut contraria voluntate contractus, consensu constantes, re integra recte dissolvantur. §. 4. *J. quib. modis toll. obligation. l 35. ff. de R. I. Struv. exerc. 47. th. 80.* Et nemo conditionaliter est emturus, qui prius pure emit, nisi animum discedendi a primo contractu habuerit. Inde recte *Brunn. ad h. l. n 3.* subjungit in verbis: sed quod principium hujus *l. 7.* habet, nescio an non subtilis magis, quam utilis sit hæc lex.

De parte homogenea & heterogeneâ evictâ.

§. XVIII. Inanis est speculatio & mysterium juris, quod jus Romanum de parte homogenea & heterogenea evictâ disponit, scilicet si pars homogenea seu similaris, quæ ejusdem nominis cum toto, & quodammodo cum toto eadem est, evincatur, tunc vel ex stipulatu, si nimirum evictio per stipulationem est promissa, vel ex emto actio instituitur potest. *l. 1 pr. ff. de Evict.* Si vero pars heterogenea est evicta, tunc

tunc non habet locum actio ex stipulatu, sed ex emto agendum est. *l.23 §. 1. ff. de Usucap. l.36. l.61. §.2. ff. de Evict.* Verum ratione objecti nihil prorsus interest, utrum pars heterogenea seu dissimilaris per actionem ex stipulatu, an vero per actionem ex empto evincatur; utrobique enim venditor ob rem evictam mihi satisfacere tenetur.

An nomen pro parte donari possit?

§. XIX. Quod nomen aliquod pro parte vendi, pro parte autem donari non possit, secundum *l.23 C. Mand.* nulla sane sanâ ratione evinci potest: debitoris enim nihil interest, quo titulo alicui nomen sit cessum, modo titulus sit justus; quin augetur hic malitia debitorum, solutionem communiter tergiversantium.

An habitatio donata ab herede revocari possit?

§. XX. Heredem donatoris non obligari ad præstandum hospitium, a defuncto gratis alicui concessum, nisi donatio remuneratoria sit, constat ex *l.27. & l.32. ff. de Donat.* Habitatio namq; donata hoc habet speciale, ut morte donantis finiatur, & heredes donatoris prohibere possint habitationē ita, ut donatarius vivus cogatur habitationem relinquere, quia videtur precario concessa. *Manz. ad tit. de Usu & Habit. n.108.* ubi refert *Cujac. l.17. O.37. & lib.21. obs.38.* id legi Cinciæ adscribentem, rationem illam de precario exagitat *Alciatus tom.3. ad l.2. ff. si certum petatur n.16. sqq.* Verum hic lex cum lege, ratio cum ratione pugnant, siquidē nihil certius, & juris rationibus convenientius est, quam quod heres ad factum defuncti præstandū teneatur per *l.49. ff. de O. & Act.* Infirma pariter collectio est, qua vulgo colligunt, precarium potius, quam donationē præsumi.

An barbaris aurum surripere liceat?

§. XXI. Rescriptum istud Imperatorum Gratiani, Valentiniani & Theodosii in *l.2. c. de Comm. & Mercat.* ubi barbaris aurum præbere non tantum interdicitur, sed etiam, si tale apud eos inveniatur, ut subtili ingenio aufferatur, præcipitur, indeque licitum esse, surripere barbaris & hostibus aurum, prout colligit *Farinac. q.174. n.74. conf. Azorius p.3. inst. mor. lib.8 c.3. Menoch. l.2. A.Q. casu 185.* mysterium, injustum, & contra præceptum est, ne furtum facias.

De querela non numeratæ pecuniæ.

§. XXII. Quod querela non numeratæ pecuniæ, intra biennium sive per modum actionis sive exceptionis proposita onus probandi, debitum revera solutum esse, in creditorem rejiciat, mysterium quoddam est, & à communibus probandi regulis prorsus discedit. Debitor enim, cui sua obstat confessio, merito contrarium, &, quod nullam acceperit pecuniam, probare debet, secundum *l.* 25. *pr. ff. de Probat.* neque aut impossibile, aut prohibitum est, negativam probari posse. Ne dicam, quod apertissima alias debitoribus via creditores suos, quos alia ratione numerationem probare non posse confidunt, decipiendi & defraudandi occasio aperiatur. Neque commercia semper admittunt, ut negotiis adhibeantur testes; debitorum enim valde interest, secreto & nemine sciente pecuniam accepisse, ne alias fidem & egestatem judicio hominum exponant. Id vero prorsus iniquum est, quod post biennium debitor ad probationem exceptionis suæ, pecuniam numeratam non esse, admitti non debeat.

De Usuris sortem excedentibus.

§. XXIII. Iniquum certe, mysterium, & a ratione juris alienum est, quod non liceat usuras, sortem successive excedentes, id est ultra alterum tantum, petere, uti constat *ex l.* 9 *ff. de Usuris l.* 10. *l.* 27. §. 1. *C. eod. l.* 26. §. 1. *de Condict. Indeb.* iniquius adhuc, quod solutæ condici seu repeti possint, *d. l.* 26. §. 1. quod in tantum extendunt, etiamsi particulariter solutæ sint. *Nov.* 121. *c.* 1. quæ ideo abrogat *l.* 10. *C. de Usur. Carpzov. in asylo debit. c.* 1. *num.* 203. *Tabor de altero tanto p.* 1. *art.* 3. *num.* 5. & quidem illa sententia non adeo expresse ex verbis hujus legis, melius tamen ex *c.* 1. *Nov.* 121. probabilis redditur. Neque tantum in mutuo usuras ultra alterum tantum currere non debere, etiam usuris particulariter solutis, sed etiam in aliis contractibus bonæ fidei, ubi ob moram officio judicis debentur usuræ, usuras non debere currere ultra alterum tantum. Cum vero usurarum

rarum fons tum pactum, tum mora sit; iniquum sane est, moroso istiusmodi debitori in summum creditoris, qui re suâ ejusque lucro carere debuit, præjudicium beneficium concedere velle. Neque ullum istiusmodi debitor favorem meretur, qui, quod sortem vel usuras quotannis non exsolvit, sibi merito imputare debet. Inde Doctores, hanc iniquitatem advertentes, admittunt casus quosdam, in quibus cursus usurarum ultra alterum tantum toleratur, si nimirum debitor condemnatus sit, si annui reditus solvendi, si per modum interesse petantur. *Berlich. dec. 30. num. 9. Carpzov. p. 2. c. 30. d. 26 seqq.*

§. XXIV. Quod ex causa judicati solutum, si per instrumenta, postmodum adinventa, solutionem vere factam esse constet, repeti non possit, per *l. 1. C. de Cond. Ind. l 29 §. 5. ff. Mand.* cum ex causa judicati solvere præsumatur *l. 36. ff. fam. ercisc. Berlich. P. 2. d. 263. num. 17. Dec. conf. 351. num. 7.* sententia enim de indebito facit debitum, *Surdus dec. 74. num. 10.* plane durum, & a cynosura æquitatis alienum est. Magna quidem rei judicatæ vis & autoritas existit; sed hæc ad manifestam injuriam non erit pertrahenda, argumento ejusdem Pauli in *l. 60. pr. ff. de Cond. Indeb.* docentis, quod verus debitor, licet judicio absolutus sit, nihilominus tamen naturâ debitor permaneat. Si enim autoritas rei judicatæ naturalem obligationem veri quidem, sed ob defectum probationis absoluti debitoris perimere non potest; multo minus obligationem ex debito, per solutionem extincto, inferre valebit. Major equidem liberationis, quam obligationis favor est, monente JCto in *l. 47. ff. de Obl. & Act.* Indeque *Brunneman. ad l. 1. C. de Cond. Indeb.* recte subjicit: intelligendum hoc est in foro seculari, secus in foro ecclesiastico, & minime in foro conscientiæ. Nam licet habeas rem judicatam pro te, & reus ex errore, vel tædio litium, vel alia probabili de causa

An ex re judicatâ solutum repeti possit?

non appellaverit, pecuniam tamen ex re judicata solutam juste retinere non potes.

An ob falsam causam datum repeti possit?

§. XXV. Quod repetitio dati ob causam, quam dans veram putabat, falsa autem deinceps comperta est, danti denegetur, prout statuunt JCti in *l. 52. & 65. §. 2. ff. de Cond. Indeb.* prorsus inconveniens, & a limitibus juris devium est. Cum enim hic verum adsit indebitum, ex errore facti solutum, ideo condictio indebiti merito locum habere debet, secundum veriora juris principia, quæ exhibent JCti in *l. 1. §. 1. ff. & t.t. ff. de Cond. Ind.* Ratio Pauli in *d. l. 65. §. 2.* allata, quia donare volui, in se falsa est. Tantum enim abest, ut is, qui, quod negotia sua adjuta putaverit, eoque intuitu per errorem quid dedit, meram liberalitatem exercere voluerit, ut, reperto errore, contrarium potius, &, quod donare non voluerit, exinde manifesto appareat.

L. 21. C. de Fid. Instr.

§. XXVI. Constitutio Imperatoris in *l. cum quidam 21. C. de Fide Instrum.* ubi producens in judicio instrumentum, quod, relictâ copiâ, sumtoque originali adversarius falsitatis arguere contendit, jurare non tenetur, sed instrumentum saltem tale, quod producens reperire non posse asserit, pro nullo declaratur, manifestam continet iniquitatem & fraudem illius, qui id ostendere recusat, siquidem is, qui jurare detrectat, pro confesso habendus, & tanquam falsarius puniendus erat, secundum *l. 38. ff. de Jurej. junct. l. 11. ff. de act. Reb. Amot.* Si enim solum saltem instrumentum redditur nullum, falsitas hic, quæ per juramentum alias facile extorqueri poterat, notoriè committitur, id quod in republica Christiana minime ferendum.

L. 1. §. 25. ff. Depos.

§. XXVII. Durum forte, & plane rigorosum est, quod depositarius, venditâ, quam tamen paulo post rede-

redemit, re depositâ, quæ deinceps casu fortuito periit, actione depositi teneatur *l.* 1. *§.* 25. *ff. Depos.* cum tamen casum nemo præstet. Depositarius quidem dolum, vendendo hanc rem, commisit, verum hic, re in pristinum statum restitutâ, vitioque interveniente jam purgato, cessat. Ipse dominus ex ista venditione nihil damni sensit. Non enim ad dandam actionem ex dolo sufficit dolose quid factum esse, sed requiritur etiam, ut damnum dolo sit illatum *l.* 9. *§. ult. cum LL. seqq. ff. de Dol. Mal.*

§. XXVIII. Mysterium forte iniquitatis est, quod Jurijurando utriusque partis consensu præstito standum, nec pars læsa, detecto perjurio, rem ex tali transactione datam vel remissam condicere possit *l.* 2. *ff. de Jurejur. l.* 21. *ff. de Dol. Mal.* Nam ab omni contractu dolus malus abesse debet, ideoque rectius sensit *Labeo*, actionem de dolo ad reparandum damnum, tali perjurio illatum, in perjurum dandam esse *d. l.* 21 Accedit, quod per delationem juramenti altera pars in propriâ causa, tanquam testis constituatur, falsus autem testis non tantum punitur, sed etiam, si quid ei datum fuerit, omnino repeti potest. *l.* 13. *C. de Test.* Imo tralatitium est, quod transactio ex falsis instrumentis inita rescindatur *l.* 42. *C. de Transact.* Recte igitur Justinianus in *l. ult. C. de Rebus Cred.* repetitionem legati, quod quis perjurio quæsiverat, concedit, & quoniam adducta inibi ratio, ne sc. quis ex delicto impium quærat lucrum, generalis est, non tantum in ultimis voluntatibus, sed omnibus passim negotiis locum habere debebat.

An juramento præstito, detecto perjurio, res restituenda sit?

Pro-

Problema XI.

De MYSTERIIS QVIBUSDAM CIRCA MATERIAM De DELICTIS, et de PROCESSU.

§. I.

An inter patrem & filium actio furti detur?

Circa delicta aliquos saltem nævos tangemus, utut dura multis delictis statuta pœna plures nobis suppeditare posset. Si pater filio furtum fecerit, secundum *l.* 52. §. 6. *ff. de Furt.* furti tenetur. Verum durum hoc, & a pietate filiorum, quam parentibus tanquam vitæ datoribus & genitoribus debent, longe alienum. Injuste quidem fecit pater, quod fraudulenter filii bona castrensia contrectaverit & surripuerit, sed, cum actio furti famosa sit, plane impium est, tam durum adversus parentes remedium instituere velle. Sufficere poterat filio, quando restitutionem, aut, si illa fieri nequit, æstimationem rei rursus obtinet, indeque non furti, sed in factum agendum, uti *Cujacius ad l.* 11. *de Dol. Mal. Hillig. l.* 17. *c.* 4. *lit. H. Farinac. qu.* 174 *num.* 101. recte docent.

An transigens super delicto privato infamis fiat?

§. II. Qui super delicto privato, quale etiam est injuria, utut civiliter intentata, transegerit, fit infamis, *l.* 4. §. *f. l.* 6. *ff. de His qui not infam.* Quod si vero quis vel gratis paciscatur, vel talis transactio autore prætore fiat, istiusmodi infamia declinatur. An igitur minus nocens habebitur, aut veniam meretur, qui prætore autore transigit, vel cui gratis delictum remittitur?

An transactio de crimine inducat præsumtionem perpetrati delicti?

§. III. Quod transactio cum accusatore de crimine, pœnam mortis involvente, non inducat præsumtionem perpetrati delicti contra reum, sed hic potius periculo mortis territus, quam conscientia sceleris, pecuniam dedisse credatur, uti docet *l.* 1. *ff. de Bon. eor. qui ante sent.* minus congruum

gruum est. Ratio enim in *d. l.* 1. expressa, quòd nimirum ignoscendum sit ei, qui quocunque modo sanguinem suum redimere voluit, cum aliis juris Romani placitis minime convenit. Intempestiva enim erga nocentem exercetur misericordia, quem potius è medio tollere Reipubl. interest; unde merito in praxi talis transactio vehementem delicti præsumtionem involvit, notante *Carpzov. Pr. Crim. quæst.* 121. *num.* 59. *Zanger de Tortura, c.* 2. *num.* 122.

An infamibus credatur sine tormentis?

§. IV. Plane durum est, & a regulis sanctæ æquitatis recedit, quod infamibus & de mendacio suspectis non credatur sine tormentis. *l.* 21. §. 2. *ff. de Testib. l.* 13. *C. eod. Nov.* 90 *c.* 1. *Farinac. quæst* 56. *num.* 439. & 443. An enim fas erit propter veritatem, alterius gratia dicendam, hominem torquere, & in hoc casu innocentem insigni cruciatu exercere velle? Indeque *Tabor de Quæst. c.* 5. *num.* 57. *seqq.* hoc indistincte in vilibus hominibus verum esse negat, & ideo hanc legem non de causa torturæ, sed de effectu & fide attestatorum intelligit, talemque casum præsupponit, ubi veritas aliter haberi non potest.

An merces meretrici data sit turpis?

§. V. Mercedem meretrici datam non esse turpem, aperte demonstrat JCtus in *l.* 4. §. 3. *ff. de Cond. ob turp. causam.* Imo promissam antiquo jure exigere poterat, ita enim philosophatur Ulpianus in *d. l.* sed quod meretrici datur repeti non potest, ut *Labeo & Marcellus* scribunt: Sed nova ratione, non eâ, quod utriusque turpitudo versatur: sed solius dantis. Illam igitur turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Duo igitur secundum Ulpianum in meretrice actus sunt: 1. quo se prostituit, 2. quo, prostitutione factâ, jam aliquid accipit, prior actus turpis reputatur, non posterior. Sed hæc Ulpiani philosophia & ratio nova nec christianismo, qui omnem illicitum congressum damnat, nec castitati temporum nostrorum, nec sanctioribus naturæ legibus, quæ omnem, quæ extra matrimonium contingit, carnalem impetum respuunt, convenit. Unde secun-

secundum *Brunnem. ad h. l.* merito notatur Ulpianus, qui nova ratione sane futili statuit, meretricem non turpiter accipere, quasi ipsi acceptioni non insit sordities, & hoc casu promissum peti non posse recte tradit *Bachov. disp. 4. de Act. th.18. Hahn. ad Wes h.t.n.2.* Turpitudo hic duplex: prima in prostitutione sui corporis, quæ turpitudo manet, etiamsi superior lupanar admittat. Altera turpitudo est in sordicie, quod pro usu corporis sui pretium accipiat.

De pœna adulterii, fœminis imposita.

§. VI. Adulterii pœna tum de jure Divino *vid. Lev. XX. v.10. Deut. XXII. v. 22.* tum etiam de jure Civili novo mors est. *l.30. C. ad L. Jul. de Adult. §.4. J. de Publ. Jud.* Justinianus vero mitiorem sequiori sexui pœnam imponit, fœmina enim virgis cæsa in Monasterium detruditur, quam si intra biennium non receperit maritus, perpetuo ibi tenetur: Biennio transacto, vel viro, priusquam reduceret ream, mortuo: adultera tonsa monastico habitu suscepto, ibi dum vivit permaneat: duabus partibus propriæ substantiæ liberis, si habet, applicandis: tertia Monasterio. Sed si liberos non habet, parentibus extantibus, hujusmodi iniquitati non consentientibus, tertia pars applicabitur, duæ Monasterio, quibus prædictis non extantibus, omnis ejus substantia monasterio quæretur: pactis dotalium instrumentorum in omni casu viro servandis. *vid. Nov. 134. c.10. Auth. sed hodie C. ad L. Jul. de Adult.* Verum sanctio hæc nimis lenis & injusta videtur, cum grandius in hoc casu fœminæ, quam mariti vel masculi sit delictum. Hæc enim verum committit adulterium, in hac ordo, in hac propagatio turbatur, hæc vel minima resistentia impetum venereum avertere poterat, imo debebat.

An adulter impune occidi possit?

§. VII. Quod pater adulterum, in suâ vel generi domo in ipso actu deprehensum, cum filiâ uno quasi ictu interficere, maritus autem solum saltem adulterum vilioris conditionis impune occidere possit, quo de *l. 23 pr. l. 24. 25. 32. ff ad L. Jul. de Adult.* privatam & non tolerandam sapit vindictam; nemo in propria causa est judex; arma quidem in armatos, non in-

inermes sumere jure licet; in Republ. bene constituta nihil per vim expediendum, ne cladibus & turbis occasio detur. *conf. l.*176 *ff. de R I.* unde recte subjicit *Brunnem. ad d. l.*24. Sed si superiora observata fuerint, in conscientiæ tamen foro excusatum patrem ac maritum non esse, cum leges non porrigant ferrum, ut militi vel spiculatori, sed ferro utenti conniveant. Et animæ hominis habenda est ratio *cap. inter hæc & cap. admonere caus.*33.*q.*2. Quin delinquenti huic spatium pœnitentiæ adimitur, quod prorsus durum est & in regulas christianismi impingit.

An adulterium cum ministra taberna committatur?

