

V 905

Bibliothek der  
Juristischen Fakultät Halle/S.



CAROLI GODOFREDI DE WINCKLER

IVR. VTR. ET PHILOSPH. DOCTORIS, SERENISS. ELE-  
CTORI SAXONIAE IN SENATV PROVOCATIONVM A CON-  
SILIIS, ECCLESIAE CATHEDRALIS MERSEBURGENSIS  
CAPITVLARIS, CVRIA E IN SAXONIA ELECTORALIS VPRE-  
MAE, QVAE LIPSIÆ EX LEGIBVS DECERNIT, ASSESSO-  
RIS INTER DOCTORES PRIMARI, DECRETALIVM IN ACA-  
DEMIA LIPSIENSIS PROFESSORIS ORDINARI, EIVSDEM-  
QVE DECEMVIRI, PRAEPOSITVRAE MAGNAE ASSESSO-  
RIS, FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARI ET  
DECANI PERPETVI

O P V S C V L A  
M I N O R A

EDIDIT

ET PRAEFATVS EST

FILIVS

D. GODOFR. LVDOV. WINCKLER

PROF. IVR. EXTRAORD.

---

VOLVM. II.

---

LIPSIAE

IMPENSIS G. L. GOETHE

cōcccccxxxxvi.

CVRRII GODORII DE MINCERI

VAR. ANTIQUARIA. LIBRARI. DOCTORI. SENENSIS. ETC.  
COTYRAXONIA. IN SEMINA. TROGOCATIA. / COM-  
SILLIS. ECCLISIA. CATHEDRALIS. MELICANIA. RENENSIS  
CAVALIERI. TURBES. TURBES. TURBES. TURBES.  
MEL. GYAKUSI. EX FEDERA. PROTOMI. / TURBES.  
RIGITATE. DOCTORE. PIRUM. DEDICATIUM. / TURBES.  
DE AIA. LITERA. AVICINAE. CHINAE. CHINAE. CHINAE.  
AAA. DECIMAE. TURBES. TURBES. TURBES.  
TURBES. TURBES. TURBES. TURBES.

BRUNN. 1584/1

# OPUSCULUM MINORUM

RIBIDI

ET HERMANATORUM ET

ET

D. GODOLI. LABOR. MINORUM

SCHEMATIC. EXCELSIOR.

ZOLLMAY. II

LIPSIENSIS

THEATRUM. LIBRARIA. LIBRARIA. LIBRARIA.

LIBRARIA. LIBRARIA. LIBRARIA.

C. G. DE WINCKLER  
OPUSCULA MINORA  
VOLUMINIS SECUNDI  
PARS PRIMA.



C. C. de WANGKRE  
OPUSCULA MINORIA  
VOLVUMINIS EDITIONIS  
TARS TRIAM

# Conspectus.

## Voluminis secundi Pars I.

## XII. De iuris ciuilis.

### Commentationes iuriis ciuilis.

I. De iure impetratae aquae.	pag. I.
II. De fideicommissis familiae rerum mobilium.	60.
III. De condictione immodiici foenoris.	72.
IV. De diuerso genere remedii syndicatus in camera Imperii illiusque in ipsis sententias effectu.	84.
V. De donatione et aduersus eius acceptationem obseruationes.	99.

VI. De contractibus seminarum per curatorum ratificationem validis,	pag. 110.
VII. De iuramento religionis,	126.
VIII. De iure sepulturae in templis,	177.
IX. Impugnatio studii partium hinc inde in foro male recepti.	231.
X. Ad doctrinam de iurejurando flores sparsi,	246.
XI. De iure projectorum,	303.
XII. De abolenda restitutione in integrum ex causa aetatis,	325.

I. De iure imbutiatio adiuge.

II. De undevicimillie familiis ieiuniorum magnificorum.

III. De coniugio iurembozio jocundis.

IV. De quinque etiam familiis ieiuniorum in eorum ieiunis.

V. De quinque etiam familiis ieiuniorum in eorum ieiunis.

VI. De quinque etiam familiis ieiuniorum in eorum ieiunis.

VII. De quinque etiam familiis ieiuniorum in eorum ieiunis.

VIII. De quinque etiam familiis ieiuniorum in eorum ieiunis.

VII.

I.

De iure impetratae aquae.

§. I.

*Varia iura a splendore et magnitudine rei Romanae  
orta esse.*

**Q**ui ad ius ciuile intelligendum aliquam Romanarum antiquitatum cognitionem, in primis vero accuratam de veteris Vrbis descriptione totiusque Reipublicae et Imperii forma notitiam afferunt, ii haud difficile obseruabunt, multas esse iuris Romani particulas, multas datas leges, promulgata edicta, propositas inter lCtos quaestiones, receptiontas sententias, verbo, varia iura, quae a splendore et magnitudine Vrbis totiusque rei Romanae originem suam traxerunt. Cuius splendoris et magnitudinis cum vel *LIPSIUS de magnit. urb. Rom. cap. 3.* teste maxima pars, primo amplissim Imperii finibus diuersisque subactis terris, deinde copiis, porro opibus et hinc manante luxu, denique magnificis operibus contineatur, quibus magistratum dignitas addi potest, videbis a singulis iura quaedam profecta, nunc iuris ciuilis particulas efficer. Si exempla queris, habes a vietiis imperiique Romani termino inclusis gentibus et datis eis vario modo legibus singularia iura prouinciarum, Latii, municipum et coloniarum, singula a ciuium Romanorum iuribus diuersa, simulque habes notabilem illam inter dominium bonitarium et Quiritarium, nec non inter res mancipi et nec mancipi differentiam, habes a copiis militaribus concessa militibus cum in testamentis tum in peculiis priuilegia, habes a magistratus eorumque potentia imperium vel merum vel mixtum, quin totam de iurisdictione et editis materiam, vt peculiares Digestorum titulos

A

titulos de singulorum magistratum officiis taceam, habes  
porro a priuatorum opibus indeque dimanante, voluptate et  
luxu varias quaestiones circa aurum, argentum, penum,  
mundum muliebrem, aliasque res legatas, quin totum lo-  
cum de seruis et pecore, non ultima diuitiarum Romanarum  
parte, habes denique ab aedificiorum priuatorum ra-  
tione varias urbanas seruitutes, a templis, moenii et se-  
pulcris ea, quae de rebus sacris, sanctis et religiosis fan-  
ciuntur, ac omnem de monumentis controvèrsiam, a capi-  
tolio famosam de conditione eius ascendendi disputationem,  
a cloacis titulum Digestorum de cloacis, et quoniam alia,  
si exemplis luxuriari luberet, afferri possent? Sed hoc omi-  
tere non debemus, celebratissimum quoque aqueductuum  
Romanorum opus ad introducenda singularia iura occasio-  
nem dedisse. Ad quae etsi fortassis, sicut nominis specie, nota  
illa seruitus aqueductus referri possit, tamen, quoniam de  
ea fatis iam superque ab omnibus iuris Digestorumque in-  
terpretibus dictum est, eam nunc praetermittimus, et in  
eo tantum iure haeremus, quo priuatis permisum fuit, par-  
tem aquae, per publicas aqueductuum machinas, sumtu-  
que publico in urbem inuectae, impretrata venia, in pro-  
prium ac domesticum usum adhibere, quod ius impretratae  
aquea nominatur. Quod cum non solum antiquas aliquot  
leges et SCta protulerit, sed etiam saepius in Digestis et  
Codice memoretur, quorum haud pauca loca sine huius iu-  
ris cognitione intelligi non possunt, dignum putauimus, de  
quo pauca differamus.

## S. II.

### *De aqueductibus.*

Antequam vero ad dictum ius impretratae aquae acceda-  
mus, haud abs re erit, pauca de ipsis aqueductibus pre-  
motuisse, non quo eorum hominum morem probandum  
censeamus, qui aut offenditionis studio ducti, aut dicendo-  
rum penuria coacti disputationis saepe tertiam vel dimidiam  
partem in praefando sternendaque ad orationis arcem via  
consumere solent, sed quoniam videmus, multa, quae aut  
in legibus, aut in veterum scriptorum monumentis de im-  
pretratae aquae iure occurunt, sine ipsorum aqueductuum  
siftim superficiaria cognitione fatis intelligi non posse. Ro-  
mani,

thani, auctore FRONTINO de aquaed. artit. 4. edit. 10.  
POLENI, et pag. 221. edit. KEVCHENI. (monere hic  
debemus, cum illa Frontini editio ad MStorum fidem exa-  
ctior sit, haec vero vulgatior, sed articulis non distinctis,  
nos in tota hac disputatione textum POLENI expressissi-  
me, sed in locis indicandis, lectorum gratia, utriusque  
editionis rationem habuisse;) primis 431. annis nul-  
los plante aqueductus habuere, contenti aqua ex Tiberi  
et fontibus ac puteis hausta. In qua re studio fecuti su-  
mus FRONTINVM diligentissimum harum rerum scripto-  
rem. Suntemus, ut DEMPSTERVS ad ROSINI *Ant. Rom.*  
p. 61. sq. RITTERHSIVS, *Dodecad.*, p. 216. LIPSIUS,  
de magnit. Vrb. R. I. c. et KEVCHENIUS, ad d. I. FRON-  
TINI, qui aqueductus multo antiquiores credunt, ob  
PLINII et PAVLLI ICti verba, quorum ille, *Hist. nat. L.*  
*XXXI. c. 3.* de aqua Marcia loquens, *Primus*, ait, *eam in*  
*urbem ducere auspiciatus est Ancus Marcius, unus ex regi-  
bus, postea Q. Marcius rex in praetura: ICtus vero*  
dicit, si per locum publicum riuis aquae ductus priuato no-  
teat, competere actionem ex lege XII. tabb. vt domino  
noxiae caueatur. At enim de ICti verbis infra §. 16. di-  
cendi locus erit, PLINIVS autem cum FRONTINO facile  
in concordiam reuocetur, dum, illum de tentato tantum  
cooptoue opere, et fine dubio postea intermisso, et a Mar-  
cio demum praetore consummato, loqui, animaduertamus,  
id, quod verba ipsa ostendunt. Quapropter non opus est  
cum RAPH. FABRETTO de aquis et aquaed. diff. II. circa  
fin. in *T. IV. thes. ant. R. Gratiani* p. 2646. causam erro-  
ris Pliniani inuestigare. Sequenti igitur tempore, cum  
Vrbis non solum incolarum numero augeretur, et eos aqua  
deficeret, sed etiam luxus et voluptas ciuium in dies cre-  
ceret, cuius hand mediocrem partem aestuosaes terrae habi-  
tatores in aquae vni ponebant, coegit voluptate suadente  
necessitas, aquam ex longinquu arcessere, quapropter in-  
uenienti sunt aqueductus, tanto opero tantaque arte fabricati,  
vt iam apud antiquos pro re stupenda et amplitudinis  
Romanae certo signo haberentur, quod ex DIONYSIO,  
*Hist. Rom. L. III. p. 200.* PLINIO, *Histor. Naturar. L.*  
*XXXVI. c. 15.* et RVTILIO *L. I. Itiner.* 97. apparet.  
Per hos e longinquu et saepe a 39, inde milliaro aqua  
a capite cum per subterraneos riuos, tum per specus, sub-

structiones, opera arcuata, lacus, piscinas, castella et fistulas (quae singula nomina in aquaeductibus occurunt) ad varia urbis loca et in altos etiam clinos, faepe perfoliis; ob eam rem montibus, aequatisue collibus, perducerebatur. Postquam enim aqua in urbem deriuanda in dilata regione reperta, vel etiam, si opus, corriuata eset, ab hoc summo eius capite vel fonte primum per riuos seu cuniculos subterraneos, et post hos supra terram subtractionibus et opere arcuato ad urbem usque perducta in conceptacula quedam, quae castellorum nomine veniebant, immittebatur, ibique in partes distributa fistulis vel tubis ad varios tum publicos tum priuatos usus per urbem diffundebatur.  
*cf. GRAEVIVM in praef. ad T. IV. Thesauri Antiquitatum Rom.* Ita FRONTINVS in aquaeductuum ratione describenda se dictum promittit, art. 3. p. 220. quantum quaeque aqua riuo subterraneo, quantum subtractionibus, quantum opere arcuato perducatur, et quanta, et per quot castella in urbis loca publica priuataque deriuetur, quem modum et postea in singulis feruat, interque alia de aqua Virgine loquens, art. 10. extr. p. 225. dicit: *Venit per longitudinem passuum 14. millia 105. ex eo riuo subterraneo passuum 12. m. 570. supra terram per passus 1240. ex ea subtractione riuarum locis compluribus pass. 540. opere arcuato pass. 700. etc.* ex quo simul appareat, subtractiones fuisse opus supra terram manu factum, ab arcuato tamen diuersum, itaque fine dubio solidum et arcubus non concavatum. De castellis idem FRONTINVS art. 19. p. 229: *Pars Iulia ad Spem veterem excepta castellis Coelii montis diffunditur, et alio loco art. 76. p. 242.* quo de aqua Claudia ab Imp. Nerone altius excepta et usque ad templum D. Claudi perducta loquitur, nulla, inquit, castella adiecit, sed isidem usus est. Diversius adhuc VITRUVIUS, de archit. L. VIII. c. 7. qui, postquam aquaeductus tribus generibus fieri dixit, nempe aut riuis, aut per canales struetales, aut per fistulas plumbeas, addit: *Cumque venerit ad moenia, efficiatur castellum et castello coniunctum ad recipiendam aquam triplex immixtum, collonenturque in castello tres fistulae aequaliter diuisae, intra receptacula coniuncta, uti, cum abundauerit ab externis, in medium receptaculum redudet;* (quo loco obiter monemus,

nemus, frustra **F. GRAEVIVM** in praef. ad T. IV. thes. ant. hunc locum emendare, et pro *intra* legere *in tria*. Dicit enim **VITRVVIVS**, fistulas debere poni castello vsque ad intra receptacula illa, seu triplex immisarium, quod cum castello coniunctum esse debere, verbis praecedentibus dixerat. Receptacula enim sunt idem, quod triplex immisarium, in quo tamen **GRAEVIVS** dissentire videatur). Hinc **VEPIANUS** l. l. §. 39. *Dig. de aqua cottid.* in libro ad Edictum, castellum definit per receptaculum, quod aquas publicas suscipit. Ceterum castella intra vr-  
bem tantum erant, extra vrbe nulla, id quod primus obseruauit Vir summus **IO. GE. GRAEVIVS** in praef. ad Tom. IV. *Antiquit. Rom.* et ex **FRONTINO** comprobauit. Etenim hic, dum modum aquae ex aquaeductibus, tum vniuersis tunc singulis, erogatam enarrat, semper castellorum tantum intra vrbe, nunquam extra eam meminit, sed per singulas aquas eundo, in vnaquaque adnotat, quot quinariae (i. e. moduli aquae, vel ab Agrippa, vel a Vitruvio inuenti, secundum quos omnis aquae, tum per aquaeductus aduectae, tum inde erogatae mensura instituebatur. *vid. FRONT. art. 25. p. 239.*) extra vrbe erogatae, quot porro intra vrbe in castella immisiae, et hinc iterum distributae fuerint, manifesto indicio, aquas ductuum ope aduectas non nisi intra vrbe deinceps in castella recepta fuisse. Pari modo in describenda ductuum, antequam ad castella perueniant, longitudine nunquam eorum terminum extra vrbe, sed semper aut ad moenia aut intra ea ponit. Sic **Marcia** qualem longitudinem a capite ad vrbe habeat, definit, art. 7. p. 223. sic **Anionis** noui et **Claudiae** arcus dicit, post hortos Palladianos finiri et inde in usum Vrbis fistulis deduci, art. 20. p. 229. sic denique **Appia**, ait, *incipit distribuui sub Publicio clivu ad portam Trigeminam, qui locus appellatur Salinae.* Fuit autem is locus intra vrbe, ut velex **LIVIO** L. XXVII. c. 37. et L. XXX. c. 26. **NARDINO**, *Roma vet. in To. IV. Thes. Graeu. p. 1865.* et **POLENO**, *ad FRONTINI* art. 5. n. 18. constat. Verbo, per totum FRONTINI librum obseruari potest, eum, dum castellorum mentionem inicit, nunquam de regione extra vrbe, sed semper de interna loqui; quod propterea monere debuimus, quoniam legum verba lucem inde capere posse, infra

videbimus. Quid? manifestius adhuc VITRVVIVS art. 64.  
 p. 237. Cum ienerit, inquit, ad moenia, efficiatur castellum. At obfunt forte cum veteris SCTi verba apud FRONTINVM art. 106. p. 253. ANIMADVERTERENT CYRATORES AQVARVM, QVIBVS LOCIS INTRA EXTRAEQUE VRBEM APTE CASTELLA PRIVATI FACERE POSSENT, tum modo laudatus VITRVVIVS, qui, postquam dixit, aqueductus tribus generibus fieri, nempe vel riuis, vel per fistulas plumbeas, ad has postremas perueniens, d. l. addit: Sin autem fistulis plumbeis ducitur, primum castellum ad caput firatur, et fistula ab eo castello collocentur ad castellum, quod erit in moenibus. Verum de hoc SCTo et his eius verbis infra locus dicendi erit, VITRVVIVS autem nobis non obest. Loquitur enim de aqueductibus in vniuersum, quorum ultimum, quod recenset, genus tale est, quale Romani nunquam habuere, quippe qui, ut vidimus, et ex FRONTINO patet, aquam a capite, non fistulis plumbeis, sed riuis subterraneis et canalibus structilibus ducebant, ergo nec opus erat ad caput aquae castello, ipso VITRVVIO auctore. Pari modo paulo post dicit, in aqueductibus fistularum plumbearum utile esse, interdum inter caput et moenia castella ponere, quod tamen neque in canalibus structilibus posulauit, neque Romae factum est. Ceterum Romae singuli aqueductus non vnuq; tantum, in canalium structilium finibus positum, castellum, sed plura, per totam urbem circumiacentia, habebant, ex quibus aqua, a primo castello accepta, ad diueros vfls vel publicos vel priuatos (vnde et duplex castellis nomen) perferebatur. FRONTINVS enim art. 27. p. 232. ait: Est fere nunc in usum: cum plures quinariae imperatae, ne in usis jaepius vulneretur, una fistula excipiuntur in castellum, ex quo singuli suum modum recipiunt. Tale igitur castellum priuatum dicebatur, quoniam priuatis aquam praebebat, cum contra publicum esset, vnde aqua ad publicos vfls proficisci ebatur, vtrunque tamen distinctum a priuato proprie sic dicto, seu domestico, quod plerisque plumbum erat, aliquoties in iure nostro, vt infra videbimus, commemoratum. At speciem quoque et piscinarum in aqueductuum descriptionem meminimus. Dicitur autem species vel quilibet canalis aquae subterraneus, vel via supra substructiones et arcus aedificata, vt vnda perlabi possit. Illo sensu accipitur apud VITRVVIVM

VIVM C. VIII. c. 7. verbis: *Sin autem medii montes erunt inter moenia et caput fontis, sic erit faciendum, ut specus fodiatur sub terram; hoc vero apud FRONTINVM. art. 17. p. 227. et POLENVM ad hunc locum, cum dicit, specus montium lateribus applicitos assiduam muniendi curam exhibere. Piscinae, alias etiam conceptacula dicta, FRONT. art. 22. p. 229. erant receptacula purgatoria, in quae aqua medio per aquaeductus itinere propterea immittebatur, ut quemadmodum FRONTINVS art. 19. pag. 228. et art. 15. p. 227. et art. 66. et 67. p. 244. et POLEN. ad art. 18. ait, spirante quasi riuum curfu, limum, a capite forte vel riuis afflumtum, deponeret. Porro lacus ii, qui inter aquaeductuum partes numerantur, distincti a lacubus urbanis, in quorundam ductuum origine inueniebantur, praebentes aquam riuiis, per quos et ceteras machinas ad urbem veheretur. FRONTINVS, art. II. p. 218. extr. Alisetina, inquit, concipitur ex lacu Alisetino. Idem de Anione novo art. 93. p. 247. Anionis novi vitia excludi posse vidit: *Omissis enim flumine repeti ex lacu iufit.* Tandem per fistulas plumbeas et tubulos aqua ex castellis ad eos, ad quos destinata erat, vsus manabat, quod itidem ex FRONTINO art. 25. p. 230. art. 105. p. 254. et art. 116. p. 256. confat. Eo etiam HORATIVS respexit, cum L. I. Ep. X.v. 20 ait:*

*Purior in vicis aqua tendit rumpere plumbum  
Quam quae per prounum trepidat cum murmure riuum.*

Omnis haec, quarum mentionem fecimus, aquaeductuum partes, coniunguntur in lege Quintia: *QVICVNQUE POST HANC LEGEM ROGATAM RIVOS, SPECVS, FORNICES, FISTVLAS, TVBVLOS, CASTELLA, LACVS AQVARVM PUBLICARVM, QVAE AD VRBEM DVCVNTR, SCIENS DOLO MALO FORAVERIT, RVPERIT ETC.*

### §. III.

*Quid sit ius impetratae aquae, et a quo discernendum?*

Vidimus, aquam per aquaeductus in urbem apportatam vel ad publicos vel ad priuatos vsus manasse. Sed quoniam non omnibus priuatis licebat pro lubitu aquam, publico eoque maximo sumtu, ad publicum in primis usum arcessi-

A 4

tam,

tam, in proprium commodum convertere, hinc natum est ius impetratae aquae, quod qui habebat, is demum aquarum publicarum utilitatem intra priuatos parietes sentire poterat. Vocatur ita apud FRONTINVM, art. 107. p. 253. art. 103. p. 251. et art. 109. p. 254. etc. alias etiam vel simpliciter ius aquae, l. 5. C. de aquaed. vel ius aquae dandae ducendae nominatum. Ex quibus appellationibus prima propria huic rei est, et eius iuris naturam, ac quod sumnum est in eo, optime exprimit, cum contra reliquis nominibus et seruitutem priuati aquaeductus interdum insigniri reperiamus. Est igitur ius aquae impetratae, ius, publica auctoritate impetratum, partem aquae publicae, per aquaeductus in urbem aduecta, capienda et ad proprium praediorum usum adhibendi. FRONTINVS l. c. Circa ius ducendae aquae in priuatis haec obseruanda sunt, ne quis aquam publicam non impetratam, et ne quis amplius, quam impetravit, ducat, et paulo post art. 105. p. 282. Qui aquam in usus priuatos deducere volet, impetrare eam debet. Idem antea art. 94. p. 247. dixerat: Quod ius ducendae, tuendaeque sit aquae, quorum alterum ad cohibendos intramodum impetrati beneficii priuatos pertinet. Itaque diligenter distingendum est a notissima illa seruitute aquaeductus, per quam aqua aut priuata, aut saltem talis, quae per publicos aquaeductus non est aduecta, per fundum priuatum ducitur. Etsi enim cuiquam videri queat, posse etiam seruitutem tales constitui, qua aquam ex aquaeductu publico impetratam per alienum et priuatum fundum ducere licet, tamen eiusmodi seruitutem locum habuisse non credimus. Nam primo PAVLLVS l. 9. D. de seru. praed. rust. diserte dicit, seruitutem aquas ducendae, nisi ex capite vel fonte, constitui non posse, est autem aquaeductus publicus neque caput neque fons aquae. Deinde neque in toto Digestorum circa eam rem loco ullum verbum occurrit de seruitute aquae eius ducendae, quae a publico aquaeductu impetrata est. Denique seruitus aquaeductus est seruitus rustica, aqua vero impetrata non ad agrorum solum et horitorum necessitatem, sed praecipue ad dominum quoque usum et voluntatem ducebatur. Mihi ergo potius videtur, in aqua publica ducenda non opus fuisse in privatorum fundis seruitutem constitui, aut quia eos nunquam transfis, aut quod si transfis, priuati prohibere non potuerunt, unde Praetor in editio

edicto 'et VLPIANVS l. i. §. 38. seq. D. de aqua cottid. eam aquam, ad quam ex capite duendam seruitute imponenda opus sit, diligenter fecerant ab illa, quae publice ex castello vel riuo ducatur permisso eius, penes quem est ius permittendi; ex quo colligo, hanc posteriorem sine seruitute constituta a castello vel riuo ad priuatorum praedia meare potuisse. Sed ius impetratae aquae etiam fecerendum est ab illo iure, quo priuati, qui sibi ab alio seruitute aquaeductus stipulati sunt, a principe impetrare debent, vt liceat per interiacentem locum publicum sine publico incommodo aquam ducere, cuius rei PAVLLVS l. 14. §. 2. D. deferuit, l. 18. §. 1. D. de aqua. plu. meminit.

#### §. IV.

##### *Quando ius impetratae aquae ortum.*

Iam, si quis opus esse putet, impetratae aquae initium et tempus, quando coepit, indicare, non verebimur, huic iuri eandem cum ipsis aquaeductibus originem tribuere. Etsi enim dubitari nequit, initio aquas publicas praecipue ad usus tantum publicos, communisque necessitatis causa magno conatu, ingentique sumtu in urbem aduectas fuisse, tamecum creditu facilissimum est, priuatos quoque huius insignis beneficii fructum capere voluisse, et aquae publicae particulam in suos fundos deriuandam ambuisse. Quod tantum absit, vt FRONTINI oratione contulii possit, vt potius ea misericorde confirmetur. Etsi enim hic, art. 94. p. 248. postquam ad explicandum ius ducendae aquae, priuatis concessum, peruenit, Quaedam, ait, apud veteres aliter obseruata inueni. Apud antiquos omnis aqua in usus publicos erogabatur, tamen statim, dictorum rationem additurus, non solum vetustae ciuiusdam legis meminit, secundum quam priuatis aquam caducam ducere permisum fuit, sed etiam addit: Et haec ipsa non in alium usum quam in balnearum aut fullonicarum usum dabatur, — aliquid et in domos principum ciuitatis dabatur, concedentibus reliquis. Eo itaque tempore, cum aquaeductus parum adhuc aquae in urbem adueherent, neque eius tanta copia esset, vt cuique volenti intra priuatas domos concedi posset, parcus etiam cum ea actum, et non nisi his data est, qui ea maxime egebant, quales balnearii et fullones erant. Sed nec his omnem aquam licebat aut

ex ipsis aqueductibus ducere, sed superflua tantum dabatur, quae ex lacu abundans ad humum adscendebat. FRONTINVS l. c. *Cautum*, inquit, *ne quis priuatus aliam ducat, quam quae ex lacu humum accedit*, id est, *quae ex lacu abundauit*. Non tamen adeo aura aquarum erat antiquitas, vt nec principibus in republica viris, et meritis excellentibus aliquid aquae ad priuatum vsum dandum censeret. Hos enim id praecipui prae ceteris habuisse, FRONTINVS eodem loco tradit, *concedentibus*, inquit, *reliquis*, h. e. cum aquae penuria vniuersis non sufficeret, cedebant in eius impetranda iure reliqui ciues principibus, eosque sibi anteponi patiebantur. Eam aquae penuriam sensit adhuc Senatus a. V. C. 6<sup>o</sup>8. cum Marcio praetori peregrino manda-ret, vt, incremento vrbis ampliorem modum aquae exigit, curaret, quatenus alias aquas in vrbe induceret. FRONT. art. 7. p. 223. Sequentibus itaque temporibus sine dubio cum aucto aqueductuum numero et ius aquae impetratae sensim magis magisque vulgatum est, donec primus Aquarium Curator M. Agrippa rem in ordinem rededit. Hic enim cum non solum solum vrbe videret a maioribus suis quoniam iam aquis instructam esse, sed etiam ipse duas, alteram Iuliam, Virginem alteram, adiecisset. ID. art. 8. et 10. p. 224. seqq. Iatis nunc aquarum aedes credidit, vt publici beneficii commodum priuati abundantius sentire possent, quapropter descripsit et in commentarios rededit, quantum ad publica opera, quantum in lacus dari, quantum deinde priuatis concedi posset. ID. art. 89. p. 249. Idem aquas beneficium, aucto subinde aqueductuum numero, imperatores priuatis praefliterunt, quod in primis de Nerua constat, cuius cura non solum publicis aqueductibus noua opera addita sunt, sed etiam ius aquae noua incrementa cepit. ID. art. 88. p. 245. Eo enim tempore cum per nouem ductus XIV. m. XVIII. quinariae aquae ad vrbe perducerentur, ex his 1. m. LXXXIII ad priuatorum vsum erogatae sunt. ID. art. 78. p. 243.

### §. V.

#### Breuiter de legibus aquariorum.

Superioribus §§. antiquae cuiusdam legis de aqua ca-duca et quorundam SCtorum meminimus, qua occasione huius et ceterarum antiquarum circa aqueductus et ius im-petratae

petratae aquae latarum legum, factorumque SCtorum historiam paucis attingemus: paucis, inquam, cum, quoniam non omnia, quae iis continentur, ad ius impetratae aquae, verum quaedam ad iporum aqueductuum curam pertinent, tum, ne futurae orationi materiam praeripiamus. Et quod primum ad illam legem caducariam attinet, FRONTINVS, art. 94. p. 247. *Cautum, inquit, ita fuit, NE QVIS PRIVATIS ALIAM DVCAT, QVAM,* (hanc vocem GRAEVIVS in praef. ad To. IV. Thesauri Rom. Ant. ex emendatione restituit. Sed non opus est ea emendatione vel restitutione, cum in omnibus et editionibus et codicibus ita legitur, ut I. POLENVS ad d. I. FRONTINI obseruauit.) QVAE EX LACVHVMVM ACCEDIT. (pro eo GRAEVIVS d. I. legit accidit, quoniam ea aqua caduca vocetur. Sed iterum frustra emendat, cum et accedit idoneum sensum habeat, aqua enim ex lacu abundans accedit, seu ascendit ad humum. Taceo, vocem aquae caduae illo tempore nondum in usu fuisse.) *i. e. quae ex lacu humum abundantia; eam nos caducam vocamus.* Et haec ipsa non in aliis usum, quam in balnearum aut fullonicarum dabatur. Ex quo loco, quo certius de ipsis legis verbis confat, eo difficultus forte erit, eius aetatem, quo anno et quibus auctoribus lata sit, in FRONTINI et reliquorum omnium silentio inuenire. Faciamus tamen periculum. Primo hoc pro certo affirmare licet, eius aetatem post a. V. C. 441. ponendam esse, quippe cum, ante hoc tempus nullos plane aqueductus in Urbe fuisse, supra viderimus. Deinde sine dubio libera adhuc republica lata est, tum, quoniam FRONTINVS, quando de tempore Imperatorum loquitur, dicit, aquas caducas parciissime impetrari, tum, quoniam idem in tota ista orationis parte, que de hac lege caducaria agit, non nisi de tempore liberiae reipublicae loquitur. Porro eo tempore lata esse debet, quo vox *caduca* nondum ita in usu fuit, ut eam aquam significaret, quae ex aquae conceptaculo abundat. FRONTINVS enim, dum verba legis: QVAE EX LACVHVMVM ACCEDIT, interpretatur, addit: *eam nos caducam vocamus.* Ergo tempore legis conditae vox *caduca* eo sensu nondum adhibebatur. Et profecto si iam tum adhibita fuisset, non dubito, quin auctor legis eo vocabulo, brevitatis causa, legislatoribus consuetae, usurus fuisset. At vero

vero iam M. TERRENTIVS VARRO, qui seculo septimo  
 exeunte et ineunte octavo vixit, voce *caduca* eadem signifi-  
 catione de aqua abundante in libris de re rustica vñus est,  
*L. III. c. 5. §. 2.* ex quo sequitur, legem illam saltem ante a.  
 V. C. 660. vel 680. latam fuisse. Porro primo statim adspicu-  
 patet, verba huius legis caducariae, a veteri illo loquendi  
 genere, quod in *xii.* tabulis conspicimus, valde recedere,  
 vnde manifestum est, illam ab his, quas a. V. C. 303. pro-  
 mulgatas scimus, longo satis spatio et ad minimum aliquot  
 seculis distare. Vix enim breuiori spatio aliqua lingua, et  
 in primis genus quoddam loquendi solenne, quale est legis-  
 latorium, quippe cum legum conditores fere semper eodem,  
 quem a maioribus acceperunt, stylo vti soleant, tantum  
 mutari posse videtur. Tandem et in tale tempus coniicienda  
 est, quo nondum adeo multi aquaeductus in vrbe fuerunt,  
 vt tam parce cum aqua agere opus fuerit. Fortassis igitur  
 non fallimur, si eam anno V. C. 608. latam esse put-  
 tamus. Nam primo eo anno inuenimus aliquam aquae pen-  
 niam in vrbe sentiri coepisse, ita vt etiam Senatus ad no-  
 nos aquaeductus perducendos animus adverterit. FRONT.  
 art. 7. pag. 223. Deinde tunc temporis nonnisi duae adhuc  
 aquae in vrbe erant. Appia et Anio vetus, IDEM *ibid.* ex  
 quibus, in satis iam tunc multiplicato incolarum numero,  
 haud multum aquae priuatis concedi potuisse videtur. Porro  
 legitimus, Senatum eodem anno animadvertisse, ductus non  
 solum vetustate quasiatis, sed etiam hucusque priuatorum  
 fraudibus interceptos fuisse, ob eamque causam datum a  
 Senatu eidem Marci negotium, vt istos ductus non solum  
 reficeret, sed etiam a priuatorum fraudibus vindicaret. ID,  
*ibid.* Ad quod eo melius perficiendum facile fieri potuit,  
 vt hic ipse Marcus praetor legem ad populum ferret, qua  
 priuati ab omni ea aqua ducenta excluderentur, quae ad  
 publicos vñus, lacus in primis, deriuari poterat, priuatis  
 sola caduca, neque omnibus tamen, sed fullonibus in primis  
 et balnearioribus, et praeterea aliquot in ciuitate principi-  
 bus, concessa. Fuere tamen sine dubio adhuc alia huius  
 legis capita, vti vel ex eo apparet, quod in verbis eius, a  
 FRONTINO recentissimis: NE QVIS ALIAM DVCAT, etc.  
 vox aquam omissa est, haud dubie a priori aliqua orationis  
 parte repetenda. Praeter hanc vero etiam adhuc alias le-  
 ges, tum in uniuersum de aquaeductibus, tum de aquae  
 dandae

dandae iure libera adhuc republica, et fortassis circa idem tempus lata fuisse, dubitari nequit, cum FRONTINVS mox post legem caducariam memoratam, art. 95. p. 248. dicat, *ad quem autem magistratum ius dandae vendendae aquae pertinuerit, in iis ipsis legibus variatur.* Sed cum de iis nihil apud antiquos relatum inueniamus, nec nos quicquam proferre poterimus. Hoc saltim certum, eorum illam aliquam particulam esse, quam idem FRONTINVS art. 97. p. 249. refert. *In iisdem, inquit, legibus adiectum; NE QVIS AQVAM OLETATO DOLO MALO, VBI PVBLICE SALIET,* si QVIS OLETARIT, HS. X. MILLIA MVLTA ESTO. Cui addendum SCtum C. Licinio et Q. Fabio coſſ. anno V. C. 638. factum, de locanda probandaque a quaestoribus aquaeductuum tuitione et refectione. At demum post Agrippam, h. e. Augusti tempore varia circa hanc rem iura constituti cooperunt. Post eum (Agrippam mortuum), inquit FRONTINVS, art. 99. p. 249. Q. Aelio Tuberone et Paulo Fabio Max. coſſ. in re, quae usq[ue] in id tempus, quasi potestate acta, certo iure egisset, SCta facta sunt, et lex promulgata. Per legem intelligit Quintiam, vt infra proponemus. Ad haec igitur iura, sub Augusto de aquis constituta, primo referri debet edictum ab ipso Augusto de aquae imperatae iure propositum, in quo constituisse videatur, quantam quisque et quam aquam habere et quicquid in vniuersum obseruare deberent ii, qui ante eum ius aquae impetrasset. FRONTINVS l. c.: *Augustus quoque editio complexus est, quo iure vterentur, qui ex Commentariis Agrippae aquas haberent, tota re in sua beneficia translatia.* Hoc edictum sine dubio cum SCtis Aelianis, de quibus mox, eodem anno iisdemque consulibus, nempe Q. Aelio Tuberone et Paulo Fabio Maximo, id est anno 741. promulgatum fuit, quod ex orationis Frontinianae cohaerentia facile colligi potest. Quod autem ad dicta SCta Aeliana pertinet, sex eiusmodi apud Frontinum recensentur, omnia eodem anno 741. iisdemque coſſ. facta, singula enim ita incipiunt: *QVOD Q. AELIVS TVBERO, PAVLVS FABIUS MAXIMVS COSS. F. F. etc.* post quae verba, reliquae formulae confuetis notis: D. E. R. Q. F. P. D. E. R. I. C. sequuntur. Primum itaque SCtum Aelianum de curatoribus aquarum agit, et quot licentes,

ap-

npparitores, aliosque ministros habere debeant, definit, scil. totidem, quot curatores frumenti habeant, et sumptus in eos, vt et in tabulas, chartas, et cetera, quibus curatores aquarum indigent, ex aerario praebendos esse. FRONT. art. 100 p. 249. Alterum est de numero publicorum in vrbe salientium, vt neque augerentur neque minuerentur, et curatores aquarum videbent, vt adfidue diu noctuque aquam funderent. ID. art. 104, p. 252. Tertium voluit, ne ii, qui ius aquae impetrarent, eam ex riujs publicis, sed potius ex castellis ducerent, deinde, ne intra 50. pedes castelli laxiorem fistulam quinaria ponerent. ID. art. 106. p. 253. Quartum ius aquae praeter fullonibus et balneis datum ad heredes transire vetuit. ID. art. 108. p. 254. Porro quintum reficiendis aqueductibus prouidit, iussisque, vt omnis, qua ad eorum refectionem opus sit, materia, si fieri posset, e proximi priuatorum agris sumeretur, vtque per eos restaurandorum aquaeductuum causa itinera et actus patenter, vtrumque tamen absque priuatorum iniuria. ID. art. 125. p. 259. Sextum denique certa circa aquaeductus spatia cum ab aedificiis tum ab arboribus libera esse voluit, scil. 15. pedum circa fontes, fornices et muros, 5. vero circa riuos subterraneos et specus, intra et extra vrbum, continentia aedifica; dicit lex: INTRA VRBEM ET EXTRA VRBEM CONTINENTIA AEDIFICIA. POLENVS quidem AD FRONTINI d. I. inter verba *urbem* et *continentia* inculcat voculam *si*, repugnantibus, vt ipse fatetur, codicibus, et interpretat per aedificia, quea quam proxima sunt aqueductibus. Sed non opus videtur tali et emendatione et interpretatione, cum continentia aedificia nihil aliud sint, quam, quae proxime ab *vrbis moenis* aedificata sunt, quea in SCto Aeliano II, apud FRONTIN. art. 104. p. 251. *vrbi coniuncta* vocantur: SALIENTIVM, QVI IN VRBE ESSENT INTRAQVE AEDIFICIA VRBI CONTVNCTA. Pari modo lex Quintia dicit: (ID art. 129. p. 261) QVO MINVS IN VRBE ROMA ET IN HIS AEDIFICIIS, QVAE VRBI CONTINENTIA SVNT ERVNT, IN HIS HORTIS etc. cf. FABRETTVM *de aquad. in Tō. IV. Thes. Graecu. p. 1761.* fqq. et p. 1768. In nostro igitur loco nihil inculcandum nisi fortasse post *continentia* particula *que*, et si et facile subaudiri possit. Iussit praeterea, vt nec monumentum nec aedificium in eo spatio poneretur, nec arbores fererentur, exciderentur po-

potius, nisi continentes effent villis, (verba sunt: ARBORES - PRAETER QVAM, SI QVAE VILLAE CONTINENTES ET INCLVSAE AEDIFICIIS ESSENT, in quo loco explicando miror, POLENVM aliquantum se torquere; omnis enim difficultas sublata erit, si attendamus, villaes esse detium, non nominatiuum, et referendum ad precedens verbum *arbores*. Sic lex Quintia: QVOMINVS VITES ARBORES, QVAE VILLIS, AEDIFICIIS, MACERIISVE INCLVSAE SVNT), et aedificiis inclusae, poena in transgressores constituta pecunioria, et causae cognitione data curatoribus aquarum. art. 127. *ibid.* SCta Aeliana excipit Lex Quintia, lata a T. Quintio Crispino cos. anno, vti nobis videtur, eodem, quo SCta Aeliana facta sunt, h. e. 2. V. c. 1741. Quamuis enim vir egregie doctus 10. POLENVS ad FRONTINI art. 129. n. I. ostendat, ter in fastis aliquem T. Quintium consulem inueniri, nempe anno V. C. 544. 743. et 760. putetque, medium annum legi Quintiae adfignandum esse, tamen cum nos sententiae nostra ratione ex ipso FRONTINO diligentissimo harum rerum scriptore petamus, quid amplius desiderari potest? Hic autem, art. 99. p. 249. diserte dicit: *Q. Aelio Tuberone Paullo Fabio Maximo cos. in re, quae usque in id tempus certo iure egisset, SCta facta sunt, ac Lex promulgata.* Continentia verborum offendit, eum de his SCtis et hac lege infra dicturum. Nam iverò praeter sex SCta Aeliana, quae subiicit, nullius legis, nisi Quintiae meminit. Nam etsi etiam mandati cuiusdam Caesarei mentionem facit, art. III. p. 252. tamen id neque nomen legis obtinere potest, neque illo anno, vel sub Augusto, sed sine dubio a Traiano datum est. Sequitur ergo, legem Quintiam eodem illo anno 741. latam esse. Sed quid? Eo anno Aelius Tubero et Fabius confules fuere. Necesse itaque est, T. Quintium Crispinum eodem isto anno consulem suffectum fuisse. Haec igitur lex Quintia lata primum est contra eos, qui riuis ceterisque aquaeductuum canalibus aut machinis, vel lacubus damnum inferre audeant, facereque ita, ne aqua publica ad urbem pernemire, et neque ad publica opera, neque ad ea praedia, quorum possessoribus aqua data sit, duci possit, in quos, praeter refectionem damni, multam centum millium statuit, eiusque rei causa aquarum curatoribus vel praetori peregrino pignoris capiendo potestate tribuit, deinde late praecipit,

cipit, ne quis aliquid ponat faciatue circa aquaeductus, potius omnia, quae sint circa eos, quounque nomine venniant, tollantur; manere tamen debere eas vites et arbores, quae sint aedificiis inclusae et maceriis, quosque curatores aquarium, causa cognita et insculptis suis nominibus permisérunt, tandem etiam cautum, ut ii, quibus curatores aquam sumere vel haurire conceperint, id libere faciant, ita tamen, ut neque rota, calice aut machina vntantur, neque noui putei aut foramina fiant. Superest id Mandatum principis, cuius iam mentionem iniecimus. Videtur autem datum fuisse ab Imperatore Nerus Traiano. FRONTINVS enim, cum eius memoriam seruat, art. III. p. 254. ita de eo loquitur, ut laudare atque exornare videatur curam auctoris circa aquaeductus et cohibendas aquariorum fraudes. In quam rem cum in libro suo in primis Imperatoris Neruae Traiani studium et curam esserat, art. 64. p. 237. art. 87. 88. et 89. p. 245. sq. art. 92. et 93. p. 247. seq. art. 105. p. 252. seq. art. 118. p. 257. videmur noui improbabili conjectura vt, si dictum Mandatum ab eodem profectum putamus. Ad quemnam magistratum vero datum sit, certo definiri non potest. Videtur tamen ad curatorem aquarium scriptum fuisse, cuius magnum negorium in aqua impetrata priuatis affliganda versabatur, quapropter et epistola caefaris, qua aqua impetrabatur, ad eum ferenda erat. Quid enim attinuerit, mandatum de eo, qualis aqua priuatis concedenda sit, dari ad eum, cuius nullum in ea re negotium fuisset. Quare cum Traiani tempore Frontinum aquae curam gesisse sciamus, quid impedit, quominus ad eum ipsum Mandatum illud scriptum fuisse, contendamus? Summa autem eius Mandati haec est, ut nemini liceat aquam eaducare, nisi cui expresse ab Imperatore aliquo concessa sit, cuius rei ea causa additur, quoniam nempe aquae eaduae abluendis cloacis et salubritati vrbis inserviant. Tandem et Edicti perpetui particula de hoc impetratae aquae irre egit, quando praetor dicit, l. I. §. 38. D. de aqua cottid. Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permisum est, quo minus, vt permisum est, ducat, vim fieri veto. His enim verbis ius aquae publicae ducentiae innui, tum per se intelligitur, tum VLPIANVS Lib. LXX. ad Edict. vid. d. I. §. 39. seqq. eod. dubitate non permittit.

§. VI.

## §. VI.

*Quinam potestatem habuerint, ius aquae concedendi, libera et oppressa republica?*

Dicit ergo Praetor ius aquae permitti debere ab eo, cui eius rei ius sit. Qui iure veteri quis fuerit, videamus. Distinguendum autem est inter tempora liberae reipublicae et ea, quibus Imperatores omnem potestatem ad se rapere, et omnia in sua beneficia conuerterunt. Libera republica ius aquae dandae et ad censores pertinuit et ad aediles. Ipse quidem FRONTINVS art. 95. p. 248. dubitanter de ea re scribit, et dicit, in antiquis legibus variari, ad quemnam magistratum pertinuerit, ita, ut mox a censoribus mox ab aedilibus permisum suisse reperiatur. Sed statim ipse rem in concordiam reuocat, obseruando, quando censores in vrbe fuerint, aquam potius ab his, quoties vero vrbs iis caruerit, ab aediis datam suisse. Quod non ita est intelligendum, quasi censores primis temporibus, quibus nondum aediles curules in vrbe fuere, aquae ius dedissent, post aedilitatem vero curulem induc tam, haec censorii muneric particula ad aediles transiuffet. Potius constat, anno V. C. 310. lege Aemilia lata dignitatem censoriam factam esse ex quinquennali annua et semestrem, LIVIVS L. IV. c. 24. ita, ut, cum post hanc legem censores decimo octavo mense magistratu abirent, et tamen non nisi quinquennio exacto noui crearentur, semper tres anni et sex menses censoribus carerent, quo tempore aquae publicae concedenda ius penes aediles fuit. Neque profecto mirum, aediles in hac re quasi censorum vices egisse, cum vterque magistratus, quemadmodum inter omnes constat, quadam quasi copula et muneric affinitate coniunctus fuerit? ad vitrumque etiam pertinebat ipsorum aquaeductuum cura, in primis autem, ut conseruandi resciendique locarentur, et deinde opera facta probarentur, et si hoc negotii et quaestoribus interdum aliquando per SCUM Liciianum datum inuenimus. FRONTINUS art. 96. p. 248. Quid? aquae publicae ita sub Cenorum et Aedilium quasi potestate erant, ut nec circus maximus, ne diebus quidem ludorum Circensium, nisi aedilium vel censorum permisso irrigari posset, auctore FRONTINO art. 97. ibid. Cum igitur censores in vrbe essent,

B

essent,

effent, ab iis ius aquae peti et impetrari debebat: quod propterea factum videtur, non solum, quoniam in viuen-  
sum opera publica sub censorum cura erant, sed etiam, quo-  
niam multitudinem hominum, qui in vrbe versabantur, nu-  
merauerant, et inde scire poterant, quantum aquae in lacus,  
balnea, thermas, ceteraque utilitates publicas erogari ne-  
cessa videretur, adeoque an adhuc aliquid priuatis dandum  
supereffet? Forte et censores, quibus de singulorum  
ciuium moribus constabat, in aquae iure concedendo et id  
curarunt, vt his solum darent, quos sciebant aqua impetrata  
ad utilitatem egere, neque ad varii generis luxum et voluptates abusuros esse. Certe FRONTINVS art. 76. p. 242.  
pro exemplo abusus aquarum, qui suis temporibus inuaue-  
rat, refert, quod tabernae, coenacula et omnes denique  
corruptelae ea instructae sint. Igitur illo quoque tempore  
penes aediles fuit, postquam Iul. Caesar censores sustulit,  
ab Augusto demum restitutos. Mansit autem penes aediles  
vsque ad a. 719. quo cum M. Agrippa aedilitatem gefissit,  
teste FRONT. art. 9. p. 224. in ea multorum circa aquae-  
ductus operum auctor, primus, referente EOD: art. 98.  
p. 249. non solum illorum operum suorum et munerum, h.  
e. aquaeductuum balneorumque velut perpetuus Curator  
fuit, vid. POLENVVM ad d. I. FRONTIN. no. I. et2 sed etiam  
descripsit, quid aquarum publicis operibus, quid priuatis da-  
retur, unde et idem FRONTINVS paulo post, art. 99. ibid.  
dicit, priuatos aquam ex commentariis Agrippae habuisse.  
Verum, postquam Imperatores quicquid magni et praecipui  
in republica erat, ad se rapuerant, etiam ius aquae conce-  
denda penes eos solos fuit, ita, vt, quicunque postea aquam  
impetrasset, id soli principi acceptum ferret. Id VLPPIA-  
NVS l. I. §. 41. 42. D. de aqu. cottid. ostendit clarius, quam  
vt dubitari possit. Permittitur, inquit, aquam ex castello  
vel ex riuo, vel ex quo alio loco publico ducere. Idque a  
principe conceditur: alii nulli competit ius aquae dandae.  
Similiter FRONTINVS, art. 103. p. 251. circa ius, ait, du-  
cenda aquae in priuatis haec obseruanda sunt, ne quis sine  
litteris Caesaris id est ne quis aquam non impetratam ducat.  
Et paulo post, art. 105. p. 252. Qui aquam in v/uis priuatos  
ducere volet, impetrare eam debet, et a principe epistola-  
lam afferre. Hinc et Imperatores dicunt, priuatos aquae  
vsum per principum indulta et beneficia l. 3. C. de aquaed.  
item,

item, <sup>in</sup> per diuinam liberalitatem, l. 5. C. eod. vel per diuinos affatus. l. 6. C. eod. vel per sacrum rescriptum l. 2. C. Theod. eod. mereri. Hinc etiam MARTIALIS, cum aquam publicam desiderat, eam a Domitiano petit: L. IX. epigr. 18.

*Sicca dominus queritur, nullo se rore foueri,  
Cum mihi vicino Marcia fonte sonet.  
Quam dederis nostris Auguste penatibus undam,  
Caftalis haec nobis, aut Iouis imber erit.*

Primus hoc ius principibus afferuit Augustus. Hic enim post Agrippae mortem, qui eum heredem reliquerat, promulgato edicto, ordinavit, quale et cuius conditionis ius aquae esse deberet, quod Agrippa priuatis concesserat, et in commentarios suos retulerat, vt, qui antea ex Agrippae commentariis ius aquae habuerant, id nunc ipsi acceptum ferrent, tota, inquit FRONTINVS art. 98. p. 249. re in sua beneficia translata. Sed forte sunt, qui nobis vel SCti Aeliani III. verba, apud FRONT. art. 106. p. 253. PRIVATI AQVAM DVGERENT, QVAM EX CASTELLO ACCEPISSENT A CVRATORIBVS AQVARVM, vel legem Quintiam obesse putent, quae apud EVND. art. 129. 262. circa finem haec habet: QVOMINVS EX IIS FONTIBVS, RIVIS, SPECVBVS, FORNICIBVS AQVAM SVMERE, HAVRIRE IIS, QVIBVS CVNQVE CVRATORES AQVARVM PERMISERINT. Quid ergo? putabimusne curatores aquarum etiam id permittere potuisse, quod solum principes sibi referuasse vidimus. Sed falsa res est. Quod enim ad SCti verba pertinet, ibi priuati non dicuntur ius aquae ducendae a curatoribus impetrasse, sed tantum aquam ab iis accepisse. Etenim FRONTINVS art. 105. p. 252. refert, eos, qui ius aquae ab Imperatore impetraveruerint, debere epistolam Caesaris ad curatores aquarum afferre, vt hi denum aquam impetratae tam assignent, et quasi in eorum manus dent, quod FRONTINVS beneficio maturitatem praefare nominat, vt adeo priuati recte dicantur aquam a curatoribus accipere. Lex Quintia autem non loquitur de iure aquae impetratae, seu aquae ducendae et deriuandae, verum de sumenda et

B 2 hauri-

hauriends aqua, de qua forte infra adhuc locus dicendi concedetur. v. *infra* §. 17.