§. VIII. Adulterium cum Domina tabernæ commissum est punibile, quia hæc proprie materfamilias, i.e. sui juris appellatur, quod si vero tale cum ministra tabernæ committatur, id extra omnem pœnam est, quia vitæ vilitas ipsam excusat, & ipsa intemperantia vinum suppeditat, quin & vitæ vilitas dignas legum observatione non credidit, prout sancit Constantinus in *l.*29. *C ad L. Jul. de Adult.* Vinum namque per se potantibus præbere vile & servile est ministerium: Unde negatur hic adulterium cum ejusmodi muliere committi. Nam leges bonæ æstimationis mulierum pudicitiæ prospexerunt, nulla vilium & commiseratione dignarum ratione habitâ. Unde colligunt, stuprum Jure Civili non committi cum meretrice, vid. *Clar. § sent.* §. *fornicatio* 5. *vers.* 1. Quæ sanctio juri Divino contraria, & merito consuetudine abolita est. Nam si meretricio more vivens adultera punitur, conf. *Brunnem. ad l.*22. *C. ad L. Jul. de Adult.* cur non etiam tabernæ ministra alteri conjugata? Lex divina inter honestiores & viliores non distinguit, nihilque vetat esse tabernariam, & alterius uxorem *Farin. lib.*1. *cons.*90. *n.*14. *Hartm. Pistor. obs.*32. *num* 7. *& seqq. Finckelth. obs.*5. *num.*17. *seqq.*

Epilogus de Processu Germanorum.

§. IX. Majora circa confusissimam praxin, ex tot centonibus & mixtura variorum jurium compilatam, supersunt mysteria, Rempubl. haud leviter tui bantia, quo de querelæ tot præstantissimorum Virorum in Problemate primo

allegatorum, aliorumque pleniſſimum afferre poſſunt teſtimonium. Utinam ſimplicem Germanorum priſtinorum procedendi tramitem ſequeremur! ſic melius forte ſtarent, & ſemet haberent multa judicia. Pulchra ſunt & expendi merentur, quæ de proceſſu Spirenſi commentatur *Lehmannus lib. 4. chron. c.* 21. ſequentibus verbis: Was den Proceſs in Rechts-Sachen anlanget/ wiewohl man vor Gericht und Rath in Rechts-Sachen gar langſam den Brauch der Protocollen angefangen/ ſo iſt aus denſelben/ ſo faſt vor 200 Jahren beſchrieben/ zu bemercken/ daß vor Alters ein kurtzer Proceſs allen Bürgerlichen Irrungen gehalten/ und ſchwere Sachen in zweyen/ oder dreyen Gerichts-Tagen aufs längſt erlediget worden. Es befindet ſich aus einem Protocoll, darinn mehr als tauſend Urtheil eines Raths/ ſampt der Partheyen Klagen/ und allen Handlungen/ ſo vor Gerichten und Rath fürkommen/ nicht allein in Sachen der Bürgerſchafft zu Speyer/ ſondern auch vieler Adelichen Perſonen aufm Lande/ der benachbarten Städte/ Flecken und Dorffſchafften/ ſo Endſcheid und Urtheil vorm Rath zu Speyer vielfältig geſucht/ daß die Partheyen nur mündlich/ und gar nicht in Schrifften/ ihre Sachen entweder ſelbſt oder durch eines Raths Verordnete und Beaydigte fürſprechen/ nach geſtalt der Sachen entweder vor Gericht/ ſo ſie dahin gehörig/ oder vor Rath fürgetragen/ der Kläger ſeine Klage kurtz/ ohne Weitläufftigkeit/ doch zur Nothdurfft anbracht/ der Beklagte darauf ſeine Einrede fürgewendet/ der Kläger hinwieder replicirt, und der Beklagte dupliciret/ darneben jeder Theil ſein Beweißthum mit lebendiger Kundſchafft/ oder in Schrifften dargethan. Mit dieſen ſtimmet der Römiſche Proceſs überein/ dann bey den alten Römiſchen Richter brachte man die Klage mündlich vor/ der Beklagte antwortete mündlich/ der Richter urtheilete mündlich/ damit kam die Sache bald zum Ende.

Modus abbreviandi litis.

§ X. Poteſt autem procedendi ratio coarctari & in ſequentia forte capita redigi: 1) Ut reus ad petitionem actoris citetur, nec ulla, niſi graviſſima neceſſitas poſtulet, dilatio con-

concedatur. 2) Ut reus in judicio præsens, remotis Advocatis atque scriptura, ad actoris intentionem respondeat; optima enim ad Processus abbreviandos via est, partes coram examinare; Exceptiones enim dilatoriæ, vere dilatoriæ, & subterfugium impiorum litigantium sunt, quas judex absque omni prolixitate facile discutere potest, imo deductiones in scriptis factæ mirum in modum ansam dant ad sophismata. Nec advocati, uti dictum, sunt necessarii; Judex enim novit jus. Hos ignorabant antiqui Germani, ideoque illis tam intolerabiles erant, ut post cladem Varo illatam potissimum sævitum fuerit in causarum patronos. 3) Ut probatio ab eo fiat, qui dubium aliquod in judicium deducit, cui adversarius contradicit, nisi præsumtio aliquem liberet ab onere probandi. Probatio fit per instrumenta, confessionem, testes & juramenta. 4) Neque tamen reo deneganda defensio contra hanc probationem, si contrarium docere possit. 5) Subsequitur sententia a judice ferenda, secundum leges præscriptas, ad quas factum probatum vel deductum est applicandum. 5) Ut vero ulterior provocatio concedatur, in eo quidem naturale est, ut superior examinare possit, an recte pronunciatum sit, sed, ut novus processus de novo instituatur, mere civile & plerumque noxium est. 7) Tandem executio citra remoram facienda agmen claudit.

§. XI. Adjicimus quædam forte non ingrata, ad abbreviandas lites spectantia, ex præstantissimo Autore *Godfried Warleff* aus Freyburg in Schweitzer Land/ de abbrevianda lite & reformanda Jurisprudentiâ; sed ea fragmenta tantum sunt, &, prout obvia fuerunt, inserta, cum ipse autor, lectione dignissimus, paulo prolixior sit, totusque ob typi compendium, &, ne hic excresceret, inseri haud potuerit.

De mendaciis.

Man scheuet sich nicht/ bey schwerer Execration auf die Redlichkeit sich zu vermessen/ Brieff und Siegel von sich zu stellen/ Schadloßhaltung zu versprechen/ GOTT zum Zeugen anzurufen/ und Leib und Seel daruber zu verschweren. Da hingegen/ wenn

wenn jederman aufrichtig mit seinem Bruder handelte/ der Kläger und Beklagte die Wahrheit heraus sagten/ der Advocat mit seinen Mausfällen und Vogel-prenckeln zurück hielte/ und der Richter sein Gewissen verwahrete/ in einer Viertelstunde geschlichtet werden könte/ was jetzo bey den Teutschen Gerichten in vielen Jahren nicht zu recht gebracht wird. Welches also bestraffet/ und mit scharffer Ahndung angesehen zu werden verdienet. conf. *Illustr. Strykii perelegans Disp. de Abbrev. Proceß. per Pœn. Mend.*

Contractus & Testamenta confirmari debent.

Wann kein Contract und Handel/ kein Testament und letzterer Wille vor gült g und beständig zu achten/ als welcher mit Vorwissen und Erkäntniß der Obrigkeit/ und vermittelst deren voll-Wort und Bekräfftigung bestättiget würde/ dörfften viele Streitigkeiten leichtlich eingestellet bleiben. *pag* 52. 53.

De Injuriis.

Weil man von der Hauptsache gemeiniglich ab- und auf unverantwortliche Injurien zu gehen pfleget/ soll die Obrigkeit gegen dergleichen Verbrechere mit schweren Geld-Bussen und Landes-Verweisung verfahren/ welches durch ein durchgehendes Gesetz billig einzuführen wäre. Indem sothane Ehren-Diebe schärffer als Geld-Diebe anzugreiffen seyn/ dann es doch heißt: Gut verlohren/ nichts verlohren/ Ehre verlohren/ alles verlohren. Dieses aber muß noch mehr in injuriis realibus Platz finden *pag.* 55.

De pœnis temere litigantium.

Es wäre gut/ daß Niemand mit solchen Leuten/ welche vergebliche und unnöthige Processe anfangen/ leichtlich Gemeinschafft hielte/ ja sie sollen von allen Christlichen Verrichtungen/ als Gevatterschafften Hochzeiten/ Vorsteher Aemptern/ und dergleichen abgesondert seyn. *pag.* 61. *seqq.*

De incommodis inutilium actorum.

Was könte man nicht an statt der unfruchtbaren Durchlesung der ungeheuren Zanck- und Beißschrifften vor gute Gesetze stifften? und wie könte man nicht die edle Zeit zu Aufnehmung Land und Leute anwenden?

De multitudine legum.

Ubi multæ leges, ibi multæ transgressiones, wo viel Gesetze anzutreffen/ da werden derer wenige/ oder gar keines gehalten.

halten. Die vielfältige vortheilhaffte Ausdeutungen/ Verdrehungen und Verkehrungen sind allein an der Multiplication und Vermehrung der Gesetze schuld. Es ist gewiß/ daß eben die viele Gesetze/ und deren mannigfältige Auslegung die gröste Ketzereyen in denen Rechten verursachen. Gut wäre es/ wann ein Fürst in seinem Lande das Corpus Juris gäntzlich abschaffete/ und hergegen befehligte einer Anzahl ehrlicher und Christlicher Juristen/ daß sie nach dem jetzigen Zustand einer jeglichen Provintz etliche wenige Gesetze stiffteten/ und die Application und Ausdeutung gelehrten Richtern überliessen/ doch daß solche kein Præjudicium gebähren müste/ weil die Umstände unter tausend Fällen kaum einmahl gleich treffen. *pag.* 74. Dieses Recht muß deutlich/ kurtz/ und in der Mutter-Sprache gefasset/ so auch in der Natur/ Göttlichem Wort/ und der Billigkeit gegründet/ und dergestalt beschaffen seyn/ daß Bürger und Bauren es leicht verstehen können.

Leges paucis includi possunt capitibus.

Wann bona fides und æquitas zum Grunde gesetzet werden/ so vermeinte ich/ man könte alles/ was zum Recht gehöret/ in 10 oder 12 Capitel abtheilen/ es hat auch ohn dieses ein jegliches Fürstenthum seine Statuta, welche weitläufftig genug/ und keiner glosse des Alciati, Bartholi oder Baldi bedürffen/ dafern sie nur sonst in eines erfahrnen/ verständigen und gewissenhafften Richters Application gebeyen.

De innumeris scriptoribus.

Es kan der fleissigste Mann/ wenn er schon hundert Jahre leben solte/ und sonsten nichts zu thun hätte/ kaum den dritten und vierten Theil der schon verhandenen Glossen, Cautelen, Fallentien, Commentarien, Quæstionen, Decisionen, Resolutionen, Observationen, Conclusionen, Consilien, Responsen, und dergleichen/ lesen.

Jura non sunt prolixe allegan-da.

Ein Richter untersuchet das factum, an sit, & quale sit? Ist das Factum ungeständig/ so lasse er es beweisen entweder mit Zeugen/ oder Uhrkunden/ oder Eyd. Ist das Factum da/ muß nach denen Gesetzen geurtheilet werden/ woraus erscheinet/ wie thörlich es sey/ die Jura zu allegiren/ welches eben so ist/ als wenn ein Krancker seinem Artzt vorschreiben wolte/ aus was vor einer

Büch-

Büchse er ihm die Artzeneyen zu verordnen habe/ dergleichen Allegation billig sub pœna gravi verbotten werden solte.

De Remediis Suspensivis.

Die Remedia suspensiva werden zu nicht geringer Beschimpffung des Richters/ und vergeblichen Auffenthalt der Sache gebrauchet. Es kan zwar die Provocatio ad Principem tanquam superiorem geschehen/ doch ist hiebey nöthig/ daß so dann die Acta schleunig vom Unter-Richter abgefordert/ in Versammlung etwa dreyer Rechts-Gelahrten/ und zweyer Welt-Verständigen durchgelesen/ auf die Wagschale gelegt/ und so bald erkennet werde/ ob der vorige Richter Recht oder Unrecht geurtheilet habe/ worauf die Sache zur schleunigen Vollstreckung sogleich zurück zu geben. Wann die Appellationes nur vim devolutivam hätten/ würde viel Zänckerey zurück bleiben. *pag.* 83. So soll auch Niemand bey schwerer Straffe in Appellationis instantia wiederholen/ was in priori instantia bereits abgethan.

De transmißione Actorum.

Es ist auch nicht allzuwohl mit Verschickung der Sachen beschaffen/ dann dadurch die Obrigkeit sich eines Verdachts entweder der Ungerechtigkeit/ oder der Partheyligkeit/ oder des Unverstandes/ oder der Furcht und Zaghafftigkeit theilhafft machet/ die Sache ins weite gespielet/ das Geld aus dem Lande getragen/ die Unkosten vermehret/ und das Recht auf unbekanter Leute Willkühr hinaus gestellet wird. pag. 85. Die Umstände können ohnmöglich dem Professori so gut/ als dem Richter im Lande/ bekant seyn. Man bekömmt zum öfftern an statt der rationum decidendi eine Hand voll locos communes, Brocardica und Probabilitäten/ und dann erweiset einer der Advocaten/ daß das Urthel den Acten und Rechten nicht gemäß gesprochen/ macht neue Instantien/ und fängt den Streit wieder an/ wo er ihn gelassen hat. Und ist es eben/ als wenn ein Patient/ dessen Natur und Leibes Constitution die bey ihm in einer Stadt wohnende Medici gründlich wissen/ seinen Urin auf 20 Meile an unbekannte Medicos senden wolte. Dieses würde noch ein Mittel seyn die Verschickung und schleunige Beförderung der Sachen zu erleichtern/ wann bey der Inrotulation so wol der Kläger als Beklagte eine gründliche ex actis genommene Relation nebst Foliirung der Schrifften/ woraus ein Jeglicher seine Intention zu behaupten gedencket/ beylegen müsten/ auf welchen Fall ein auswärtig unpartheyscher Richter leichtlich urtheilen könte/ welche Relation denen Acten conform oder nicht/

wo-

wodurch die Helffte der Arbeit subleviret/ und die wahre Beschaffenheit/ welche offters von einem der Sache unbekannten Referenten überschritten wird/ viel genauer eingesehen werden möchte.

De expensis litis.

Die Gerichts-Kosten müsten billig auf das alterum tantum ersteigert werden/ damit aber hiebey des Richters gutem Leumuth gerathen würde/ so solten diese Sportuln nicht ihme oder seinen Nachgesetzten/ sondern halb den Armen/ und die andere Helffte dem Landes-Herrn gegeben werden/ welcher von diesem Zuwurff eine desto reichere Besoldung seinen Gerichts-Personen und Bedienten machen könte/ wodurch des Fechtens desto weniger seyn/ und der Ungerechte viel eher zu gütlicher Befriedigung seines Gegentheils angereitzet werden dörffte/ zumahlen da er zu befahren hat/ daß er alle diese schwere Impostен, wenn er unterliegt/ noch einmahl entrichten/ und seinen Gegenpart wiedergelten müste.

De pœnâ succumbentis.

Es müste die unterliegende Parthey eine gewisse tapffere Geld-Straffe/ andern muthwilligen Zänckern zum Spiegel und Warnung/ in den Fiscum erlegen/ und damit solche Schärffe strack Anfangs den Ungerechten erschreckete/ solte ein jeder Theil nach Zerschlagung der Güte/ ein Stück Geldes in die gemeine Büchse legen/ welche beym Ausgang des Proceß/ dem Unschuldigen vom Schuldigen wieder zu erstatten. pag. 106. Et alibi: ich bin versichert/ daß/ wann auf eine jede Leuteration oder Appellation das alterum tantum des Werths/ warum geklaget wird/ gesetzet werden solte/ der Appellanten und Leuteranten würden bald weniger werden.

De autoritate Judicum.

Ein Fürst muß geschickte und redliche Leute nicht hindern/ noch die Verordnungen/ so sie in seinem Namen thun/ leichtlich umstossen/ vielweniger den Verleumdern und Ohren-Bläsern Glauben zustellen/ sondern von denen Richtern/ so da auf ihr Eyd/ Pflicht und Gewissen sitzen/ alles Gute vermuthen/ sie mit ihrem pflichtmässigen Bericht über die vorgebrachte Beschwerung vernehmen/ und/ da er gleichwol dieselben redlich befindet/ ihnen Fürstlichen Schutz leisten. Hingegen läst sich auch wohl auf einen Richter appliciren/ was Cicero sagt: carere debet omni vitio, qui paratus est in alterum dicere. Die meiste Verzögerung der Rechtfertigung rühret öffters aus der Gunst und Haß des Richters her. Man erwehle und bestelle lieber ehrliche und unpartheyische Richter/ und traue ihnen. Es ist ein gutes Mittel/ daß die Obrigkeit Examina anstellen/ und/ da sie einen Mangel findet/ solchen exemplarisch durch Absetzung bestraffen läst. Und solte man vor allen Dingen auf des vorgeschlagenen Richters Ankunfft/ Auferziehung/ Sitten/ und Zuneigung forschen.

De amicabili compositione.

Bey dem ersten Verhör und versuchten Güte soll kein Advocat seyn/ dann die Wahrheit bedarff keiner Kunst noch Schmincke/ es wäre dann/ daß die Parthey so einfältig/ unberedt/ furchtsam und zaghafft wäre/ daß sie gar nichts verständliches vorbringen möchte. Ja es soll dem an Zerschlagung solches Vertrags Ursach gebenden mit Nachtruck vorgestellet werden daß/ im Fall er verliehret/ er der Obrigkeit mit eben so viel/ als die Summe der streitigen Sache austrägt/ in Straffe verfallen seyn soll.

Soll

De Actore. Soll ein Proceß die Beschleunigung erlangen/ so muß der Kläger nebst der Klage so fort seinen vollkommenen Beweiß zugleich mit übergeben/ oder zum wenigsten seine Zeugen benennen und mitbringen/ oder sich zu einem Eyd erbieten/ dazu soll der Beklagte in Person erscheinen/ ob er sich schon in seinen Ampts-Geschäfften darüber versäumet. Die Parthey/ und nicht der Advocat, muß gegenwärtig den Eyd vor Gefehrde leisten.

De Impedimentis. Es sollen die Lügen mit Nachtruck gesteuret/ und auf die Ehehafften mit bessern Ernst inquiriret/ auch/ woferne sie unwahr befunden/ der Vorbringer vor Sachfällig erkant/ und zugleich als ein Betrieger der Obrigkeit tieff-empfindlich gestrafft werden.

De Processu summario & ordinario. Es ist ein gar schädlich Werck/ daß man den Processum summarium & ordinarium eingeführet; Ein summarischer Proceß hat alle dasjenige/ so der genante Ordinarius hat/ nur daß er so viele Complimenten und Ceremonien nicht mit sich führet/ und ist dieser gewiß das wahre pomum eridos, die vielköpffige Schlange/ und der Antæus, welcher so offt neue Kräffte bekommt/ so offt er die Erde berühret.

De Sententiis interlocutoriis. Die Beyurthel sollen die Obrigkeiten verbieten/ und hingegen die Richter dazu halten/ daß sie ihre Weißheit bis zum Endurthel versparen. Man bringet nur die Zeit vergeblich damit zu/ und richtet wenig aus/ ausser daß man dem einen Theil Frist/ sich in der Sache aufzuhalten/ gönnet/ und den andern so lange zurück setzet. Dann dergleichen einschleichende Sachen soll der Richter ohngefragt in ipso termino unternehmen/ und hergegen die Haupt-Sache befordern. Wann der Richter also ohnbedachtsam in den Tag herein sprechen würde/ soll er denen Partheyen Schad und Unkosten erstatten.