### §. VII.

*Qualis aqua concessa fuerit, et unde?*

Sed ab auctore beneficij impetrati ad ipsam aquam datam proficiscamur, et qualis concessa fuerit, contemplemur. In quo quidem non idem semper obseruatum fuisse inuenimus. Etenim antiquissimis temporibus non nisi aquam caducam priuatis datam fuisse, reliqua omnia publicis operibus seruata, iam supra vidimus. In quam rem data lex aquaria caducaria, ut nobis videtur, Marca, v. *supra* §. 5. qua cautum, NE QVIS PRIVATVS ALIAM DVCAT, QVAM QVAE EX LACV HVMVM ACCEDIT, h. e. caducam. Quod cum propter aquae tunc in urbem fluentis penuriam fieret, sequentibus temporibus, postquam plures aquaeductus in urbe esse coeparent, ita mutatuimus ut ipsius aquae, vi aquaeductuum adiectae, portio priuatis erogaretur. Attamen eo tempore nulla adiuc aquae, in urbem adiectae, in vniueriū partitio erat, sed sine dubio communis publicis operibus et priuatis praediis vñus patebat, dummodo hi pro more imprestatissent. Primus autem M. Agrippa, auctore FRONTINO, art. 98. 249. omnem ductum aquae tripliciter diuisit, describendo, quid aquarum publicis operibus, quid lacubus, quid denique priuatis daretur, singulis his quasi loculis sua quantitate adtributa, quod et sub Imperatoribus ita mansisse, totus FRONTINI libellus offendit. Quo parcius vero antiquo tempore cum aqua per ipsos ductus apportata factum, ita vt nonnisi caduca daretur, eo rarius sub Imperatoribus ipsa caduca concedebatur, quod non solum FRONTINVS, art. 110. p. 54. confirmat, quando, *Quod, inquit, beneficium (aquaes caduae) a principibus parcissime tribui solitum, sed etiam ex Traiani mandato apparet, quod tale est: CADUCAM NEMINEM VOLO DVCERE, NISI QVI MEO BENEFICIO AVT PRIORVM PRINCIPVM HABENT, NAM NECESSE EST, EX CASTELLIS ALIQUAM PARTEM AQVAE EFFLVERE, CVM HOC PERTINEAT NON SOLVM AD VRBIS NO-*

NOSTRAE SALVBRITATEM, SED ETIAM AD VTLI-  
LATEM CLOACARVM ABLVENDARVM. FRONT. art.  
III. p. 254. Etsi vero, vti dictum, ea aqua dabatur,  
quae per ductus in vrbe influebat, tamen cum hi plu-  
ribus quasi partibus constarent, non putandum est, ex om-  
nibus quoquis tempore promiscue aquam impletatam du-  
cere permisum fuisse. VLPIANVS, l. I. §. 41. D. de  
aqua cottid. Permititur, inquit aquam ex castello vel  
ex rivo vel ex quo alio loco publico ducere: nempe ex  
castello intra vrbe, ex rivo extra eam, vbi repetendum,  
quod supra iam animaduerimus, extra vrbe nulla aquae-  
ductuum publica castella extitisse, sed omnem aquam ex  
ipsis rivi erogata fuisse; quod ita ex FRONTINO aliis-  
que auctoribus comprobauimus, vt dubitatio superesse  
posse non videatur. Inde est, quod FRONTINVS, art.  
103. p. 251. dum studium exponit, quod curatores aqua-  
rum circa inuestigandas priuatorum fraudes adhibere de-  
bent, Sollicite, ait, subinde ductus extra Vrbem circum-  
eundi ad recognoscenda beneficia. Idem in castellis fa-  
ciendum vbi, IAC. GOTHOFREDVS ad l. 6. C. Th. de  
aquaeduct. obseruavit, verbum beneficii in hac materia  
esse proprium, unde ius aquae impletatae eodem modo  
ius beneficiarum vocari posset, quam id, quod de feudis  
concessis agit. Intra vrbe igitur ex castellis, extra eam  
ex ipsis ductibus aqua impletata ducebatur. Hinc Imper-  
ator THEODOSIVS l. 3. C. de aquaed dicit: Eos, qui  
aqua copiam vel olim, vel nunc per nostra induita mer-  
uerunt, aut ex castellis, (in vrbe) aut ex ipsis formis  
iubenus elicere. Formae vero sunt ipsi aqueductus, et  
quicunque a capite usque ad castellum reperiuntur, cana-  
les et strunctiones, vti eodem sensu et apud FRONTINVM,  
art. 17. p. 227. art. 75. p. 242. et art. 126. p. 359. et POLE-  
NVM ad d. art. 17. et 75. n. 5. et CASSIODORVM, L. VII.  
c. 6. in formula Comitiuae formarum, item in l. I. 3. C.  
Iust. l. 8. 9. C. Theod. de aquaed. inuenitur. Non igitur putan-  
dum est, ex nulla aqueductuum alia parte, quam ex rivo  
vel castello aquam impletatam ductam fuisse, id quod forte  
et VLPIANVS l. 6. C. Theod. eod. per verba: ex quo  
alio loco publico, intelligit. Sed huic rei obstat videtur  
modo, dicta lex THEODOSII, in qua, post verba modo  
exscripta, haec leguntur: Neque earum fistularum, quas

matrīces vocant, cursum ac soliditatem attentare, vel ab  
 ipso aquaeductū trahere, quibus verbis significari videtur,  
 nullam ex ipso aquaeductū aquam, sed omnem ex castel-  
 lis datam fuisse. Quid ergo? putabimusne, ipsum impe-  
 ratorem in vna eademque lege repugnantia proponere?  
 Res omnis expedietur, si in interpretanda hac lege ad son-  
 tem, vnde sumta, recurremus. Est autem composita ex  
 duabus legibus Codicis Theodosiani, altera THEODOSIUS,  
 l. i. C. Th. de aquaed. ARCADIUS altera, l. 6. C. Th.  
 eod. ex quarum vltima Tribonianus verba vel ab ipso  
 aquaeductū trahere, reiectis ceteris, in primam insarcuit,  
 ne feruato quidem ARCADII nomine. At inquies, nonne  
 et ipsa ARCADII lex haud minus obstaculum ponere vi-  
 detur, quando dicit: Quicunque ex aquaeductū magis,  
 quam ex castello aquae vnum putauerit deriuandum, etiam  
 id, quod prius iure beneficii fuerat consecutus, amittet.  
 Profecto non videtur obesse. Si enim ad huius legis  
 subscriptionem attendemus, inueniemus, eam ad Orientis  
 tantum imperium et nouam Romanam pertinere, neque de  
 vniuersis aquaeductibus, aut iis, qui Romae erant, sed  
 de Constantinopolito tantum aut, vti IAC. GOTHOFREDO  
 ad d. l. b. Cod. Theod. de aquaed. videtur, no-  
 minatim de Theodosiaco vel Valentiaco intelligi debere, ex  
 quo si quis aquam impremeratur, eam ARCA DIUS iubet,  
 non ex ipso aquaeductu, sed ex castellis, h. e. intra vr-  
 bem folum, non extra vrbe ad proprios vlos deriuare.  
 Idem iam THEODOSIUS fanxerat, dum in lege, itidem  
 in Vrbe Constantiopoli data, l. 4. C. Th. eod. praecipit:  
 Si quis vetiti furoris audacia florentissimae Vrbis com-  
 moda voluerit mutilare, aquam ad suum fundum ex  
 aquaeductu publico deriuando, sciat, eundem fundum fili-  
 calis tituli procriptione signatum, priuatis nostris rebus  
 aggregandum. Constantiopoli ergo priuatis nulla aqua  
 extra vrbe dabatur, seu ex ipso aquaeductuducere non  
 licet, verum ex castellis tantum, intra vrbe sitis,  
 quod vel penuria publicorum aquaeductuum, vel quoniam  
 ad agros extra Vrbem aqua ex propinquo mari duci pot-  
 erat, factum videtur. Vnde Tribonianus manifestum em-  
 blema fecit, quando duas leges Romani et Orientalis im-  
 perii, diuersa ratione vtentes, in vnam conflauit. Quod  
 cum et IAC. GOTHOFREDVS ad l. 5. C. Th. eod. vide-  
 rit,

rit, miror, cur magno conamine moliatur, hanc Codicis Iustinianei legem in concordiam reuocare, eaque de causa statuat, formas pro primo castello vel conceptaculo accipi, cum tamen et his ipsis legibus formae a castellis diligenter secernantur, et aliis quoque legibus aquarum ex aqueductibus deriuatio memoretur. Cum itaque extra vrbe nulla castella fuerint, ex quibus aqua impetrata duci potuisset, necesse est, SCum Aelianum III, quo Senatus vetuit, NE CVI PRIVATO AQVAM DVCERE EX RIVIS PVBLICIS LICERET, VTIQVE OMNES II, QVIBVS AQVAE DVCENDÆ IVS ESSET DATVM, EX CASTELLIS DVFERENT, ANIMADVERTERENTQVE CVRATORES AQVARVM, QVIBVS INTRA EXTRA VRBEM APTE CASTELLA PRIVATI FACERE POSSENT, EX QVIBVS AQVAM DVFERENT, QVAM EX CASTELLO COMMVNEM ACCEPISSENT, non diu viguisse. Id ipsum ex FRONTINO colligere mihi video. Hic enim post adducta SCti verba statim addit: *In hoc SCto dignum adnotacione est, quod aquam nonnihil ex castello duci permittit.* Solet autem hac ratione vti, vt post legis eiusdem verba consignata addat, in quo ab eo, quod suo tempore in vfu sit, differat. Sic post legem caducariam memoratam adiicit, eam aquam, quae in ea lege humum accedere dicatur, suo tempore caducam appellari; sic post SCum Aelianum I. monet, apparitorum, lictorum et ceterorum ministrorum, quorum in SCto mentio fiat, officia temporis progressu desilie; sic denique post SCum Aelianum II. fere iisdem verbis adiicit: *In hoc SCto crediderim adnotandum, quod Senatus tum augerit minui salientum publicorum numerum veteri.* Id factum existimo, quia modus aquarum, quae his temporibus in Vrbem veniebant, antequam Claudia et Anio nouis perduceretur, maiorem erosionem capere non videbatur. Sic igitur etiam per verba superius adducta mihi significare videtur, suo tempore non in vfu fuisse, vt aqua non nisi ex castellis duceretur. Et certe si haec lex diu viguisse, FRONTINVS non videtur foliis castellis extra vrbe numerandis defuturus fuisse. Quemadmodum vero ex Constantinopolitano aqueductu extra vrbe aquam ducere non licuit, ita et alii nominatim excepti erant, ad quorum aquam priuatis omnis omnino

aditus paeclusus esset, ut de aquaeductu Adriani lex extat THEODOSII et VALENTINIANI, l. 6. C. Iust. eod. Etsi igitur ex ipso aquaeductu aquam imprestatam petere licuit, parcendum tamen fuit ductibus minoribus, seu, ut in legibus vocantur, minusculariis, et fontibus, unde ad magnos illos aquaeductus aqua perueniebat. l. 10. C. Iust. eod. Ex FRONTINO autem, art. 10. p. 225. patet, quibusdam aquaeductibus additos fuisse alios minores, unde, si opus, aqua suppleri posset, quas acquisitiones vocat. Farumque aliqua aqua Appia nominabatur, quae nobis videtur eadem esse cum illa, ex qua HONORIVS l. 8. C. Th. eod. vetuit priuatis aquam dari.

### §. VIII.

#### *De modo exequendi imprestatum beneficium.*

Etsi vero aqua impetrari sine principis permisso non potest, tamen et aliorum quorundam opera intercedere debet, antequam qui beneficium impretrauit, eo frui possit. Princeps enim ius quidem aquae ducentiae largitur, non vero dat ipsam aquam. Conceditur autem hoc beneficium per epistolam, quae non solum ipsius iuris aquae impretratae testimonium est, sed etiam qualis aqua et quantum concessa, quo modulo et ex quo ductu vel castello danda, et si quae sunt alia ad hanc rem pertinentia, continet. Audiamus FRONTINVM art. 105. p. 252. Qui aquam, ait, in usus priuatos deducere volet, impretrare eam debebit, et a principe epistolam afferre. IDEM paulo ante art. 103. p. 151. Circa ius ducentiae aquae in priuatis haec obseruanda sunt, ne quis sine litteris Caefaris, id est, ne quis aquam publicam non impretratum, et ne quis amplius, quam impretravit, ducat. Et mox art. 109. p. 254. Impretratum aquam aio, quam in ea praedia, in qua data erat, aut ex alio castello, quam ex qua epistola principis continebit, duci, palam est non oportere. Sed et mandatis prohibetur. Similiter Imperator ANASTASIVS art. 109. p. 154. decernit: Nemo vel in hac sacratissima ciuitate vel in prouinciis sine diuinis apicibus, de sacro epistolarum scrinio more solito eaudis, aquam de publico aquaeductu seu fonte trahere permittatur. Haec igitur epistola Caefaris, impretrati beneficii testi-

ra,

ra, ad Curatorem aquarum perferenda erat, qui, vt FRONTINVS art. 105. p. 252, ait, beneficio maturitatem praefidare debebat, h. e. principis mandatum exequi, et ei, qui ius aquae impetraverat, eam affixare, verbo, efficere, ut beneficio accepto frui posset. Vtibatur ad hanc rem opera Procuratoris, quem in singulis demum impetratis et ad eum per epistolam delatis beneficiis proinus scribebat, et alias aquarum ministris, qui uno nomine aquarii appellantur. In obtinenda igitur aqua, per principis beneficium impetrata, hoc obseruandum fuit, vt castello, ex quo aquam accipere debebant, admoveretur mensura quedam, quae calicis nomine vocabatur. Qui cum non maior esse, aut plus aquae complecti deberet, quam quantum aquae per epistolam principis concessum fuerat, metiebantur eum libratores, villici vero collocabant, procurator autem signabat, ne per priuatorum fraudes permutari, et forte amplior angustiori substitui posset. Calici subiiciebantur fistulae plumbeae, quarum prima tamen per 50. pedes non amplior esse debet quam calix. Quae omnia ex FRONTINO art. 36. p. 133. extr. discimus, qui inter alia de calice, *Liber calix*, inquit, *modulus aereus, qui riuo vel castello induitur, huic fistulae applicantur.* Nempe, riuo extra urbem, castello in urbe. Inde est, quod IDEM art. 112. p. 155. refert, se in circumeundis singularium aquarum erogationibus varias circa hanc rem fraudes detegisse, inuenisse que in plerisque castellis positos ampliores calices, quam impetrati fuerint, et ex iis aliquos ne signatos quidem. Quoties autem, addit, *signatus calix excedit legitimam mensuram, ambitio procuratoris, qui eum signauit, detegitur, cum vero ne signatus quidem est, manifesta culpa omnium, maxime accipientis deprehenditur, deinde villici.* In aliis vero, progreditur, se calices quidem legitimae mensurae, signatos etiam, sed fistulas statim amplioris moduli subiectas reperisse, ideoque, pergit, illud adhuc, *quoties signatur calix, diligentiae adiiciendum est, ut fistulas quoque proximas per spatium SCto comprehensum, signentur.* Ita demum enim villicus, cum scierit, non aliter quam signatos collocari debere, omni carebit excusatione. Est autem hoc SCtum Aelianum III. quod praecepit, *NE CVI EORVM, QVIBVS AQVA DARETVR PVBLICA, IVS ESSET, INTRA L. PEDES EIVS CA-*

STELLI, EX QVO AQVAM DVGERENT, LAXIREM  
 FISTVLAM SVBIICERE, QVAM QVINARIAM FRONT.  
 art. 105. p. 252. Fortassis enim tunc summus erogatio-  
 nis modus vnam tantum quinariam complexus est. cf.  
**POLENVM ad FRONT.** art. 106. n. 5. Non enim purare  
 debemus, semel impetrata aqua tantum ducere licuisse,  
 quantum libuerit. Sed modus certus definiebatur, vel  
 ad digitorum, (quorum mentio etiam sit in l. 37. *D. de*  
*seru. praed. rufi.* vbi tamen de priuata aquaeductus ser-  
 uitute agitur,) vel ad vniarum rationem institutus, vti  
 et **PETRVS WESSELINGVS Obseru.** l. II. c. 27.  
 obseruauit, praeunte **FRONTINO**, qui art. 23. 19.  
 p. 229. sq. has ceterasque mensuras, in primis quin-  
 nariam (nam hac praecipue vtebantur,) late descri-  
 bit. Idem **WESSELINGVS** d. l. adnotat, in aquae im-  
 petratae mensura etiam interdum temporis rationem habi-  
 tam, et vnam aquam per certas horas vni, per alias al-  
 teri datam fuisse, in quam rem duos lapides, vnum ex  
**GRVTERO Corp. Inscr.** p. 182. n. 5. corruptissimum, al-  
 terum ex **GVDIO**, non addito loco, assert, simulque et  
**FABRETTVM in disp. 3. de aquis et aquaed.**, quem tamen  
 locum in tota ea disputatione inuenire non potuimus,  
 consentientem, et alium virum dictum, qui non nominatur,  
 dissentientem commemorat. Nos autem, cum ex  
**GRVTERI** lapide vix famus sensus efficiatur, nec vero  
**GVDI** lapidem nec **FABRETTI** consentientis locum in-  
 uenire potuerimus, in hac re nihil certi definire audemus.  
 Magis tamen est, vt **WESSELINGIO** non assentiamur. In  
 eo certe errare videtur, quod **POMPONI** locum, l. 2. *D.*  
*de aqua cottid.* de aqua publica impetrata intelligit, qui  
 tamen aperte de seruitute aquaeductus priuati loquitur.  
 Modus autem vel quantitas aquae concedendae sine dubio  
 in arbitrio eius positus fuit, qui ius aquae concedendae  
 habuit, vnde **FRONTINVS** art. 36. p. 244. calicis, qui pro  
 modulo erat, lumen seu capacitatem tantam semper fuisse  
 tradit, quanta impetrata fuerit. Attamen et dignitatis  
 ratio videtur habita, et si quis balneorum causa aquam  
 postularet. Id tum ex **FRONTINI** supra iam adducto loco  
 colligi potest, quo aquam praecipue ad balnea et in do-  
 mos principum datam fuisse scribit, tum ex **THEODOSII**  
 ad Clearchum Praef. V. rescripto, l. 3. *C Th. de aquaed.*  
 patet

patet, ubi, si domus balneis laetioribus instructae sint, binas aquae vncias, aut si possessorum dignitas exigat, ternas, mediocribus seu inferioribus, etiam balnea habentibus, singulas et semissim, reliquis vero dimidiā vnciam tribuere praecipit. Ceterum nobis videtur aqua impetrata, ex quo castellum egressa, id quod tum ex eo, quod de fistulis et castellis priuatis, cum ipsis aedibus vendendis, adeoque in priuatorum dominio constitutis, infra dicetur, tum ex eo intelligi potest, quod paulo ante adducto S<sup>T</sup>O Aeliano III. dicitur, curatores aquarum animaduertere debere, ne priuati, aqua impetrata publica, laxiorem fistulam subiiciant. Quodsi vero aquarum curatores videre debebant, ut, qui aquam impetrasset, fistulas rite et secundum leges ponerent, sua sponte sequitur, structuram et fabricam fistularum ceterarumque machinarum ab ipsis priuatis consoci confueuisse. Et profecto iniquum fuisset, priuatorum commoda publicis sumptibus parari, cum nec priuati pro aqua impetrata aliquam mercedem dedisse, infra sumus animaduersuri.

### §. IX.

*Quid factum, postquam aqua data intra cuiusque domum venit, et de castello fistulisque domesticis, item ad quem usum ducita fuerit?*

A prima igitur fistula, calici subiecta, quam plumbum fuisse vidimus, ducebatur aqua aliis fistulis, etiam plerumque plumbis, ad locum, quo destinata erat. De quibus fine dubio HORATIVS Lib. I. ep. 10. v. 20, loquitur, cum dicit:

*Purior in vicis aqua tendit rumpere plumbum,  
Quam quae per pronum trepidat cum murmure riuum.*

Postquam autem intra cuiusque aedes venerat, immittebatur in aliquod castellum priuatum, seu domesticum, non minus plumbum, ut inde ad quemlibet praedii usum deriuari posset, unde triplex castellum distinguendum, primo publicum, in quod aqua ex ductu publico influit, et ad usum publicos erogatur, deinde priuatum, ex quo priuati aquam,

ex

ex publico castello influentem ad sua praedia ducunt, deinde domesticum, in quod aqua impetrata delabitur. De hoc intermedio priuato loquuntur FRONTINVS TUM, quando principio operis, art. 3. p. 220. promittit, se, quot castella publica priuataque sint, et ex his quantum publicis operibus, muneribus et lacibus, quantum nomine Cæsaris, et quantum priuatorum viui beneficio principis detur, exposturum, tum quando art. 27. p. 230. ait: *Eft sere nunc in vsum: cum plures quinariae impetratae, ne in viis saepius convulneretur vna fistula, excipiuntur in castellani, ex quo singuli suum modum recipiunt.* De domeltico vero castello et fistulis, per quas aqua ex eo in varios domus usus duebatur, intelligendus est LABEO ICtus, dum l. 78. *D. de contr. emt. questionem proponit, an, si per venditionis legem fistulae ad emtorem pertinere debeant, castellum quoque emtoris esse intelligatur, cui affirmando respondet.* De iisdem fistulis et castello VLPIANVS l. 17. §. 7. 8. *D. de adl. emt. loquitur, cum, Labeo, inquit, generaliter feribit, ea, quae perpetui viss causa in aedificiis sunt, aedificii esse: quae vero ad praesens, non esse aedificii, vt pote fistulae, temporis quidem causa posita, non sunt aedium: verum tamen si perpetuo fuerint posita, aedium sunt.* Castella plumbea, putea, opercula putorum, epitonia fistulae applumbata, aut quae terra continentur, et si non sunt officia, aedium esse constat. Quo loco non possumus non monere, pro epitomis melius legi epitomia, vii BVDAEV S. quoque, ad Digr. h. l. et LIPSIUS ad Senec. epift. 86. viderunt. Epitonia enim secundum BIONYSI GOTHOFREDI, ad Digr. h. l. et aliorum interpretationem sunt instrumenta, quibus chordae vel funes intendantur, cum contra epitomia, ab ensuigiv h. e. claudere, sint aeramenta, quibus fances fistularum vel clauduntur, vel patet, prout nempe foramen, quo pertuta sunt, fistulas vel aduertitur, vel aueretur, vii ex VARRONE de re rust. L. III. c. 5. §. 16. GESNERVS quidem Lex. rust. hac voce, argute satis, necio tamen an vere? putat, utrumque nomen seruari posse, et coniicit, epitomia dici ab vii, epitonia vero a figura et similitudine instrumentorum, quibus chordae intendantur,) et VITRUVIO de architect. L. IX. c. 9. et L. X. cap. 13. patet. cf. BALNI Lex. Vitru. h. voc.

Hinc

Hinc est, quod PAULVS lCtus, Rec. sent. L. III. t. 6. §. 65. epistomia inter instrumenta balnearioria numerat. Epistomia itaque fistulis applumbata, h. e. cum iis per plumbeum colligata, cum ipsis fistulis et castello doméstico partes sunt aedium, et cum ipsis aedibus, nisi alter pacatum, venduntur, quod et Celsus, l. 38. §. 2. de aed. ent. confirmat, cum refert, Firmum a Proculo quaesiuisse, si fistulae ex castello plumbeo in aedium, lateribus circumstructum, (quale PAULVS, Rec. sent. L. c. miliarium vocat) aquam ducant, an haec aedium sit, cui quaestioni Celsus ita respondet, ut proprias esse dicat, et quoniam inclusae sunt aedificio, pro eius parte habeantur. Hinc etiam VLPIANVS, l. 41. §. 10. D. de leg. I. fistulas et castella iis rebus annumerat, quae, tanquam aedibus iunctae, ex SCro, quod factum est Auiola et Pansa Coss. sine ipsis aedibus legari non possunt. Haec igitur omnia de castellis domesticis sunt intelligenda. Publica enim, ex quibus priuati aquam concessam ducunt, neque aedium esse, neque cum iis vendi aut legari possunt. De eiusmodi castello doméstico etiam dictus VLPIANVS intelligi debet, quando, l. 2. D. com. praecl. *Dé aqua*, ait, per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitarunt, ne haec servitutes non essent. Sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adiicitur, licet servitus iure non valuit, sed tamen has lege comparauit, seu alio quoconque legitimo modo hoc ius sibi acquisiuit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit. Quo loco nobis notandus venit GRAEVIVS, in praef. ad Tb. IV. Thes. Aut. Rom. qui VLPIANVM tum de publicis fluminibus, tum de castellis publicis, ex quo priuati impetratam aquam ducunt, locai decernit, cuius opinionis tam amans est, ut sumnum CIVACIVM, qui lCtum de castello flumineque priuato intellexit, non solum magnum errorum errasse, sed adeo nesciuissime putet, quid sit castellum. Sed videat ipse, ne errauerit, VLPIANVS duo exempla servitutem proponit, quae iure summo non valeant, at iure praetorio sustineantur, primo, si conuentum, ut aqua per rotam ex flumine tollatur vel hauriatur, deinde si pactum, ut ducatur ex castello. Cum autem, vii idem VLPIANVS alio loco, l. 3. §. vit. de seru. praecl. rust. habet, neque ex flumine publico haustus cedi, neque

neque vlli alii loco publico seruitus a priuatis imponi posuit, statim patet, Ictum de flumine castelloue publico ne cogitare quidem potuisse. Causa vero, cur neutra seruitus iure summo valeat, sine dubio haec est, quod omnis seruitus causam perpetuam et perennem habere debebat, l. 28. D. de seruit. praed. vrb. l. 1. §. 5. d. de aqua cottid. h. e. naturalem, qualis non videtur, in qua ars et opera humana verfatae sunt, d. l. 28. nedium ubi ingentes machineae saepe per aliquot centenos passus continuatae acceferunt, unde nec ex lacu neque stagno neque cisterna et similibus, nisi causam perpetuam h. e. aquam viam seu naturalem habent, aqueductus vel haustus constitui potest; ibid. et l. 23. §. 1. D. de seruit. praed. rust. l. vn. §. 4. D. de fonte et l. 1. §. 3. vt in flum. publ. l. 1. §. 6. et l. 2. D. de aqua cott. Id vero perpetuo fieri videtur, quod ex naturali causa proficiatur, etiam si non assidue fiat, ut PAVLVS d. l. 28. D. de seruit. praed. rust. docet. Hinc est, quod idem PAVLVS l. 9. D. de seruit. praed. rust. negat seruitutem aquae ducendae, vel hauriendae, nisi ex capite vel fonte constitui posse, quo cum VLPIANVS consentit, dum l. 1. §. 7. D. de aqua cottid. dicit: *Interdicta de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde, harum enim aquarum seruitus iure ciuilis constitui potest.* Hoc si intellexisset GRAEVIVS, forte non ita ineucturus fuisset in bonum CVIACIVM, qui Obseru. L. III. c. 18. dixerat, iure non cedi ex castello aquae haustum propterea, quia perpetuam causam non habeat, aquam enim castellariam, cum non naturaliter, sed manu et organis influat, non esse perpetuam, perennem et viam: quae verba ille ita interpretatur, quasi CVIACIVS putasset, castella seruire tantum aquae temporiae, non assidue et quoquis tempore hauriendae, quod tamen, quoquis pignore contendam, viro, harum rerum peritissimo, in mentem non venisse. Etsi forte in eo nimium ingenio indulxit, quod existimat, aquam per rotam propterea hauriri non posse, quoniam praedia vix tanta aquae copia egeant, quanta per rotam attollatur. Quis enim putet, Romanos ad irrigandos in sicca regione agros, et hortos, quid? ad luxum et voluptatem villarum non magna aquae copia vti potuisse? Forte et properterea

terea VLPIANVS dixit, castello seruitutem imponi non posse, quoniam castellum praedium non est, nam sine fine praediis, ut est apud eundem VLPIANVM, l. i. comm. praed. Seruitutes constitui non possunt. Quam auem GRAEVIVS rationem assert, quia nempe castellis publicis seruitutes imponi nequeant, ea, et si per se est ve a, tamen hic ex de causa applicari non potest, quoniam primo VLPIANVS tantum dicit, quosdam dubitauisse, an seruitus sit, in loco vero publico a priuatis seruitutem constitui non posse, adeo verum est, vt dubitatio non superfit, deinde etiam addit, eum, qui hoc ius vel stipulationis lege, vel alio quoconque legitimo modo fibi adquisiverit, tuendum esse. At ius aquae ducentiae ex ductu publico, vt supra vidimus, non nisi per principis beneficium impetratur. Sed redeamus in viam. Aquam a principe impetratam per fistulas et canales vidimus in castellum priuatum seu domesticum deductum fuisse, vnde rursus ad quamlibet praedii vel necessitatem vel voluptatem deriuabatur. Ad vtrumque enim aquam impetratam adhibitam fuisse, vel FRONTINVS art. 20. p. 229. sq. testatur, quando se expositurum dicit, *quanta sit copia, quae publicis priuatisque non solum usibus et auxiliis, verum etiam voluptatibus sufficiat.* Et ad necessitatem quidem referenda videtur irrigatio agrorum, qua in secca et arida Italiae regione agrorum possiflores admodum indigebant, res fullonica, porro molendina, item potus; ad voluptatem vero pertinent horti, balnea, salientes, et quicquid aliud luxus excogitauit. Ad haec omnia enim aqua impetrata adhibebatur. Ita IMPERATOR ARCADIVS l. 4. C. Iust. de aqua. ii. poenam minatur, qui ad irrigationes agrorum, vel hortorum delicias furtiuis aquarum meatibus fint vfuri; AVGSTVS autem, referente FRONTINO, art. II. p. 25, quod de aqua Alisetina naumachiae cooperat superesse, hortis subiacentibus et priuatorum usibus ad irrigationem conceffit. In lege vero Imp. ZENONIS, l. IO. C. Iust. de aquaed. nominantur suburbanum, vel praedium, vel balneum, vel aquae mola, vel hortus, ad cuius usum aqua publica fuerit deriuata. Tandem FRONTINVS art. 92. p. 247. refert, potui totam Marciam seruisse, et reliquas deinceps aquas secundum suam quasque qualitatem certis usibus assignatas fuisse, vti Anio vetus in hortorum irrigatio-

irrigationem et sordida vrbis ministeria. *ID. art. 92. p. ead.* De voluptate vero et luxu, ad quem aquam publice impetratam Romani accommodarunt, idem ille FRONTINVS, *art. 76. p. 242.* testatur, cum narrat, se inuenisse ex aqua publica non solum irriguos agros, sed etiam tabernas, coenacula et corruptelas denique omnes perpetuas saltantibus instruttas. Sic supra vidimus, PAVLVM inter instrumenta balneatoria etiam fistulas carnisque epistomia numerare, et in magnifica illa villa, quam M. VARRO *L. III. cap. 5. §. 16.* describit, fluit aqua ad coniuas, ad vnumquemque epistomias versis. Sic tandem idem ille FRONTINVS *art. 91. p. 247.* refert, se aquam Marciam, splendore et rigore gratissimam, balneis, fullonibus, et relatu foedis ministeriis feruire deprehendisse, per quae vitima sine dubio morem impudicarum muliercularum et meretricium, quae post Venerem se abluere solebant, intelligit. cf. LIPSIUS *Lett. Ant. L. I. c. 12.* et POLENVS *ad d. l. FRONTINI.*

### §. X.

*Apud quem impetrati beneficii executio fuerit, postquam curatores aquarum esse desierunt?*

Superius animaduertimus, epistolam a principe acceptam, impetrati beneficii testeram; afferendam fuisse ad curatorem aquarum, vt hic voluntatem Caefaris executioni mandaret. Sed hoc non perpetuo obseruatum est. Sequentibus enim imperatoribus curatoris aquarum officium defuisse videtur, cum neque ab vlo eius aetatis scriptore, neque in legibus, neque etiam in Notitia dignitatum memoretur. Forte in eius locum succedit Consularis aquarum, in Notitia Occidentis nominatus, qui non solum animaduertisse videtur, quae et PANGIROLLI *ad Not. dign. Occid. cap. 13.* sententia est, vt aqua ex aquaeductibus publicis erogata ad destinatos usus deriuaretur, sed etiam in vniuersum aquarum curam, antea curatoribus demandatam, egisse. Inde Imp. CONSTANTINVS M. I. C. de aquaed. ad Maximilianum Consularem aquarum re-scribit, vt domini fundorum, per quos aquaeductus transmeant, eos purgent, neque arbores prope eos ponant.