De salario Judicis. Ein Richter muß mit einer ansehnlichen und austräglichen Besoldung versehen seyn/ damit er nicht Noth leiden/ ihm selbst rathen/ nicht Geschenck nehmen/ um der Gebühr willen keine Sachen aufhalten/ noch andere unziemliche und wider-rechtliche Nahrungs-Mittel ergreiffen dörffte. Munera excœcant oculos judicum, & vim autoritatis inclinant. Man könte dieses leicht bewerckstelligen/ wann/ wie oben erwehnet/ die Gerichts-Sportuln hiezu gebraucht/ die Straffen der unterliegenden Zäncker dazu gethan/ und andere Bussen der Verbrecher der zuvor ordentlich gewesenen geringen Besoldung zugefüget würden. Sonderlich aber würden die Richter mit einem geringen sich begnügen lassen/ wann sie wüsten/ und versichert seyn möchten/ daß nach ihrem Tode ihre hinterbleibende Wittwen und Kinder versorget/ und diese vor andern mit Beförderung begnadiget werden solten.

Tantum.

S. D. G.

PHI-

PHILIPPI BURCHARDI,

Jure-Consulti,

DISCURSUS

De

HODIERNÆ JURISPRUDENTIÆ NÆVIS ET REMEDIIS,

Quod DEUS T.O.M.

Bene secundet.

Sine Justitia & Lege quod nec domus ulla, nec Civitas, nec Gens, nec hominum universum genus stare, nec rerum Natura omnis, nec ipse mundus possit, credimus cum *Cicerone lib. 3. de Leg. Princ. Recess. Imper. d. anno* 1654. §. Alsdann nechst. *Aur. Bull. in princ.* Hinc, quæ circa illam versatur disciplina, sive Jurisprudentiam sive civilem sapientiam dicas, non potest non res omninò necessaria & sanctissima esse *l. 1. §. 5. ff. d. Extr. Cognit. l. 4. C. d. Advoc. Diversor. Judicior.* Ideoque & apud antiquos Romanos Jure-Consultorum Clarissimi fiebant Pontifices

Maximi, & juris scientiam, ut rem sacram tractabant. *Cicer. lib. 1. d. Orator.* (sunt enim etiam ipsa Sacra & Sacerdotum ordinatio Juris Publici portio secundum Justinianum in *l. 1. §. 2. ff. d. Justit. & Jur.*) sed & iidem JCti post exercitus prospere ductos, post splendidissimas Victorias & Triumphos, tempore Pacis gloriam demum ex juris professione aucupabantur. *Ammian. Marcell. lib. 30. A. Duck d. Auct. Jur. Civil. lib. 1. C. 3. th. 3. Marq. Freher. in Not. ad lib. 2. Petr. d. Andlo d. Rom. Imper. c. 11.* Oportet enim, ut Justitia & Pax sese exosculentur, & ubi justitia præcedit, ibi pax facilè sequitur, & quod pro pace geritur bellum, facile justum erit. Unde & hodiernos S. Rom. Imperii Proceres, in omnib⁹ fere Comitiis, qua ratione laboranti justitiæ, indeque hactenus vacillanti statui publico, retinendæque in Imperio paci, subveniri posset, omnibus viribus allaborasse, Recessus publici abundantissimè attestantur. Atque sicut saluberrima ista Consilia Legesque, suo quidem successu non penitus carent, ita tamen, omnium vel doctissimorum JCtorum suffragio, hoc unicum vehementissime efflagitatur, ut Reformatione Justitiæ Christianus Populus iterum lætificetur. *Vigl. Zuichem in præfat. ad Inst. Theophil. Tertull. in Apologet. c. 4. Vultej. Jurispr. Rom. in Prolegom. ad stud. jur. Leunclav. in Prolegom. Paratitl. Jur. Antiq. Conring. de Orig. Jur. Germ. c. ult. Pincier. d. jurisd. c. 2. num. 14. Arth. Duck d. Autor. Jur. Civ. tit. 1. c. ult. th. pen. C. V. H. in Comitiol. Ratisbon. par. 5. pag. 343. Charo du Droict. Franc. in Præfat. G. G. L. L. in nov. Method. discend. jurispr. p. 193.* & novissimè Author Scripti Pax vobis in append. §. 3.

Reformatio Juris.

Ob desuetudinem.

Hocque urgentissimis hisce de rationibus: Primo enim, cum Natura quotidiè deproperet novas edere rerum formas, *l. 2. §. 8 C. d jur. vet. Enucl. c. 1. quæ fuit prim. caus. benefic. amitt.* Multas Justinianeas leges tot sæcula interim elapsa, & præsertim totius veteris Rom. Imperii immutata facies, quasi jure quodam temporis & vetustatis in desuetudinem detruserunt. *Limn. d. jur. publ. lib. 9. c. 2. num. 72.* Quod quidem natu-

naturaliter fieri ait *Plato lib.6 d.leg.* unde & veteres, Tempus legibus multò esse potentius, non male dicere solebant.

Ob imperfectionem.

Alias ipsa corporis Justinianei imperfectio & confusio, legum obscuritas, multitudo, contrarietas & Triboniani nota facinora ultro desertas, & quasi pro derelicto habitas præstiterunt. *Bodin. Method. Histor. in præfat. Sichard. præfat. ad Cod. Theodos.*

Ob mutationem reipubl.

Multas etiam Gothorum, Longobardorumque in Italia Dominatus, nec non Caroli M., Ludovici, Lotharii, Ottonis Imperia & aliorum Germanorum mores abrogarunt, *c.1 d.Cognit. Feud.* adeò ut certe ad minimum controversiæ Publicæ & Feudales non tam secundum Jura veterum Romanorum, quam Germanorum decidendæ veniant. *Limnæus ad capitul. Car.V. pag.346. Carpzov. ad leg.Reg.Germ c.1. sect.14. n.20.*

Ob rationem status Pontif.

Plures verò Pontificum Romanorum in turbata, & Orientis & Occidentis Imperatoribus inter sese dimicantibus, neutris obediente Italiâ, invalescens Hierarchia, eorumque nova status ratio, alterandas suasit. Qua in re, cum Pontifices, vel ipsis Canonistis fatentibus, variè hallucinati sint, inde & ipsorum auctoritas durissimis scopulis illisa est. *Burchardus Episcip. Wormat. in præfat. sui Decret. Petr. Jacobi in append. ad Prax. Papiens. rubr.334. n.15. 16. 23. & per tot. Conring. d.Orig. Jur. Germ. c.19 p.m.99. Bodin. d.Republ. lib.1. c.9. Ziegler. ad Hug Grot. d. J. B. & P. ad Prolegom.* Ortaque illa spinosa quæstio, utrum Imperatores an Pontifices à jure Naturali & Divino longius recesserint, &c. *Petr d.Ferrar. Prax.Pap. tit.41. n.17. & tit.52. n.45. & 47. Cynus ad Clementin. Pastoralis Petr. Jacob. d.l.*

Ob confusionem interpretum & incertitudinem.

Hæc & reliqua omnia doctorum & Interpretum Commentarii, Distinctionum, correctionum, ampliationum, limitationum, altercationum mercenariarum & monstrosarum sæpe opinionum involucra adeò lacerarunt, ut neque principium neque exitum æquitatis in iis invenias, sed, cum casus aliquis incidit, in tanta traditionum diversitate, animi

incertus hæreas, nec, quo te vertas, scias. *Oldendorp. d. Jur. & æquit. c.3. p.m.22. Vultej. de Feud. lib.1. c.9. num.93.* Quod toties fieri necesse est, quoties a vero Juris tramite recessum est. *Vultej lib.1. d. Feud. c.11. n.31. §. quid de vidua.* Ita, ut leges virtutem genuinam omnem amisisse, & vix nomen Juris inde agnosci posse, magni JCti nominis conquerantur. *Hotoman. Anti-Tribon. c.17. Mynsing. in præfat. ad Decis. Nathen. d. Justit. Vulnerat. Epist. Dedic. Bacon. de Verul. de certit. leg. aphor.78. Casp. Ziegler. in not. ad Grot. in proleg. ad verb. secunda Classis.*

Ob contemtum legum. Verum quasi fatali Seculi vitio, Legum nullus amplius respectus habeatur, sed sursum ac deorsum ferri omnia sinantur. *Johann. Sichard. in præfat. ad Cod. Theodos.* Eoque res redacta sit, ut Justiniani effato, Jus scil. semper certum & finitum esse *l.2. ff. d. jur. & fact. ignor. Godofred. ibid. in not. lit. X.* nihil falsius esse hodie videatur. Imo verò eò temeritatis inter Practicos deventum est, ut, etsi Legum textus sint apertissimi, illos tamen allegare quasi dedignentur, contenti eorum loco aliquem Practicum nominasse, hac fere formula: Ita tenet Bartolus, Baldus, ita in terminis tradit Panormitanus, &c. Sed & quendam practicum dicere solitum novi, si unum pro se practicum habere possit, non curare se decem Leges in contrarium: non aliter, quam si Jus Civile, nil nisi antiquas fabulas, non verò quod in ipsis rerum obtinet argumentis, [qui Justiniani scopus fuit *proœm. Instit. §.3.*] comprehendat. Memini, inquit, *Nathen* Spoorma„cher/ me aliquando legem in terminis allegasse, & tamen „nihil profeciisse, ita hodie Dd. authoritati & opinionibus „inhæretur. *de Justit. Vulner. part.2. tit.5. c.3. p.656.* Indèque non tantum totum tractatum de Vulnerata Justitia inscripsit, sed etiam rubricam secundi capitis, de misero Jurisprudentiæ hodiernæ statu in administranda Justitia, prælucere omnibus sequentibus voluit. Hinc & F. *Scotus* conqueritur, nos ad ea hodie devenisse tempora, quibus non

non rationibus & legibus, sed solis decisionibus creditur. *Consil. 2. n. 24. Buxtorff. cons. 2. art. 1. Vigel in Epist. Dedic. ad Method observ. Camer.* Cum tamen è contra nullo modo adducenda glossemata, aut authoritates recentium Dd. essent, quoties ipsis legibus causam tueri possumus, *G'oss. ad l. sed licet 12 ff d. Offic. Præsid. Matth. de Crimin. tit. ult. c. ult. n. ult.* Verum adeò incerta & dubia sunt hodiè omnia, ut & quælibet juris præcepta auctoritatibus confirmare, apud practicos moris & styli sit; Contra quos graviter invehitur *Christoph. Ehem. Jur. Princip. tit. 4. cap 4.*

De communi opinione.

Huic itaque miseriæ plerique hactenus judicem mederi posse opinati sunt, si scil. Doctorum & Interpretum vota numeret, hoc est, communem opinionem sequatur. Verum absurdum hoc, & ex parte iniquum est. Primò enim Justinianus expresse sancivit, non ex multitudine Auctorum, sed quod melius & æquius est, [quod forte & unus videre potuit] judicandum esse. *l. 1. §. sed neque C. de Vet. jur. enucl. l 12. ff. de Offic. Præsid.* Imò nervus sapientiæ esse creditur, ne multis quidem temerè credere, *c. nullus servus 3. quæst. 5. c. 1. 2. & 3. 15. quæst. 3.* Deinde communis opinio sæpissimè inventa & judicata est falsissima. *Fichard. 1. consil. 6. n 6. Matth. de Crimin. tit. de Pœn. c. 4. num. 5.* Kleinschmit *d. Præcogn. jur. tract. 4. sect. 7. n. 42.* Sicuti omnis opinionis natura est, quod possit esse vera vel falsa: Opinio enim non est cognitio, sed medium quid inter cognitionem & ignorantiam. *Plato de Rep. Dial. 5. p. m.* 601. & 614. Itaque qui communem opinionem sciunt, non veritatem sciunt, sed quod ita opinantur. Unde à JCtorum aquila *Jacobo Cujacio* communis opinio imperitorum dicta *in Paratit. C. d. in lit. jur.* Et hinc nata ista oratio: hæc est vera sententia, quamvis vulgus Dd. aliter sentiat: Neque valet argumentum, hæc pars major est, ideo verior, sed contra, major est, ideo pejor. Neque enim tam bene cum rebus hu-„ manis agitur, ut meliora pluribus placeant, sed argumentū „ pessimi turba est: verba sunt *Senecæ de Vit. Beat. c. 2.* Denique

&

& inter communistas & opinionistas, quæ revera sit communior opinio, non constat, *Vultej. lib.* 1. *de Feud. c.* 10. *n* 63. & *c.* 11. *num.* 159. *Matth. Matheſianus Juris Monarcha dictus de Election. Verior. Opin.* Sed & alii solo numero scribentium, alii vero Dd. Classicorum copia rem istam metiuntur. *Nathen. de Just. Vuln. p.* 662. *Graveus concl.* 154. *consid.* 1. *n.* 5. Alii pro communi habent, quam sex aut septem fovent, qui ex professo eam quæstionem tractarunt, præferuntque illos aliis quinquaginta Dd. qui eam obiter tantum tractarunt. *Alciat. Reg.* 1. *præsumpt.* 51. *num.* 2. *Mascard. concl.* 1138. *num.* 11. *Martin. Navarr. in Manual. c.* 27. *n.* 289. *A. Duck. de Auth. jur. Civ. lib* 1. *c.* 8. *th.* 11. Nam hâc in re contingere practicis idem quod gruibus, avibusque, quarum una volante, reliquæ omnes inconsultè sequuntur. *A. Duck. d. loc.*

De Commentatoribus. Alii rursus præferunt Doctores in Commentariis & tractatibus loquentes eis, qui per consilia & responsa quæstiones resolvunt, quia in Commentariis cesset cupiditas æris, gratia, odium, affectus, quæ in consiliis & responsis sæpissimè interveniunt. *Alciat.* 12. *Parerg. cap. ult. Menoch. lib.* 2. *præsumpt.* 71. *num.* 48. *Cravett. de Antiquit. Tempor. p.* 1 §. *propositis num.* 48. *Pariſ. cons.* 91. *num.* 48. *Mynsing. cent.* 6. *obs.* 60. *A. Duck. d. l. th.* 12. *H. Grot. de J. B. & P. in Prolegom.* §. 38.

De Consulentibus. Alii contra consilia & responsa præferunt tractatibus & commentariis, propterea, quod consilia magis deliberatè scribuntur, & speciales quæstiones specialius & ex fundamento expendunt, nec non famæ periculum metuunt, si minus solidè respondeant. *Decian in Apolog contr. Alciat. Magon. decis. Lucens.* 15. *num.* 27. *Boer decis.* 155. *J. Dauth. in Comment. de Testament. in Prolog. num.* 7.

De Legistis & Canonistis. Alii rursus distinguunt inter Legistas & Canonistas. Hos præferunt in causis Religionis, animæ, juramentorum, usurarum, matrimonii, aliisque spiritualibus. Illos vero in causis Principum, aliisque mere Civilibus. *Godofred. in Prax. Civil. lib.* 1. *tit.* 2 *Gail.* 2. *obs.* 141. *Menoch. lib.* 2. *præsumpt.* 71. *num.* 49. *Alb. Gentil. lib.* 1. *de Nupt.* Alii

Alii aliter præferunt scripta eorum, qui dignitates, pecunias, & fortunas contemserunt, nec affectibus, aut sordibus patuerunt. *Guid. Coquill. ad Cons. Nivern. in præfat.* Alii denique præferunt recentiores antiquioribus, docentque, sicuti omnes res humanæ, ita etiam Interpretum Opiniones senescere, & ab usu recedere. *Jul. Clar. §. feudum quæst. 80. Mattheac. lib. 2. de Via & Rot. jur. c. 25. Rot. Rom. Noviss. decis. 72. n. 2. Christinæi decis. Belg. 2. num. 1. & 3. vol. 1.*

Hinc ille Pragmaticorum Stylus: hæc est communis, sed contraria est magis communis, &c. *Vultej. de Feud. lib. 1. c. 7. num. 121.* Hinc integri Tractatus de communibus opinionibus. Ita *Cævallos* collegit communes contra communes; ita *Tiraquellus*, postquam testimonia centum & viginti Doctorum, idem sentientium, accumulavit, hanc vel similem orationem subjungere solet: ut videas, amice lector, nihil esse in jure nostro non ambiguum, volo tibi totidem aut plures recensere, qui sunt in opinione prorsus contraria. *Hotoman. in Anti-Tribon. c. 14.* Atque ita utriusque partis Advocati plerumque in multitudine Authorum & communi opinione, relictis legibus & rationibus, pedem figere solent, quos propterea, ignominiosè satis, Nomenclatores vocat JCtus sui temporis tersissimus *A. Matthæus de Crimin. tit. de Quæstion. c. 3. num. 8. Ehemius* autem, otiosos & indoctos, *lib. 4. de Princip. Jur. c. 4*

De Fragilitate sententiæ communis.

Taceo jam, cum privati non sit, omnium Juris Auctorum habere copiam, quæ revera sit communis opinio, nunquam certò scire posse. Imò dantur quæstiones adeò arduæ & difficiles, ut interpretes in iis ita varient, ut utraque opinio communis dici possit. Teste *Michael Grasso Recept. sentent. § legitima quæst. 2. num. 6. Vultej lib. 1 feud. c. 11. num. 159.* Sed & ipsi Communistæ, dum communem à lege vel ratione vinci concedunt, *Vultej. l. Feud. c. 11. num. 150.* eo ipso rursus sententiam suam labefactant; quis enim sine lege vel ratione agere confitebitur? Imo quotusquisque est, qui, ubi aliquem

ab

ab opinione sua dissentire intellexerit, mente ipsum satis constare putet, sed abjecti habetur ingenii, dissentientes non pro stupidis habere. *S. P. in Epist. ad B.* quam refert **Habertorn** *in sol. resplendesc. c. 2. Epist. 3. p. 33. Cæval. d. tract. in præf. num. 22. 33. 40. Hartman. Pistor. lib. 1. p. 1. quæst. 15. & lib. 2. p. 1. quæst. 12. n. 72.* Aut quomodo dicemus, tot Doctores sine lege aut ratione fuisse? Certe nos ipsi, dum ad Majorum judicium confugimus, & quod illi sapientes fuerint, illi scíverint, quid optimum esset, an non eo ipso nos sensibus spoliamus & vera sapientiâ, illorum erroribus credentes? *Nathen. d. tract. p. 657.* Aut si hanc rem ad Dd. Classicos, aut affectibus vacuos, aut aliter restringere velimus, quis auctoritatem nobis accommodabit, hos vel illos ex classe excellentium & bonorum eximendi, & ad inferiora subsellia, ad sordes vel aliter condemnandi? Præsertim, cum dari quæstiones autument, in quibus unius Doctoris Classici opinio communem vincat. v. g. Si sit pro Matrimonio vel pro Religione. *Betz. de Pact. Famil. Illustr. c. 6. p. m. 153.* ubi laudat. *Hostiens. Zas. & Jason.* Certe videtur remedium ipso morbo periculosius: Unde Plato *lib. 6. de Republ p. m. 506.* ait, Opiniones absque scientia turpes esse, & earum etiam optimas esse cœcas, & eos, qui absque intelligentia verum aliquid opinantur, non differre ab illis, qui, licet cœci sint, recto tamen tramite incedant. Præjudicium enim omne judicium tollit, & uti oculus, ubi glaucoma obsidet, puriter non videt, ita nec mens, ubi affect'. „ *Lipsius cent. 2. Epist. 97.* Hi sunt, inquit *Sichardus*, in Purpura „ sedentes, at stivâ digni, qui obloquentes, flagitium facere, „ & cornicum oculos confodere velle, clamitant, qui tamen „ meliorum literarum inopes, ad, nescio quos, Accursios con- „ senescunt; At quis feret, præ illis rerum germanarum „ studia malè vulgò audire, & palam sordere, abjicique ab iis, „ qui horas suas non æquitati Naturali, sed malitiæ, & fucis, „ ac quæstui impendunt, tum se digitis cœlum attingere exi- „ stimantes, si aliorum ineptias, per se satis superque graves ali-

De interpretatione falsa.

aliqua adjectione locupletent, ac non intellecta, aliis atque aliis tenebris involvant, æquitatem relinquant, verba verò retineant, & sic optimas & naturæ convenientes leges, arrogantia, an stultitia dicam, nescio, obscurant, ut oculatissimis & emunctæ naris hominibus voluntatem legum, hoc est, medullam animamque introspicere non liceat, id quod fieri necessum fuit, dū hic omnia tribuit Principi, putatque licere, quod libet, alter omnia ad quæstum & lucellū dirigit, & ut miseris imponat, oppugnatis & constupratis judicum animis, callidis legum interpretationibus omnia evertentes, & opinionibus, non ipsa natura jus constitutum ducentes, voces & syllabas sic prosequuntur, ac si rem cum pueris haberent, tam pueriliter, ut vix à risu tibi temperes, &c. *Sichard in præf. ad Cod. Theod. add. Vultej. lib. 1. Feud. c. 11. n. 159.*

De decisionibus.