In

In hac enim Constantini lege, quae vulgo sic habetur:  
**THEOPERATOR CONSTANTINVS A. AD. MAXIMILIA-**  
**NVM CONSULAREM.** *Aquarum possessores, per quo-*  
*rum fines formarum meatus transiunt, etc. verbum*  
*aquarum ab initio legis resecandum, et ad inscriptionem*  
*retrahendum esse, et IAC. GOTHOFREDYS, ad l. 1. C.*  
*Th. eod. iam vidit, et ipsa verborum continentia ostendit,*  
*quippe cum formae ductuum non per aquarum sed per*  
*fundorum possessores transseant: nisi forte pro aquarum*  
*legere velis agrorum.* Ceterum Consularis aquarum,  
ad quem et aliud **CONSTANTINI** rescriptum l. 1. C. Th.  
de diuers. off. extat, peculiare officium habuit, d. l. 1.  
C. Iust. de aquaed. et d. l. 1. C. Th. de diu. off. sed qui-  
bus et quot hominibus constituerit, ignotum est. Idem  
muneris fuit Comiti formarum, qui itidem in Notitia Oc-  
cidentis sub dispositione praefecti urbis numeratur, cui  
apud **CASSIODORVM** in formula comitiae *L. VII.*  
*c. 6.* non minus mandatur, ut curam aquaeductuum, in  
primis conseruandorum et reficiendorum, habeat, videat-  
que, vt et ductus ab arborum confinio intacti et innoxii  
raneant, et ne aqua distribuenda per aquariorum fraudes  
subducatur. Cum igitur Praefectus urbi non solum Con-  
sularum aquarum et Comitem formarum sub sua dispositio-  
ne haberet, sed etiam in vniuersum ad eum, vt **SYMMA-**  
**CHVS Epist. 16.** scribit, urbana ciuijum rerum cura per-  
tineret, minoribus officiis quadam particula demandata,  
quid mirum, si et eius opera cum in tuendis aquaeducti-  
bus, tum in concedendo aquae impetratae viu veriata  
fuit. Vnde est, quod Imperator **VALENTINIANVS**,  
**THEODOSIVS** et **ARCADIVS** ad Albimum praefectum  
urbis Romae l. 3. C. Iust. et l. 5. C. Th. de aquaed.  
scribunt, aquam imperatam ex castellis aut ipsis formis,  
non ex fistulis matricibus ducendam esse. Flauano vero,  
itidem Romae Praefecto Urbis l. vlt. C. Th. eod. mandant,  
vt videat, ne aqua Claudia priuatorum fraudibus eliciatur,  
addendo: *Officium, (tuum) cuius ad sollicitudinem custo-*  
*dia pertinebit, hac poena constringinus, ut tot librarium*  
*auri inflatione multetur, quo uncas Claudiæ nostræ cohic-*  
*tentia eius usurpatas fuisse constiterit.* Pari modo extant  
diueriorum imperatorum rescripta ad Clearchum, l. 3. C.  
Th. eod. Pancratium, l. 4. C. Th. l. 2. C. Iust. eod. et  
C Africa-

Africanum l. 6. C. Th. eod. Praefectos urbis Constanti-nopolitanæ, de modo et quantitate aquæ publicæ, quæ a priuatis imp̄trata est, ducendæ. Quid autem attinuerit, de his ad Praefectos urbi scribere, nisi harum rerum cura penes eos fuisset? In prouinciis vero, in quibus, si peculiares aqueductus habebant, vt de Campania l. 8. C. Th. eod. et urbe Antiochia l. 2. C. Th. eod. conatur, etiam ius impletatæ aquæ in nū fuit, is qui prouinciae praerat, adeundus erat, eique ostendenda principis ep̄stola, vnde non solum exstat Imperatoris ARCADII ad Comitem Orientis de iure impletatæ aquæ rescriptum, l. 4. C. Iust. l. 7. C. Th. eod. sed VALENS quoque l. 2. C. Th. eod. dilecte praecepit: *Si sacri tenore rescripti aliquis certum modum aquæ meruisse noſcetur, non prius eidem accipiendi potestas aliquatenus tributur; niſi editio Rectoris, ex ipso conceptaculo quantitatem, quam meruit, poſſit adipisci.* Sed hoc postea mutatione, ita vt omnis circa hanc rem et in Urbe et prouinciis potestas praeter imperatorem ad praefectos praetorio transferretur, hisque foliis, non autem prouinciarum rectoribus, rescriptum principis, de aquæ iure impletatum, effeat in finuandum. Item tum iam HONORIVS l. 8. C. Th. eod. de aqua Augusta Campaniae priuatis non concedenda, ad Meſſalam Praefectum praetorio, nempe Italæ, tcriptit, tum THEODOSIVS in ep̄stola ad Cyrus, itidem Praefectum praetorio data, l. 5. C. Iust. eod. manifeste praecepit: *Si quis per diuinam liberalitatem meruerit ius aquæ, non viris clarissimis Rectoribus prouinciarum, sed tuae præ-tentiellissimæ sedi coelestis apices intimare debet: con-damnatione contra illum, qui pretes (preces hic posita vi-dentur pro eo, quod per preces fuit impletum, nempe ep̄stola principis,) moderatoribus prouinciarum insinuare conatur, L. librarum aurii, et contra viuieros admini-ſtratores, qui rescriptum per surreptionem elicitum fuscipe-mere moluntur, proponenda - et amplissima tua sede diſpositoruſ, quid in publicis thermis, quia in nymphacis pro quondam cūciūm conuenient depūtari, quid his per-ſonis, quibus noſtra ferentia iudicatis, ex aqua superflua debeat impariſti.* Locum appossumus totum, quo ex eo indubitate patet, omnem circa distributionem aquarum operam et curam ad praefectos praetorio pertinuisse,

Inde

Inde est, quod ab eo tempore nullas amplius de aquae immetratae iure leges ad praefectos urbis datas inuenimus. Nam in legis Zenoniane, l. 8. C. Ius*l. de aquaed.* inscriptione pro vulgato Amantio P. V. rectius cum aliis legitur: *Atamantio P. P. vti et. DIONYS. GOTHOFREDVS* vidit. Confirmavit etiam THEODOSII legem post aliquot annos Imp. ANASTASIVS, et in rescripto ad Seruium, Praefectum Praetorio, l. vlt. C. Ius*l. de aquaed.* de nouo haec iuber: *Nemo vel in hac sacratissima ciuitate vel in prouincia sine diuinis apicibus de sacro epistolorum scribito more solito edenatis, et iudicio tuae celsi undinis, vel alii, quorum interest, intimatis vel intimandis, aquam de publico aquaeductu seu fonte trahere permittatur.* Quinam sint illi alii, quorum interfit, epistolas principis intimatas habere, non satis pater. Nobis videret Praefecti praetorio Officium intelligi, horum enim sive dubio opera in concedenda et assignanda aqua impetrata versabatur, quemadmodum antiquitus procuratoris villicorum et reliquae familiae Curatoris aquarum, quibus par ratione, vti FRONTINVS art. 195. p. 252 dicit, notum fieri debebat, quid contineat epistola Caelaris. Quod autem VALENTIS de aquae ducentiae iure lex; l. 2. C. Th. de aquaed. ad Comitem rerum priuatarum scripsa est, id properea factum, quoniam in ea agitur de aquaeductu ad rem priuatam principis spectante, nempe palati Daphneas in suburbio Antiochiae, vti iam IAC. GOTHOFREDVS ad d. l. annotauit.

### §. XI.

#### *De commentariis aquae.*

Ceterum, vti omnis copia aquae, per aquaeductus in urbem adiectae, in commentarios quosdam redacta erat, vt foret, quantum in singulos usus erogari posset, ita in iisdem scribabant, si quando priuatus, et quantum, qualemque aquam impetrasset. Primus eiusmodi commentarios fecit Agrippa, qui, FRONTINO art. 98. p. 249. auctore, descripsit, quid aquarum priuatis darent, unde hi ex commentariis Agrippe aquam habere dicuntur. Id art. 99. p. sed. In his commentariis, quos post Agrip-

pam Augustus et reliqui imperatores seruarunt, scriptum erat, primo in vniuersum, quantum aquae in urbem per aquaeductus inueheretur, et quantum rursus, et in quemnam vnum, erogaretur. Ita FRONTINVS art. 64. p. 237. se promittit positum, quem modum quaque aqua, ut principum commentariis comprehensum sit, habeat. Idem alio loco, art. 75. p. 242. Beneficia sua, inquit, principes secundum modum commentariis adscriptum temperant, et rursus art. 31. p. 232. Ratio fistularum omni genere inita constat sibi, conuenit et cum his modulis, qui in commentariis iuicissimi et piissimi principis positi et confirmati sunt. Sive itaque ratio, sive auctoritas sequenda est, utroque commentariorum moduli praevalent. Et mox art. 34. p. 233. Numerum, quem Caesar secundum commentarios suos expieuit. Hinc idem FRONTINVS, art. 64. sq. p. 237. sq. cum non sine admiratione in commentaris Neruae plus aquae reperisset, quam in iisdem in accepto scriptum erat, rem percontatus est, et causa in aquariorum fraudibus inuenta, imperatoris commentarios correxit. Hos commentarios sine dubio intellexit Imp. VALENS, l. 2. C. Th. de aqua. quando voluit, vt, si quis ex imperiali largitate ius aquae impetravit, singulorum nomina modisque seruandus tabulis adscribatur, et si ultra licitum aliquem usurpare constituerit, per singulos obolos librae unius auri dispendiis ingrauetur. In eodem commentarios redigebatur, si quando ius aquae praediorum postfloribus datum amitteretur, et ita ad principem rediret, sive dominus desifiet praedium possidere, sive publicatum esset, sive alio quoconque modo aqua impetrata celiaret. Idem ille FRONTINVS art. 109. p. 254. ait: *Cum vacare aliquae aquae cooperint, annunciantur, et in commentarios rediguntur, qui respiciuntur, ut petitibus ex vacuis dari possint.*

### §. XII.

*An ius aquae impetratae ad successores pertinuerit?*

Iure aquae eum, qui impetravit, vti fruique posse ad praedii vnum, ad quod datum fuit, quis ambigit? Verum an semel data aqua ad eius, qui impetravit, successores

sores proficiscatur, si quaeritur, negando respondendum erit. Etsi enim beneficium, quod ab imperatoris indulgentia proficiscitur, plenissime intelligendum est, l. 3. D. de const. princ. tamen, quoniam id, quod cui-dam personae praetitatur, vel in quo cuiusdam personae ratio habetur, ad alium pertinere non debet, l. 1. s. 2. D. eod. l. 28. D. de leg. l. l. 4. l. 37. D. seru. prae-drust. neque ius aquae, quia beneficium est, et adeo causa eius, qui impetravit, datum, ad alium, quam qui accepit, peruenire veteres noluerunt, adeo ut neque successores singulares, neque uniuersales eo iure gaudent. Clarius FRONTINVS art. 107. p. 253. quam ut dubitari possit, *Ius*, inquit, *impetratae aquae neque heredem, neque entorem, neque viuum novum dominum praediorum sequitur.* Quod forte aut ex veteri adhuc aquae penuria prosectum, aut propterea ita institutum fuit, ut principes, descripta et distributa omni ductuum aqua, subinde nouis beneficiis priuatios obligare possent. At duplex tamen exceptio: primo in balneis, quae publice lauabant, deinde in ea aqua, quae Caefaris nomine erogari dicebatur. Quemadmodum enim balneariorum iam antiquissimis temporibus hunc fauorem fuisse vidimus, vt, si quis alias, aquam publicam caperent, ita et hoc iure singulari vtebantur, ut semel acceptam aquam perpetuo seruarent. FRONTINVS l. c. *Balneis*, ait, *quae publice lauarent, priuilegium antiquitus concedebatur, ut semel data aqua perpetuo maneret.* Addit, hoc SCtis caueri, quorum autem nonnulli Aelianum IV. superest, quod apud FRONT. art. 108. p. 254. haec habet: QVOD Q. AELIUS TVBERO, PAVLVS FABIUS MAXIMVS COSS. V. F. CONSTITVI OPORTERE, QVO INTRA EXTRAQUE VRBEM DVGERENT AQVAS II, QVIBVS ADTRIBUTAE ESSENT, Q. D. E. R. F. P. D. E. R. I. C. VTI IIS VSQVE MANERET ADTRIBUTIO AQVARVM, EXCEPTIS, QVAE IN VSY BALNEORVN ESSENT DATAE AVT AVGSTI NOMINE, QVOAD IIDEM DOMINI POSSIDERENT ID SOLVM, IN QVO ACCEPISSENT AQVAM. Hic quaeri potest, quanam balnea intelligentur, publicane an priuata? Utique enim Romae fuisse scimus. At vero inquires, ex FRONTINI verbis colligi potest, publica significari! Posset

prefecto, nisi hoc solum obstareret, quomodo balnea publica in priuatorum dominio et possessione esse possint. **FRONTINVS** enim, postquam dixerat, ius impetratae aquae neque heredem, neque illum nouum dominum praediorum sequi, exceptionem subiungit, in balneis, quae publice lauarent, obseruatim. Eadem ratio in SCto observatur. Potius balnea publica sub gen-tali nomine operum et munierum publicorum contineri videntur, ad quae singula in aprico est, aquam ex publico ductu missam, perpetuo manasse, vnde et **FRONTINVS** omnem aquam ex ductibus erogaram in tres quasi partes distribut, nempe primo, quae in opera publica, lacus et munera detur, deinde quae Caesaris nomine fluat, et tertio, quae priuatis concedatur. Quapropter forte non fallimur, si, quod diximus, beneficium, ut aqua femei concessa perpetuo manaret, iis in primis balneis apud antiquos datum fuisse existimamus; quae in priuatorum quidem dominio erant, sed publice laabant, aut pro mercede, aut gratis. Eiusmodi enim Romae fuisse, vel ex **VLFIANO** et **LABEO** patet, quo um ille; l. 13. §. 8. *D. de usq. et quemadmodum.* Ego quidem, inquit, si balneum sit in domo, usibus dominicis solum vacare, in intima parte domus vel interdicas amoenas, non rebile, neque ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coepit, ut publice lauet. Non iam ego locatur, hinc colligo, mercedem laundi eau'a datam. **LABEO** autem l. 35. §. 3. *D. de leg. III.* refert, aliquem testatorem in cœdiis illas haec scripsisse: Tiburtibus municipib' meis amantissimisque: Satis, balneum Iulianum, iunctum domui meae, ita ut publice sumtu heredum meorum et diligentia d' cem' mensibus totius anni praebeat gratis. Hoc tam' balnearioribus concessum singulare priuilegium posse, vel sub Nerua Traiano vel antecedentibus Imperatoribus mutatum fuisse, colligi potest ex ipsis **FRONTINI** verbis, quippe qui non solum differit in verbo ut solet in iis rebus, quas apud veteres alter quam suo tempore fuisse deprehendit, sed etiam l. c. statim subiicit: *Nunc onnis aquae cum possestora instauratur beneficium.* Sed vidimus, per SCum, quod atruimus, eam etiam aquam perpetuam esse debere, quae Augusti nomine fluat. Aqua vero, quae Augusti vel Caesaris

ris nomine erogari dicebatur, quae vox saepe apud FRONTINVM occurrit, nobis videtur ea esse, quae ad principum palatia et praedia, in re priuata eorum constituta, dabatur, vnde FRONTINVS eam, quae Caesaris nomine fluebat, tam ab illa, quae ad opera publica datur, quam ab ea, quae priuatis conceditur, diligenter fecerit, cum non solum ab initio, art. 3. p. 220. profiteatur, se enarraturum, quantum aquae publicis operibus, munieribus et lacubis, quantum nomine *Caesaris*, quantum priuatum usui beneficio principis detur, set etiam eundem modum candemque diuisionem in commemoranda singulorum ductuum aqua erogata, art. 78. sq. p. 243. fqq. seruat. Quemadmodum enim Imperatorum tempore omnes res et opes Romanorum ter diuidebantur, ita, ut vel ad populum et aerarium, vel ad principis res priuatas et fiscum pertinerent, vel in priuatorum dominio essent, ita et FRONTINVS vniuersam aquam ex riuis et castellis erogatam, vti iam dictum, in tres quasi partes diuidit, unam, quae ad publica opera detur, alteram, quae Caesaris nomine fluat, tertiam tandem, quae priuatis concedatur. Talis aqua Caesaris nomine erogata fine dubio intelligitur in THEODOSII lege, l. 5. C. Iust. de aquaed. *M*alumus, inquit, praeditum aquae ductum (Adrian) nostri palati, publicarum thermarum et nymphaeorum communitatibus inseruire, nemini licentia tribuenda, ab eodem aquaeductu precibus oblatis usum aquae petere. Par modo in VALENTIS lege, l. 2. C. Th. eod. nominatur aquaeductus, qui Daphnensi palatio usum aquae praefat. Quapropter rem quidem attigisse, verum non confecisse videtur IO. POLENVS ad FRONT. art. 3. n. 21 qui aquam Caesaris nomine fluentem dicit fuisse eam, quae in loca et commoda, in que Caesares ad arbitrium suum voluissent, sit erogata. Ceterum ea, quae de aquae iure ad heredes non transeunte diximus, et si FRONTINI tempore ita fuere, tamen postea, cum forte principes quibusdam hominibus non ipsis solum, sed eorum heredibus quoque prospectum vellent, inuentum est aliquid differminis, cuius ope aqua et interdum ad successores dari poterat. Quemadmodum enim in vniuersum priuilegia aut personalia sunt, aut realia, quorum illa personas, quibus data, non excedunt, haec ad successores trans-

C 4 eunt,

eunt, ita et ius impetratae aquae aut personis concedebatur, aut ipsis praediis dari fingebarunt; quorum hoc, quoniam cum fundo cohaeret, adeoque sciungi non potest, ad quemuis praedii possessorum transit. Locupletem testem habemus VLPIANVM, qui, l. I. §. 43. D. de aqu. cotid. Ius aquae, ait, datur interdum praeditis, interdum personis. Quod praedii datur, extinta persona non amittitur, quod datur personis, cum persona amittitur, ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem vel queremusque successorem transit. Hanc autem distinctionem nonnulli sequentibus post FRONTINVM temporibus inuentam fuisse, inde coniicio, quod hic, si iam tunc ia ysu fuisset, procul dubio non omissurus fuisset, eam commemorare, et nouam exceptionem suppedare, cum contra diftere dicat, suo tempore omnis omnino aquae beneficium cum novo possesso instaurari. Etsi igitur ius aquae impetratae, ut plurimum, nisi ipsis praedii datum esset, quod tamen non adeo saepius factum videtur, ad successores et novos possessores non transibat, tamen hī eo beneficio non defraudabantur, sed solis precibus opus erat ad id denuo consequendum, quod præcedens iam possessor ex principiis beneficio habuerat, quibus precibus si quis principem adibat, ostendebatque, praedii sui antiquum possessorum iure impetratae aquae frumentum fuisse, hand facile repulsam ferebat. Testis iterum prodeat, præster FRONTINVM, ICrus, quorum ille loco iam adducto, art. 107. p. 283. Nunc, aic, omnis aquae cum possesso instauratur beneficium, VLPIANVS autem d. l. I. §. 44. D. de aqu. cotid. ita responderet: Plane ei, ad quem dominum transit, impetrabile est, nam si docuerit, praedius suis aquam debitam, et si, nomine eius fluxisse, a quo dominium ad se transit, indubitate impetrat ius aquae duendae. Adeo autem haec beneficii instaurandi consuetudo inualuerat, vt quod initio sola principis gratia obtinuerant, tandem iure suo postulare posseint, totumque beneficij nomen in hac re interiret, vnde ICtus verbis mox adductis, haec addit: Nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis forte non impetravit, h. e. contra aequitatem princeps agit, si beneficii instauracionem nouo possessori denegat. Iniuria enim, vii idem VLPIANVS l. I. pr. D. de iniur. ait, ex eo dicta est, quod non iure fiat. Nam quod

quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. -- Interdum ini-  
quitatem iniuriam dicimus. Quae beneficij instauratio vt  
melius intelligatur, tenendum est, si quod praeditum an-  
tiquo possesse; qui ius aquae habuerat, amissio, nouum  
dominum acciperet, principi nunciari debuisse, qui hanc  
vacationem aquae in commentariis annotabat, vt aut novo  
possessori denuo concedi, aut alii dari posset. FRONTI-  
NVS: art. 109. p. 254. Cum vacare aliquae coeverint,  
annunciantur, et in commentarios redigitur, qui respici-  
untur, vt petitoribus ex vacuis dari possint. Haec num-  
ciatio ante Neruae Traiani tempora protinus fieri debe-  
bat, simulacra praedium ab uno possessori ad alium transie-  
rat, donec ille Imperator xxx. dierum spatium conce-  
deret, intra quod novo possessori veteri adhuc beneficio  
vti licet, Rursus SEX. IVL. FRONTINO testimonium  
denunciamus, qui l. c. talia habet: *Has aquas statim in-  
tercidere solebant, ut medio tempore venderent aut pos-  
sessoribus praediiorum aut aliis etiam Humanius est vi-  
sum principi nostro, ne praedia subito defituerentur,*  
triginta dierum spatium indulgeri, *intrâ quod ii, ad*  
*quos res perineret etc.* Post pertineret, ubi lacuna est in  
POLENI editione, supplendum puto: *dicerent, vel vie-  
rentur, vel simile quid.* Nam verbum, quod est in aliis  
editionibus, irrigarent rem exhaustire non videtur. Quod  
autem dicit, aquas statim intercisas fuisse, ut medio tem-  
pore venderentur, id ita intelligendum est, aquarios, quo-  
rum fraudes FRONTINVS saepius commemoravit, statim,  
postquam de mutato praedii domino acceperint, sive in-  
tercidisse vel interceptisse aquam ad illud praedium fluen-  
tem, sive eam nouis possessoribus interdixisse, (sic enim  
alii legunt) ea de causa, vt, qua praediiorum possessores  
non facile carere poterant, eam tam diu, donec benefi-  
cium a principe renouaretur, ipsis, aut etiam aliis, vici-  
nis forte, pro certa mercede darent, et adeo medio inter-  
mutationem domini et instauracionem beneficij tempore  
venderent. Hos itaque 30 dies praeclusuos (vii aiut.)  
fuisse puto, ita vt si nouis possessor intrâ hoc tempus be-  
neficij instauracionem non petisset, elapsis iis, ipsum quo-  
que beneficium perdidisse videatur, quo exemplo CVIACIT  
libellus de diuersis temporum praescriptionibus cap. 10. sup-  
pleri potest. Diximus, ius aquae ducenda cum praedi pos-  
sessore

cessore simul interire. Quid vero? si duo socii praedium commune communemque aquam possideant, et unus eorum morietur? Num aqua impetrata diuiditur et cum eo, qui pro parte possidebat, etiam pro parte extinguitur? At non est, cur huius dubitationis solutionem diu queramus. Ipse iam FRONTINVS de eiusmodi exemplo cogitauit; ita tamen, ut respondeat ex eo iure, quod vsu et consuetudine continetur. Etsi enim aqua et mensura et temporibus diuidi potest. ut IULIANVS l. 5. D. de aqua cottid. ait, tamen vsu receptum fuit, ut communis non diuidetur, sed socio accresceret. *De aqua*, FRONTINVS d. art. 109 p. 254. inquit, in praedia sociorum data, nihil constitutum inuenio, perinde tamen obseruat, ac iure cautum. ut, dum quis ex iis, qui communiter inpetrauerunt, supereret, totus modus praedius assignatus fueret, et tunc denum renouaretur beneficium, cum defueret quisque ex iis, quibus datum erat possidere.

### §. XIII.

*An vectigal aliquod datum?*

Iam alia oritur quaestio, non minus forte digna, quae in disceptationem veniat, an nempe pro iure impetratae aquae vectigal quoddam datum sit, an vero gratis concessa. Est autem huius rei duplex responsio, et tempora antiqua reip. ab imperatorum aetate diligenter secernenda. Illis enim aliquod vectigal pro iure impetratae aquae datum fuisse, dubitari nequit, propter FRONTINI verba, art. 94. p. 248. *Et haec ipsa (aqua caduca) non in aliud usum, quam in balnearum aut fullonicarum dabatur, eratque vectigalis statuta merces, quae in publico impenderetur;* (ita editio POLENI. Alii, ut nobis videtur, melius legunt: *in publicum penderetur,*) *aliquid et in domos principum ciuitatis dabatur.* Quorum verborum ordo et compositione simul indicare videtur, non nisi solos balneatores, et fullones hoc vectigal soluisse; reliquis ab eo immunibus. Quodsi enim et primores ciuitatis, quibus tunc temporis aqua dabatur, vectigal soluisserent, sine dubio verba de vectigali eam orationis partem, qua de aqua principibus concessa agitur, non antecedenter, sed subsequenter.

rentur. Quale autem et quantum fuerit vectigal, pro aquae iure olim solutum, si quis querat, ei, cum nobis vetera monumenta defint, et nos deerimus. At vero sub imperatoribus eiusmodi vectigal pensum fuisse non videtur. Id quod primo ex FRONTINO colligere licet, quippe qui non solum verbo erat vitium, sed etiam, si suo adhuc tempore in usu fuisse, profecto et in exponendo aquae privilegio, precibus a principe impetrando, et in recensendo Curatoris aquarum officio, procul dubio commemoratus fuisset, ad cuius curam exactio pertinuerat. Deinde non videtur dubium, quin si pro aqua ducenda aliquod vectigal dari consueisset, id, ut aequum, ad confutationem et refectionem publicorum aquaeductuum alendamque eorum famiam impensum fuisset. Iam vero, cum ad haec legamus non modo alia vectigalia, nempe ex scalis Constantinopolitanis, quae sunt protensiones, projectae in mare, traiiciendi causa, usque ad nausia. l. 7. C. Iust. de aquaed. etc. CVIAC. ad eam. et operariis Cyzicenis, d. l. 7. (Operarii Cyziceni qui sint, non constat. Forte tamen intelliguntur constructores eorum tricliniorum seu oecorum, qui etiam Cyziceni vocantur, quosque describit VITRUVIUS L. VI. c. 6 et 10. ALCIATI enim conjectura, qui ad h. l. Zoxensis legit, et quoscumque operarios, qui diurnam operam faciunt, intelligit, non probabilitate videtur;) item ex locis circa aquaeductus iacentibus, FRONTIN S art. 118. p. 257. et alia depurata, l. 8. C. Iust. de aquaed. l. 23. C. Th. de oper. publ. sed etiam eiusque anni confuses centenas libras aurum ad aquaeductum miserationem dare coactos fuisse, d. l. 8. it. l. 2. 3. C. de consul. non sine ratione colligere nobis videmur, ipsos aquarum possidores ab omnis mercedis pendendae onere immunes fuisse. Quid? Omrem plane dubitationem tollunt Imperatores THEODOSIVS et VALENTINIANVS, qui, l. 7. C. d. aquaed. Hoc obseruando, inquit, ut nemo eorum, qui ius aquae possident, quancunque descriptionem sustineat. Nam execrabilis videtur, domos humas almae urbis aquam habere venalem. Sunt autem descriptiones, alias adscriptiones, ut inter omnes constat, certae configurationes, quantum quisque tributorum aut vectigalium loco pendere debeat, vid. IAC. GOTHOFR. Paratitl. ad tit. C. Th. de annon. et trib. Non igit exili-

existimandum est, si in quibusdam fistularum plumbearum inscriptionibus apud GVDIVM *Inscr.* p. 79. seqq. vocula EMP. vel EMPT. reperitur, v. g.