Hoc obstaculum & dubium, de communi opinione motum, ut removerent quidam, laudarunt res judicatas, præsertim vero à tali collegio ponderatas, in quo plures juris periti assederunt, quò etiam supra laudatus *F. Scotus* digitum intendere videtur. *add. Menoch. de Recup. possess. remed. 15. num. 297. Lud. Servin. lib. 2. Plaidoy 60. q. 5. Petr. Delamin. d. Jurispr. Gall. in præfat. Grammat. decis. 33. in fin. Escobar. d. ratiocin. comput. 13. Fragos d. Rep. p. 1. lib. 4. disp. 10. §. 3. num. 193. M. d. Afflict. decis. 45. Grammat. decis. 228. Conan. lib. 1. comm. c. 15. Parthen. Litigios. lib. 2 c. 5. n. 30. Hartm. Pistor. part. 3. q. 40. num. 25.*

De Officio judicis suppletorio.

Verum & hoc periculo non caret maximo. Nam præterquam quod & ipsa majora Collegia Referenti & Correferenti, & sic paucissimis exactiorem totius causæ examinationem concredere oportet, semper casus, seu facti species, super qua judicatum fuit, habebit aliquid facti, sive singulares circumstantias, quæ judicem singulariter movere solent, difficileque est probare, idem factum, easdem circumstantias, eademque momenta temporum in utraque causa concurrere *Sichard. d. contract. cons. 1. num. 5.* Imò sæpe contingit, ut a judice ex officio suppleantur, quæ Advocati partium ad Acta referre

vel neglexerant, vel ignoraverant, vel tanquam judici ipsi satis nota omiserant. *tot. tit. C. ut quæ desunt Advoc. part. jud. suppl. Harmenop. hexabibl. lib* 1. *tit.* 4. §. *quæcunque A. Gell noct. Attic. lib.*14.*c.*2. *Brunneman. in Proceſſ. Civil. cap.* 9. *de Interrogat. num.*3. *& c.*16. *de Except. perempt. n.*19. Supplet scil. judex ea maximè, quæ juris sunt, *Mevius part.*3. *deciſ.*351. quod si id controversum est, certè loco juris certi substituit suam opinionem in gratiam fortè amici, nudius tertius noviter sibi acquisitam. Sed & factum quandoque supplere judicem posse tradunt, scilicet si persona, pro qua suppletur, sit miserabilis, pupillus, pauper, Ecclesia, potentia adversarii oppressus, absens, mulier in causa dotis, &c. *per l.*1.§.15.*ff. d. magistr. conven. l.*9.§.5.*ff. d. Offic. proconſ. l.*1. § 4.*ff. de Postul. Carpzov. P.*1. *conſtit.*1. *defin.*25. *Hiltrop. Proc. part.* 1. *tit.* 19. *n.*101. *Gothofred. ad l.*4. §.8.*ff. d. Damn. inf. Cravett. conſil.*190. *num.*18. *Brunnem. l. fin. C. d. aſſeſſ.* Et sic in editione Decisionis maximè necessariæ circumstantiæ sæpe omittuntur. Sed & licet omnes circumstantiæ expressæ sint, Advocati tamen, quorum illæ causis non favent, eas fortè consultò prætereunt: Inde non satis circumspectus judex, se ex simili judicare putans, judicat ex dissimili, & sic paulatim a vero juris sensu aberratur. *Sand. in præfat. ad Deciſ. Friſ.* Sed & ipsæ maximorum collegiorum Decisiones non rarò sibi invicem contrariantur, eandemque controversiam alios hoc, alios contrario modo definivisse videmus. Quod effatum, utut certissimum, quia tamen, nescio quis in dubium vocare conatur, operæ pretium existimo, pluribus testimoniis id adstruere: Uti ergo a rerum perpetuò similiter judicatarum auctoritate recedendum non est, *l.*38. *ff. d Leg.* Ita hoc pernego, quod perpetuò similiter aut olim judicatæ fuerint, aut hodieque judicentur, nec in eadem, multo minus in diversis, & tam infinitis orbis Christiani curiis. Ita enim *Sande in præfat. ad Deciſ. Friſ.* Variant etiam, inquit, sæpe curiarum præjudicia, ac sibi sunt contraria, imo sub uno ejusdem Curiæ tecto, modo hoc, modo illud,

De circumstantiis decisionum.

etiam

etiam in pari causa judicatur, & infra, deinde in judiciis sæpe pernicioſe erratur: Conſonat *Nathen. d. Juſt. Vuln. p.* 1. *c.* 1. *lib.* 1. *n* 6. Quotidie, inquit, in Praxi fieri videmus, ut ex unis ejusdemque Actis ſententia pronuncietur, reformetur, declaretur, & quandoque ſuper ſingulis dubitetur. Similiter *Arth. Duck. de Auctor. jur. Civil. lib.* 1. *c. ult. in concluſ. num.* 4. Deciſiones ſupremarum curiarum, etiam Rotæ Romanæ non aliam vim habent, quam reſponſa prudentum, Doctoresque ſæpe conſulere contra Deciſiones Rotæ, Rotamque ſæpe judicare contra Deciſiones ſuas, Rotæque non ulterius eſſe deferendum, quam ipſius ratio valet, &, ſi contra communem Dd. ſententiam ſit judicatum, communem potius eſſe ſequendam, quam Rotæ deciſionem: Sic & Parlamenta Galliæ & ipſam Cameram noſtram Imperialem unas easdemque quæſtiones diverſimode decidiſſe negari non poteſt. *Menoch. lib.* 2. *præſumpt.* 71. *A. Duck. d. auct. Jur. Civil. lib.* 1. *cap. ult. in concluſ. n.* 4. *Papon. in Arreſt. Franc. in prolog. Receſſ. Imp. de an.* 1570. §. 75. *& anno* 1654. §. 133. Adeo ut in Proverbium abierit, Rotam rotare ſolere. *Arum. lib* 2. *deciſ.* 1. *n.* 65. Addo, quod & à collectoribus Deciſionum ſæpe nefandum in modum erretur, uti ab ipſo Gilmanno factum, &, originali inſpecto, prorſus diverſam & contrariam ſententiam compertam, adeòque Gilmannum manifeſtè falſi convictum fuiſſe teſtatur *M. Goldaſtus Replic. pro Imper. cap.* 12. *p.* 105. *Conring. d. Orig. Jur. German. c.* 34. Sed & ſucceſſu temporis novæ rationes, vel vera ſolutio dubiorum emergunt: Tunc enim neceſſe eſt aliter judicare, & adverſus id, quod judicatum prius fuit. *Papon. d. loc.* Itaque ridere hic libet eorum væ- „
cordiam, qui, ſi qua eſt communis opinio, ſive quid un- „
quam bene male judicatum, hiſcere nos contra vetant, „
cum ne ii quidem, qui omnem ætatem in foro triverunt, „
atque etiam judicandi calculum habent, aut communibus „
opinionibus, aut rebus judicatis alligari ſe patiantur. Unde „
factum eſt, ut multi errores recepti jam exoleverint, aut, „

„ quæ nuper tanquam nova damnabantur, nunc mitigatis
„ hominum sensibus invaluerint, ac nisi quorundam vel in-
„ vidia, vel ignavia obstitissent, jam pridem injusti juris civi-
„ lis possessores de possessione depulsi essent. Verba sunt *A. Matth. tract. d. auction. lib. 1. cap. 21. num. 7. add. Hartm. Pistor. in præfat. ad lib. 22. quæst. part. 1.* Summatim, præjudicia ista sunt res inter alios actæ, & cum de actis, super quibus pronunciata fuerunt, non constet, aliter sese habere non possunt, quam instar Referentis, quod nihil omninò probat, antequam relatum ejus a parte appareat. *l. nemo* 14. *C. d. Sent. & Interloc. auth. si quis in aliquo C. de edend. Brunneman. Proceff. Civil. c. 19. n. 41. Ern. Coth. vol. 1. resp. 113. num. 129.* Quæ causa est, cur doctissimi quidam viri, non solum cum Justiniano omnes ad Jus Commentarios, *de Confirm. Digest. §. 1.* sed & ipsas rerum judicatarum publicationes, penitus damnarint, & veræ Jurisprudentiæ nocivas pronunciarint. Nam cum ejusmodi decisiones propter variantes suas circumstantias non sint accommodabiles. *Nathen. d. just. Vuln. p. 668.* nihil in ipsis restat, nisi sola auctoritas, quæ non satis circumspectos in omnia avia & devia ducit: Quin & ejusmodi judicum decisa potestatem suam excedere videntur, cum hoc modo jus faciant, quod tamen solius est supremæ potestatis & legislatoris. *Justin. in præfat. Digest. const. 3.* Distincta enim omnino sunt, potestas Legislatoris, Jure-Consulti, & Magistratus seu Judicis: Illius est legem condere, istius interpretari, hujus verò tantum facta ad leges & interpretationes accommodare. *Ehem. d. Princip. jur. lib. 4. c. 1. & lib. 5. c. 7. & 8.* Hi ultimo loco dicti, etsi optimi & justissimi sint, frequenter errant, *Ehem. d. Princip. jur. lib. 5. Arum. lib. 2. decis. 1. num. 63.* Omnis autem judicii error veritati non solum semel, sed ferè semper facit præjudicium, cum in similibus ab iisdem denuo ita malè judicetur, &, partibus prius judicium allegantibus, judicari aliter sine quadam nota non possit. *Recess. Imp. 1570. § 78. Arum. lib. 2. decis. 1. num. 20. & seq.* Atque hinc tot ubique mu-

municipiorum consuetudines juri scripto e diametro adversantes: hinc tot de differentiis theoriæ & praxis, item de Legibus abrogatis in publicum emissi Codices. Nam hæc tota contrarietas ex rebus aliter atque aliter judicatis plerumque ducit originem. In quam rem notatu digna sunt verba Julii Capitolini in vita Imp. Opilii Macrini: fuit inquit, in jure non incallidus, adeo ut statuerit omnia Rescripta veterum Principum tollere, ut jure, non Rescriptis ageretur, nefas esse dicens, leges videre Commodi & Caracallæ, & hominum imperitorum voluntates, cum Trajanus nunquam libellis responderit, ne, quæ ad gratiam composita videntur, ad alias causas facta proferrentur, &c. Hinc illa Professorum pro cathedra in antinomiis conciliandis non invidenda responsio: aliter respondent JCti, & aliter rescribunt Cæsares. *A. Matth. d. Crim Peculat tit.* 10. *c.* 1 *num.* 5. Sed & audi judicium de rebus judicatis clarissimi JCti *Ant. Fabri in præfat. Cod. ad lect.* ingenuè confitentis, se in rebus judicandis aliter sentire, „ quam in aliis tractatibus suis, quia in judicando sententiam „ dicere cogeretur, ex communi opinione, in vita non modo „ scientia, sed etiam conscientia. „ *add. Hartm. Pistor. lib.* 3. *quæst.* 23. *n. ult.* Ubi vir alias doctissimus & solidissimus sententiam quandam Feudalem *lib.* 2. *quæst.* 19. & alibi operosissime a se assertam, sub prætextu obstantis communis opinionis iterum destruit, non sine suspicione amicabilis responsi in causa dubia, aut, quia opus posthumum est, a filio fortè correcti: Adeo scil. multum erratorum est in Jure! *Nathen. de Justit. Vuln. p.* 657. & fortè non minus, quàm in reliquis studiis, quorum regula incerta est, & quorum vitia, utut Mystæ intelligant, nihilominus eadem amant & sectantur. *Senec. lib.* 5. *controvers. ult.* Quam miseriam si supra laudatus Imp. Macrinus vidisset, quid putatis ipsum facturum fuisse? quam multa comprehenderet in gratiam Amici composita, aliis pro jure obtrudi? quid statueret de correctionibus Triboniani avarissimi hominis, pro lucello aliquo privato

vete-

veteres leges abrogantis, & novas substituentis, easdemque deinde rursus alio pretio vendentis? Si vera scribunt *Procopius & Suidas.* Quid de correctionibus Rom. Pontificum, qui uti sanctitate primum & religione ducti, ex sacra Scriptura & scriptis Patrum satis benè quædam emendarunt, ita postea in alia omnia abierunt, pro stabilienda Hierarchia sua solummodo soliciti, & sicuti Cæsares jus Civile pro utilitate omnium civium, *l. pen. ff. de J. & J.* Ita illi Jus Canonicum pro utilitate omnium Clericorum condentes & ponderosiora quælibet ad molendina sua trahentes: *Pet. de Ferrar. prax. Papiens. tit.* 41. *n.* 17. *& tit.* 52. *n.* 45. *&* 47. *Pet. Jacobi ad d. prax. rubr.* 33. *per tot. Bald. in l.* 1. *C. d. oper. libert. n.* 3. *Gail* 1. *obs.* 25. *n.* 3.

De interpretationibus Doctorum.

Quid item statueret de Doctorum ingeniis, qui mysterium istud non animadvertentes, ista omnia tanquam Sibyllæ folia adorant, & miserrimè sese torquendo, partim contradictoria conciliare, partim in constitutionis rationem, [quæ sæpe mire insufficiens est] inquirendo, limitationes, ampliationes, exceptiones, & talia multa ex suo cerebro comminiscuntur, ut difficile sæpe sit intelligere, quæ sit regula, quæ exceptio? Certè hic nodus Gordius est, qui non nisi ex Macrini consilio, gladio solvi potest & debet. Nam si ille olim in Rescriptis gratiam, & imperitorum hominum voluntates observavit, certè hodie sordes & improborum hominum arbitria deprehenderet. Legislatoris enim cum sit, Leges Reip. salutares, & in commune utiles & concordantes condere, JCti vero easdem in ejusdem salutem interpretari, si Legislatores inter se contrarientur, quid quæso præstabit JCtus? Certe prorsus nihil, nisi antinomias aperte fateatur, &, quis eorum bene maleve sanxerit, edisserere audeat. At vero jus Justinianeum, varia Germanica, Feudale, Longobardicum, Suevicum, Saxonicum, jus Canonicum, Praxis & Mores, sæpe e diametro & in ipsis principiis sibi contrariantur. Ergo JCtorum desuper interpretativas conciliationes, in articulis istis contrariis, trivolas & cerebrinas esse oportet.

Adeo

Adeo ut illi rem acu tetigisse mihi videantur, qui palam proferre ausi sunt, plerasque in judicium deductas lites hodie arbitrarias esse, quas judex pro arbitrio suo, & prout ipsum æquitas moverit, decidere possit: Semper enim pro opinione sua aut Legem, aut Canonem, aut Decisionem, aut Praxin, aut rationem aliquam, &c. reperiet. De quo asserto, cum etiam dubitare quendam videam, oportet, ut auctoritatibus sufficientibus suffulciam: Ita autem habet *Hieron. de Cævallos tract. de Commun. Opinion. in præfat. num.* 109. Cum judices, inquit, possint quæ placuerit, eligere opinionem, „ quid interest, argumenta & fundamenta opinionum ad- „ ducere, & sic semper in judicis arbitrio facti quæstio & re- „ solutio dependet: item *num.* 113. hæc habet verba: In tanta „ varietate & incertitudine absque lege, absque jure, & abs- „ que ratione vivimus, nihil certum habemus, neque stabile, „ omnia enim jura sunt arbitraria. Item *num.* 120. Et sic vi- „ dete, quantâ dubietate judices sint circumducti, & quam „ utile esset, prædictas opiniones ad leges Regias reducere: „ Item *num.* 25. ex quo notat Abbas, quod opinio potest se „ habere ad verum & ad falsum: si vero se habet ad utrum- „ libet, sequitur, quod absque lege certâ vivitur. Item in „ *Orat. ad Lector.* Si omnes hæ contrariæ opiniones ad cer- „ tam legem redigerentur, in arbitrio judicis non esset, modo „ hic unam & illic alteram contrariam opinionem sequi, pro- „ ut amicitia postulat, cum fere omnes octingentæ quæsti- „ ones sint quæstiones pro Amico. Sic fiunt lites immortales „ sine spe justitiæ consequendæ ex certa lege: Quia licet ha- „ beant communem opinionem pro sua causa, tamen judex „ arbitratur ad lubitum, quod malè ferunt Studiosi, cum sic „ ad nihilum sua studia redigantur: &c. &c. &c. Hactenus „ *Hier. de Cævallos.* At ne quis fortè opinetur, fuisse hanc privatam opinionem Hispani istius JCti & Advocati Regii Toletani, nostram autem Germaniam melioribus fatis fungi, operæ pretium erit, etiam aliarum Nationum, nec non ipsius Ger-

Lites sunt arbitrariæ.

Germaniæ Juris Consultos hac de re audire: Ita ergo *Arth. Duck. Anglus de Auctor. Jur. Civil. lib. 2. c. 6. §. 30.* Relinquere judices suo arbitrio nihil est injustius & pernicioſius. Ea de „ causa, *Jacobi Menochii* librum de Arbitrariis Judicum quæ„ stionibus quidam damnant, quod judices, sub specie arbi„ trii, affectibus, corruptelis, sordibusque uti docuerit. Si„ militer *Petrus de Andlo de Rom. Imper. lib. 2. c. 6.* Quid dicam, „ de Legum æquissimarum, jurisque scripti observatione, „ quæ fere nulla est, sed jure incerto vivitur, & in multitudi„ ne illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum „ est, id in judiciis vim legum obtinere volunt. Consonat „ *Nathen. de Justit. Vuln. p. 643.* his verbis: In tam impunita „ & libera opinione & interpretatione, qua Jurisprudentia „ ad contemptum redacta est, nostrapte voluntate excœca„ mur, vivimus & disputamus, ac si lumen veritatis nobis „ non affulgeret, atque ipsa naturæ bona in nobis extincta „ forent, sic vanitati veritas & opinionibus lex ipsa cedit. „ Idem *in præfat. ad Lector.* Leges paulatim variis interpre„ tationibus & distinctionibus ad varios abusus tractæ, per„ venerunt ad nihilum, figuntur & refiguntur, glossantur, „ limitantur, & ad cujusque placitum fere detorquentur.

Sed instabit fortè hic aliquis: Sat multæ nobis suppetunt Leges! quibus cum accedat juramentum solenne Judicis, quo ad justitiam jurat, inde vagum hoc arbitrium satis videtur esse circumscriptum & adstrictum.