AQVA VIRGO EBVSIANA  
M. EBVSI NVMENIANI EMPT.

id significare, eam aquam, seu ius aquae, ex ea ducendae, pro certo vectigali quasi emtum fuisse, potius ea verba nihil aliud ostendere videntur, quam Ebuvum Numenianum, conducta aqua virgine renouanda, illam fistulam fieri curasse, vnde ei auctoris nomen et inditum et inscriptum. Sic apud FRONTINVM art. 96. p. 248. art. 119. p. 257. et art. 124. p. 259. et vox vendere, pro locare, art. 95. p. 248. ut apud CICERONEM ipsum Lib. III. in *Verr.* c. 16. emere et emtor pro conducere et conductore, adhibetur. At contra est PETR. BYRMANNVS de *vectig. pop. R. cap. II.* qui in ea versatur opinione, ut pro ipso iure aquae ducendae vectigal datum putet. Sed errat sine dubio, loco forte deceptus PAPINIANI, qui *I. 41. D. de atl. emt. In venditione*, ait, super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutum, nihil commemoratum est. At vero hoc loco eiusmodi vectigal intelligi non posse, quale BYRMANNVS existimat, vel ex eo patet, quod PAPINIANVS non dicit, pensitationem pro iure aquae ducendae datum, sed pro ipso aquaeductu. Ius autem aquae nunquam ipsius aqueductus nomine venit. Deinde quoque ait, aquaeductum infra domum esse, aqua vero publice impetrata in ipsam domum ducitur. Quapropter facilis erit huius loci explicatus, si FRONTINVM in subsidium vocamus, qui art. 118. p. 257. haec habet: *Commoda publicae familiae (aquarum) ex aervoir dantur, quod impendunt exoneratur vectigalium redditu, ad ius aquarum pertinentium. Ea consistant ex horitis aedificiis, (sic enim lacuna, quae est in POLENI editione, ex vestigiis codicium explenda videtur, et in aliis editionibus expleta est,) quae sunt circa duos, aut castella, aut munera, aut lacus, quem redditum prope HS. CCL. millium alienatum ac vagum, proximis vero temporibus in Domitioni loculos conuersum, iustitia D. Neruae populo restituit, nostra sedulitas*

litas ad certam regulam rededit, ut constaret, quae ref-  
fent ad hoc vestigia pertinentia loca. Ex quibus verbis  
quis est, qui non perspiciat, ea loca, quae circum aquae-  
ductus iacuerunt, quoddam vestigia dedisse. quod in sum-  
tibus aquaeductuum causa faciens impensum fuit. De  
eodem veteres auctores de limitibus MAGO et VEGOIA  
inter GOESI scriptt. rei agr. p. 257. dicunt. Aquarum  
ductus per medias possessiones diriguntur, quae a posse-  
soribus vice temporum repurgantur, propter quod et levia  
tributa persoluunt. Tale quoque intelligendum apud VL-  
PIANVM l. 39. §. 5. D. de leg. I. qui; Heres, inquit,  
cogitum legati praedii soluere vestigia praeteritum, vel  
tributum, vel salarium vel cloacarium, vel pro aquae for-  
ma. Formam autem aquae esse ductum, per quem aqua  
a capite in caffellum publicum fertur, supra vidimus.  
Idem VLPIANVS alio loco, l. 27. §. 3. D. de v/str. ad-  
huc clarius, et ita, vt res amplius dubia esse non possit:  
Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam  
aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus  
fructuarii pertinebit. Hoc forte latuit POLENVM ad  
Front. art. 129. cum in adducto FRONTINI loco nollet  
eiusmodi vestigia intelligi, quod ob aqueductus per agros  
transmeantes daretur, potius crederet, eos tantum vec-  
tigia peperdisse, quibus curatores aquarum permiserint  
circa ductus herbam pascere et foenum fecari. Sed legis  
Quintiae, in qua POLENVS conjecturae sue fundamen-  
tum innenisse putat, natus: QVOMINVS IN EO LOCO  
PASCERE HERBAM, FOENVM SECARE - - - CVRA-  
TORES AQUARVM etc. per voces: LICEAT, VIDEANT,  
supplendus viderunt: tantum abest, vt ea verba POLENI  
sententiam adiuvent. Si itaque verum est, vt est veri-  
sum, hoc onus fuisse possessoribus, praeter vel per quo-  
rum praedia publici ductus aquarum transmeabant, quod-  
dam vestigia pendere, quid obest, quo minus supra scripta  
PAPINIANI verba, naturali plane ratione, ita interpre-  
temur, vt infra domum illam, h. e. praeter eam ad in-  
feriori partem, aqueductum transmeasse, et ea de causa  
domum vestigia peperdisse dicamus. Similiter voce *infra*  
auctores et nominatim LIVIVS Lib. II. c. 7. extr. vnu-  
tur, vbi de Valerio, aedes ex cliuo deferente, ait: *De-*  
*lata materia omnis infra Veliam.* Non autem cuiquam  
mirum

mirum videri debet, pro aqueductu, praedia priuatorum praeterente, vectigal datum esse, cum pari modo possessoribus agrorum, per quos ductus publici transibant, id oneris impositum fuisse inueniamus, ut non modo eos suis sumtibus ab immunditiebus cogerent purgare, sed etiam certa quaedam circa canales et ductus spatia libera ab aedificiis et arboribus relinquere. Illud intelligitur ex CONSTANTINI M. lege, l. 1. C. de aquaed. cf. l. 1n §. 3. D. de via publ. qui hanc ipsam ob causam istos possessores ab extraordinariis tributis exemis; hoc iussit SCUM Aelianum VI. FRONT. art. 127. p. 260. repetit lex Quintia, ID. art. 129. p. 262. confirmarunt Imperatores CONSTANTINVS l. 1. C. de aquaed. THEODOSIVS l. 6. C. Iust. eod. ac ZENO l. 10. C. Iust. eod. quorum illud in fontibus, forniciis et muris 15. in riuis autem sub terra et specubus 5. pedum spatium requirit, CONSTANTINVS vero in viuerium 15. pedes exigit, THEODOSIVS porro 10. contentus est, lex Quintia tandem et ZENO nullum plane numerum definivit. Cum autem per haec spatia vti et per ipsos aqueductus, priuatis praediorum aliquae particulae adinerent, hunc modum seruabant Romani, ut eas vendere cogerent possessores. Quodsi vero hi nimis difficiles et acerbi in mercede postulanda essent, pro toto praedio pretium restituerunt, et retenta, qua opus habebant parte, reliquum agrum rursum vendiderunt, vti refert FRONTINVS, art. 128. p. 262. Quid? quod ipsarum viarum publicarum quilibet possessor eam partem recifere teneretur, quae ante eius praedium erat; d. l. §. 3. D. de via publ. De cetero BVRMANNVS addit, etiam in municipiis aquam pro certo vectigali datam fuisse, et in hanc rem CICERONIS verbo Or. III. pro lege agr. cap. 2. Immunia commodiore conditione sunt, quam illa quae penitiant. Ego TUSCULANIS pro aqua CRABRA vectigal pendam, quoniam a municipio fundum accepi, affert. Sed CICERO tum libera rep. vixit, tum verba adducta ita intelligi possunt, ut aqua CRABRA per CICERONIS fundum transferit, et ea de causa vectigal datum sit, quapropter nostrae non videntur obesse sententiae, quam et summum CVIACIVM ad l. 7. C. de aquard, amplecti videmus.

§. XIV.

## §. XIV.

*An ius imparatae aquae praescriptione acquiri possit?*

Ius imparatae aquae per principis rescriptum dari, dictum, et, ut nobis videtur, comprobatum est. Sed cum iure Romano dominia per temporis quoque praescriptionem acquirantur, dubitatio exoritur, num etiam ius aquae ita comparari possit? Quam dubitationem quis est, quin statim abiciat, lecta ARCADII lege: *l. 4. C. de aquaed.* *V*ixum aquas veterem longoque dominio constitutum singulis quibusque manere censimus, nec vila novatione turbari, ita tamen, ut quantitatem singuli, quam veteri licentia more usque in praesentem diem perdurante, percipient. Non enim audiendus videtur IAC. GOTHOFREDVS ad *l. 7. C. Th. eod.* qui omni opera in id intititur, ut praescriptionis possessionisque intellectum ex hac lege funditus tollat. Etsi enim alias viro summo, ut par est, multum tribuo, tamen hic quae profert argumenta, rem vix confidere posse videntur. Quod enim primo dicit, cum iuris ratione pugnare, quoniam praescriptionis temporis iuri publico non debeat oblitore, quae THEODOSII sunt verba, *l. 6. C. de opp. publ.* id magnam vim habere non potest. Nam si quando in iure res publicae praescriptione acquiri non posse dicuntur, id tum de longo taurum tempore, tum de iis solum rebus, quae non sunt in commercio, et a priuatis possideri nequeunt, intelligi debet, cum contra longissimi temporis praescriptione contra priuata aequa ac publica iura locum obtineat, *l. 4. C. de praefcr. 30. vel 40. an.* et ius aquae publicae eiusmodi sit, quod a priuatis possideri potest; vnde et ipsa THEODOSII lex, ut primo statim intuitu patet, de locis publicis, quae a priuatis occupantur, agit, ad quorum praescriptionem longum tempus non sufficere, iam PAPIANVS *l. 45. D. de usurp. et usuc.* respondit. Neque est, cur GOTHOFREDVS ad ZENONIS constitutionem *l. 9. C. de aquaed.* prouocet, qui longi temporis praescriptionem ad circumscribenda civitatis iura non profundit, dicit, cum et hic de longo solum tempore, neque de iure aquae, sed de fontibus publicis, quos priuati in unum vsum connumerterant, loquatur. Secundo GOTHOFREDVS ipsi aquae

aqua*e*juri, ei*e*sque rationi repugnare censet, propterea, quoniam non n*isi* principum indultu concedatur. Quod et*si* verum est ita fieri debere, nonne tamen etiam aliquando priuati vel a curatoribus aquarum aliisue ministris, insci*e* principe, accipere, vel ab antiquo praedii posse*re*, vacatione principi non nunciata, retinere, et ita per multos annos tuto possidere potuerunt? At ipsius quoque legis verba **GOTHOFREDVS** suam sententiam postulare dicit. Sed videat, ne magis respuant. Per *vsum* enim veterem et longum dominium, quid aliud significatur, quam dominium per longum *vsum*, diuturnaque possessionem acquisitum? Quibus verbis si quis alium sensum affingere velit, vereor, ne operam ingeniumque perdat. Vox autem *veteri licentia*, tantum abest, vt principis indulatum seu rescriptum denotet, vt potius iterum usurpationem aliquam diuturnam, eamque insolitam et illicitam indicare, quis est, quin videat? Neque tandem largiri possumus, vocabula *constituti*, *percipiendi* et *quantitatis* alias, nisi concessi a principe beneficii cogitationem secum ferre, cum et per praescriptionem *vsum* aquae constitui h. e. firmiter acquiri, et pro certa quantitate percipi possit. Quapropter non erat, cur **GOTHOFREDVS** ad hanc legem, per se satis facilem, explicandam fingeret, Theodosium a quibusdam importunis petitoribus aditum fuisse, qui, nulla amplius aqua publica, que dari potuisse, vacante, postulassent, vt reliquis, qui iure aquae iam impetrato vtebantur, aliquid demeret; et hanc in primis ob causam Imperatorem ad Asterium Comitem Orientis reascriptisse. Sed quid opus erat, ad comitem de ea re scribere, cum petidores illi aquam non nisi ab ipso principe, et accepta peculari epistola impetrare possent. Cum itaque manifesta sint Imperatoris **THEODOSII** verba, et praeterea sciamus, iuri quoque publico in quacunque causa et quacunque persona 40. annis praescribi posse, l. 4. C. de *praefc.* 30 vel 40. annor. l. 14. C. de *fund. patrim.* non errare nobis videtur, si et ius aquae per quadraginta annorum praescriptionem acquiri posse statuamus. Eadem nobiscum sententiam et **BRVNNEMANNVS**, ad l. 1. D. de *aqua cottid.* n. 21. et l. 4. C. eod. n. 2. **BARTH.** **CEPOLLA** de *jeruit. praed. rust. cap. 4. n. 24.* et **BAL-**  
**BVS** de *praescript.* IV. p. 2. qu. 4. et 5. tacentur, nisi,  
quod

quod praescriptionem demum immemorialem requirunt, cuius tamen rationem perspicere non potuimus. Ceterum nobis non obelt hoc VALENTINIANI rescriptum, l. 5. C. de fund. rei priu. *Vt us aquae, quae fundorum nostrorum utilitatibus seruiebat, plurimorum dicitur usurpatio ne jubilatus.* . . . Ad meatus pristinos uniuersum aquae motum, temporis praesciptione subnota, praescribimus revocari. Cum enim hac lege non de aqua ex ductu publico deriuata, sed de ea aqua dicatur, quam ad principis fundos pertinentem priuati illicite surripuerant, et quasi furati erant, adeoque in mala fide constituti erant, perspicuum est, eam legem hic applicari non posse. Hinc est, quod in illa ipsa TIRONOSIR lege, qua praescription iuriis aquae ex publico aquaeductu ducentae nititur, constituitur poena in eos, qui ad irrigationes agrorum vel hortorum (quorum nomine etiam villae veniunt, vii ostendit BVRMANNVS de vedi<sup>g</sup>. P. R. c. II. p. 196. seq.) delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur.

### §. XV.

#### *De poenis in aquae publicae usurpatore*s* constitutis.*

Non enim putandum est, dum ius aquae per praescriptionem, bona fide nempe et iusto titulo, acquiri posse, dixerimus, propterea vniuersique licuisse, aquam clanculum surripere et quasi furari. Hoc enim semper firmum manebat et stabile, ut sine principis permisso aquam ex ductu publico vel castello ducere prohibitum esset. Attamen, vt sit in rebus vetitis, saepissime accidebat, vt aut priuatorum fraudibus publici ductus et fistulae in via lacerarentur, et aqua hinc eliceretur, vel aquariorum auaritia in priuatorum praedia pro certa mercede, infcio imperatore, daretur. Quarum rerum exempla multa apud FRONTINV<sup>m</sup> occurunt, art. 9. p. 224. art. 31. circa fin. p. 232. art. 33. p. 233. art. 34. in fin. p. ead. art. 95. p. 238. art. 69. p. 240. art. 72. p. 240. art. 78. p. 242. art. 112. 113. 114. 115. p. 255. seqq. art. 128. p. 260. qui Inprimis in fraudibus aquariorum priuatorumque detegendis et compellendis occupatus fuit, et praeterea art. 76. p. 242. Coelii Rifi in eas orationem

D

tionem

tionem laudat, qui ex satis probabili conjectura 10. PO-  
LENI ad. h. l. idem Coelius Rufus fuit, quem CICERO  
defendit. Eadem fraudes et in legibus saepe memoran-  
tur. Vnde sit, ut poenas in eos constitutas inueniamus,  
qui eiusmodi ratione aquam a principe non concessam,  
sed quasi surreptam, vel clara vel palam ad praedia sua  
sint deriuaturi. Fuit autem ea poena non constans et per-  
petua, sed pro voluntate legislatorum diuersa. Triplex  
autem praeprimis inuenitur, nempe publicatio agrorum,  
multa, et amissio iuris aquae, cf. RICHTERI *diff. de*  
*aquaed. sell. I. c. 4. §. 7. sqq.* Et prima quidem anti-  
quissima videtur. FRONTINVS enim eo loco, quo de  
temporibus sub libera republica loquitur, art. 97. p. 249.  
*Agri*, inquit, qui aqua publica contra legem essent irrigati, publicabantur. Seruata eadem poena sub Impera-  
toribus, qui eorum licentiam cohære volebant, qui  
aquam aut non concessam, aut ex eo aquaeductu, ex  
quo prohibitum erat,ducere audebant. Publicabantur  
nempe ea praedia, in qua aqua illico modo surrepta  
deriuabatur, sive urbana essent, sive rustica. Sic THEO-  
DOSIVS, l. 2. C. *Iust. de aquaed.* Si quis, ait, vetiti  
furoris audacia florentissimae urbis commoda voluerit mu-  
tilare, aquam ad suum fundum ex aquaeductu publico de-  
riuando, sciat, eundem fundum fiscalis tituli praescriptione  
signatum priuatis nostris rebus aggregandum. Idem  
Imperator ARCADIVS l. 9. C. Th. eod. circa aquam Clau-  
diam fanxit, cuius surreptores aedium et locorum amissio-  
ne coerceri iussit. Idem repetit Imp. ZENO in lege  
10. C. *Iust. eod.* qua tum minuscarios aquaeductus, et  
fontes publicos, qui ad eos confluunt, a priuatorum  
manibus liberos esse vult, tum arbores ab aquaeductuum  
confinio arcet. Praeterquam enim, quod surreptam illico-  
to aquam publicis aquaeductibus restituere iubet, etiam  
hanc sanctionem adiecit: Scientibus viuensis, quod in  
posterum super huiusmodi commissis suburbanum, vel praedi-  
um, vel balneum, vel aquae mola, vel hortus, ad cuius  
rum aqua publica fuerit deriuata, vel si quid ex his iuxta  
aquaeductum positum ad eum pertinet, qui plantauit  
arbores aquaeductibus noxias, ad quemcumque pertineat  
locum vel hominem vel domum, proscriptionis titulo subiac-  
ebit, et fisci iuribus vindicetur: nulli super huiusmodi  
poena

poena nec per sacros apices venia tribuenda. Similiter  
 et CONSTANTINVS M. l. l. C. Iust. eod. eos possessorum  
 amissione multare iubet, per quorum agros cum  
 aquaeductuum formae transeant, eas purgare non current.  
 Nam, addit, fiscus praedium eius obtinebit, cuius neglig-  
 entia (multo magis crimen!) perniciem formae conge-  
 ferit. Sed et pecuniaria poena contra aquae publicae  
 usurpatores constituta fuit, quod poenae genus hac in re  
 non minus antiquum fuit. Ut enim taceam, FRONTI-  
 NV M art. 97. p. 249. loco illo, quo de antiqua publica-  
 tione agrorum agit, addere: *Mancipiorum etiam, si cum*  
*eo, qui aduersus legem, fecissent, multa dicebatur, et ve-*  
*teri iam lege, qui aquam publicam oletaret, x. milibus*  
*aeris multabatur.* Eadem poenam SCUM Aelianum VI.  
 iis irrogat, qui aquaeductibus arborum vel aedificiorum  
 aliarumque rerum vicinitate nocituri sint, ita, ut dimidia  
 accusatori cedere, reliqua in aerarium conferri debeant.  
 Eadem poena in lego Quintia reperitur, in qua constitui-  
 tur, ut si quis ductus vel castella aquarum publicarum,  
 quae ad urbem ducantur, sciens dolo malo forauerit, ru-  
 perit, peioraque fecerit, quominus ad urbem peruenire,  
 et in ea continentibus aedificiis, atque iis hortis, praefi-  
 ciis et locis, quorum dominis possessoribus aqua data  
 sit, saliat et diuidatur, non modo is ipse, sed etiam, si  
 seruus fecerit, eius dominus populo Romano centum millia  
 H. S. dare damnas sit. FRONT. art. 129. p. 291. Forte  
 hoc veteri iure imperatores, qui non facile occasionem  
 abiciebant, fiscum suum locupletandi, permoti sunt, ut  
 et poenam pecuniariam statuerent, si qui essent, qui circa  
 ius aquae peccarent. Neque unam semper eandemque  
 multam sufficere intenimus. ARCADIVS l. 8. C. Th. eod.  
 quinque librarum auri constituit, si quis meatum aquae  
 ausus fuerit auertere, qua multa non contentus ANASTA-  
 SIVS l. vlt. C. Iust. eod. eam duplicauit, et reos denis  
 libris auri coerceri voluit. Sed nimis forte durus THE-  
 ODOSIVS fuit, qui l. 6. C. Iust. eod. adeo poenam C.  
 librarum auri et lis minatur, qui ex aqueductu Hadriani  
 aquam vel precibus petcre, vel ausu proprio deriuare su-  
 cepturi, et officialibus, quorum opera in ea re vsuri sint.  
 Idem Theodosius l. 5. C. Iust. eod. l. libras auri illorum  
 multam esse vult, quos (quod prohibuerat) epistolam a

princeps impetratam Receptibus prouinciarum, neque praefecto praetorio insinuasse constet. At denique ad maiorem aequitatis regulam, criminisque magnitudinem poemam dimetiendam esse, existimauit Imp. VALENS l. 2. C. Th. eod. *Aquaeductus, viens, qui Daphneus palatio vsum aquae praefat, quorundam aviditate tenuatur, admotis maioribus fistulis, quam ex imperiali largitate meruerunt.* Si ultra licitum aliquem usurpare confiterit, per singulos obolos librae unius auri dipendius ingrauatur. Simili ratione ARCADIVS l. 9. C. Th. eod. qui ipsi aquae Claudioe usurpatibus publicationem bonorum ministrus fuerat, vñus est in eorum poena defienda, quorum erat, priuatorum fraudes cohíbere. Officium, inquit, cuius ad sollicitudinem operis huius custodia pertinebit, hac poena constringimus, ut tot librarum auri initatione multetur, quot vincas Claudioe nostrae cohíbentia eius usurpatas fuisse confiterit. Sed definito numero, nempe sex librarum auri THEODOSEVS l. 3. C. Th. eod. Praefecti V. officium condemnat, nisi usurpantes aquam publicam illicitam sint proditri. Denique et interdum amissionem ipsius iuris impetratae aquae, secutam esse transgressores legum, circa eam rem promulgatarum, ex ARCADIS constitutione l. 1. §. 38. de aqua cottia, patet, quae talis est: *Quicunque ex aquaeductu magis, quam ex castellis aquae vñum putauerit derivandum, etiam id, quod prius iure beneficii fuerat consecutus, annullat.* Et modo dictus THEODOSEVS l. 3. C. Th. eod. ls, inquit, qui felicitate, careat impetrato. Ceterum cum ANASTASIUS l. vii. C. Iust. eod. supra adductis verbis haec addat: *Aliaque severissima indignatione feriendis, id simul intelligitur, et arbitrariam interdum poenam obtinuisse, si nempe aut criminis atrocitas, aut delinquentis conditio aliud poenae genus polfularent.* Idem ex eo patet, quod ARCADIVS l. 6. C. Th. eod. post verba mox adducta haec addit: *In eum vero pro conditions personae conuenient severissimo suppicio vindicari, qui aduersus statuta huius oraculi audiæ cupiditas noluerit frena cohíbere, ut priuatis in-dulti meatus mensura famuletur.* Quae verba TRIBONIANVS l. 3. C. Iust. eod. peruerit, et ad ipsos iuris aquae possesse retulit, manifesto indicio, etiam in hos iustiani

niani adhuc tempore interdum arbitraria poena animaduer-  
sum fuisse.

### §. XVI.

*Quae actiones circa ius aquae impetratae competant?*

Iam constitutis ceteris, de actionibus etiam circa ius impetratae aquae competentibus paucia videamus. Quo loco primum nobis occurrit pars illa edicti perpetui, qua praetor eum, qui legitimo modo ius aquae impetravit, eo etiam uti voluit, et a nemine prohiberi. Ait autem: *l. i. §. 38. de aqua cottid.* QVO EX CASTELLO ÍLLI AQVAM DVCERE, AB EO, CVI EIVS REI IUS FVIT, PERMISSVM EST, QVOMINVS ITA, VTI PERMISSVM EST, DVCAT, VIM FIERI VETO. Habes in eo omnia, quae ad aquam legitime ducendam pertinent, vt nempe impetrata sit, et quidem ab eo, qui potestatem aquae dandae habet, atque non aliter, neque ex alio castello, quam ex quo impetrata est, ducatur. Est igitur hoc interdictum prohibitum, retinendaque possessionis causa datum illi, qui ius impetratae habet, aduersus eum, qui duci impedit, ad hoc, vt impediare desinat. Etsi vero, hoc interdicto de retinenda possessione litigari, recte dicatur, quoniam tueri eum, qui hactenus aquae beneficio publico concessae vñus est, tamen in eo a reliquis interdictis differt, quod, cum his controversia de sola posses-  
sione, et ita quidem instituatur, vt ea finita ipsi adhuc iudicio petitorio locus relictus sit, in interdicto contra de aqua publica impetrata, de ipso etiam iure quaeritur, quo nempe ducat aquam is, qui interdictum postulat, quod vel ex eo intelligitur, quod Praetor non alites interdictum se daturum promittit, nisi ex illo castello, vnde accepta, et ita, vti permisum, denique ab eo impetrata fuerit, penes quem eius concedenda ius est. Inde est, quod VLPIANVS d. l. i. §. 45. eod. dicit: *Mennisse autem de-  
bemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri affigatio-  
nibus.* Non enim præparat hoc interdictum causam, vt su-  
periora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet.  
Sed aut habet, ius affigatum sibi, aut non habet, et in-

terdicto totum (iudicium) finitur. Sic enim pro vulgato totam quaestionem finiri assignationis . . . et interdictum totum finitur, quae explicatum non habent, legendum esse putamus, cum et editio Haloandrina assignationibus habeat, quam etiam DVARENVS Comment. ad h. i. Opp. p. 945. sequitur, et facilis sit correctio. CVIACII Obs. L. V. obj. 19. vero emendatio, qui pro interdictum legit huius generis interdicto, nimis luxurians videtur. Dicit itaque ICtus, in iudicio huius interdicti quaeri de eo, an quis habeat ius aquae sibi assignatum, h. e. legitimo modo impetratum ab eo, penes quem dandi potestas fuit, quod si probetur, dari interdictum, et ita quidem, ut non amplius alteri illi iudicio, quod petitorum vocatur, ac de iure quaestionem continet, et alias sequi demum interdicta solet, locus concedatur, sed totum iudicium inter dicto ipso finitur. Assignare enim est attribuere, ut vel ex assignatione liberti, vel agrorum militibus datorum constat. Quod sine dubio intellexit DVARENVS d. l. cum assignationes hoc loco rescripta et diplomata principum esse dicit, quibus priuatis aqua concessa. Praeter interdictum, de quo diximus, possessoribus aquae impetratae etiam actio damni infecti competit. Idem ille praetor paulo ante prolatis haec addit: QVANDOQUE DE OPERE FACIENDO INTERDICTVM ERIT, DAMNI INFECTI CAVERI IVBEBOR. Quodsi itaque iam vere vis fit ducenti aquam impetratam, aut damnum datur, quo ducenti impediatur, ei illo interdicto experiendum erit. Quodsi vero sit, qui tale opus demum aggrediatur, quod futuro tempore ipsi impedimento aquae impetratae ducentae esse poscit, tunc agit coram praetore ita, ut istum damni infecti cauere postulet. Verba etenim praetoris: Quandoque de opere faciendo interdictum erit, ita sunt intelligenda: si quis coram praetore conqueratur et agat, quod vicinus aliquod opus facturus sit, quo usus aquae sua impeditri poscit. Nam interdicere est coram praetore interdicto experiri seu agere, quo sensu saepe apud iuris auctores reperitur, ut l. 6. D. ne quid in loco publ. l. 3. §. 6. D. ut possid. l. 3. §. 5. D. quod vi aut clam, et l. 1. §. 22. h. i. de aqua cottid. Haec damni infecti cautio eo aequior est, quo magis, ut VLPIANVS l. 2. §. 10. D. ne quid in loco publ. habet, Quotiens aliquid in

in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat. Et ita solet princeps permittere. Sed vicilium possessor aquae ei, cui per illam aquam, ex publico aquaeductu ad suum fundum ductam, noceri poterat, danni infecti cauere seu stipulari debet. Nam ex Antonini et Veri rescripto l. 17. in fin. D. de seru. praed. ruf. aqua ita demum permittitur duci, si sine alterius iniuria fiat, et omnes, qui in loco publico aliiquid faciunt, danni infecti satisdare coguntur, l. 15. §. 9. D. damn. infect. Quodsi vero talis cautio vel stipulatio non intercessit, et tamen damnum datum est, actione in factum ex damno dato experindund erit. Cuius rei exemplum habes in fistulis, quae sunt alienis aedibus iunctae apud ROMPONIVM, qui l. 18. D. de seru. praed. vrb. Si fistulae, inquit, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, in factum actio mihi competit: sed et danni infecti stipulari a te potero. Quod tamen aut de aedibus non proxime vicinis, aut de illis fistulis intelligamus necesse est, quae alias aedium alienarum partes, praeter parietem attingunt, v. c. quae sub aedibus porrigitur. Nam fistulae alieno parieti applicari potuisse vix videntur, cum nec communi potuerint. PAVLVS l. 19. D. eod. Fistulam, inquit, iunctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex coelo aquam capit, non iure haberis, Proculus ait. Hoc loco porro non intermitteremus, et PAVLI verba ex libro XVI. ad Sabinum l. 5. D. ne quid in loco publ. commemorare: Si per publicum locum riuis aquae ductus priuato nocebit, erit actio priuato ex lege XII. tabularum, vii noxae domino caueatur, nisi in ea haeremeremus opinione, haec PAVLI verba non de nostro impetratae aquae iure, sed de feruitate aquae ductus agere. Etenim connectenda sunt cum alio eiusdem PAVLI loco, quem, ex eius libro XV. ad Sabinum sum-tum, Tribonianus in titulum Digestorum de seruitutibus l. 14. §. 2. de seruit. retulit, in quo loco de priuata seruitute aquae-ductus loquitur, per interiacentem aliquem locum publicum in alterius priuati fundum deriuati. Vtriusque enim loci, in quorum uno PAVLI liber XV. ad Sabinum desisse, et in altero XVI. incepisse videtur, facta collatione, fratim apparebit, hoc nostro nullum aliud aquaeductus genuis, quam id, quod priuati inter se per seruitutem con-

stituunt, intelligi posse. Nisi forte dicere velis, in nostri  
huius loci inscriptione librum XVI. vito scribentis pos-  
tum esse pro XV. cum ceterae leges, quae ex libro XV.  
ad Sabinum suntae sunt, sere omnes de seruitutibus, eae  
vero, quae ex XVI. sunt, magis de opere, quod aquae  
pluviae causa factum est, et de postliminio agant. cf. LA-  
BITTI indicem legum p. 202. Quomodounque vero ea  
sint, tamen, id quod iam supra attigimus, non putandum  
est, in ipsa lege XII. tabularum actionem hanc de noxae  
cautione circa aqueductus expresse proditam suffit, potius  
ea tantum ICti mens est, cum lege XII. tabularum  
caurum sit, ut aut dedatur id, quod nocuit, aut noxae  
aestimatio offeratur, l. 1. D. si quad. paup. inde et viilem  
actionem habere eum, qui ex alterius aqueductu dam-  
num metuit, ad cautionem, noxae aestimationem praefis-  
tum iri, seu damni infecti faciendam; quam sententiam  
et THEOD. MARCILIVS ad LL. XI. Tabb. c. 55. am-  
plicetur, eti CONR. RITTERSHVSIVS Dodecadact. p.  
126. TH. DEMPSTERVS in not. ad ROSINI Antt.  
Rom. L. I. c. 13. p. 102. et BALDVINVS in LL. XII.  
tab. n. 4. aliter sentiant. De cetero et actio emit circa  
ius aquae competere potest, si nempe aedes, quibus con-  
cessum, venduntur, et vendori caffella et fistulas fibi re-  
tineri cupit, et emitori tradere negat. Haec enim ipsa-  
rum aedium esse, et cum iis vendi, ICti docent, et nos  
supra iam vidimus l. 78. D. de contr. ent. l. 15. et l.  
17. §. 7. et 8. D. de aff. ent. Quapropter emitor erga  
vendiorem ex emit agendum est. Eandem actionem,  
vti et exceptionem, si aduersus eum ex vendito agarur,  
emitor habet, si vendori reticuit, venditum vestigal pro  
aquaeductu publico, qui praetermet vel transit, quotan-  
nis pendi debere. Vnde SAPINIANVS, l. 41. D. de aff.  
ent. In venditione, inquit, super annua penitulatione pro  
aquaeductu infra domum Romae constituto, nihil comme-  
moratum est. Deceptus ob eam rem ex emit actionem  
habebit itaque si conueniatur ob pretium ex vendito, ra-  
tio improuisi oneris habetur.