De praxi hodierna. Sed heus bone vir, non animadvertis, me non tam de Jure in specie sic dicto, quam de Praxi hodiernâ, de vulnerata justitia, de corrupta Jurisprudentia, de malis hujus temporis moribus loqui; Hæc fateor, non tantum Tyronibus non patent, sed nec Candidatis, nec ipsis Doctoribus & Professoribus, qui theoretico studio contenti, in judiciis non sunt versati, verum tantummodo Practicis, & qui quàm male cum rebus humanis agatur, sicuti Advocatus ille Regius Toletanus, *Hieronymus de Cavallos*, longa experientia didicerunt. Istis

Istis & legum multitudo & jurisjurandi vinculum persuadere possunt, arbitrium judicis satis esse circumscriptum, non his, qui sciunt, in omnibus fere locis, & præsertim in aulis, atheismum magnis viribus succrescere, talesque sæpe dari hodie judices, qui nec jura, nec juramenta, nec ipsum DEUM curant, sed solummodo pœnas verentur, quæ sibi ex contemptu specialis & certissimæ non controversæ legis impendent. Nam certè nihil hodie tam turpe, tam inhonestum, tam in „ justum est, quod non obtentu justitiæ defendatur, ipsaque „ vitia virtutes videri volunt, & facilè larvã aliquam induunt. „ Summatim quemadmodum *Aurel. Vopiscus* dicere consue „ verat, nihil est audere relictum: verba sunt *Nathen. de just.* „ *Vuln. in Epist. dedic.* Justitiam Alamannia nostra in sua „ despicit insipientia, quamobrem minimè mirum, si tota „ compages Romanæ potentiæ dissolvatur, omnisque Teu- „ tonia continua inquietudine absque justitia agatur & pace: „ verba sunt *Petr. de Andlo d. Imp. Rom. lib.* 1. *c.* 10.

Vix ergo hodie melius agitur cum judiciis nostris, quam olim tempore Catulli, exclamantis? Te quærere, ô justitia, jam Herculis labor est, aut tempore Julii Cæsaris, quæ *Cicero* graphice & ad longum depinxit in *Orationibus suis in Verrem*, ubi inter alia hæc invenies verba: Jam omnium sermone percrebuit, his judiciis, quæ nunc sunt, pecuniosum hominem, quamvis sit nocens, damnari non posse. Scilicet postquam tunc temporis luxus, avaritia, ambitus, dominandique libido invaluerant, vires justitiæ erant confractæ, & inter Primores tanta discordia, ut non mos, non jus certum esset, sed deterrima quæque impunè, ac etiam multis ipsa honesta exitio essent. Postquam enim Grachanis Legibus placuerat, Regimen Reip. à Judiciorum Regno separare, illudque Patribus quidem relinquere, hæc autem Equitibus mancipare, Resp. Romana ex una facta est biceps, fataque Patrum atque fortuna omnis in manum atque rapinam Equitum dilapsa, ipsiusque Imperii nervi divulsi sunt. *Flor. lib.* 3. *c.* 13. *vers.* 17.

Et hoc ipsum est, quod JCtus Pomponius in *l. 2. ff. de Orig. Jur.* §. 11. „Notanter ait, per partes [hoc est, per factiones] „ eveniſſe, ut Reip. non niſi per unum conſuli potuerit: Id est, iſta ſeparatio Regni judiciorum ab Regimine Reip. effecit, ut factiones generarentur, quæ poſtea non aliter, quàm immutatâ totius Reip. formâ, translatoque in unum Monarchâ imperio, tolli iterumque ſopiri potuerint. Hoc notent illi præcipuè, apud quos ratio Status utramque facit paginam, judiciorumque Regnum penitus abſorbet. Diſſenſiones enim jam etiam apud noſtros Primores, ſive Optimates, ſive, ſecundum *Monzambanum*, confœderati tantum, ſive quid aliud ſint, invaluerunt, &c. Imperium enim Romanum tamdiu ſtaturum, donec juſtitia in eo vigebit, prædixit *Fr. Zoannetus de Rom. Imp. num.* 119. 123. & 252. & patuit ex deſtructione antiquorum Rom. Imperii, primò quidem per Julium Cæſarem in Monarchiam mutati, ac rurſus poſt aliquot ſecula in aliam plane gentem Germanos ſcilicet translati. Specialiora perſequuti ſunt Juris publici ſcriptores, quorum lamentationum Libelli in infinitum abeunt. Ego jam privata ſequor.

Verum itaque manet, hodie plerasque in judicium deductas lites eſſe arbitrarias;

De caſibus pro Amico.

Hoc dato abſurdo, ſtatim ſecutum eſt aliud, quo ſtatuitur, in ejusmodi incertitudine licere eligere eam opinionem, quæ favet Amico. Quod ſanè impium, teſte *Segur. d. Avalos in dict. jud. Eccleſ. p. 1. c. 14. Garcia d. nobilit. princ. n. 11.* Caſus enim pro Amico eſt caſus pro Diabolo, qui ex eo lucratur Judicis, pro Amico judicantis, animam. *Nathen. de Juſt. Vuln. part 1 tit. 4 c. 23 num. 3. ex Schacc. d. ſent. & re jud. gloſſ. 14. q. 23. num. 10.*

De corruptionibus.

Nam ſi licet gratificari amico, licebit & corruptori, quod certè Diabolicum eſt: Pecunia enim non tantum amicos, ſed omnia conciliat. Unde rectè Horatius

Uxorem cum dote, fidemque & amicos,
Et genus, & formam Regina pecunia donat.
Imo ab ipſo inferno liberat, juxta Theognidem:
Superfluus omnes opes habens, nemo venit in infernum.

Ne-

Neque pretia dans mortem fugerit, neque morbos, neque malam senectutem. Sed & ipsum clausum possidet Arca Jovem. *Petron. arbit.*

Et Seneca, nihil turpe est illis, quibus pretium placet *lib.* 14. *epist.* 96. Sed quam diu quæstui, affectibus, legumque „ nundinationibus locus est, tamdiu meliorem spem de Juris- „ prudentia nostra concipere vix licet, sed ut dicam ingenue, „ vere tamen, hactenus sub prætextu juris, non nisi corru- „ ptelæ morum, subterfugiendi, causandique technæ sunt à „ plerisque ejus ordinis JCtis invectæ: Atque ut quisque „ magis his sutelis præstitit, ita vulgo habitus est majoris loci „ legumque doctior, verba sunt *Joh. Sichard. in præfat. ad Cod. Theodos.* Unde Cardinalis *Pallavicinus in hist. Concil. Trident. lib.* 8. *cap.* 17. Ipsi ecclesiæ ideo divitias commendat, quod quandam omnipotentiam conferant.

His tamen non obstantibus, sunt qui attestantur, communem esse opinionem, in dubio licere judici gratificari amico. *Cæval. tract. de Commun. Opin. in præfat. ad quæst. pract. n.*101. *&* 104. Ubi *allegat. Rot. Rom. Acoquid. Menoch. Tiraquell. add. Chassan. ad Cons. Burgund. in princ.*

Verum uti hâc opinione omnes corruptiones legitimantur, ita statim alia contraria æque communi refutatur, quæ docet, communem forti aliqua & maxime naturali ratione mortificari & iterum destrui. *Vultej. de Feud. lib.* 1. *c.*1. *n.* 1. *Cæval. d l. Matth. Mattheſilan. de elect. verior opin. n.* 2.

Quæro itaque, an possit esse major, fortior & naturaliter ratio, quam quod hoc modo tota Jurisprudentia convellatur & annulletur, studiaque nostra prorsus ad nihilum rediganter? Uti graviter non minus ac verè lamentatur *Cæval. d. loc. Conring. de Orig. jur. German. cap.* 34. Nam ut supra ostensum est, omnia hodie sunt incerta ac dubia. In dubiis autem omnia sunt arbitraria, & in quibus judici licet sequi animi motum. In arbitrariis licet judici judicare pro amico, Amicus autem etiam est corrumpens & pecuniosus. Ergo hodiernis morib^, qui-

quibus omnia incerta ac dubia sunt, licet judicare pro corrumpentibus & pecuniosis! Ex quibus argumentis, Philosophis illis antiquis, qui Justitiam animal esse contendebant, & in affectiones ejus anxiè inquirebant, respondere facile fuisset, esse scilicet animal multiforme & πολύσημον, modo vivum, modo mortuum, modo solidũ, modo concavum, modo teres, modo rotundum, modo album, modo fulvum, &c. *vid. Senec. lib.*20. *epist.*114. Hinc rursus *Hotomannus*, ne, inquit, tristem „ hic memoriam injiciamus, quam nostro tempore Jure „ Consulti & majore sui parte & excellentissimi quique, aut „ sine DEO, aut summè vitiosi ac moribus corrupti vixerint, „ quis est, qui nescit consilia eorum & partium de Jure in„ structiones ita plenas esse obscuritatibus, altercationibus „ spinosis, allegationibus captiosis, ut non nisi fascinandis „ judicum oculis & tegendæ causarum ex parte sua injustitiæ videantur conditæ. *Hotoman. d. lib. cap.*14. Cui consonat *Nathen.* sciunt, inquit, quicunque sunt recentioris doctrinæ, quomodo jus figatur & refigatur, quibus adinventionibus, vel conquisitis limitationum & distinctionum rationibus quæstio proposita in particulari contra regulas, contra communem sententiam, contra Decreta Patrum & Canonum præscripta, inconcessâ libertate resolvatur. *d. Justit. Vuln. p.*717. Imò parum abest, quin vetus illa & jam olim a Platone refutata & damnata opinio, qua id solum justum esse aliquibus putatum fuit, quod potentiori utile esset, hoc sæculo in usum revocetur! Hæc enim videtur esse illa Status ratio, quæ justum non aliter ex honesto, quàm quatenus utile idem est, metitur; de qua præclare quidam.

De ratione Status.

Justitia cum desit in terris habitare,
Succesit Status Ratio, calamitatum mare,
Quid illa sit Rex Jupiter non novit, sed novere,
Qui eam tot miseriis Patronam statuere.
Tyrannis est, & arboris emortuæ radices,
Sed quicquid agant homines, sunt rebus sua vices.

Dura

Dura quidem, nec tamen falsa oratio, adeo ut etiam apud vulgus in dicterium abierit, sæpius scilicet non secundũ Æquum & Bonum, sed secundum Equum & Bovem judicari. Quod si tamen hæc alicui stomachum movent, ecce cedemus, & mitius de Amicitia, remota scilicet corruptione, loquemur. Sed recidit nihilominus res ad casum & fortunam, quod æque a fine Jurisprudentiæ prorsus alienum est. *test. Cicer. lib. 2. de Divinat.* Nam cur infelix debet esse reus, quod judex est actoris amicus & non rei? & contra cur infelicior actor, quam reus, quod judex amicus est rei & non actoris? Certè uti tolerabilior adhuc est eorum & antiquissimis quoque Germanis usurpata opinio, qui hoc casu Sorte dirimendam litem volunt, ita utraque est absurda & veris JCtis indigna. Verior autem fortè illa, quod in dubiis non amico, non potentiori, sed reo ad absolvendum, sed doti, sed personis miserabilibus, viduis, pupillis, peregrinis, debilioribus, sed piæ causæ, sed libertati, sed matrimonio, sed testamento, sed privato contra fiscum, &c. favendum. *vid. Nevizan. Sylv. nupt. lib. 6. n. 45. Matth. Mathesilan. d. l.* Aut certè ad plura JCtorum Collegia Acta transmittenda sint. *Monaus de interpret. jur. disp. 6 num. 16. Kleinschmidt d. Præcogn. jur. tr. 4. sect. 7. num. 50.* Nisi quis & hanc opinionem casui, & fortunæ, & forti simile quid continere arbitrari velit. Nam quod uni dubium est, id pluribus ex eadem ratione dubium esse non desinit. Et quid si plures illi similiter inter se dissentiant? An addendi adhuc plures, & quidem numerus impar, ut votorum ex una parte sit pluralitas? Si annuis, videbis rursus casum & fortunam. Nam si rursus alios adjicias, fortè prior opinionum pluralitas vincetur, & sic transmissio Actorum in causis momentosis procedet in infinitum, & tandem ad arma & alterutrius, si non utriusque, partis interitum, teste experientia: Unde recte *Nevisanus*, viri boni, inquit, potius „ jus suum indiscussum relinquunt, quam tam periculosæ „ litigationi sese exponunt. *Sylv. nupt. lib. 6 n. 12. Godofred. ad l. 1. §. 5. ff. de extraord. cognit. lit. O.*

De Sortilegio.

Ita-

De Rationibus decidendi.

Itaque ut eo facilius ejusmodi iniquus favor deprehendatur, forsan non malè consuluerunt, qui in ea sunt opinione, stylum judiciorum (quod hactenus rationes decidendi, in sententiis non expressæ, sed studiosissimè suppressæ sunt) immutandum, & imò causam sententiæ inferiorum Judicum ad satisfaciendum sibi & litigatoribus exprimendam esse. Aliter atque in legibus constituendũ diximus. *Arum. d. l. n.* 20. Nam si rationes decidendi Judex inferior superiori edere tenetur, ut superior videat, bene an male judicaverit, cur non etiam condemnato & de justitia & favore judicis dubitanti, ut condemnatus ipsemet videat, an relinquere litem, an verò porro appellare debeat. Certe ita responderunt Jenenses *apud Arum lib.* 2. *decis.* 1. & dum hæc ipsa scribo, intelligo, ipsam Aulam Cæsaream non ita pridem rationes decidendi, ab inferiore judice sibi transmissas, parti appellanti communicasse. Et *Oldendorpii* in hanc rem verba satis memorabilia hæc sunt: „ In fine judices non exprimunt, ne quidem causam sen- „ tentiæ, veriti, ne ineptam dicant. Interim secure pro- „ nunciant, ut volunt. Dic rogo, insaniuntne omnes? aut „ enim habent causam justam in capite actionis, & eam intel- „ ligunt, & dic cur non adjiciant, ut & sibi & litigatoribus „ satisfaciant? aut non habent, vel non intelligunt, quid igi- „ tur in dubio pronunciant. Solve nodum hunc si potes. Consentit ingeniosissimus & prudentissimus Angliæ Cancellarius *Fr. Baconius de Verulamio de incert leg. aphor ism.* 38. his „ verbis: Nec decreta exeant cum silentio, sed judices sen- „ tentiæ suæ rationes adducant, idque palam, atque adstante „ corona, ut, quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen & „ existimatione sit circumscriptum. Et iterum *Oldendorp. d. l.* „ inde nata est pernicio sissima clausula, aus bewegenden Urs- „ chen/ꝛc. Scilicet ut statim cogites, judicem fuisse raptum in „ tertium cœlum, & multas habuisse rationes, quare sic pro- „ nunciaret, quas tua mens non capit, ne suspiceris, illum „ actionem aut exceptionem tuam non intellexisse. In qui-

quibus cum & favor pro Amico comprehendatur, so seynd es wohl zuweilen vortreflich bewegende Ursachen. Scilicet quis non moveretur tot armatis? Tam longe scilicet mores hodierni ab antiqua simplicitate & probitate recesserunt, qua veri Philosophi nota erat, pecuniam & mercenariam operam spernere, per elegantissimos text⁹ in *l.* 6. § 7. *ff. d. excusat. l.* 8 *l ult. C. d. Profess. & Med.* Quod autē nostri JCti veram istam Philosophiam affecta verint & professi fuerint, testatur Ulpianus in *l.* 1. *ff. de Justit. & Jur.* Hodie autem, si qua ponderosior in judicium deducitur causa, utraque pars non tantum facile Advocatum invenit, sed tota JCtorum Collegia magno auctoritatum & argumentorum numero & apparatu inter se digladiantur, adeo, ut de hac nostra tempestate, idem omninò, quod olim *Cicero* de sua verissime exclamare ausim: Nostra, inquit, Academia nobis magnam licentiam præstat, ut scil. quodcunque maxime probabile occurrit, id jure nostro liceat defendere, *lib.* 3. *Offic. p. m* 176. quam eandem sententiam *Quintilianus* paulo aliis verbis expressit: JCtis, inquit, diversas inter se opiniones tueri concessum est. *Carneades* autem, ut nævos Jurisprudentiæ sui temporis detegeret, ita nervosissime contra justitiam oravit, eamque aut omninò nullam, aut, si qua esset, summam stultitiam esse dixit, idque tanto cum acumine, ut dubium fuerit, an majoribus viribus pridie pro Justitia, an postridie contra eandem disseruisset. *Quintil. lib.* 12. *Instit. Orat. c.* 1. Scilicet ostendere per contraria maximus Philosophus voluit, quæ obstarent, quæque emendanda essent. Ita enim *Cicero lib.* 1. *de Natur. Deor.* hæc in Philosophia, inquit, ratio contra omnes differendi, nullamque rem aperte judicandi, profecta a Socrate, repetita ab Arcesila, confirmata a Carneade, usque ad nostram viguit ætatem, quod necesse iis est facere, quibus propositum, veri reperiendi causa contra omnes & pro omnibus dicere *add. Quintil. d. l.* Quamvis aliàs cum Cicerone *d. Orator.* fatendum sit, hoc genus orationum maximè periculosum esse, quoties scilicet in virum aliquem im-

improbum, qui libertate loquendi abutitur, ceciderit: Esse autem optimum ad persuadendum vulgo & crassioribus ingeniis, qui argumenta ex ipsa rei natura petita capere non possunt, sed & illis judicibus accommodatum, quibus parum fidimus, nec satis peritos & rerum cognitione instructos putamus: *Ehem. Princip. jur. lib. 7. c. 12.* Quin imò constat, etiam magnos viros orationis dulcedinem a vero abduxisse. *Senec. lib. 14. epist. 91.*

Nævi Juris antiqui.

Sed ut redeamus, unde divertimus. Ipse Imper. Julius Cæsar hunc Juris Civilis nævum & incertitudinem jam suo tempore agnovit, dum illud ad certum modum redigere sibi proposuerat. Teste *Suetonio* in ejus vita: Cui adstipulatus *Cicero* integrum librum de jure Civili in artem redigendo conscripserat *A. Gell. noct. Att. lib. 1. c. 22. & ipse Cicer. lib. 1. d. Orat.*

Imo verò tunc temporis adhuc melius cum Justitia agebatur, quam hoc nostro, tunc enim, uti notum, Prætor quotannis proponebat Edictum, & Album suum publicè affigebat, in quo publicabat, quo modo jus dicturus esset, quo freti litigantes eum tuto adibant. Hodie verò judices non tantum non edicunt, quomodo jus dicturi sint, verum etiam in tanta opinionum varietate, quam sententiam quandoque amplexuri sint, ipsimet nesciunt. Adeo sunt infinitæ opiniones inqvit, *Chokier*, quæ aliovorsum, atque scriptæ & intellectæ sunt antiquitus, à plerisque hujus ævi JCtis capiuntur. *Thesaur. Polit. lib. 2. c 4 p 60 n. 3.* Et verò quis nescit, idem JCtis accidisse, quod Philosophis; ut nihil tam absurdè cogitari possit, quod non unus & alter aversâ Themide nati somniaverint. *A. Matth. in libello de judic. disp. 16. th. ult.* Hinc certè non male forte quis optare posset, antequam actionem institueret, ut prius more antiquo Prætorem adire, actionemque & formulam nec non æquum judicem postulare liceret, qui ad formulam juris præscriptam præcisè esset devinctus. Unde *J. C. Scaliger* lamentatur, & repetit *Hippolithus a Collibus in suo Princip. cap. 4.*

Heu

Heu Litigiorum rabies, furens Erinnys,
Heu judiciorum fera, pestilens Charybdis,
Eheu remoras luminis atque veritatis,
Ah justitiæ Iormina, &c.

Quod malum certè eo majori cum conatu tollendum est, quo magis constat, id non tam ex Veterum Romanorum Cæsarum Jurisprudentia, nec ex Germaniæ nostræ, simplicitatem amantis, vetustis moribus, sed maximam partem ex Jure Canonico originem traxisse. Hoc enim Germaniam litibus repleviſſe, & argento emunxisse, ut longè plus mali, quam boni ab illo jure enatum sit, testatur *Conring. de Orig. Jur. German. c. 26. in fin. Brunneman. Proceſſ. Civ. c. 24. num. 8. Petr. d. Ferrar. Prax. Pap. tit. 52. n. 45. & 47. & tit. 41. n. 17. Petr. Jac. ad Prax. Pap. rubr. 34. n. 1. 2. 3. & 15. 16. 23. edit. Vign. 1594.* *Nævi juris Canonici.*

Præterea, uti non ignoro, Theoreticos & Practicos, præter prædicta, adhuc alias cautelas, pro conciliando jure controverso & eligendâ veriori opinione, fingere & comendare, ita re ipsa deprehendi, meras esse ingenii argutias, quæ in verâ Justitiæ administratione aut locum non inveniunt, aut certè arbitrio judicũ non nisi eo audacius, & sub prætextu juridicæ distinctionis, gratificari, cui velint, possint, favere videntur.

Nec etiam me latet, quam anxiè quidam magni nominis JCti caveant, ne quis hos nævos in publicum propalare audeat, esse enim rem mali exempli nobisque non traducere, aut corrigere jura, sed juvare & interpretari convenire: Sæpissime, inquit *Ant. Matthæus d. Crimin. tit. de Inquiſ. l. cap. 4.* Culpam compilatorum dissimulare solemus: Nam juvandi sunt, non oppugnandi, qui nobis fundamenta sapientiæ jecere, *Scaliger d. Subtilitat. ad Cardan. exerc. 344. n. 2. & Seneca lib. 5. controv. ult.* Si quæ, inquit, vitia in aliquam disciplinam irrepserunt, quamvis Mystæ illius ea intelligant, nihilominus eadem amant & sectantur &c. Nihil, inquam, movent, sed præclarè refutata sunt à *Fr. Hotoman.* Viro ingenii probi & recti in suo *Anti-Triboniano c. ult.* ubi ingenuè fatetur, jam eò rem

delapsam esse, ut celari amplius ista vitia nec possint nec debeant; Sed & hæc vitia non tam ipsius juris sunt, quam Jure-Consultorum. Nam, ut rursus *Ciceronis* verbis mihi uti liceat: „ cum permulta, inquit, præclare legibus essent constituta, „ ea JCtorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt, „ quæ dum erant occulta, necessariò ab eis, qui ea tenebant, „ petebantur, postea verò pervulgata, atque in manibus ja- „ ctata & excussa, prudentiæ inanissima reperta sunt. Verba sunt *Ciceronis pro Murœna p.m.* 479.

Eandem sententiam *Bodinus in præf. Method. Histor.* de hac nostri seculi Jurisprudentia expressit his verbis: Plerique „ hodie se Grammaticos malunt, quam JCtos haberi, qui „ falsam scientiæ, nullam æquitatis opinionem induerunt: „ Qui syllabarum monumentis Rempubl. servari, judicia „ constitui, lites dirimi putant. Quæ sane pestis Grammaticis „ intimos omnium disciplinarum aditus reclusit, atque eò „ serpere cœpit, ut pro veris Philosophis, Oratoribº, Mathe- „ maticis, Theologis, minutos de Schola Grammaticos ferre „ cogamur &c. *add. Hotom. in Anti-Tribon. cap.* 15. *& Conring. d. Civil. Prudent. c.* 3. *num.* 4.

A quibus etiam non abludit *Vigelius*, dum ait: in modernis scriptoribus, quæ potest esse prudentia, quæ gravitas, quæ elegantia, cum nec in verbis proprietatem, nec in rebus ordinem, nec in judicio sensum communem observent &c. Item, hoc dissimulare, præsertim hisce nostris temporibus, quibus magna Imperii mutatio imminet, (cum sine vera Jurisprudentia nulla Resp. possit esse diuturna) non videtur esse viri boni: Pœna digni sunt, qui crassos errores in perniciem Imperii redundantes dissimulare, quã prodere malunt. *Vigel. d. l.* in hos enim dissimulatores non male quadrare videtur vetus illud *Catonis*, qui mirari se ajebat, quod non rideret Haruspex, Haruspicem si vidisset. Add. quæ refert *Limnæus lib.* 1. *de Jur. Publ. cap.* 10.

Esto enim tandem acutioribus JCtis & Professoribus for-

fortè parum ambigui in jure apparere, ſed declinare illos nævos datum eſſe: eſto etiam, univerſos illos (quod tamen nunquam continget) in jure non diſſentire amplius, an concedendum ipſis ſolis adire Corinthum licere? Laudabiliſſimos autem aliàs nec indoctos Principes & Regentes, jus in quo verſantur, ignorare, aut pleraque non intelligere? Nec ſupplicantibus reſcribere, adeoque principali Magiſtratus officio defungi non poſſe, *Conring. d. Civ. prud. c. 5. p. 79. in addend.* Ita enim ſagacem aliàs & diligentem Provinciæ cujusdam Rectorem conqueſtũ ſcio, dolere, inquiebat, ſat feliciter ſe Provinciales regere, jura autem eis reddere non poſſe.

Graviſſime item *Ant. Faber in Cod. Sab. in præfat. ad lector.* In judicando, inquit, ſententiam ex communi Dd. opinione „ dicere cogimur, invita non modo ſcientia, ſed etiam conſci- „ entia. Improbo plane & miſerando judicum fato, quibus „ neceſſe ita facere, ne credantur conſcientiam onerare, ſi ve- „ ram potius ſcientiam, quam vulgi imperitiam ſectentur, „ add. *Nathen. d. Juſtit. Vuln. p. 660.* His adſtipulatur *Oldendorp. Claſſ. 2. act. 10. n. 8.* Dic quæſo, inquit, quis tractat iſta, ut ſe- „ rantur leges ad retinendam tranquillitatem utiles? Quis „ non protinus ad opinionum altercationes, & ut recte vo- „ cant, ad apparatum Doctorum pergit, vix ſemel lecto textu. „ Faxit Deus, ut quandoque ſanioris doctrinæ hoſtes reſipi- „ ſcant, utque patiantur, vel alios bene facere ſtudioſis, ſi no- „ lint ipſi, aut non poſſint fortaſſe, unde rurſus *Bodinus:* Le- „ giſſent Platonem, qui legum tradendarum unam eſſe for- „ mam putavit, ſi omnibus omnium, aut magis illuſtrium „ Rerump. legibus in unum collectis, prudentes eas inter ſe „ compararent, atque optimum genus ex iis conflarent. Ad „ hoc igitur inſtitutum omnia mea ſtudia, omnes contuli co- „ gitationes &c. Verba ſunt *Bodini in præf. ad Meth. Hiſtor.*

Quas & ſimiles difficultates cum ſuperare Imp. Frider. „ III. non poſſet, in eas cogitationes incidit, es ſeye das Recht „ denen Doctoribus härter dann denen Layen verſchloſſen/ und „

„ könne keiner derselben den Schlüssel dazu finden. Der Laye
„ aber behalte den Schlüssel/ und bringe das Recht viel ehender
„ herfür/ als die Rechtsgelehrte ꝛc. Ex quibus causis bonus Im-
„ perator turbatos Juristas simpliciter omnes à consiliis pu-
„ blicis & à judiciis penitus arcere animum induxerat: Uti late enarrat *Conring. d. Orig. Jur. Germ. c. 32. adde Besold. d stud. & magistr. p. m. 125. Wather. de Privil. Doctor. c. 18. Goldast. Reichs-Satzung part. 1. p. 166.* Quem errorem etiam hodie errare videntur Naturalistæ, & qui, sepositis omnibus legibus, ex principiis Naturæ decidere omnia præsumunt, non animadvertentes, id ipsum, quid sit Juris Naturalis, varie controversum & lege prius definiendũ esse, uti infra pluribus dicemus.

Isthæc ergo tot discendorum copia & ambiguitas scientiæ inopiam causatur.

Huic itaque tam deplorandæ Jurisprudentiæ hodiernæ conditioni, non aliter succurri posse, alii Viri doctissimi judicarunt, quam si Cæsarea Majestas & Communes Imperii Ordines idoneis quibusdam Juris Antecessoribus hanc demandent operam, ut, perlectis variis Juris Auctoribus, certò definiant, quæ sententiæ inposterum sequendæ sint, eæque Imperiali adhibita lima atque auctoritate publicentur. *Mynsinger. d. l. D. Textor. de Rat. Stat. in punct. justit. Cævallos tract. Commun. Opin. in præf. n. 120. Veridicus de Justiniano de Rat. Corp. Jur reconc. c. 7 Chockier d. l. Autor scripti. pax vobis in append. §. 3.*

Verum enim vero, hoc Consilium uti certe bonum est, ita tamen hactenus ab eo dissentire me oportet, quod, stante hac præsenti Reip. formâ, per Cæsaream Majestatem Statusque Imperii conjunctim effectui nunquam dabitur. Cæsar enim per se solus reliquis statibus jus novum vix obtrudet, præsertim, si (quod in Cæsarea Reformatione necessarium est) cum juris veteris per totum Imperium abrogatione fiat: Status autem, utpote ipsimet singuli legislatoria potestate instructi, *Pincier. d. jurisd. c. 4. n. 60. Myler. ab Ehrenb. d. Princ. & Stat. Imp. c. 39.* Paucis quibusdam, & sibi extraneis JCtis, rem tan-

tanti momenti, utpote quâ multa ipsorum juribus & prætensionibus contraria decidentur. *Conring. d. Orig. Jur. Germ. c. ult.* difficulter committent, mittendo vero suos Legatos aut Deputatos, infinitorum sumptuum & laborum rem facient. Et si denique [quod tamen nunquam fiet] unanimiter singulorũ nomine conventum fuerit, quæ potius, in tanta Doctorum discrepantia, methodus servanda, fundamenta ponenda, sententiæ recipiendæ sint, &c. propter singulorum statuum peculiares consuetudines, & naturale contradicendi studium, famæque aucupandæ cupiditatem, [infinitæ enim hominum sunt conceptiones & sententiæ, *Christ. Ehem. Princ. Jur. lib. 7. c. 3.*] maxime vero propter Principalium suorum diversissimũ interesse, in tot mille controversiis, nulla hominis ætate in communem aspectum lucemque proferetur. Cujus rei memorabile exemplum esse potest illa quæstio, an fratrum filii, si soli sint, in capita an in stirpes succedant? Quæ quidem tum multo ante, tum vero postea in Comitiis Spirensibus anno 1529. ab omnibus Imperii statibus diu multumque versata, tandem communibus votis pro successione in stirpes ab Imper. Carolo V. decisa est *Recess. Imp. de anno* 1529. § 31. At verò antequam Decisio emanaret, protestatus contra est S. Elector Palatinus: post promulgationem autem S. Elector Saxoniæ, duo, inquam, utriusque juris Franconici & Saxonici in Imperio Provisores! Jam si hæc unica quæstio totum Imperium tam diu suspensum tenuit, nec tamen sine protestatione sopiri potuit, quid putatis futurum, in decisione quæstionum innumerabilium & forte majoris momenti præsertim in Feudalibus? Ita ut spes decisionis ab integro Imperio apud me fere decollet: *Conring. de civil prudent. c. 5.*

Hoc unico excepto (1) quod Imperialis Camera, cui ab universo Imperio contentiosa concredita & demandata est jurisdictio, eo ipso quoque, jus controversum sine strepitu judicii decidere posse videatur, aut certe, si quid amplius desideretur, id facile ab Imperio obtinere & possit & debeat, in specie,

ut,

ut, quia hæc res integrum hominem requirit, unus aliquis ex Dn. Assessoribus, sepositis aliis Cameræ negotiis, huic operi unice incumberet; Nam Imperialis Camera hoc jus jam jam obtinuisse videtur, dum non tantum quæstiones circa externum Processum formandum, sed & dubias Juris quæstiones decidere potest, quas deinde in peculiarem librum colligere, Cancellariæ Moguntinæ offerre, & denique in proximis Imperii Comitiis confirmandas expectare, interea autem, dum hæc confirmatio & promulgatio expectatur, intrepidè eodem modo alias causas decidere jubetur. *Recess. Imper. de anno* 1570. §. 77. *& de an.* 1654. § *ratione dubiorum.* 135. *Camer. concept. tit.* 16. §. 5. *part.* 1. *Blum. Proces. Camer. tit* 5. § 44. Sed & jam olim Camera Imp. eadem potestate gavisa videtur, dum processum liberè semper ordinavit per generalia seu communia decreta vel edicta, (die gemeine Bescheidt) & quidem, nisi vehementer fallor, etiam ad causas in judicium non deductas, ita ut hodie rursus amplissimus iste Imperii Senatus jus facere posse videatur, *l. non ambigitur ff. de legib. l. un. C. de Sctis,* relicta iterum novella *Leon.* 78.

Verum enim vero intra integros centum annos, in istis, [præter ordinationem Processus] quod sciam, nihil præstitum est; Quo fato, quave impossibilitate equidem non facile dixerim, nisi forte prædicti Recessus verba ad contentiosam jurisdictionem nimis restringenda sint, quod tamen non putem magnopere curandum propterea, quia sicut istæ judiciales decisiones nihilominus ab Imperio confirmandæ sunt, quid refert, utrum Imperio Judiciales tantum, an etiam extrajudiciales simul confirmandæ proponantur, cum earum auctoritas non a decisione judiciali dependeat, utræque autem a summo Tribunali prius examinatæ fuerint. Imo minus videtur esse, decidere quæstionem, de qua jam nemo litigat, nec judicem a recto tramite deducere tentat, quam illam, quæ ab interessatis magnis viribus oppugnatur, contradicitur, & controvertitur. Atque hæc fere sunt obstacula, propter quæ

hoc

hoc ab omnibus hactenus summe desideratum, necessarium, utileque opus nulla ætas aggressa sit.

Opinio autoris circa reformandam juris prudentiam.

Quapropter aliam facilioremque, non tam viam, quam semitam ineundam esse res ipsa suadere videtur, quam hanc puto, si vel ipse Imperator, vel alius Imperii Elector, Vicarius aut Princeps [non quidem eo colore atque intentione quasi toti Imperio, sed suis tantum Terris jus certum finitumque condere satageret] Uni alicui Jure consulto mandaret, ut codicem Patrium summa cum cura & lucubratione, ex optimis quibusvis auctoribus constrüeret, atque omnes, quotquot inveniri possunt, quæstiones controversas, utiles & practicas tamen, brevissime sine ulla disputatione, auctoritatisve, aut rationis allegatione decideret, quæ exinde a Consiliariis collegialiter revideantur, &, si quæ mutanda esse putent, sine multa disputatione, sola votorum pluralitate, corrigantur, posteaque Principali auctoritate confirmentur, & subditis inviolabiliter observandæ præcipiantur. Videantur his fere similia suadentes *Bodinus in præfat. ad Method. Hist. Hieronymus de Cævallos d. loc. n.* 120. & 148. *Fr. Hotom. in Anti-Tribon. c. ult. Chokier d. l. & nov. Cl. Dn. D. Linck. Pr. Altorff. in disp. d jur. Just. recept. & Auct. p. 2. n.* 97. *& seq.*

Decisio singularis Principis.

Quod autem dixi, si Imperator, vel alius Imperii Elector, aut Princeps singularis suis tantum terris, &c. Id propterea dixi, quia, etsi olim Imperator solus legem condere & interpretari potuit. *l. tanta 2. C. d. vet. jur. Enucl. l fin. C. d. Legib l. si quando C. d. Inoff Testam.* Specialem tamen, & localem legem cæteri quoque Principes hodie in suis Territoriis & Provinciis recte etiam condunt. *Besold. Tr. Posth. d. jur. Publ part 3. c. 5. Gail. 1. obs. 36. Carpzov. ad Leg. Reg. c. 9 sect. 1. Conring. ad Tacit. in proœm. & d. Orig. Jur. Germ c. 33. Hahn. ad Paratitl Wesenb d. Legib. Pincier. de Jurisdict. c. 4 n. 36. A. Duck. d. A. J. C. lib. 2. c. 3. th. 18. Brunnem Proceff. Civ. c. 1. n. 55. in fin. Joach. Cluten. in Syllog. rer. quotidian. th. 21. tit. 8.* Nam Principes in suis provinciis Imperatorem repræsentant, & tantum in suis Territoriis possunt, quan-

quantum Imperator in imperio, ſtatutaque & jura Provincialia promulgant, contraria abrogant, nova ſubſtituunt, quibus ſubditi etiam ſine aſſenſu Imper ſubjiciuntur. *Cluten. d. l. Tib. Decian. reſp. 56. vol 2 n. 2 M. Coler. de Proceſſ Executiv. p. 1. c. 3. n. 6.* Adeo, ut & Camera Imp. ſecundum ea pronunciare teneatur. *Ord. Cam. part. 1. t. 57.* Dummodo tamen non arietent in Conſtitutiones Imp publicas, quæ clauſulam habent caſſatoriam ſeu annullatoriam; tunc enim talia ſtatuta Provincialia a Camera vix attendentur, niſi prius ab Imperatore ſpecialiter approbata & confirmata fuerint.

Quod item dixi uni potius, quàm pluribus hoc opus committendum, id hanc rationem habet, quoniam plures diverſas fovent ſententias, adeoque metuendum rurſus ſit, ne & hic, quod olim Juſtiniano, contingat, cujus compilatores non tantum contrarias caſuum Deciſiones, ſed & contraria juris fundamenta, citra ſuam Imperatorisque opinionem, magno Publici malo, intulerunt. *Autor. nov. Meth. jurispr. part. ſpec. §. 1.* Et quamvis in tantâ farragine ſollicita cura contrariæ expreſſæ Deciſiones forte adhuc evitari poſſint, implicitæ tamen contrarietates, quæ ex hoc vel illo fundamento poſito petuntur, evitari vix aliter poterunt, niſi uni [qui utique contraria principia fovere nō præſumitur,] res tota concredatur.