§. XVII.

## §. XVII.

*An haustus quoque ex aquaeductu publico concessus?*

Hactenus de iure aquae publicae ducentiae. Vt vero in priuatorum feruuntibus aqua vel duciebatur, vel hauriebatur, ita et publicae haustum concessum sufficere reperimus. De quo eo pauciora asserre licet, quo magis et FRONTI-  
NVS et ICIUS de eo silent. Vnicus enim est apud illum  
legis Quintiae locus, sed ita clarus tamen, ut dubitationi  
lucus non relinquatur. Ait autem ista lex, apud FRONT.  
art. 129. in fine p. 262. QVOMINVS EX IIS FONTI-  
BVS, RIVIS, SPECVBVS, FORNICIBVS AQVM SV-  
MERE, "HAVRIRE IIS." QVIBVS CVNQVE CVRATO-  
RES AQVARVM PERMISERINT, PRAETERQVAM  
ROTA, CALICE, MACHINA, LICEAT, DVM NEQVE  
PVTEVS, NEQVE FORAMEN NOVVM FIAT; EIVS  
HAC LEGE NIHILVM ROGATVR. Differebat igitur a  
iure aquae ducentiae primum in eo, quod illa duceretur,  
haec ex fontibus, riuis, specubus, fornicibus, verbo, ex  
aquaeductibus hauriretur. Quod eo facilius fieri poterat,  
quod vt egregie docet IO. POLENVS, ad FRONT. art.  
89. in fine. et adiecta ichnographia communis, plurima  
in riuis et specubus, cum subterraneis tum supra terram  
aedificatis, spiramina seu foramina, superius aperta, pu-  
teorum et formam et nomen obtinentia, erant, propterea  
facta, tum, vt aeri externo aditus esset, neque conclusus  
aqua cursum moraretur, tum vt eo facilius riui purgari  
et fordes egeri possent. Ex his igitur foraminibus pri-  
uatis aquae haustus concessus sufficere videtur. Concedebar-  
tur autem, quae secunda sit a iure ducentiae aquae diffe-  
rentia, non a principe, sed tantum a curatoribus aqua-  
rum, et sine dubio imprimis iis dabatur, qui propinquiores  
erant aquaeductibus publicis, vnde et aliqua ratio reddi  
potest, cur, quod supra vidimus, iis, quorum praedia  
ductus publici praeteribant, aut transmeabant, onus et vec-  
tigalis ciuisdam et purgaudentium riuorum impostum fu-  
erit. Prohibetur vero lege, ne rota, calice aut machina  
hauriatur. Hic tam clarus est verborum legis sensus, ut  
non videamus, cur POLENVS, vir alias in verborum vero  
sensu inueniendo fatus felix, in hoc loco nodum in seipo

quaerat, et hanc planissimam interpretationem tanquam eam proponat, ad quam nonnisi ultimo post reliquos cogitatione perueniri possit. Rotam vero et ceteras machinas, quae in haurienda aqua vsum ferunt, VITRVIVS de arch. L. X. c. 9. - - 12. describit, et ostendit, per eas et magnam aquae vim hauriri, et altissime extolliri, vnde et rationem inuenire potes, cur rota et machina vti lex prohibeat. Calicem autem forte propterea reiecit, quod eius vsum in ducenda tantum aqua adhibebatur. Tandem, vt nec in ducenda aqua publica aquaeductus a primitis perforari debebant, l. 6. C. Iust. de aquaed. l. 9. C. Th. eod. nec, quemadmodum Imperator l. 3. C. Iust. eod. fistularum soliditas attentari, ita et in haurienda nouum foramen vel nouum puteum fieri iuste interdicatum fuit.

### §. XVIII.

#### *De iure hodierno.*

Nec hodie ius imputatae aquae desit. In plurimis enim ciuitatisibus aquaeductus publicos et castella (Wasser-Kunst) esse scimus, ex quibus aqua ad usum priuatorum fistulis ducitur, cf. RICHTERI diss. cit. de aquaed. seit. I. c. 2. §. 4. vnde et aqua fistularum, das Rohr-Wasser, et castellum domesticum, quo infunditur, cisterna fistularia, der Rohr-Kasten, appellatur. In qua re cum nouis et peculiaribus legibus non utamur, ea quae iure veteri Romano de imputata aqua constituantur, applicari debere, quis dubitet, nisi statuta vel usus locorum obstant. A principe tamen, vt olim, peti haud debet, sed ab ipsis plerisque magistratis municipalibus datur, quibus plus, quam apud veteres, potestatis, in primis circa ea, quae ad urbium et ciuium commoditatem pertinent, concessum est. Hi etiam certos aquae commentarios seu libellum aquaticum, Wasser-Buch, habere solent, in quo non solum, quinam priuati, et qualem aquam, et ex quo castello acceperunt, scriptum est, sed etiam in quibusdam ciuitatisibus id animaduertitur, si quando priuatus ab alio seruitutem aquaeductus ab aqua, publice accepta, sibi stipulatur;

tur; quod<sup>i</sup> in primis Lipsiae obtinet, vbi Statuta praecipiunt, ut nemo aquam sibi publice datam, siue totam, siue pro parte, nec eam, quae effluit, h. e. caducam, sine praescitu magistratus alienet: Niemand soll sein Röhr-Wasser weder ganz noch halb, noch auch den Abfall davon, verkaufen oder verhandeln, ohne Bewilligung E. C. Rath's, bey Verlust des Wassers. Quod ad sumnum attinet, ita plerumque, sicut in hac vrbe, duci solet ut stipulae publicae per vicos eentes impensis publicis fiant, ex quo vero intra cuiusque aedes aut' potius earum stillicidium venit, ipse aedium possessor sumtu suo et facere et conseruare teneatur. Vectigal seu merces pro concessa aqua aequa ac apud Romanos non datur, neque vectigal ob aquaeductuum formas praeterentes, ut inde recipi possint, penditur, nisi forte velis dicere, id simul eo comprehendendi, quod pro publicorum operum refectione, zum Stadt-Bau, quotannis tribui solet. Ius aquae a nouo possestori continuatur, et cum praedio simul alienatur, unde vetus VLPIANI distinctio inter ius aquae, vel personis datum vel praediis, vsu desilie videtur. An et hodie praescriptione acquiri valeat, quaeri potest. Sed quantum vix accidere possit, ut haec quaestio moueat, cum semper, quibus olim ius aquae concessum, ii et perpetuo retineant, neque cum nouo possestori beneficium instaurandum sit, tamen, si quando eveniire potest, ut praescriptione recte opponatur, per eam, quadraginta annorum serie continuatam, hodie quoque aquam publicam acquire posse, putamus. Tandem poena non recte vientium aqua concessa, vel alio modo contra leges, circa aqueductus et ius aquae datas, peccantium et beneficij amissio et arbitria videtur, quorum illud, quantum ad hanc ciuitatem attinet, ex paulo ante adductis Statutorum verbis: Bey Verlust des Röhr-Wassers, apparet. Cum enim beneficium sit, idque gratuitum, reuocari, in primis propter abusum, facile potest,

## II.

## De fideicommissis familiae rerum mobilium.

(d. a. 1765.)

**Q**ui de fideicommissis familiae disputatione, ita plerumque de hac re dicere solent, ut vel fundorum solum aut aedium fideicommisso oneratarum mentionem faciant, nullo de rebus mobilibus addito verbo, vel, quod facit celeberrimus de fideicommissis familiae auctor, PHIL. KNIPSCHILD de fideic. famil. t. 5. p. 1. q. fideicommissa in rebus mobilibus constitutu posse, omnino negant.

At quibus in hac re argumentis pugnatur, ea vereor, an multum probent. Nam quamvis ad iuris feudalis praeceptum prouocetur, quo feudum nonnulli in rebus soli solone cohaerentibus, vel quae inter immobilia connumerantur, considerare posse dicitur, 2. F. 1. *in fin.* tamen, cum alia ratio sit feudorum, alia fideicommissorum, non video, quomodo ab illis ad haec tuto rationes duci possint? Quo autem altero argumento KNIPSCHILD vitetur, quod bona, fideicommissa grauata in familia perpetuo manere debeant, id autem in rebus mobilibus fieri nequeat, hoc neque in propositione, neque in assumptione verum esse videatur. Nam quod ad illam attinet, fideicommissi familiae ab iis nimis arte describi mihi videntur, qui ea solum ad conservandam in infinitum gentem, eiusque splendorem in aeternitatem propagandam fieri dicunt. Quamvis enim hoc plerumque sit consilium eorum, qui fideicommissa familiae constituant, sunt tamen etiam, qui non

cm-

omnino de aeterna gentis suae tuitione solliciti sunt, sed quibus satis est, eam saltim per tempus aliquod conferuari, l. 38. p. 4. D. de leg. III. bene gnari, vnius gentis splendorem non facile perpetuum esse posse, unde diuilio fideicommissorum familiae in realia, sive generalia, ad vniueriam perpetuo gentem pertinentia, et personalia, sive specalia, ad certas tantum personas coactata, defcendit. Aliis porro fideicommittentibus non tam gentis perpetuus splendor in animo est, quem sciunt folis fideicommissis feruari non posse, quam, ut habeant poteri, nisi omnes, aliqui tamen auctoris memoriam, quod et mobilium rerum aspectu ac vsu effici posse, quis non videt? E contrario vero, nec vias res mobiles in familia perpetuo esse posse, eo magis temere sumitur, quo clarus patet, non solum esse quasdam, quae vsu non consumantur, ut pretiosas gemmas et vasa aurea, vel argentea, sed omnibus etiam cautione fideicommissaria aliquam quasi perpetuitatem conciliari posse. Fideicommissa igitur familiae non in immobilibus solum, sed mobilibus etiam rebus contineri posse, eo minus dubium videtur, quo minus haec neque cum natura fideicommissorum in genere, neque cum legum sanctione pugnant. Fideicommissa enim familiae id genus fideicommissorum est, quo vel vniuerla hereditas vel pars eius, vel tandem res aliqua singularis ita fideicommititur familiae, hoc est, ob commodum familie alienari prohibetur, vt ab uno posseflore ad alium eiusdem gentis transeat, quod non minus in rebus mobilibus ac immobilibus fieri posse, per se patet. Sed factum in omni fideicommisso necessarium videri, vt ad familiae nomen splendoremque conseruandum constituantur. Hoc nomine folium per res immobiles non vero mobiles etiam, v.g. per maiorum imagines, aut vasa aliasue res, armis et insignibus gentilibus ornatas, effici posse putemus? Fine, esse aliquem familiae auctorem, qui singularibus numeros, aut rebus, quas natura vel ratione vel pretiosas et singulari admiratione dignas gignit, colligendis operam debet, eoque nomini suo et genti aliquam celebritatem fecit, quales et in nostra ciuitate esse et sive, constat, fac porro, vel litterarum amatorem vel ipsum famae forte magnae eruditum optimam bibliothecam tibi comparasse, quis dubitet, si harum rerum fideicommissum familiae faciat,

ciat, eo et nomen et splendorem gentis per secula conservari, et forte ipsam quoque auctoris eruditionem cum nominis celebritate ad posterorum eius promoueri posse. Neque porro villam inuenies in toto corpore iuris, in primis in vallis de legatis et fideicommissis titulis, legem, quae res mobiles familiae fideicommitti prohibeantur, potius **MODESTINVS**, l. 114. §. 14. **D. de legat.** I. refert, imperatores **SEVERVM** et **ANTONINVM** generaliter rescripsisse, si qui testamento aliquid vetent alienari, consulentes liberis vel posteris, eorum voluntatem esse feruandam, et **IVSTINIANVS** l. 5. **C. de V. S.** postquam in vniuersum dixit, quinam ad fideicommissum familiae admittendi sint, mox addit, idem valere et, si quis rem immobilem fideicommisserit, luculento argumento, et res mobiles inter familiam fidei committi posse. Idem denique l. 3. §. 2. **C. comit. de legat.** dicit, si quae sint a testatoribus restituti iussa, ea alii nec pignoris nec hypothecae titulo assignanda esse. Pignus autem rerum mobilium est, non immobilium. Quid? tota illa de fideicommissis familiae doctrina, unde potissimum sumta est, quam ex loco iuris de legatis et fideicommissis particularibus? l. 32. §. 6. l. 69. §. 3. l. 77. §. 28. l. 78. §. 3. **de legat. et fidei. II.** etc. Iam vero, cum non fundi solum et praedia, sed res etiam, quae a loco in locum moueri queunt, per legatum vel fideicommissum particulare relinquuntur, cumque ipsis aduersarii, dum de fundis fideicommissis familiae grauitatis, disputant, eo ipso concedant, res etiam singulares ita fideicommitti posse, **KNIPSCHILD** dict. lib. c. 5. §. 5. non est ratio iuris, cur ex earum numero solas mobiles detrudamus, neque vnum vidi, qui fideicommissum familiae rerum mobilium cum analogia iuris pugnare, ostenderit. Certe experientia docet, eiusmodi fideicommissa saepius fieri et a collegiis ius dicentium sustineri, ut mox videbimus. Quid? quod ipsis aduersarii largiuntur, in nominibus debitorum, redditibus annuis, vfructu, animalibus ad sociam traditis, pecunia ad emitionem praediorum destinata, atque adeo in rebus pretiosis, quae moueri de loco possunt, fideicommissa familiae constitui posse, **KNIPSCHILD** d. l. c. 5. §. 26. 33. 38. 71. 72. et 81. Sed, quomodo haec omnia inter res immobiles referas, ego non video. Nituntur quidem illi in hanc rem legibus,

bus, verum, quae ad docendum hoc intuitu rerum pretiosarum, l. 22. C. de adm. tut. et usufructus, l. 4. D. v/lvfr. quemadm. cau. in auxilium vocantur, eae ne leuem quidem coniecturam, nedum probabile argumentum afferrunt, cum in illa nonnisi tutores prohibeantur praedia et res mobiles pretiosas minorum vendere, quia nempte utraque conseruando conseruari queant; in hac vero tantum de consolidatione usufructus cum dominio agitur. Neque omnia, quae ad fundos aliquo modo referuntur, inter immobilia connumeranda sunt. Hoc enim si verum esset, nec maritus Saxonicus nomina hypothecaria ex hereditate vxoris capere posset. Si igitur in quibusdam rebus mobilibus fideicomissa familiae fieri possit concedas, cur in reliquis, quarum non alia est ratio, non idem statuamus? Sed instant aduersarii, fideicomissum in re mobili constitutum, re v/su consumpta, ipsum perire. Quid igitur inde efficietur? Nihil, meo iudicio, nisi hoc, aut per cautionem fideicommissariam posteris subueniendum esse, aut, si testator hoc prohibuerit, eum ipsum id voluntarie censeri, vt fideicomissum in id saltim tempus duret, quo ipsa res fideicommissio onerata sit duratura. At forte erunt etiam, quibus SCAEVOLA l. 39. pr. D. de legat. III. obesse videatur, qui proposita specie, qua testator Pamphilo Certum reliquerat, additis verbis: *sic, quae tibi relingo, ad filios meos peruentura, respondet, non fideicomissum esse.* Ego vero consul, vt haec verba accuratius consideres, quo facto videbis, ea magis pro nostra sententia, quam contra eam facere, cum Ictus non dicat, in proposita specie fideicomissum ipsum et per se non valere, potius, illa centum ex testatoris voluntate filiis ipsius restituenda esse, decernit, sed ob verba tantum, quipus v/su erat testator, fideicomissum esse negat, quia non dixerat: *rogo, peto, fideicommitto, vel similiter.* Neque tandem obesse potest, quod licet oporteat eas res fideicommissio relictas, quae tempore sint periturae et seruando seruari nequeant, alienare, quae GAILII L. II. obs. 137. no. 12. et CARPOZOVII P. III. c. 8. def. 32. no. 5. sententia est. Fac enim, eam veram esse, quamuis non satis idoneis argumentis comprobetur, tamen non sic intelligenda est, vt quaevis res, fideicommissio grauata, quam aetas aliquando perimere possit, alienanda

nanda videatur, sed tum demum huius alienationis vel licentiam vel necessitatem credunt, si res fideicommissaria in eam conditionem deuenerit, ut, nisi per solam alienationem, conferari nequeat, potius, nili vendatur, ipsa sit interitura, nullusque plane vns succeſſori futurus. Quae cum exceptio fit et causus raro eueniens, regula ex eo non est formanda, alias enim nec ylum immobilium rerum conſtant fideicommissum fore, cum et has edax omnium rerum tempus aliquando fit conſumturum.

Quemadmodum autem omnia fideicommissa vel particularia sunt, vel vniuersalia, scilicet vel tota hereditate vel parte eiusdem per fideicommissum relicta, ita et fideicommissa familiae rerum mobilium commode in vniuersalia et singularia diuiseris. Vnuersalia porro sunt vel pura, vel cum immobilibus mixta. Illa dico, quando vnuerfa hereditas, in qua nulla bona immobilia inueniuntur, in familiae et posterorum commodum fideicommissitur, mixta vero, si illa hereditas et mobilibus et immobilibus rebus conſusat, cuius utriusque generis fideicommissorum varia exempla in Digestis et Codice reperiuntur, v. g. l. 32. §. 6. D. de legat. II. l. 5. C. de V. S. fideicommissa denique singularia rerum mobilium itidem sunt vel pura, vel rebus immobilibus cohaerentia. Sic initio huius feculi mercator quidam Lipsiensis G. duarum aedium fideicommissum gentilium faciens, alteri earum aliquot picturas, sellas aliasque res addiderat, quas cum ipsis aedibus fideicommissi nomine postideri inſit, quod fideicommissum Scabinorum collegium mense Nouembri 1730. nec non summa Curia Lipliensis anno 1732. ratum habuit et ab huius vrbis tenatu confirmari voluit. Pura vel rebus mobilibus proprie fide dic̄tis continentur, vel pecunia, sive ea parata fit, v. g. antiqui et rari nummi; sive foeneratitia; fere vt pecuniae feudales, quae non minus alienari aut dissipari nequeunt. Eiusmodi fideicommissi duo exempla apud Scabinos huius vrbis relata memini, in quorum altero testator fratres heredes ea lege scriperat, ut omnis pecunia hereditaria tam parata, quam foenori data perpetuo penes familiam, eius conseruandae cauifa permaneret, heredes vero nonnili viuras perciperent, altero vero testatrix eodem consilio eademque lege omnia bona

bona sua, immobilia etiam, vendi et pecuniam inde redactam foenori dari iussit, quod utrumque fideicommissum vim habere iudicatum est, et debet profecto eo maiorem habere, quo conuenientius est naturae et consilio fideicommissorum gentiliorum, posteros bene collocata pecunia foeneratia ab egestate tutos reddi. Neque dubito, quin et in eiusmodi rebus, quae, nisi singulari diligentia conseruentur, vnu teri vel confundi possint, v. g. vestibus festiis, (quas saepe et sine fideicommissio, in primis penes rusticos ab atauo ad pronepotes descendere videoas,) quid? in rebus etiam fungibilibus fideicommissum esse possit. Etsi enim, quod supra vniuersis fideicommissis rerum mobilium gentilitis obici vidimus, id quam maxime huic rerum generi obesse videatur, quod nempe iis aliqua constantia et perpetuitas inesse nequeat, ipsaque adeo nec in commodum posterorum conferuari possint, tamen ego hoc non moueor.

Nam ad eam rem cautio fideicommissaria reperta est, t. tit. D. vt leg. vel fideic. seru. l. 69. §. 3. D. de legat. II. quae fere propria fideicommissis rerum mobilium videtur, cum immobilia, quia non pereunt, alienatione ipso iure nulla, l. 3. §. 2. C. comm. de legat. semper vindicari possint. Debet autem in rebus mobilibus, meo iudicio, ita catери, vt res, si seruando seruari potest, velut vase vel ornamenta aurea, picturae, vel aliae res pretiosae, bibliothecae, gazophylacia, reliqua, integra maneat et absque vitio, nisi quod ipsa aetas afferre solet, si autem fungibilis, vt in eodem genere heredi fideicommissario restituatur. De eo dubitatio oriſt potest, si eiusmodi res fideicommissio sit onerata, quae, quamvis in eadem specie conseruetur, tamen longo vnu perimi solet. Enimvero cum testator hoc sciuerit, et tamen eiusmodi rei fideicommissum esse ac heredem fiduciarium grauari volunt, ita res temperanda erit, vt nec fideicommissum effectu desitutatur, nec fiduciarius omni vnu priuetur. Videtur igitur cauere debere, se modice vſurum. Si vero nihilominus res fideicommissaria per modicum hunc vſum tandem temporis longinquitate consumatur, finis erit fideicommissi, testator enim, qui eiusmodi rem tempore tan-

E  
dem

dem peritum fideicommissum, videtur noluisse, ut fideicommissum in aeternum duret.

Idem dicendum videtur, si forte ipsam cautionem remisit, ubi non plus ad fideicommissarium peruenire voluisse intelligitur, quam quantum post fiduciarii mortem de re fidei eius commissa reliquum sit futurum. Sic enim fideicommissi posse, dubio caret, l. 54. D. ad SCt. Treb. Attamen, ut ab omni cautione fideicommissaria, ita etiam ab hac immunes censendi sunt auctoris liberi, l. 6. §. 1. C. eod.

Constituuntur eiusmodi fideicommissa rerum mobili-  
um eodem modo, quo immobilium fieri l*Cti* docent; quod  
autem ad interpretationem attinet, quamvis alias in ultimi-  
mis voluntatibus plenior locum habeat, l. 12. D. d. R. I.  
tamen haec fideicommissa stricte intelligenda sunt, cum  
testator heredem non plus sed minus grauare voluisse pre-  
sumatur, l. 67. §. 8. D. de legat. II. et ita interpreta-  
tum est. Collegium nostrum mense Maio 1762. fideicom-  
missum testatoris G. cuius supra mentio facta, in quo ille  
tabulas quidem pictas aedibus fideicommisso operatis iun-  
xerat, sed in verbis proxime sequentibus alienationem  
aedium simpliciter, sine mentione tabularum, interdix-  
erat, unde colligebatur, eum has non nisi ad primum  
fideicommissarium, non ad successores eius peruenire  
voluisse.

Succeditur eodem ordine, quo in reliquis fideicom-  
missis familiae, ut nempe masculi solum succedant, femi-  
nis remotis, quippe quae sub familiae appellatione regu-  
lariter non comprehenduntur, l. 195. §. 2. in f. 196. §.  
1. D. de V. S. KNIPSCHILD d. L. c. I. §. 48. q. nee  
per feminam familia conseruatur, BRVNDEM. ad l. 40.  
C. de fideic. n. 2. quamvis non negem, liberum esse te-  
statori, familiae appellationem dilatare, et feminas quoque  
ad successionem simul vocare, quae fideicommissa impro-  
pria appellaueris. Et primo quidem succedunt nomine-  
mus vocati a testatore, l. 30. C. de fideic. l. 32. §. 6.  
D. de legat II. his vero deficientibus, reliqui agnati, siue  
descendentes siue ascendentess, siue collaterales, quo loco  
de

de eo quaeri solet, an proximi agnati ultimi possessoris, an vero auctoris fideicommissarii succedant? CARPZI.  
*Part. III. conf. 8. def. 25.* quarum sententiarum prior probabilior est, praeter reliqua argumenta, quae ab interpretibus iuris proferri solent, et in primis propterea, quia, dum testator vnum ex agnatis suis magis dicit, et ceteris praeiulit, eorum etiam proximos agnatos maiore amore, quam eos, qui ab iis remotiores sunt, amplexus esse videtur, *d. l. 102. D. de cond. et dem.* KNIPSCHILD *d. L. c. 9. §. 84.* Quidam feminas arcendas a fideicommisso obesse quidem videtur *l. 5. C. de V. S.* qua et familia, et mortua ea gener ac natus ad fideicommissa familiæ relicta, deficientibus agnatis, vocari videtur. Sed non obesse, modo animaduertas, ibi familiam non gentem vel agnatos, verum earum personarum complexum significare, cuius caput est paterfamilias, quaque proprio iure familia appellatur, *l. 193. §. 2. D. de V. S.* Neque porro obstat imperator *l. 4. C. de fideic.* dum dicit, fundum, a patre extra familiam vendi vel pignori dari prohibitum, posse a fratre sorori donari. Id enim fratri licet, non quasi omnino fideicommissum familiæ ad forores peruenire possit, sed quia in illa singulari specie pater fundum neque in genere alienari, neque in specie donari veterat, sed vendi tantum et pignori dari, adeoque vel proprie fideicommissum familiare non fecerat, vel ita coarctauerat, ut tamdiu solum esset, quamdiu fundus extra familiam nec venderetur nec oppignoraretur. Hoc tamen non negandum videtur, ut vidimus, testatorem feminas ad possessionem fideicommissi cum masculis admittere posse, ita et ipsi liberum esse, potius agnatos etiam cognatos ad successionem vocare. Quod si vero nihil de cognatis dixit, cessat sine dubio deficientibus agnatis fideicommissum, et ultimus possessor cum re fideicommissaria prout placet agere posse videtur, *l. 77. §. 27. in f. l. 78. §. 3. D. de legat.* H. BRVNNEM. ad h. l. num. 5. unde coarctanda est eorum sententia, qui tunis feminas, et si non ex fideicommisso, tamen ab intestato succedere dicunt, MÜLL. ad Struu. Synt. I. C. ex XXXVI. §. 18. not. V. Sed quid? si femina ipsa fideicommissum constituit? Hoc enim eo magis facere potest, quo minus ipsi hoc legibus interdictum repperit; potius liberum ei re-

rum suarum arbitrium relicitum est, cuiusmodi fideicommissi exemplum a KNIPSCHILD c. 3. §. 48. commemoratur. Videtur etiam tunc non minus, nisi testatrix contrarium voluerit, sola masculorum, non feminarum, successio esse, cum, si femina voluit aliquod fideicommissum familie sue esse, praesumatur etiam ea voluisse, quae proprie ipsi insunt, in primis si verum est, quod dicunt, et matres quoque filios magis diligere, quam filias, KNIPSCHILD d. L. §. 17. Ceterum masculi succedunt secundum gradus propinquitatem, et si plures sunt, eodem gradu simul succedunt, l. 69. §. 3. D. legat. II. l. 54. D. ad L. Falc.