Quod certè illis, qui in inveſtigandis, enucleandisque Juris Romani textibus penitius occupati fuerunt, oppido clareſcit; Hactenus enim cum *Bachov. in tract. d. pignor. Hotom. in ſuo Anti-Tribon. c. 12.* aliisque multis Dd. ſentio, puerilem illam hæreſin, qua, in jure contraria non extare, exiſtimatum diu fuit, jam dudum relictam & exploſam eſſe. Licet etiam hæc immenſi laboris res ſit, cuique ferendo vix unus par videri poſſet, ſi tamen vegetæ ætatis, indefeſſique ſtudii vir ſeligatur, per decennium præter propter, aut ad ſummum ante languidam tædioſamque ejusdem ſenectutem perfici poſſe opinor. Conſentit *S. P. Epiſt. ad B. apud Habercorn. in ſol reſplend. epiſt. 3. Nicet. Spiceli Epiſt. curioſ. p. 43.* Et argumento eſſe poſſunt

Bar-

Bartoli, Baldi, Farinacii, Cujacii, Vigelii aliorumque JCtorum vastiora multa volumina, quam ad quorum magnitudinem hoc opus unquam excrescet: Ita & Justinianus olim suis compilatoribus decennium indulserat. *Constit. d. confirm. Digest. Wesenb. in Prolegom. d. Compos. jur.*

Deinde, ne cui absurdum novum magnumque esse videatur, rem tanti momenti uni committere audere, cogitemus, jam olim quoque responsa Prudentum, quibus a Cæsare jus respondendi datum erat, eam juris auctoritatem habuisse, ut judici ab iis, etsi unius essent, recedere non liceret. §. 8. *I. de just. & jur. l. 2.* § *ult. ff. d. O. J.* Consideremus, inquam, quid totum jus Pandectarum sit, scil. nihil aliud, nisi centones singulorum JCtorum, qui ne quidem eum habuerunt scopum jus universo mundo scibere, forsan alias multò accuratiores futuri. Quid ergò dubitandum putatis de diligentia ejus, qui opus operamque suam vim juris habituram esse, auctoritate jussuque publico & sperat, & confidit & certior redditus est: ne dicam jam de *Radamantho, Dracone, Minoë, Lycurgo, Charonda, Phoroneo, Pythagora*, aliisque Gentium Legislatoribus singularibus. Sed & audi, quid ipsimet practici nostri de singularibus Doctoribus sentiant: Debere scilicet, lege deficiente, ex unius Doctoris sententia judicari, dummodo is in terminis controversiam definiat, rationemque decisionis exprimat. *M. d. Afflict. decis.* 169. *n.* 8. *Cavalcan. decis.* 30. *num.* 301. *Græveus ad observ. Gail. in proœm. concl.* 5. *n.* 123. Ita apud multos prævalet auctoritas Glossæ, quæ est unius *Accursii*, nullo publico jussu instructi. *Everh. in loc. à Controv. Sens.* n. 41. In specie apud Lusitanos. *Ordin. Lusit. lib. 2. tit.* 5. Apud Castellanos suspicitur *Joh. Andreæ, & Panormitanus* quoad Jus Canonicum: *Bartholus* verò *& Baldus* quoad Jus Civile.

Et tandem, nonne singuli Rom. Imp. Status habent sua singularia Statuta & Jura municipalia, ab uno alterove Consiliario concepta, & postea a Statibus jam olim confirmata? Si autem licuit olim, & nunc licebit? Si licuit pauca quædam

decidere, quare non liceret multa? Si licet multa, quare non omnia? Nam quæ differunt secundum plus & minus, non differunt realiter. Quilibet ergo Imperii Status, qua ratione unicum Statutum, eadem prorsus potestate integrum decisionum Codicem, omnia jura complectentem, condere in suo territorio potest, & certe facile multò meliora jura, quam sunt hodierna incerta. Denique quod tales deliberationes ad unum, aut valde paucos deferri possint, eleganter exponit *Hobbes de Civ. cap.* 10. §. 15. *& c.* 18. §. 14.

Dixi ex optimis quibusvis auctoribus: Nulla enim secta fuit, quæ omne verum vidit, & nulla, quæ non aliquid ex vero. Itaque veritas sparsa est per singulos, per sectasque diffusa, quam in unum Corpus colligere, id vero est, vere Christianâ tradere disciplinam. *H. Grot. de J. B. & P. in prolegom.* §. 42. *ex Lactant. Instit.* 6. *c.* 9. Idem dixit noster Justinianus, non omnes, inquit, per omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur. *Const. de Concept. Digest* §. 5. & rursus, non ex multitudine auctorum, quod melius & æquius, judicandum, cum possit forsitan & unius & deterioris sententia & multos & majores in aliqua parte superare. *Constit. DEO auct.* §. 6. *C. d. Jur. Vet. Enucl.*

Dixi, si quid corrigendum inveniatur, id sine multis ambagibus solâ votorum pluralitate statuendum esse: Propterea, quia, etsi Jurisprudentia non nisi certa & naturali ratione niti debeat *Cicero lib.* 1. *d. Legib. Joh. Felden. in Element. Jur. per tot. Georg. Mart. contrar. non contrar. disp.* 3 *d. Scatur. jur. th.* 6. Tamen id fere ad majora pertinet. Reliqua fere opinione reguntur, & in quibus non multum interest, quænam sit illa certa ratio, sed sufficit certam esse. *Hopper. d. Vera jurispr. lib.* 3. *tit.* 76. *&* 143. *& c. seq.* Unde *Cicero*, in jure, inquit, civili docemur, non infinitis, concertationumque plenis disputationibus, sed auctoritate nutuque Legum. Cui adstipulatur *Vigelius d. l.* pernicioſissimus Imperiis error est, inquit, dum Academicam disputandi licentiam potius, quam Stoicam judicandi dexteritatem in scholis

fove-

fovemus. Hinc olim providentissimus *Plato* voluit, juvenes 30 annis minores, ad disputationes non esse admittendos. Hos enim, quam primum illam artem capesserint, eâ cognitione protinus ad contradictiones abuti, alios redarguere, & veluti catulos, eos, cum quibus res est, disputatione distrahere atque discerpere. Postea cum plures convicerint ipsi, & rursus ab aliis victi fuerint, in eas angustias redigi, ut ex pristinis opinionibus ratam habeant nullam, indeque & ipsos postea, & totam scientiam, apud alios in odium duci. *Plato lib.* 6. *d. Rep. p. m.* 539. Sed tamen, quia omnis Nomothesia non ex Natura, sed per Artem est, hinc non omnes legislatores inter se conveniunt, sed quid hoc, vel illo casu justū sit, inter se disceptant, multumque variant. *Plato lib.* 10. *d. Legib.* Nam Juris Civilis probationes, ut & totius Moralis Philosophiæ, non dantur demonstrationes proprie sic dictæ, sed probabiles potius ratiocinationes, quarum fons & origo ex ratione Civili & Politica, quæ nō semper una & eadem est, petitur, &, qui aliter statuit, is nec subjectæ materiæ, nec principiorum naturam satis intelligit. *Ehem. Princ. Jur. lib.* 7. *c.* 12. Quibus adstipulatur *Aristoteles* cum docet, Jurisprudentiam esse βουλευτικὴν, & consultare & opinari circa principia dubia, & quæ se aliter atque aliter habere possint, ideoque ab initio non referre, jus hoc, an illo modo constituatur, ubi autem constitutum semel fuerit, quam maxime referre, ideoque Jurisprudentiam Architectonicam esse. *Arist. lib.* 5. *Ethic. n.* 7. *& lib.* 6. *Ethic. n.* 5. 7. & 8. Bonum tamen Consultorem ratiocinando conjectare, quid optimum, & non tantum, quid sibi, sed in universum, utile sit. *ibid. n.* 5. & 7. Unde & olim *Anaxarchus* dixerat, non ideo Deum velle, quia justum est, sed ideo justum esse, quia Deus voluit. *H. G. de J. B. & P. lib.* 1. *c.* 1. §. 15. Hinc fieri non potest, ut talia principia ponantur, quæ omnibus placent & probantur. *Cicero lib.* 1. *d. Legib.* Nulla lex satis commoda omnibus est, neque id quæritur, sed ut majori parti & in summam prosit. *Livius decad.* 4. *lib.* 4. *p. m.* 265. Leges iniqua tollunt,

quatenus teneri manu possunt, minima non persequuntur: *Grot. d. J.B. & P. lib.2.c.12.§.12.* In Legibus non tam spectandum, ut justæ, quàm ne injustæ sint; *Conring. in præf. ad Hopper. jurispr.* Unde Imper. Otto I. quandam dubiam Juris quæstionem ipsi sorti & gladiatorio judicio dijudicandam committere ausus fuit, teste *Gold. Const. Imp. Tom. ult. p.m 303 const. Otton.4.* Ergo, uti dictum, non interest, quo modo, & qua ratione Jus Civile constituatur, dummodo æqualiter in omnes, & concordanter, & præceptis naturalibus & Divinis non contrariũ constituatur. *l. jus Civ. ff. de Just. & Jur. Oldend. d. jur. & aquit. c.3.p.17.* Semelque constitutum inviolabiliter, & sine mutatione, [quæ nil, nisi turbas, si non directè, tamen indirectè & per consequentiam causatur. *Hopper. de ver. Jurispr. lib.4. tit.5. Conring. d. Civ. Prudent. c.2. p.18.*] observetur. *Typot. de justo lib.1. p.10.* Unde recte *Augustinus*, ipla mutatio, inquit, etiam quæ utilitate adjuvat, novitate perturbat. Immutabilitate autem legum quàm proximè ad perfectionem Legum Divinarum accedimus, & manifestum virtutis indicium est, in Legibus permanere antiquis. *Fl. Joseph contr. Appion. lib.2. c.5. fol.m.466. & 468.* Hoc autem, ut eo constantius fiat, *Plato & Aristoteles* sæpissime simul ac prudentissime inculcant, nõ sufficere constitutionem bonarum legum, sed requiri necessario & Custodes legum, qui non patiantur eas mutare, aut interpretando calumniari & circumvenire. *Arist. 2. Pol 8.* Tales quoque videntur Jure Romano fuisse Irenarchæ, de quibus *in l. un. C. de Irenarch. l 6. § 7 ff. ex quibus caus maj.* Itemque apud nostros Francos Missi & Stolizati, qui quater in anno Provincias obibant, &, si quæ minus recte se haberent, corrigebant. Sed & *Tacitus* mutationem legum improbat, dum confitetur, leges 12. tabb. finem æqui juris fuisse. Sequentes enim leges sæpius ordinum dissensione, & adipiscendi illicitos honores, aut pellendi bonos Viros, aliaque ob prava per vim latas, omnemque domum delatorum interpretationibus subversam fuisse *lib.3. Annal. c 25. & seqq.* Idemque patet ex facinoribus *Triboniani*,

De mutatione juris.

qui

qui suis correctionibus nō nisi jura in multis articulis meliora depravavit & cōturbavit, uti Dd. passim cōqueruntur. *Hotom. c.*1. *disp. d. eo quod interest. Alciat. ad l.*1. *ff. d. V.S. Tiraquell tom.*1. *de jur. Primogen. qu.* 17. *Opin.* 4. Itaque in dubiis non anxie laborandum est, quænam opinio sit melior, sed omnino præferenda est, quæ juri certo, aut jam jam deciso similior est. Nam sicuti longe præstat, causam justissimam statim ab initio perdere, quam post longissimum tempus, gravissimos labores & mœrores & sumptus, ipsam sortem æquantes, sæpe etiam excedentes, eandem obtinere, *Nevizan. Sylv. nupt. lib.* 6. *n.* 12. Ita multò præstat, lege certa, etsi non adeo æqua regi, quàm incerta sub prætextu æquitatis ex obscuro eruendæ huc atque illuc trahi, & vitâ totâ suspensum esse. Omnis lis, si non sit necessaria, est injusta, sed & licet necessaria sit & justa, si tamen protrahatur, fit injusta, & litigare sine necessitate, est peccatū mortale *Brunn. Proc. Civ. c.* 1 *n.* 64. Unde & ipsi⁹ Juris Canonici litigiosam inventionem sæpe execramur. *Idem ibid. c.* 24. *n.* 8.

Probant hoc etiam diversissima & contraria statuta municipalia omnium fere Regionum, quarum illæ non minus feliciter gubernantur, licet minus æquis, quam cæteræ, regantur legibus, nec exigitur, inquit, *Baldus*, ut consuetudo sit rationabilis, sed sufficit si sit tolerabilis, *ad c.*1. *d cognit. feud.* Ferro itaque per hoc dumetum aperienda via est, sicut *M. Cicero* septum undique & vestitum vepribus & dumetis, diuque ignoratum Archimedis sepulchrum nunquam invenisset, nisi immisissent cum falcibus, qui locum illum purgassent, aperuissentque. Hic certè nodus Gordius est, qui non solvi argutiis, uti hactenus tentatū est, potest, sed gladio alicujus Alexandri Magni secari debet. Versamur autem in jure privato. In jure autem publico constituendo majori cum prudentia cavendum est. Nam cum hic una ratio Rempubl. conservet, altera destruat, certe prudentissime in rationes status inquirendum est, maximeque interest, quâ ratione jus constituatur, uti etiam jam supra expositum est.

Dixi

De controversiis decidendis.

Dixi omnes, quotquot inveniri possunt, controversias decidendas, propterea, quod hac ratione arbitrium judicis restringitur & præciditur: Nam quia illæ demum leges optime se habent, quæ omnes, qui incidere possunt, casus definiunt, quæque quàm paucissima & non nisi minima judicis arbitrio relinquunt. *Arist. Mor lib. 5. cap. Rhetor. lib. 1. Bacon. d. Verulam. d. certit. leg. aphorism. 8. & 46. Plat. d. Legib. p. m. 877. Hopper. d. Ver. jurispr. lib. 4 tit. 3. A. Duck. d. auct. Jur. Civ lib. 2. c. 6. th. 30. A. Matth d. crim. tit. d. Inquis. c. 4. n. 8.* Universales autem regulæ cum in civilibus non dentur; *l. 10 ff. de Legib. l. omnis definitio ff. d. R. I. Hobbes Leviath. c. 26.* Certe vagum illud judicis arbitriũ in hac ultima seculorum fæce alia ratione præcidendum est. Judicibus per se extra juris præcepta nihil licere debet. *Hippol. à Collib. in suo princip. c. 4.* Hinc præclarè *Seneca lib. 3. d. benefic.* melior, inquit, videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quàm si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: Hujus libera & nullis constricta vinculis religio est. Quod idem explicatius exprimit *Borellus in summ. dec. lib. 2. tit. 39. n. 28.* allegatus *à Nathen. de Just. Vuln. part. 2. tit. 4. c. 2. n. 7.* Vera est Tyrannis, ubi arbitria hominum, nõ leges dominantur. Cui consonat *Bodin. lib. 6. d. Rep. cap. ult.* intrepide asserens, non posse Statum Reip. diuturnũ esse, ubi judex sine certis legibus pro arbitrio & pœnas & præmia moderatur. Quod tamen arbitrium hodie, non solum in civilibus, sed & in criminalibus, proh dolor, modum excedit, dum judices plerumque pœnam mortis in pecuniariam convertere non verentur, non ut ætati aut culpæ veniã dent, qui tantum prætextus esse solet, sed ut revera crumenas loco capitis evacuent. Teste *Odd. d. restit. in integr. q. 80. art. 9. n. 97. A. Matth. d. crimin. tit. d. pœn. c. 4. n. 12.* Itaque non concedendum, ut homo judicet, sed lex & ratio. Nam si homo hoc sibi tribuat, fit Tyrannus. *Oldendorp. d. jur. & aquit. c. 3. p. m. 17.* potestate enim & licentia omnes simus deteriores, non quidem potestatis vitio, quæ a Deo est, & divinitus ad reprimendã cupi-

cupiditatem instituta, sed hominum, uti arbitrii libertate, ita regendi potestate abutentium *J. Typot. lib. 2. d just. p. m.* 138. & 262. Quæ libertas certa lege tanquam freno coërcenda est. *Ibid. p.* 316. cum extra hunc respectum, & si semper optimi magistratus reperirentur, legibus constitutis opus planè non esset. *Hopper. d. Ver. jurispr. lib. 3. c.* 90. & 109. Lege imperante, Deus imperat, qui vero homini potestatem facit, belluam adjungit. *Aristot. in Polit. c. ult. Typot. d. just. lib. 2 p.* 110. & 262. Cum communis cupiditas & ira, amor & odium, addo & invidia, magistratus alias optimos variè pervertant. *Menoch. d. arbitr. jud. quæst. lib.* 1 *proœm. Cæval. d. loc. n.* 128. & *seqq.* Imò cor humanum adeo variis passionibus obnoxium est, ut sæpe numero nec scientibus, nec volentibus passio obrepat, & rationem judiciumque rectum obliquet, & aliorsum, quò non debebat, detorqueat. Dn. Theologi passim. Unde verissime *Tacitus lib. 6. Annal.* ut odium & gratia desiere, jus valuit. Et *Cicero*, lex magistratui, populo magistratus præsit, ita, ut verè dici possit, magistratum esse legem loquentem, legem magistratum mutum: atque hinc præstare putat Aristoteles, optimis parere Legibus, quàm optimo Viro. *Ehem. Princip. Jur. lib. 3. cap. 2. A. Duck d auth. Jur. lib. 1. c 3. th* 1.

De novis casibus decidendis.

Sed tamen, quia nihilominus & post has decisiones novi quotidie casus emergent, hi denuo ad eundem modum decidantur, atque ita decisi ad alium novum Constitutionum Principaliũ Codicem, revisione præviâ, reserventur. Neque enim Leges ita scribi possunt, ut omnes casus futuros comprehendant. *l.* 10. *ff. de Legib.* Unde *Plato*, nemo mortalium inquit, Leges condit, sed fortunæ & casus omnia in Legem cogunt. Nam regulæ juris cum finitæ sint, ipsa autem rerum atque actionum materia infinita, sequitur, multa sæpe occurrere, quibus illæ regulæ & definitiones non satis congruunt. In quibus certè oportet non regulas, sed ejus, qui regulam dedit, mentem ac propositum sequi, id quod est, omnia dirigere ex principiis naturæ, & ex infinito supplere, quod finito deest. Perfecta enim Norma rei infinitæ finita esse non potest. *H. Grot. lib. Sing. d. Æquitat. indulgent. & facil. c.* 1, *n.* 5.