De eo dubitant, an ius repraesentationis locum habeat? in quam rem vtriusque sententia fautores MODESTINI responsum l. 32. §. 6. D. de legat. II. afferunt, ab vtrisque tamen non satis intellectum. Modestinus enim de ea specie loquitur, quando testator rem aliquam quibusdam ex filiis, v. g. Caio et Lucio ea lege fideicommissit, ut post mortem eorum ad reliquam familiam, v. c. fratrem Titium perueniret, quam restitucionem Ictus tum demum fieri debere definit, quando non solum ipsi nominati Caius et Lucius, sed eorum etiam liberi primi, non vterioris gradus (nisi testatore hoc diserte iubente) extinti sint, que et sententia fuit PAPINIANI l. 102. D. de cond. et dem. cf. l. 30. C. de fideic. l. 6. C. de inst. et sub. Nam quoad nepotes et pronepotes, nondum tunc exierant Imperatorum edicta, PAPINIANI doctrinam ad eos dilatantia, d. l. 30. et 6. Cod. Sed habere locum ius repraesentationis propterea existimandum est, quia in fideicommissis ordo succedendi iuris communis obseruatur, PEREGRIN. de fideic. art. 21. §. 5. et art. 30. §. 20. sq. vnde sequitur, hanc repraesentacionem iure Saxonico in descendenti tantum, non vero in collateralis linea obseruari, L. R. L. I. art. 3. et 17. Conf. El. 18. P. III.

Maior quaestio oritur de eo, an de fideicomissio rerum mobilium quarta Trebellianica, siue eam Falcidiam quoad res singulares appellare velis, deduci possit? Qui hanc quaestione in genere negant, ad Authenticam Sed et

et in ea re, C. ad L. Falc. prouocant, LEYS. med. ad  
*P. sp. 405. med. I. MENCK. Dig. L. XXXVI. t. I. §. 9.*  
 KNIPSCH. d. L. c. 6. §. 165.

At, cum in Nouella CXIX.  
 cap. II. vnde authentica sumta est, disertis verbis quartae  
 detractioni tantum in rebus immobilibus a testatore alienari  
 prohibitis interdicatur, facile est intelligere, hanc legem  
 hic non pertinere, vnde, cum omnis regula infraacta ma-  
 neat in eo, vbi nulla exceptio eam debilitat, videtur no-  
 bis de rebus mobilibus fideicommisso familiae relictis  
 quarta deduci posse, quod et visum Seabinis huius vrbis,  
 super ea re mense Februario anni 1761. interrogatis. Nam  
 eti dicta lex propterea generaliori videri possit, quia ratio-  
 nem addit, non in immobilia solum bona, sed mobilia  
 etiam conuenientem, nempe, quod testator alienationem  
 prohibuerit, vnde colligunt, nec quartam demi posse, ta-  
 men haec ratio vera et efficax nullo modo esse potest, cum  
 ad detrahendam quartam Trebellianicam non omnino opus  
 sit, vt res fideicommissaria alienetur, quemadmodum nec  
 alia fideicommissa particularia, siue res singulares legata-  
 rio relictae, si diuidi nequeant, propterea alienari debent,  
 vt Falcidia detrahatur, verum aestimatio illius quartae  
 partis heredi a legatario offerenda est, l. 7. l. 80. in fin.  
 D. ad L. Falc. vnde nec ipsa detractione facta a fiduciario  
 proprie alienatio rei fideicommissariae dici poterit, nec,  
 si esset, sub ea alienatione, quam testator extra familiam  
 fieri prohibuit, comprehendendi posset. Cum igitur Impera-  
 tor in illa Novella falsa causa vñus sit, nostrum quidem  
 est, legi ob clara et expressa eius verba morem gerere,  
 sed eam ultra dilatare non debemus. Accedit, quod Fal-  
 cidiæ detractioni semper expresse interdici debeat, tacite  
 non possit, Nou. I. c. 2. §. fin. cur igitur hoc in Trebel-  
 lianica admittamus, quae fere eodem iure censetur? At  
 tamen testator procul dubio diserte prohibere potest, ne  
 ex fideicommisso familiae rei mobilis quarta deducatur,  
 dict. Nou. I. c. 2. quae interdictio et liberis fieri potest,  
 SAND. de prohib. alien. P. III. c. 8. §. 46. Quod si  
 ergo non interdixit, deducetur, sed deducent eam non  
 singuli postfatores fideicommissarii, ad quos temporis suc-  
 cessu res perueniet, verum primus tantum, quem fiduci-  
 arium appellemus. Hoc enim in omnibus fideicommissis,  
 quae in uno fideicommissario non acquiescunt, observatur,

*l. 47. §. I. l. 54. D. ad L. Falc, STRUVV, Synt. iur. ciu. ex. 36. §. 24. et MÜLL. ad h. l. Quae quantum ita sunt, ista tamen detractio non nisi salua imputatione intelligenda est, ita ut primus fideicommissi possessor, seu fiduciarius, imputet in Trebellianicam, non legatum quidem aut fideicommissum particularē, ipsis pleno dominio et absque vterioris restitutionis necessitate relictum, quam sententiam inter alios profligauit BACHIVS diff. de his, quae imputantur in quart. fiduc. sed fructus tamen, dum viueret, et fideicommissum familie possideret, ab eo perceptos, l. 18. §. I. 22. §. 4. D. ad SCT. Trebell. l. 8. §. II. D. de inoff. testam, unde consequitur, mortuo primo possidente fideicommissario, si tam diu vixit, ut ex perceptis fructibus saluam habeat quartam, eius heredes eo nomine nihil detrahere posse, sin minus, quod deficit, supplendum esse; exceptis testatoris liberis primi gradus, qui ex beneficio ZENONIS l. 6. C. ad SCT. Trebell. fructus non imputant.*

Ad petendam ab herede fiduciario vniuersitatē rerum mobilium gentilitio fideicommissio relictorum actio ex SCTo Trebelliano, §. 7. *l. de fideic. hered.* datur, vel, si maus, ex lego 4. D. ad SCT. Trebell. quam VLPIANVS l. 178. §. 2. *D. de V. S. persecutionem extraordinariam* vocat. Nam hereditatis fideicommissariae petitio nec datur aduersus heredem fiduciariū, nec ante factam verbis ab eo restitucionem, *l. I. l. 3. §. I. D. de fideic. her. pet.* HEINCC. Dig. P. II. §. 75. sq. NOODT ad Pand. L. VI. t. 2. Ad res singulares vero consequendas, praeter actionem personalem, et rei vindicatio, nec non actio hypothecaria competit, *l. I. C. comm. de legat.* non solum ad rem a possidente indebite alienatam redocandam, *l. 69. §. 3. - 77. §. 27. D. de Legat.* II. *l. 3. §. 3. C. comm. de legat.* sed etiam ad petendam eam, existente conditione fideicommissi, ab antecessore vel eius heredibus, *d. l. I. §. et haec disposuimus.* Reuocare tamen nequit successor, si simul heres sit alienatoris, *l. 114. §. 15. sq. D. de legat.* I. STRYCK de success. ab intest. diff. VII. c. 4. §. 21.

Finiri

Finiri fideicommissum rerum mobilium et dissoluū iam supra vidimus, aut defientibus in familia agnatis, aut re tractu temporis per vnum consumta, cum testator, rem, quae vnu teritur, fideicommisso familie subiiciens, ipse voluisse videatur, vt constituti fideicommissi aliquis terminus sit, cf. l. 22. §. 3. D. ad. SCt. Trebell. Reliquos enim finiendi modos, inter fideicommissa rerum mobilium et immobilium communes, iam silentio praeterimus.

## III.

## De conditione immodici foenoris.

(d. a. 1765.)

**I**mmodicum foenus, quod olim in republica Romana varias turbas et seditiones peperit, LIV. L. VI. c. 14. L. VII. c. 27. 42. L. XXXV. c. 7. APPIAN. de bell. ciu. L. I. TACIT. Annal. L. VI. c. 16. nunc quoque nisi lege cohibeat, terris et ciuitatibus perniciem minitatur, quippe fouet auarorum libidinem, et pauperes facultatibus exuit, v. Sæchs. Banqu. Mand. §. 2. Hinc fere omnium gentium legislatores foeneratorum improbitatem coercere studuerunt, modum usurarum, pro ut consentaneum videatur, temperantes. Constat, lege XII. tabb. et Duillia foenus vinciarium permisum fuisse, TACIT. Annal. L. VI. c. 16. GOTHOFRED. ad Leg. XII. tabb. AVGVS-TINVS de LL. his vocibus, NOODT de foen. et usur. L. II. c. 4. mox lege Manila semiunciarium factum, TACIT. l. c. post Genucia plane sublatum, LIV. L. VII. c. 41. fuccessu temporis vero cum, iterum restitutum, usque ad centesimam usuram creuisset, hanc IVSTINIANVS in tractitia tantum pecunia et speciebus, i. e. fructibus creditis, NOODT d. l. cap. 8. seruauit, in reliquis pro varia creditorum conditione vel ad trientem vel ad bessem vel denique ad dimidiam centesimae reuocauit, l. 26. C. de usur. imperatores denique Germanici ad quincentes reduxerunt, Rec. Imp. de a. 1500. t. 31. Ref. pol. de a. 1548.

1548. t. 17. de a. 1577. t. 17. et Rec. imp. de a. 1654. §.  
 174. quod imprimis in Saxonia electorali obtinet, *Constit.*  
*de a. 1550.* t. von Wucherern. *Constit. de a. 1555.* t. vom  
*Wucher. Mand. de a. 1529.* *Ordin. Torgau. de a. 1585.*  
*t. vom Wucher,* exceptis cambiis, in quibus semisses to-  
 lerantur, in multis vero aliis Germaniae locis vel nouis  
 legibus constitutum, vel vsu receptum est, vt in vniuer-  
 sum de sextantibus conuenire liceat, *STRYCK. Vf. mod.*  
*L. XXII. t. I. §. II. et de caut. contract. sect. 2.*  
*c. I. n. 25.*

Quaecunque igitur sint legitimae vsurae, hoc certum  
 est, quas ultra modum legibus positum tibi stipulatus sis,  
 eas te actione petere non posse, sed agentem exceptione  
 rei iure prohibitae repelliri, l. 9. l. 20. l. 29. *D. de vfur.*  
*l. 15. l. 16. C. eod. l. 8. C. si cert. pet. nec minus cer-*  
*tum est, varias poenas in hartum legum temeratores con-*  
*stitutas esse,* *LAVTERB. Coll. Pand. L. XXII. t. I. §.*  
*30. MYLL. ad Struu. Synt. I. C ex. 27. §. 54. n. l.*  
 Sed id nondum satis conjectum videtur, an et quomodo  
 vsuras ultra modum iam soluras debitor repetere possit,  
 de qua re, age, pauca videamus.

In quo quidem sine dubio principalis quaestio conti-  
 netur eo, possintne datae ultra modum vsurae repeti?  
 Plerosque ICtorum audies dicere, aut repeti eas, aut forti  
 imputandas esse, *STRV. Synt. I. C ex. 27. §. 54.*  
*CARPZ. P. II. c. 29. def. 4. MENCK. Pand. L. XXII.*  
*t. I. §. II. LAVTERB. l. c. §. 24. STRYCK. Vf. mod.*  
*cod. L. et t. §. 47. WERNH. Obf. for. T. I. P. V. obf.*  
*201. §. 4.* Sed vel errant meo iudicio vel rem per se  
 veram non satis accurate eloquuntur. Ego enim in ea  
 sum opinione, vt viuras illegitimas, si semel datae sint,  
 a debitore nunquam reuocari posse, putem. Quidni ergo?  
 Lucrabiturne creditor, quod accipere iura prohibe-  
 bant? Neque hoc dico. Nam eti vsuras ultra modum  
 datae non repetuntur, tamen semper forti sunt imputandae.  
 Solam igitur conditionem **V S V R A R V M** nego. Erat  
 enim hoc iure veteri in vniuersum csumtum, vt, si quis  
 vsuras indebitas, v. g. quas non stipulatas fuerat, solue-  
 ret, reuocare eas nullo modo posset, l. 26. pr. *D. de*  
*cond.*

cond. indeb. l. 3. C. de usur. cf. l. 24. D. de praescr.  
 verb. PAVLVS L. II. sent. t. 14. §. 1. Hinc igitur fac-  
 tum, vt nec eae, quae ultra, quam ex legibus debeban-  
 tur, solutas erant, repeti a soluente possent. VLPIA-  
 NVS d. l. 26. D. de cond. indeb. clarius quam vt dubitari  
 possit. Si quis, inquit, usuras supra legitimum modum  
 soluit, D. Severus rescriptis, (quo iure vitetur) REPETI  
 quidem NON POSSE, sed sorti imputandum, et Imp. IV-  
 STINIANVS diserte l. 26. §. 1. C. de usur. Si quis,  
 ait, contra constitutionem aliquid usurarum acceperit, in  
 sortem hoc imputare compelletur, h. e. quantum creditor  
 usurarum nomine ultra modum legitimum accepit, tantum-  
 dem de sorte detrahitur, et debitor eo minorem sortem  
 soluit. Vides igitur, diversa esse, datas usuras repetere  
 et sorti imputare. Hoc solum licet, illud neutquam con-  
 cessum. Quid vero, si debitor non usuras solum, sed ipsam etiam sortem eamque totam iam soluit? Videtur  
 enim tunc imputatio amplius fieri non posse. Sed nihil  
 omnis tamen, quod modum usurarum excedit, in sortem  
 imputabitur, et repetetur, modo non vt usurae, sed  
 vt fors, vel pars sortis, quae per hanc ipsam imputatio-  
 nem his soluta videtur, adeoque vna vice restituenda est.  
 Audias eundem VLPIANVM d. l. 26. Si postea sortem  
 soluit, sortem quasi indebitam repeti posse, proinde et si  
 antea fors fuerit soluta, usurae ultra legitimum modum  
 solutae quasi fors indebita repetuntur. Quid? si simul sol-  
 urit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere.  
 At obesse in hac specie videtur PAVLVS, qui, L. II.  
 rec. sent. tit. 14. §. 2. Usurae, inquit, supra centesi-  
 man solutae sortem minuant, conjunta sorte repeti pos-  
 sunt, et lex 18. C. de usur: Indebitas usuras, etiam si  
 ante sortem solutae fuerint, licet post sortem redditum cre-  
 ditori fuerint datae, exclusa veteris iuris varietate repeti  
 posse, perpenfa ratione firmatum est. Sed neuter obest,  
 modo, memor mox dictorum, cogites, usuras datas repeti  
 quidem posse, et si non vt usuras, tamen vt sortem.  
 Quapropter neque taxandus erat a CVIACIO ad d. l. Pauli  
 interpres ANIANVS, de iis tantum usuris locutus, quae  
 centesimali non egrediuntur; neque placet sententia  
 NOODTII, viri alias doctissimi, de foen. et us. L. II. c.  
 13. qui Imp. PHILIPPUM in d. l. 26. C. de usur. hoc  
 noui

noui constituisse putat, ut vslurae tanquam vslurae repetentur. Id enim ex dicta lege colligi nequit, cum tantum in vniuersum dicat, repeti posse. Sed repeti posse, iam ante Philippum ex rescripto Seueri receptum erat, l. 26. D. de cond. indeb, vnde ille nihil noui fecit, nisi forte dicere velimus, eum id, quod antecessor in singulari species rescriperat, et vslus fori ad alias species produxerat, generaliori lege confirmasse, eoque sopluiisse illam iuris veteris varietatem, qua lCti ante receptam in foro Seueri sententiam fluctuantur.

Si causam quaeris, cur vslurae non vt vslurae, verum vt fors repeti queant, inuenies in eo, quod iam diximus, nullum creditorem vsluras, quas indebita soluerit, modo sint fortis debitae, reuocare posse. Huius autem iuris rationem in eo mihi reperire videor, quod vslurae inter fructus connumerantur, l. 34. D. de vslur. l. 62. pr. D. ad L. Falcid. l. 24. D. de vf. et vslfr. fructus vero qui percipit, percipiendo fit dominus eorum, §. 36. l. de rer. diu. l. 26. §. l. l. 61. §. 8. D. de furt. l. 25. §. 1. D. de vslur. l. 2. §. 5. D. de vslfr. et quenaad. vnde manifestum est, vsluras creditori solutas et ab ipso acceptas in eius dominium peruenisse, adeoque condici a debitorē non posse, potius retinentur a creditore vi dominii. Quae vero insit vtriusque rei diuersitas, infra apparebit. Sapienter itaque et legibus admodum accommodate constituit legislator Saxonie, cum sextum vslurae florenum, qui antea acceptus a creditore aerario publico inferendus erat, Land- und St. Steuer-Muschr. de a. 1628. et Steuer-Resol. de a. 1647. ad exemplum juris romani in sortem imputari voluit, Banqu. Mand. de a. 1724, §. 2.

Videamus nunc, solutae ultra modum vslurae quanam actione vt fors repeti possint? Cuius rei duplex responsio erit, facilior altera, altera difficilior, ipso forte vel residua vel iam soluta. Quodsi enim debitori, sorte nondum reddita, usurarum tantum soluit, vt, quod ultra leges datum sit, illam nondum solutam aequet, facile perspici potest, minuta sic sensim forte, tandemque extincta, posse creditorem ad liberandum ab obligationis vinculo reddendumque chirographum, aut nexum pignoris soluendum a debitorē

tore conueniri; et similiter, si non tota fors, sed pars tan-  
tum hoc modo consumta sit, pro ea parte crediti. Solu-  
tione enim eius quod debetur, quomodounque ea fiat,  
**omnis obligatio tollitur, pr. I. quem. obl. toll.** Verum  
enim vero, si solutae sint et vñsurae et fors ipsa soluta, qua-  
nam actione id, quod vñsuratum nomine iusto plus datum,  
fortique imputandum erat, repeti possit, non adeo expedi-  
tum videtur. Non dubito quidem, hoc legentibus statim  
condicione indebiti animus subitum esse, qua plerique  
Iusti dicunt, illam repetitionem fieri posse, STRYCK. VJ.  
mod. L. XXII. t. I. §. 47. MENCK. Pand. Lib. et tit. eod.  
§. II. LAVTERB. Coll. Pand. L. et t. eod. p. 24. et 29.  
CARPZ. P. II. C. 29. def. 4. n. 3. Cui sententiae et ego  
lubenter assentire, nisi variis grauissimisque difficultatibus  
eam premi viderem. Nam primo, qui condicione indebi-  
ti agit, id repetit, quod ex errore soluit, l. 7. C. de  
cond. indeb. l. 1. §. 1. l. 31. l. 47. D. eod. Errorem vero  
vel iuris esse vel facti constat. Jam vero in quali errore  
eum constitutum putemus, qui vñsuras ultra modum legibus  
determinatum soluit? Num in errore iuris? ignorans forte,  
hunc terminum iura foeneratoribus posuisse, ne plures ac-  
cipere liceat? At **omnis** in iure error a condicione indebi-  
ti excluditur, l. 10. C. de iur. et fact. ign. l. 9. C. ad L.  
Falc. l. 6. l. 7. C. de condic. indeb. quippe qui semper no-  
cat, l. 2. l. 3. l. 9. pr. §. 5. D. iur. et fact. ignor. l. 12. C.  
eod. et in iure errans pro scientie habetur, d. l. 9. C. ad L.  
Falc. qui autem indebitum sciens soluit, non repetit, sed  
donasse censemur, l. 9. C. de cond. indeb. l. 1. §. l. 62. D.  
eod. l. 13. D. de R. I. Inprimis vero, qui, quamvis ex-  
ceptione tutus, tamen soluit, condicione indebiti non vi-  
tatur, l. 26. §. 3. D. de cond. indeb. ergo nec is, qui vñsuras  
soluit, securus exceptione prohibitionis publicae et vñsurae  
prauitatis. Necesse itaque est, vt dicamus, vñsuras  
immodicas soluentem condicione indebiti instituta in er-  
rore facti esse! At vero, quomodo is in errore facti ver-  
fari videatur, qui, et si sciat, se v. g. centum aureorum  
fortem ex fyngrapha debere, quique non ignoret, aut  
ignorare non debeat, l. 12. C. de iur. et fact. ign. plus,  
quam quincunxes vñsuras a se exigi non posse, tamen se-  
misses soluit? Hoc vnum excipa, si credit, se centum  
et viginti debere, in qua tamen specie non vñsurae reproba-  
tae,

tae, sed licitae, maiores tamen, quam debitae soluntur. Deinde, ut conditio indebiti locum habere possit, opus est, ut quod indebite soluitur, ne naturaliter quidem debeatur, *L. 47. D. de cond. indeb.* LAVTERB. d. I. L. XII. t. 6. §. 9. 13. 14. BERGER. *Oec. iur.* L. III. t. 6. §. 7. n. 2. at viuræ ultra quinques promissæ, nisi admodum acerbae sint, iure naturali, quo omnis obligatio, neque deum neque alios homines laedens, valida est, non illicitæ videntur, CARPZ. *Ipr. eccl.* L. II. t. 319. LAVTERB. d. I. L. XXI. t. I. §. 10. sed iure tantum ciuili prohibite sunt. Quid? nec hoc semper interdictas fuisse, ab initio vidimus. Inde necesse est, ut conditionem indebiti ab hac re plane arceamus, quod et LEYSER *Med. ad Pand.* jp. 148. med. 6. fecit.

Neque est, quod conditione ob turpem causam agi posse putes. Etenim, quamvis turpe sit, accipere legibus repugnantibus, tamen illegitimæ viuræ non accipiuntur ob turpem causam, sed ob causam mutui, factaque stipulationis, legibus haud interdictam.

Relinquitur ergo, ut conditione fine causa agatur. Nam et si viuræ, quas debitor soluit ex stipulatione, semifides, septunes, belles et sic porro, non sunt absque ratione apud creditorem, subest enim causa implendae fidei et promissionis, tamen non idem est de forte, potius, quandounque fors, ut ait PAVLVS *L. II. recept. sent. t. 14. §. 2.* viuris supra modum solutis consumpta est, et tamen nihilominus eiusmodi viuræ porro dantur, creditor imputatione continuata bis accipit fortem, sive totam sive ex parte, quarum una penes eum est ex causa mutui, altera vero absque ulla ratione; unde iterum videmus, sapienter veteres de imputatione in fortem facienda constituisse, cum, nisi hoc fieret, nulla plane conditio foret. Nisi forte velis huic actioni nomen singulare tribueret conditionem *quasi indebiti* vocare, cuius auctorem VEPIANVM dicere possis, qui in *L. 26. D. de cond. indeb.* admodum sibi cauens, ne fortem, quae repetitur, indebitam vocet, (quod nouum est aduersus conditionem indebiti argumentum) eam solummodo *QVASI INDEBITAM* reuocari posse ait.