Dixi, quæstiones controversas sine disputatione auctoritatis, aut rationis allegatione, decidendas esse, propterea quod, primo, sicuti Lex nulla alia ex causa nos tenet, quam quia judicio populi recepta est, *l.32. ff. de Legib.* Ita Lex non disputet, sed jubeat, *Senec. lib.* 14. *Epist.* 95. Legem enim brevem esse oportet, & veluti emissam divinitus vocem, & ut eo facilius ab imperitis, quibus præcipue scribitur, teneatur. Nec videtur quicquam frigidius, aut ineptius, quam Lex cum Prologo. Verba sunt *Senecæ d. l.* Quod cum Tribonianus in novis Justiniani Constitutionibus non observarit, merito ab omnibus JCtis vapulat. *A. Duck. lib.* 1. *de A. I. C. cap.*3. § 10. *Author. Method Nov. Jurisprud. in part. spec.* § 55. Frustra in contrarium perorante *Platone in lib.*9. *d. Leg.* utpote quem jam olim nominatim refutavit judiciosissimus *Seneca d. Epist.* 95. Disputationes ad Scholas & ad Philosophiam theoreticam, non ad Jurisprudentiam & disciplinas practicas pertinent; *Hopper. d. Ver. Jurispr. lib.* 4 *tit.* 23. *&* 17. Ibi enim dissensu veritas quæritur, quæ hic amittitur. *Typot. d. Legib. lib.* 1. *p.* 123. Et in omnibus rebus controversis civilibus ea est recta ratio, quæ submittitur rationi Civitatis, non quæ disputando subtilior forte eruitur. *Hobbes d. Civ. c.* 15. Quod adeo verum est, ut nostri JCti agnoscere cogantur, istam rationem Civitatis sæpe adeo obscuram esse, ut non omnium, quæ à majoribus statuta sunt, ratio reddi possit *Julianus in l.* 20. *ff. d. Legib.* Imo multa contra disputandi rationem pro utilitate publica recepta esse. § 7. *Instit. d. fideicom. hered. l.*22. *C. d fideicom libert.* §. 3. *Inst d legit. agnator succeff.* Civilia enim non consistunt in puncto mathematico, sed habent suam latitudinem. *H. Grot. d. J. B. & P. lib.*1. *c.*2. § 8. *n.*4. in civilibus nihil est, quod omni ex parte incommodis careat, & jus non ex eo, quod optimum huic vel illi videtur, sed voluntate constituentis metiendum est. *ibid.* §. 17 *n.* 2. Imo non possunt leges aliter ab homine constitui, quam cum sensu humanæ imbecillitatis *idem lib.* 1. *c.*4 §. 7. *n.*2. difficile est enim id, quod vere justum est, ab eo, quod

quod tale videtur, discernere. Sed bonitas & malitia actus obscurâ disceptationẽ habent, aliis hoc, aliis illud eligentib⁹, quod ab uno decidendum est, ne confusio oriatur: *idẽ ibid. c. 3. §. 9. n. 2.*

Deinde etiam propterea ratio decisionis addi non debet, quia difficulter totius decisi una adæquata ratio dari potest, quamvis id interpretes frustra optent. Teste *Paschasio apud Klock. in vot. Camer. 170. p. m 22. ex Ant. Mass. Galesio lib. 1. d. exerc. Jurispr.* Plures autem decisi causas allegare, disputationibus viam aperit, dum vix tales in facto existunt casus, quos omnes & singulæ decisi rationes coërcent, sed plerumque una altera ve deficit, aut ultra vel citra cadit. *A. Matth. d. crim. lib. 48. ff. tit. 4. c. 5. n. 4.* Sed & tractu temporis non deerunt novatores, qui rationes additas aut calumniabuntur, aut in controversiã ducent, & sic ipsum decisum rursus labefactabunt, quod & juri Justinianeo & Canonico contingere quotidie videmus. Quod quidem JCtus *Neratius in l 21. ff. d. legib.* providentissimè prædixerat, dum ait: rationes eorum, quæ constituta sunt, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertentur; *vid. A. Matth. d. Crim. lib. 48. tit. 19. c. ult. n. ult. Conring. d. Civ. prud. c. 3. n. 6.* Tanta enim est nostræ sensualitatis sagacitas, ut statim multas rationes verisimiles excogitet, ad id, quod illi sapit & placet, amplectendum, & contra, quod non placet, rejiciendum. *Nathen. de Just. Vuln. p. 645. n. 9.* Hinc quod semel apprehensum est, postea concatenata quadam obstinatione & pertinacia propugnatur. Pertinacia enim victa non cedit loco, licet ratione superetur. Quantum enim in obstinatione proficimus, tantum in jure deficimus. *idem ibid. p. 643. & 647. n. ult.* Unde a *Platone* ejusmodi homines a cœcis nihil differre statuuntur. *d. Rep. dial. 6. Prine.* Ita etiam multi Theoretici & fere plerique hodierno die falluntur, qui quo propius ad Logicam Artem accedere satagunt, eo longius a jure exorbitant, ejusque intentione, qui cum velint reciprocam esse definitionem cum definito per omnia & in omnibus, non habito respectu regularum juris, in ineffabiles labyrinthos & inextricabiles angustias incidunt. Nam cum impossibile sit, omnes

casus ex ordine reperiri decisos in Codicibus Jurium, satis est, communiter illa accidentia definire, & si postea quædam fallentiæ deficiant, eas adjicere. Ita enim fiet, ut, quod prima facie nō videbatur universaliter & reciprocè definitū, suo respectu & quidem more Practicorum tale fiat. *Conr. Pincier. de Judic. & Proceſſ part.* 1. *c.* 1. Idemque est, quod jam olim *Plato* asseruit, & superius quoque dictū est, in disciplinis practicis nec certas & universales regulas, nec definitiones perfectas tradi posse. Ex quo, ut alia multa, id mutuati sunt nostri JCti, statuentes, quod omnis in jure definito periculosa sit, parumque absit, ut non subverti possit.

Controversias ergo simpliciter decidendas esse, auctor essem, & ad eum fere modum, quem præscripsit jam olim Clarissimus Cicero in tractatu aureo de *Legibus*, & prout multæ quoque Leges tam in Codice, quam in ipsis Pandectis tali conciso modo conceptæ reperiuntur. Nominatim *l.* 20. *C. d. Pact. l.* 3. *C. d. edend. l.* 9. *C. d. fid. Instrum. l.* 15. *l.* 17. *C. mandat. l. codicillus in fin. l. annua pr. l. liberto* §. *filium ff. d. ann. leg. l. pen.* §. *pen. ff. d. legat.* 3. *l. inter. ff. d. recept. qui arb. l. plures ff. de reb. dub. l. qui Romæ.* 122. §. 4. *ff. d. V. O. &c.*

Commendantur etiam eo nomine a *Georgio Merula* Leges Longobardorum: Longobardi, inquit, postquam regnum occuparunt, Leges condiderunt breves, adeo apertas & absolutas, ut parum interpretis indigeant, & omnia ita complectantur, ut nihil fere relinquant in cognoscentis ingenio atque solertia. Tantum abest, ut istæ Gentes adeo Barbaræ & simplices & legibus ferendis impares fuerint, ut quidam putat, ut potius ab ipsis & eorum vicinis hodierni mores & praxis originem traxerint, omnes enim Germanicæ Nationis fuerunt. In qua Historia magnum latet juris fundamentum, præsertim in causis Principum & feudalibus. *vid. Agathiam lib.* 1. *de Bell. Gothor. p. m.* 460. *Hotom. Anti-Tribon. c.* 17. *Petr. d. Andlo d. Imper. Rom. lib.* 1. *c.* 15. *Fortunat. d. Reg. Childeric. Rosenthal. d. Feud. in præfat. Corn. Tacit. de morib. German. A. Duck. d. A. I. C. lib.* 2. *c.* 8. *Conring. d. Ord. G. c.* 9. *pr.*

Ergo,

Ergo, ut omnis novitas [quæ certe odiosa est] evitetur, neve vereamur, ne cogitationibus, de novo Juris Corpore susceptis, vetus jus deseratur, antequam novum adipiscamur, relinquamus plane omnia jura, Justinianeum, Canonicum, Feudale, &c. suo loco & ordine: at enim omnia jura controversa decidamus, & in novum decisionum Codicem compingamus, perinde ut S. Saxoniæ Elector novas suas decisiones separatis libris edere solet, sine ulla conturbatione juris veteris aliove periculo. Itaque non est, quod quibusdam, quæ in contrarium adduci possunt, argumentis moveamur, aut ex principiis Naturæ nova plane jura moliamur, aliumve in scirpo nodū quæramus. Illa enim taliter fere comparata sunt, ut magis in avia & devia, quàm in portum exoptatum deductura sint, uti bene observavit *Casp. Ziegler. in not. ad H. Grot. de J. B. & P. in Prolegom. in verb. attigerunt. Oldendorp. d. Jur. & Æquit. tit.* 9. Jura enim Civilia, paucis exceptis, quæ Christianismi ratio, & simpliciores antiquorum Germanorum mores, indeque nata hodierna Praxis jam jam reprobarunt, a veri Juris Naturalis tramite non delirant; *A. Matth. in Colleg. Jurid. 1. disp.* 7. Ita ut non tam jus æquum & bonum, sed potius juris æqui & boni certitudo nobis desit. Sed &, quamvis cum *Joh. Feldeno* in doctissimo tractatu *de Elementis jur. just.* perfectiora multò nostris jura scribi posse, & olim debuisse, fateri cogeremur, tamen propter rei difficultatem, & præsertim in nostra in sese varie divisa Germania non tam quid optimum, sed quid facillimum, expediendum, & tempus, & occasio, quæ præbeat mitius responsum, uti JCtus alicubi loquitur, expectanda est. Quamvis etiam de forma externa juris, & tradendi ejus methodo multæ querelæ, multoque meliorem adornari ex arte posse non diffiteamur cum *Ehem. princip. jur. lib.* 7. *cap.* 17. tamen quia istum defectum tot Commentarii, Paratitla, Notæ, Systemata & Lexica, &c. facile supplent, movere ista nos non ita debent, ut propterea moveamus lapides, quos posuere Patres.

Hoc modo compositus consummatusque novus Decisionum Codex, cujuscunque tandem Principis, non est dubium, quin extra Territorium quoque odorem viresque sparget, non modo ob jam dictas rationes, sed & quod jam in jus abierit, in causis dubiis etiam viciniæ consuetudines certiores requirere. *Paul. de Castro cons. 372. n. 2. Boer. decis. 263 num. 9. Bursat. cons. 161. n. 20. Menoch. vol. 3. cons. 228. n. 55. Cravett. d. antiq. temp. §. 4. n. 49. Arth. Duck. d. A. I. C. lib. 2. cap. 5. §. 30. Fritsch. de eo quod just. in dub. th. 64.*

Facillime autem Exteri Reges & Resp., quibus & consultandi & statuendi promptior est facultas, nobis Germanis hanc laudem præripere possent; Et quidem omnium facillime Rex Galliæ, qui in talibus a nemine præscribere sibi quicquam patitur, & qui, nisi vehementer fallor, per Codicem Ludovicianum & ordonantias anno 1667. & 1670. promulgatas, jam magnum hujus rei fecit initium, utpote quibus plerasque circa externum Processum Civilem & Criminalem controversias decidit, abrogatis NB. omnibus totius Regni Legibus, statutis & consuetudinibus contrariis: Quod vix ac ne vix quidem in Germania procederet, etiamsi nomine totius Imperii ejusmodi Codex prodiret.

Quicunque autem hoc, quicquid est consilii, suscipient, certe eos plurimum juvabit nimia juris hodierni, quam supra diximus, incertitudo & turbatio. Ita enim videmus, ex eo solo Jus Saxonicum maximam occupare potentiam, quod S. Saxoniæ Elector plurimas quotidie promulget constitutiones, decisionesque novas, & sic jus Saxonicum, quantum potest, ab incertitudine liberet, hinc est, inquam, ut jus Saxonicum non modo in Saxonia, terrisque Saxonici juris receptum sit, sed & in nostris Franconici Juris Circulis paulatim inrepat, dum scil. Advocati eorum litigantium, pro quorum causis forte militat, id sine discrimine in judiciis nostris allegant, & pars adversa ex ignorantia forte non contradicit, judex vero propter incertitudinem juris communis, sæpe etiam inscitiâ,

idem

idem approbat. Atque ita extra fines jurisdictionis suæ Electoris Saxoniæ auctoritas suspicitur. Jam si S. Saxoniæ Elector id potest in jure Saxonico, cur non idem posset alius Elector, Vicarius, aut Princeps in jure Franconico, aut alias controverso? Imò tanta aviditate jus certum quæritur, ut singularum, etiam ignobilium & extranearum Civitatum Statuta, in judiciis alienis allegari soleant. Taceo jam de Decisionibus integrorum Regnorum; Quæ, etsi pleræque ad specialia Statuta respiciant, nihilominus sine ullo discrimine a Practicis allegantur.

Et sane liceat nobis huc trahere in exemplum scripta Sanctorum Patrum, quæ utique nulla externa auctoritate pollent, sed propter præstantiam & perfectionem ab omnibus Ecclesiis suspiciuntur, a Pontificiis vero tantum non adorantur. *H. Grot. de J. B. & P. in Prolegom.* §. 51. Ita in Politicis Hugo Grotius hodie apud omnes utramque facit paginam. Quis verò olim auctoritatem applicavit Platoni, Aristoteli? Quis hodie Cartesio? Certe nihil aliud, quam singularis præstantia. Nam præclare *Cicero lib.* 1. *de Nat. Deor.* habet, inquit, venerationem justam, quicquid excellit, & sicuti opinionum commenta delet dies, ita Naturæ judicia confirmat. Hanc autem præstantiam vel sola juris certitudo, & ambiguitatis profligatio præstabit, utilitas autem publica confirmabit, secundum illud: —— utilitas justi prope mater & æqui. Omni enim juri Civili occasionem dedit utilitas publica. *H. Grot. de J. B. & P. in Prolegom.* Hinc est, quod per omnes populos diversa & varia jura condita reperiantur, quia unaquæque Gens id sibi fanxit, quod rebus suis utile censuit. *Lactant. de Ver. Cult. c.* 9.

Itaque nihil desperandum hic censeo, sed imo cum maximo *Seneca* sentio: Non potest quis, inquit, aliquid grandius ore mortali canere, nisi qui vulgata contempsit, instinctuque sacro surrexit altior *d. Tranquillitat. vit. c.* 15.

At inquiet hic forte quis ex *Terent. Eunuch. act.* 1. *sc.* 1.

Quæ

Quæres in se neque consilium neque modum habet ullum,
hanc tu Consilio regere non potes, &c.
Sed, incerta hæc si tu postules
Ratione certa facere, nihilo plus ages,
Quam si des operam, ut cum ratione insanias,

præsertim cum plerumque fortuna præclaris operibus invida esse soleat, nec possit quis hodie in tanto scripturientium cœtu aliquid sine libidine detrahendi in medium proferre. *Hieronym. in Chron. Euseb. in proœm.* Verum generalia hæc sunt, & supra præoccupando refutata. Pessima autem, quæ metui possunt, hæc erunt, quod hic Codex extra Patriam, id est, istius Principis, cujus cura & sumptibus hic Codex conficietur, non recipiatur. Ea namque est inter ipsos Imperii Principes æmulatio dicam, an obtrectatio, ut leges ab uno compositas alii dedignentur, nec vel in minimis alter alteri cedere aut deferre quicquam velit, sed quilibet Status, suæ demptum gloriæ existimabunt, quicquid cessisset alienæ, &c. At vero nec ad hæc difficilis est responsio. Scilicet Principis, hoc opus molientis, peculiariter nihil interest, suum Codicem etiam in aliis Provinciis recipi, solius autem gloriæ, si fiat. Interim utilitas suorum subditorum & gloria apud eosdem hic sufficit, & præferenda est gloriæ apud Exteros, qui si rem per se bonam sequi nolint, sola est invidia, qua macerari eos per me quidem licebit, dummodo sciant, invidiam nihil magis damnare quam quæ sunt optime dicta, plane sicuti cantharides tritico lætissimo innascuntur & rosis, uti ait *Plutarch*. Ergo qui hoc opus approbare aut sequi metuit, mittat, & faciat sibi alium & meliorem Codicem. Interim paulatim ubique introducetur jus certum & ab hodierna cavillatione liberatum: Erunt interim fortasse alii cordatiores & minus invidiosi, qui, magnanimitatem veterum Romanorum sequentes, adoptare hunc Codicem, non minus, quam illi Legem Rhodiorum de jactu cum nigro & rubro simul, non verecundabuntur: *tot. tit. d. Leg. Rhod. d. Jact.* Certe Legem Rho-

Rhodiam in Corpore Juris Rom. adhuc hodie rutilantem, Romanorum magnitudini unquam objectam fuisse, nunquam audivi: Ita hodieque Comites Hanovienses & Isenburgici utuntur Statutis Comitum Solmensium citra ullam agnitionem superioritatis in dignitate, vel judicio vel studio, vel opera, vel Nomothesia: qualia exempla in & extra Imperium dantur plura.

Sed & si res aliter se haberet, sufficeret nihilominus satisque laudabile foret, terram patriam in suo districtu a miserabili juris incertitudine & intoleranda Causidicorum cavillatione liberasse, apud exteros autem ad minimum instar maximi cujusdam collegii decisionum valebit, aut certe, qui Doctores & interpretes privatos & singulares, sæpiusque pro mercede loquentes allegare pro jure non dubitamus, quid nobis non præstabit magni alicujus Principis, & qui nullo pretio, nec de casibus jam factis conductus, sed futuris negotiis formam certam præscribit, indifferens sanctaque auctoritas? Quodsi deinde aliqua officii prærogativa, aut vicarialis Interregni tempore potestas accedat, eò melius est, poteritque tunc etiam cum quadã authoritate aliis commendari. Vanus itaque eorum, qui de viribus hujus operis dubitare vellent, metus est, sed opere hoc consummato non tantum universi Imperii Status, sed & Exteri uti in solidum poterunt, inflexis pauco labore ad consuetudines suas & statuta iis, quæ flectenda aut mutanda videbuntur. Quin, quod ne hoc quidem labore novo opus sit, dum recipi hic Codex ab aliis hac conditione poterit, quatenus Statutis Regionis aut Provinciæ particularibus non adversatur. Maxime cum & Lex Rhodia hac ipsa conditione a Romanis olim recepta fuerit. *l. 9. d. t. de Leg. Rhod.* nec non hodie apud nos ipsum jus Justinianeum & Canonicum non alia conditione valere constet. *Gail. 1. obs. 121. Regn. Cyprian. d. injust. Leg. Rom. cap. 1. p. 3. Conring. d. Orig. jur. Germ. in præfat. ad Lect. & cap. 33. p. 301. Sim. Lævius Hist. jur. Civ. p. 713.*

Verum

Verum igitur manet, hoc opus ab Uno aliquo Statuum conficiendum esse, nisi forte vicini aliqui, &, qui iisdem moribus commodisque gaudent, aut certe Potentioris alicujus domus diversæ Familiæ concordare, & ad sumptus eo facilius ferendos, singulæ pauxillum aliquid contribuere malint. Quod si fecerint, non tantum reperti jam erunt sumptus, sed nec sentiet quisquam ullum, etiam in hac ipsa periculosa pace, gravamen. Opere autem perfecto uti nihilominus singuli poterunt in solidum eo, quo supra dictum est, modo.

Denique quemcunque negotium hoc exitum sortietur, nunquid utile & laudabile erit, tentasse & secuturæ forte posteæ feliciori consultationi & expeditioni quasi glaciem fregisse? maxime cum præscriptus modus magnos sumptus non requirat, sed fere unius hominis labore & salario circumscribi possit. Sicuti autem hæc res indefessum & non interruptum laborem, sed imo totum hominem & qui nullis aliis negotiis distrahitur, requirit, ita simul eorum opinio concidit, qui putarunt, hanc rem ab homine prorsus privato, nec auctoritate publica suffulto expediendã esse. Si dixissent, non tam auctoritate publica, quam subsidiis publicis suffulto, res minori careret difficultate. At quis nec auctoritate nec subsidio publico suffulto sufficiet tempus & sumptus ad hoc opus expediendum & familiã tanto tempore alendam requisitos? Conveniens autem est, ut, qui laborat, agricola primos fructus ipse percipiat 2. Tim. 2. v. 6. Bovique trituranti os infrænandum aut capistrandum non est. 1. Tim. 5. v. 18. 1. Cor. 9. v. 9. Deut. 25. v. 4. Aut quis cordatus Princeps bene de Republ. merenti talia negabit? Quod si vero subsidia suppeditet, cur non & gloriam affectet & auctoritatem accommodet?

Utcunque autem utile & necessarium hoc opus esse, maxima ratione probavimus, fateri tamen cum divino *Platone* cogimur, bonum Principẽ adhuc plus operæ & curæ in electione & institutione bonorum Magistratuum, quam Legũ adhibere debere, idque a pueritia & scholis statim inchoandum, tabulamque radendam prius, quam in ea scribendum esse, *Dialog. 6. d. Rep.* Sit ergo scholis sua innocentia & pietas, Sacerdotibus sua sanctitas & reverentia, Magistratui sinceritas & gravitas, Legibus certitudo & æquitas, ipsique Summo Principi invariata auctoritas & potestas, & ex his omnibus pax & salus toti Reipublicæ!

S. D. G.

Ki 91
S

ULB Halle 3
006 909 140

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-1092784349-18/fragment/page=0233

HENR. ERNEST. KESTNERI,
IC. ET PP. RINTEL.

PROBLEMATA

DE

DEFECTIBVS

IVRIS COMMVNIS
IN REPVBLICA GERMANICA,

S

M AD REFORMANDAM
SPECTANTIVM
TVR.

HARDI, IC.
VS

ISPRVDENTIAE
EMEDIIS.
ORRECTIOR.

II,
NAX, ACAD. TYPOGR.
II.

calibrite colorchecker CLASSIC 02/24 mm

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-1092784349-18/fragment/page=0235