At vero, quo facilius forte nunc, cum actionem edere non opus sit, scrupulosa nominis inuestigatione carere possumus, eo maius operae pretium videretur, de eo quererere, an ad heredes pertineat? Et primo quidem debitoris, qui vñuras ultra leges soluit, heredibus repetitionem dari, eo minus dubium esse potest, cum in vniuersum omnes actiones, nisi ad meram vindictam accommodatae sint, heredibus competere, certi iuris sit, *§. I. I. de perp. et temp. att. HEINECC. ad h. l. et Inst. L. IV. t. 12. §. 1273. l. 37. D. de acqu. vel om. her.* fuerunt namque in bonis defuncti, qui, quum actionem ad recuperandam habebat, ipsam rem habere videbatur, *l. 15. D. de R. I. ex heredis autem persona condicio obligationis non mutatur, l. 2. §. 2. D. V. O.* At vero, num contra heredes quoque producenda sint? ambigitur. Negandum videatur propterea, quoniam diminutio fortis, per vñurarum solutionem facienda, est genus poenarum aduersus improbos foeneratores constitutarum, quo forte vel eius partem amittant, pro modo cupiditatis, facultates suas illegitimis vñuris locupletandi, *§. I. I. de perp. et temp. att.* Sed nihilominus aduersus heredes agi posse putamus. Etenim primo omnis actio personalis h. e. condicio, *HEIN. Ant. iur. L. IV. t. 6. §. 31.* aduersus heredes competit, *LAVTERB. d. l. L. XLIV. t. 7. §. 54.* siue ex vero siue ex quasi contractu oriatur, *l. 12. l. 49. D. de o. et a.* ex quo posteriori genere et nostra vñurarum repetitio nata est. Deinde rem persequitur, id nempe, quod per iniustam foenoris solutionem e patrimonio debitoris abest, quae vero actiones rem persequuntur, eae contra heredes porrigitur, *HEIN. Dig. P. VI. §. 390. not.* Denique fac, imputationem in forte in poenam foeneratorum effictam esse, tamen et poenales actiones, si mixtæ sint, i. e. simul rem persequuntur, contra heredes in tantum dari nouimus, quantum ad eos peruenit, *l. 44. D. de R. I. l. 13. pr. D. de vi et vi arm. l. vn. C. ex del. def.* iniustum enim lucrum et successoribus extorquendum est, *d. l. 3. pr. l. 35. D. de o. et a.* Itaque et haec actio sic contra heredes dabitur, vt reddant *id*, quo locupletiores facti sunt acceptis a defuncto illegitimis vñuris. Quodsi ergo nihil ad eos peruenit, v. g. si defunctus solutum sibi foenus mox alii donauerit, non restituent. Si plures

plures sunt heredes, tenebuntur pro rata hereditatis, *l. I.*  
*C. si vn. ex plur. hered.* Sed quid si, soluta nondum a debito forte, verum datis tot illegitimis usuris, ut fortē attingant, heredum vnuſ in familie divisione hanc fortem, inscius illius rei, sibi totam adjudicari passus fuerit, et in portionem suam referri? Tenebitur in solidum, an vero pro hereditatis portione? Sed magis videtur, in posterioremodum obligari, quia lucrum, quod defunctus ceperat, uniuersam hereditatem auxit, adeoque et ad reliquos heredes pars eius peruenit, qui tanto plus ex certis rebus hereditariis consequentur, cf. *MULL. ad Stru.* *S. I. C. ex. 46. §. 82. not. a. III. sq. et v.* Sed quid de heredis herede dicamus? Videtur et hic reddere deberet, siue antecessor consumserit, siue cum priori hereditate ad eum transfrulerit; sufficit enim, semel ad proximum heredem peruenisse, ut actio perpetua sit, *l. 17. D. quinet. c.*

Sed ne, quod fere caput in tota hac disputacione esse debebat, omisissi videamus, restat, ut de usurarum ultra modum solutarum computatione, earumque in forteſſatione pauca addamus, quo intelligamus, quantum sit, quod debitor a creditore reuocare possit. In quam rem ante omnia hoc diligenter tenendum est, usuras ultra legem solutas fortem non ipso iure minuire aut delere. Id enim nuspiciam constitutum inuenimus, quemadmodum v. g. solutione, vel acceptatione aut compensatione debitum tollitur, *l. 45. D. de sol. et lib. STRV.* *S. I. C. ex. 46. §. 67 l. 4. D. l. fin. pr. C. de compens.* Et quomodo quaeſo id, quod debitor creditori claris verbis ut usuras soluit, ipso iure in forteſſatione datum videatur? niſi aliquid superueniat, ex quo hoc colligi possit. Neque leges dicunt, usuras supra modum datus per hanc ipsam dationem in forteſſatione solutas videri, sed ut supra vidimus, hoc tantum: *Imputandum esse in forteſſatione, quicquid usurarum nomine ultra leges datum sit, id quod differtis verbis et VLPIANVS l. 26. pr. D. de cond. indeb. et IVSTINIANVS l. 26. C. de usur.* dicunt. Imputatione itaque opus est, quae factum aliquod imputantis requirit, adeoque ipso iure fieri nequit. Factum hoc VLPIANVS dicit debitoris esse, IVSTINIANVS creditoris. Sed magis est, debitoris dicere, qui solutarum

lutarum usurarum rationes ducit, et quod plus se dedisse  
 videt, ex usurarum tabulis in sortis computum refert, et a  
 capite subducit. Quemadmodum, si in hereditate quic-  
 quam in legitimam imputatur, hoc non ipso iure sit, sed  
 potius legitimam solutus calculos versat, et computum  
 init, inuestigandi causa, quantum sit, quod debitam alias  
 legitimam minuere possit, l. 29. l. 30. §. 2. C. de inoff-  
 test. Neque est quod PAVLVM L. II. sentent. t. 14. §. 2.  
 obesse putas, qui usuras ultra centesimam solutas forte  
 minuere dicit. Nam minuant profecto, at non ipso iure,  
 sed facta demum imputatione, quod bene intellexit eius ve-  
 tus interpres ANIANVS, cum dicta verba ita interpretatur:  
 de capite debiti subtrahitur; fere, vt legata ex lege Falcid-  
 ia minui dicuntur, l. 36. pr. C. eod. l. 15. §. 7. l. 25.  
 §. vlt. D. ad L. Falc. l. 21. §. 1. D. de ann. leg. et  
 enim neque hoc sit ipso iure, sed imputando et subducen-  
 do, l. 18. D. de tēsam. mil. dum heres initis rationibus  
 id calculo assequitur, quartam sibi saluam non fore, ac  
 propterea, quod sibi deest, de legato subducit. Sic et pec-  
 culium legatum minuitur non ipso iure, sed tum demum,  
 cum heres detrahit, quod seruus domino debebat, l. 6.  
 §. 4. D. de pecul. leg. Ex his igitur, quae diximus, ef-  
 ficitur, eos petidores ampliorem, quam iura permitunt,  
 postulationem facere, qui, condicendo usuras ultra modum  
 solutas, ita rationes ineunt, vt, quod primo anno plus usur-  
 arum nomine solutum est, statim de capite subtrahant, et  
 mox sequenti anno eo minorem forte ac pro modo sic de-  
 minutae sortis minores etiam usuras se debuisse putant, et  
 ita calculos continuantes intra paucos annos forte con-  
 sumtam dicunt. Sors enim ante non minuitur, quam debitor  
 das per aliquod tempus supra modum usuras in  
 eam imputauerit, h. e. dixerit, se detrahere eas a sorte  
 velle. Sic igitur potius ratio ineunda est, vt v. g. sextus  
 usurarum thalerus quotannis solutus tamdiu computetur,  
 donec ad id tempus perueniat, quo debitor reminiscens,  
 se foenus iusto maius soluisse, creditorem monuit, ani-  
 mumque de in forte imputando declarauit. Summa ita-  
 que inde effecta, non maior, ab integra sorte deducenda  
 est, ita, vt si v. g. de forte centum thalerorum per singulos  
 decem annos sex thaleri foenoris nomine soluti sint, ex-  
 eunte decimo anno imputatione facta, adhuc fors nonaginta  
 debe-

debeat. Cui rei nolim IUSTINIANI verba l. 26 C. de usur. obstat ex istis: *Principale debitum AB INITIO ea quantitate minuetur, ut tam minuenda pars, quam usurae eius exigi prohibeantur.* Nam eo loco non de usuris a debitore ultra modum solutis loquitur, sed de parte fortis, a creditore ab initio statim in fraudem legis retenta.

Quid tandem de eo dicamus, num creditor, quod usurarum nomine legibus repugnantibus accepit, cum usuris reddere debeat, an vero sine iis? In quo statim intelligimus, si tanquam usurae repeterentur, omne quod inter est denegendum fore, cum foenoris nullae sint usurae, ne que ex stipulatione, neque ex mora, l. 29. D. l. 28. C. de usur. l. 3. C. de usur. rei iud. l. 20. C. ex qu. cau. inf. irrog. l. 26. §. 1. D. de cond. indeb. atque adeo possit videri, ne etiam, imputatione in fortem facta, imputatae summae usurae debeantur, cum et id iure prohibitum sit, usuras in fortem redigere, ac inde nouas usuras petere, d. l. 28. C. de usur. At vero, quemadmodum hoc de iis tantum usuris verum est, ex quibus, a debitorum nonnullum solutis, noua fors efficitur, contra vero suspiciam interdictum sit, solutas usuras creditori denuo mutuo dare, et nouam ex iis fortem fieri, LAVTERB. Coll. Pand. L. XXII. t. I. §. 28. BRVNREM. ad l. 28. C. de usur. MEV. de leu. inop. deb. c. 4. n. 29. ita et recte dicemus, ex usuris ultra leges solutis, tanquam noua forte usuras moras iure postulari, ab eo nempe tempore, quo imputatio a debitorum facta est, h. e. nisi voluntas alio modo declarata sit, a die institutae actionis; sere ut solutae a fideiussore usurae ratione debitoris principialis fors esse videntur, adeoque ab eo cum usuris repetuntur, MEV. P. V. dec. 85. n. 4. Vnde nouum oritur argumentum pro eo quod immodicum foenus retinacis conditione sine causa agere debeat, indubitate experiri non possit, quippe cum in hac, si pecunia condicetur, eius nullae omnino usurae peti queant, l. 1. C. de cond. indeb. LEYSER. med. ad. Pand. sp. 148. med. 9. in conditione autem sine causa, hoc prohibitum non legimus.

F

Haec

Haec omnia, quae diximus, mirifice illustrantur sententia, lata a Suprema Curia, quae Lipsiae est, anno 1759. inter actorem S. et heredes defuncti P. Accipiat nempe creditor eiusque mater heres ex chirographo viuras semifuses, soluta vero sortis parte de residua quincunces cum foenore semiunciario, at hoc herede etiam mortuo. unus ex eius porro heredibus, ad quem sors illa residua peruererat, eam postea exegit, interea solis viuras quincuncibus contentus. Repetebat igitur debitor ab hoc postremo totam sortem propterea, quoniam dato eius antecessoribus foenore illegitimo, minutisque sic sensim sensimque cum ipsa sorte viurus, illa dudum extincta fuerit et consumpta, adeoque sine iure bis soluta. At cohibuit Curia eius cupiditatem, sic iudicans: Würde Kläger, daß J. A. P. wegen des libellirten Capitals derer 200. Thl. vom Jahre 1716. bis 1719. und nach seinem Tode dessen Mutter und Erbin J. S. P. vom Jahr 1720. bis mit 1728. sechs pro Cent Interesse, auch als in nürgedachten Jahre 1728. 57. Thl. 3. gr. auf das Capital abschlägig entrichtet warden, ferner bis mit 1734. von dem Rückstande derer 142. Thl. 18. gr. eben so viel Interesse und endlich vom Jahr 1735. bis 1738. 5½ pro Cent an Zinsen alljährlich von ihm bezahltien lassen, vermittelst Eides erhalten, so ist Beklagter des beschobenen Einwendens ungeachtet dasjenige, so besagte P. und erwähnter ihr Sohn die vorberührte Zeit über mehr als das landskliche zu 5. von hundert gerechnete Interesse erhalten, nebst dem Interesse moraes von Zeit den erhobenen Klage an zu seinen vierten Antheile Klägern zu erstatzen schuldig; dagegen des lektorn übriges Suchen nicht statt hat; his mota rationibus: Dieweil die Uebermase derer Interessen ein zinsbares Capital ipso iure nicht vermindert, sondern dazu die imputatio in sortem, per solutionem iam extinctam, nec amplius existentem, als ein factum debitoris per l. 26. pr. D. de cond. iudeb. erforderlich wird, dessen hingegen Kläger, nachdem das rückständige Capital auf Beklagtens Ehegenossin in ihrer Mutter Erbschaft gefallen, sich nicht bedient, sondern einen zinsbaren Capitalrest schuldig verbliessen, den er ferner mit 5. pro Cent verzinset, wammenhero, daß ein geringeres Capital mit wenigern zu verzinsen gewesen, nicht zu behaupten; über dieses 142. Thl. 18. gr. als ein Rückstand ohne Protestation völlig bezahlet

zahlet, und solchergestalt von der *imputatione in sortem* abgestanden worden, folglich mehr nicht, als was vom Jahr 1719. bis 1738. *ultra legitimam usurarum quantitatem* Kläger bezahlet, quasi sors indebita soluta wieder zu fordern, so aber Beklagten nicht allein, sondern auch S. S. v. drey übrige Erben angehet, endlich seit dem Jahr 1738. da übermäßiger Zins, so lange das Capital nicht getilgt ist, per d. l. 26. pr. D. de cond. indeb. nicht repetiret werden kann, keine Verjährung abgelaufen; ic.

## IV.

De diuerso genere remedii syndicatus in Camera Imperii, illiusque in ipsas sententias effectu.

(d. a. 1768.)

**I**nter auxilia, quibus partes litigantes, quando sententia lata displicet, uti queunt, commemoratur etiam *remedium syndicatus*, quo in primis aduersus iudicem dolo malo iudicantem agitur; quod quamvis non adeo frequens, tamen nec hodie sublatum esse, testatur MENCKEN. *Pand. L. XLIX. t. 8. §. 69.* IO. ANDR. HOFFMANN teutsch. Reichs-  
Procur. *T. I. cap. 47. §. 910.* GE. LVD. BOEHMER. in *diss. infra laudanda* §. ult. ESTOR. Reichs-Proc. *P. I. §. 1644.*  
*et 1645.* MOSER. Staats-Archiv. *P. I. p. 21.* BARTH. *dif- fens. 328.* quapropter EVSTACH. IO. BECKER Proc. iudic.  
cap. ult. no. 62. querela de reuocando eius visu facile super-  
federe potuisset. Sit potius gratia diuinae clementiae et  
iudicium hoc seculo virtuti ac temperantiae, quod raro vel  
nunquam syndicatu contra eos agi audiamus. Etenim hoc  
iuris remedium in primis eo a reliquis disert, quod illo non  
aduersarius, sed ipse index petatur, neque adeo contra  
hunc aliter adhiberi queat, nisi dolo malo, accepta forte  
pecunia aut vindicta aliaue iniusta causa commotus, senten-  
tiam malam tulerit, quae siue ipsis legibus repugnet, siue  
a iustitia agitatae inter litigantes cauiae aliena sit, *t. 15.*  
*§. 1. D. de iustic. l. 6. D. de extraord. cogn.* MENCK. *l. c.*  
STRV. *S. I. C. Exerc. 50. §. 30. et MÜLL. ad h. l. item*  
*ad Ex. 7. §. 40.* LAVTERB. *Coll. Pand. L. XLIX. t. 8.*  
*§. 10.*

§. IO. PYFFENDORF. *introd. in proc. ciu.* P. IV. c. 7.  
 In primis vero hoc remedium inter illa pauca reperitur, quibus in Camera Imperii litigantes vti queunt, BLVM. proc. cam. t. 79. §. 3. RÜTTER. *iure iudic.* imp. P. I. L. 2. §. 426. 467. 478. BOEHMER. *diss. cit.* data hac ipsis potestate per Rec. Imp. de ao. 1532. tit. 3. §. 17. cum fine dubio istius aetatis exempla maiorem eiusmodi suspicionis, aduersus Cameram capienda, occasionem suppeditarent; quam nostra tempora patiuntur, quippe quae solam possibilitatem huius remedii relinquere, omnem probabilitatem repellere videntur. Nulla igitur animi humani imbecillitas, nullus error, nulla temeritas opinionis, neque adeo commissa forte culpa, vel ignorantia iuris, remedium syndicatus dignit, sed solus dolus, ac fraus, neque porro pars litigans favorabilem sibi sententiam defendet, sed ipse eius auctor syndicatu vtenti respondere, seque ab imputato crimen tueri cogitur. In quo quemadmodum omnes interpres conspirant, egoque cum ipsis, ita e contrario id semper mihi dubium visum est, an hoc remedium syndicatus solum indemnitatē a iudice consequendam pariat, salua doloſa sententia; an vero etiam hanc ita rescindere poslit, vt pars litigans, in cuius fauorem lata erat, commodum exinde non sentiat, quod plerique negant, victorem in possessione bonorum, per iniustam sententiam sibi acquifitorum, siue potius redemptorum, tuentes, solum iudicem victo ad indemnitatē praestandam condemnantes, RÜTTER. l. c. §. 467. PYFFENDORF. l. c. §. 1. SEYFARTH. deutsch. Reichs=Proceß c. 25. §. 9. In primis autem in hac sententia versatur GE. LVDOV. BOEHMER. *iu diss. de re medio syndicatus aduersus sententias Camerae Imp.* cap. 2. §. 12. sq. quem virum eti ego cum omnibus, qui iurisprudentiam amant, ob incredibilem eius scientiam magni facio, tamen non dissimulor, me in ea siue haeresi siue opinione esse, vt syndicatus remedio non omnem in ipsis sententias vim denegandam putem.

'In cuius rei ostendenda primordio praeprimis monendum censeo, discrimen esse faciendum inter remedium syndicatus, quod statim ab initio intra legitimū tempus a lata sententia interponitur, siue cum ipso reuisionis remedio coniungatur, siue absque hoc separatum instituatur, et illud,

¶ 3

quod

quod coepit sola sine syndicatu revisione ex hac quasi nascitur, et ea deum instituta suscipitur, non minus quidem sejunctum a revisione, sed serius tamen, non ab initio. Etenim necesse est, ut syndicatus remedium bisariam diuidamus, 1) quod ab initio interponitur, et quidem vel a) coniunctum cum revisione, vel b) separatum sine ea, utrumque instituendum intra fatale quatuor mensum, 2) quod non ab initio, sed quando libet suscipitur, nulli omnino fatali subiacens. Illa igitur prioris generis altera specie (nam in prima ipsa revisio ad sententiae correctionem prodet) dico, sententiam rescindi posse, posteriori generi non posse, cum hoc magis ad indicium syndicatus criminale vel ad actionem syndicatus accedere dixeris. Fundus illius distinctionis reperitur in Ordinatione Camerali de ao. 1555. tit. 53. et in ea de ao. 1613. sive potius in *Concept der Cammer-Gerichts-Ordnung* tit. 63. in *SCHMAVSSIL Corpore iuris publ. pag. 697. sqq.* Quemadmodum enim certo certius est, ab origine Cameræ Imperialis contra sententias in hoc supremo iudicio latas nullum omnino, post solum syndicatus remedium, Recessu imperii de ao. 1532. art. 3. §. 17. primo inuentum, obtinuisse, sic idem remedium, potquam non amplius solitarium erat, data etiam litigantibus revisione, tamen non abrogatum, sed seruatum potius, et in singulis Ordinationibus modus procedendi in syndicatu antiquis demo praescriptus est; id quod tum ipsae inscriptiones titulorum de Reuisione et Syndicatu ostendunt, tum imprimis haec verba tit. 63. des Camm. Ger. *Concepts princ.* et quae sequuntur, luculentiter demonstrant: Wo einige Partey hinsichter vermeint, daß sie durch Cammer-Richter und Besitzer beschwehret, und ungerechte und nichtige Urtheil wider sie gepronchen und eröffnet, und darüberhin dachte um Straff ungerechter Richter oder Reformation und Besserung solcher Urtheile anzuhalten, daß derselben Partey solches zu thun zugelassen seyn soll. Non igitur dubium est, posse grauatum sententia dolosa remedium syndicatus iusto post publicationem tempore sponte instituire, sive separatim, sive coniunctum cum revisione, quod nempe tunc fieri potest, si vixus mox post latam sententiam comperiatur vel saltim credit, se non imperitia aut errore iudicis, sed eius inuidia, auaritia et dolo oppressum esse, quod ipse BOEHMER. l. c. §. 22. sqq. et 26. sqq. fatetur, et recte aduersus

IO. "GRAVIVM, hoc syndicatus remedium ad reuisionis similitudinem intra quatuor mensium spatium a publicata sententia hodie interponendum esse, ostendit. Et prosector vix de eo dubitari potest, cum modus procedendi, in Recessu Imp. de ao. 1532. circa syndicatum propositus, in Ordinationibus Cameralibus non solum non abrogatus, sed etiam diserte repetitus, et reuisionis remedio per omnia aequiparatus sit.

Dixi, syndicatus remedium posse, a grauato per sententiam vel separatim interponi, vel cum reuisionis beneficio coniungi. De separata vtriusque interpositione si quis, lecto capite secundo supra allegatae doctissimae dissertationis BOEHMERI dubitet, quod vix fieri posse puto, cogitet, viguisse syndicatus remedium, antequam vila reuisionis interpositio partibus liceret, R. I. de ao. 1532. l. c. et solitarium tunc fuisse contra sententias camerae remedium, audeat porro Ordinationem Camerae de ao. 1555. tit. 53. §. 1. Recepsum disputationis Spirensim de ao. 1557. §. 23. et Concept der Cammer-Gerichts-Ordnung P. III. t. 63. princi. §. 8. et 9. vbi, quando de remedii litigantium aduersus sententias dicuntur; syndicatus a reuisione diligenter fecernitur. Sed coniungi etiam vtrumque posse, tum ESTOR. Reichs-Proc. To. I. §. 1641. et IO. ANDR. HOFFMANN deutsch. Reichs-Proc. To. I. §. 900. tum BOEHMER. l. c. §. 21. vidit, et verbis des Concepts der C. G. Ordn. l. c. §. 18: Dieselbe Parthey soll in so hem Fall jederzeit sich nicht allein der Revision zu gebrauchen, sondern auch Fug und Macht haben, die Urtheiler ad syndicatum zu stellen, confirmata. Vnde etiam haec coniunctio uno libello fieri posse, mihi, quamuis repugnante BOEHMERO l. c. videatur, cum, quod leges non vetant, neque nos facile prohibere debeamus. Neque prosector absorum aut infrequens est, plura remedia aduersus unam sententiam coniungere, quod saepius fieri videmus, cum litigantes v. g. nullitatis et appellations, vel leuterationis ac appellations remedium coniungunt, insolitum vero, singula singulis libellis comprehendere. Ab hoc igitur syndicatus remedio, quod a vieto intra legitimum tempus post latam sententiam interponitur, sciente vel credente statim ab initio iudicis dolum, illud diligenter separandum est, quod demum inter medium

reuiisionem separatim et absque syndicatus remedio interpositam nascitur. Scilicet, quando laesa per sententiam pars tempore publicationis, vel sequenti quadriimestri spatio nondum comperit, grauem sibi sententiam non a sola iudicis erronea in iudicando opinione profectam esse, sed ipsi eius dolo, inuidiae, factaeque ab aduersa parte corruptioni natales debere, ignorans hoc iudicis scelus, non nisi remedio reuiisionis ad corrigendam sententiam vtitur, sperans, quae argumenta pro sua causa prior index letitia putauerit, ea a reuisoribus fortia et ad mutantum decretum inclinandumque in suas partes idonea vsum iri. Sed ecce dum ista sunt et hoc reuiisionis remedium inter partes, utraque canam suam orante, ventilatur, visitatores reuiioresque imperii, qui etiam syndicatores vocantur, O. C. de ao. 1555. P. III. tit. 53. §. 9. Conc. d. Cam. G. O. tit. 63. §. 17. quorumque officium est, in omnia, quae a personis ad cameram pertinentibus non recte facta sunt, inquirere, vel sponte vel suppeditante parte laesa, intelligunt, errorrem non solum aut imperitiam, sed dolum et fraudem in dicenda illa sententia subfuisse, corrigit tunc quidem sine dubio sententiam, quae dolose lata finali Actis conformis esse nequit. At cum hoc non ex syndicatus, verum ex solo reuiisionis remedio, fieri possit, facile videmus, nisi dolus et fraus auctoribus impunis cedere aut laesae parti ullum ex ea damnum superesse debeat, dandum huic praepter reuiisionem hucusque agitatam aliud adhuc syndicatus remedium, quo non ipsa sententia iniusta rescindatur, quippe iam per sententiam reuisoriem correcta, vel corrigenda, sed quo contra auctores sceleris et iniustitiae cum ad poenam infligendam, tum ad resarcendi reliqua litigatori damna agatur. Claret hoc ita, vt dubitatio relicta non videatur, ex saepius citato libello Concept. d. C. Ger. Ordin. qui vsu et obseruantia pro lege imperii viget, tit. 63. §. 14. Postquam enim Imperator §. 7. 8. et 9. de vtroque et reuiisionis et syndicatus remedio (scilicet eo, quod statim ab initio vel solum vel cum reuiisione interponi poterat, cuiusque nature et forma in principio dicti tituli descripta est) §. 10. autem usque ad 13. de sola reuiisione locutus erat, nunc dicta §. 14. de illo altero syndicatu dicere incipit, qui ab initio ob ignorantiam dolii haud institutus, postea demum ex ipso reuiisionis iudicio nascitur, verbis: Ob. sic aber aus der

der Parteysen Einbringen, oder sonst so viel befinden,  
dass der Urheiler einer oder mehr in solcher Sache von Ge-  
schenke, Mied, Gab, Bitt, Freundschaft oder anderer ders-  
gleichen Ursachen ein nichtiges oder ungerechtes Urtheil geben,  
Idem patet ex §. 18. Wo aber einige Partey vermeinet,  
nempe ab initio, oder sich aus der Revision, wie ob-  
gesetzt, befindet, dass aus Betrug und Arglist u. Cum  
itaque quernadmodum vidimus, fieri possit, vt ex ipsa de-  
mum reuisione et partium litigantium mutuis positionibus,  
occasio instituendi syndicatus dignatur, necesse est, vt hoc  
remedium syndicatus ab illo altero diligenter seungamus,  
quod ab initio, sciente iam parte commissum dolus, vel  
absque reuisione vel cum ea institui poterat. Quod magis  
ad huc eiusdem §. 18. sequentibus verbis confirmatur, qua  
Imperator diserte ait, si indicantium dolus ex ipsa reuisione  
deum pateat, posse laefam partem non solum reuisionis  
remedio vti, sed ius etiam ipso esse et potestatem, simul  
aduersus autores sententiae ex syndicatu agere, die Urtei-  
ler ad syndicatum zu stellen, praescripta tum ipsis eadem  
forma, quam secundum principium huic tituli et Recessum  
Imperii de anno 1532. Tit. 3. §. 17. ac ordinationem came-  
ralem de anno 1555. tit. 53. §. 1. obseruare debuissent, si  
statim ab initio intra fatale remedio syndicatus vti voluissent.  
Ex his igitur patet, vtrumque syndicatus remedium quam  
maxime inter se differre, in primis eo, quod illud ab initio  
interponatur, siue cum reuisione, siue sine ea, hoc nun-  
quam cum hac coniungatur, sed semper interposito demum  
reuisionis remedio, et coepta demum forteque iam finita  
eius ventilatione instituatur, quamvis ambo cum in forma,  
tum in eo amice conspirent, quod singulorum consilium sit  
poena iudicii infligenda, et indemnitas laesae parti ab eo  
praestanda. At, inquires, quanam causa instituendi adhuc  
syndicatus, quale damnum reliquum, parti laesae restituendam,  
ipsa iniusta sententia per iudicium reuisionis iam cor-  
recta? Cui respondeo primum, aequum esse, vt iudex  
dolose indicans litemque suam faciens poena afficiatur,  
quod quamquam concedo etiam ab ipsis visitatoribus ex  
officio fieri posse, tamen cum haec in primis sit natura, hoc  
consilium syndicatus remedii, Ord. Cam. de ao. 1555. t. 53.  
§. 1. Conc. d. C. G. D. t. 63. princ. MÜLLER ad Stru.  
Exerc. 50. §. 30. multo melius fiet, parte grauata suspicio-

nes dolii, et argumenta suppeditante. Deinde, correcta etiam in reuisionis iudicio mala sententia, tamen multum adhuc damni laesae parti superesse potest, per solam sententiam reformatioram non resarcendum. Quis enim non videt, eum litigantium, qui semel sententia aduersa praesistit, quamvis restitutum, nunquam tamen ab aduersario its imperas consequi posse, quae plerumque in Camera non paruae sunt; cogebatur etiam coepio reuisionis remedio certam pecuniae summan cautionis loco sponte una cum causa deponere, cuius usurae vel alius usus ipsi per aliquod temporis spatium defunt, et quid? si reus ex dolosa sententia primum absolutus, nunc post reuisionem condemnatus, interea pauper factus sit? Quid prodest tunc actori correcta recens sententia? Quantum denique damni laesa pars sentiet, fraudulenter condemnata, et perpetua inde executionem? quippe quam in Camera, licet interposita reuisione, non suspendi constat, R. I. de a. 1654. §. 126. PÜTTER dict. lib. §. 476. BLVME l. c. §. 19. SEYFARTH. teutsch. R. Prot. c. 29. §. 6. MENCK. prot. t. 27. §. 21. Haec omnia damna dictum alterum remedium syndicatus sero institutum comprehendit, quo si condemnatus sit index, praeter poenam lucendam, singula illa damna resarcire tenetur, quae laesae per scelus iudicis litigator edicta sententia ipsa correcta, ab aduersario consequi nequit. De hac igitur syndicatus specie si intelligere velis, quod dicitur, remedio syndicatus non esse vim contra ipsam sententiam, habes me conscientem, cum non opus sit, eam sententiam rescindiri, quae iam antea in iudicio reuisorio ex iustitia causa emendata erat.

Quod autem ad illud prius genus syndicatus, statim ab initio durante fatali interpositum, attinet, nunc ostendendum est, in eo non rem solo cum iudice agi, sed vim etiam ei esse contra ipsam sententiam, ita ut instituto hoc remedio et ipsa sententia, ex dolo lata, retractari possit, nullumque aduersario ex ea commodum, vel victoria litis relinquatur. Quia demonstratione iterum non indigere videtur, quando de syndicatu cum reuisione coniuncto dicitur, quae erat altera prioris generis species. Cum enim, ut supra vidimus, iniusta sententia dolo lata non possit non

non esse simul Actis plane difformis, per se patet, vtroque simul interposito ipsum reuisionis remedium sine dubio talem sententiae grauanti medelam procuraturum, qualis a iustitia reuisorum imperii expectari debet, adeoque non opus esse, hoc beneficium syndicatu etiam acceptum ferre. Solum igitur id syndicatus remedium, quod mox post latam a Camera sententiam, intra legitimum fatale separatim, nulla simul interposita reuisione, adhibetur, reliquum est, quae erat prioris generis prima species, cui nos vim aliquam in ipsam grauantem sententiam, atque effectum non solum aduersus iudicem sed contra ipsum etiam aduersarium affirere tentamus. Ad quod quibus argumentis commoueamur, paucis videamus.

Et primo quidem constat, sententias iudicum dolomalo latae, et manifesto iniustas, ipso jure nullas esse, neque in rem iudicatam transire, M<sup>E</sup>VIVS P. I. Dec. 195. P. IV. Dec. 115. et P. VIII. Dec. 133. M<sup>U</sup>LLE<sup>R</sup>. ad Struu. Ex. 50. §. 17. NAEVIVS Selett. Iur. Iustin. ad Dig. Lib. XLIX. t. 8. no. 62. BRVNNEM. ad auth. Novo iure, C. quando prouoc. non est nec. Quid clarius constitutione DIOCLETIANI et MAXIMIANI l. 7. C. eod. Venales sententias, quae in mercedem a corruptis iudicibus proferuntur, etiam citra interpositae prouocationis auxiliu iam pridem a diuis principibus infirmas esse decretum est, quod cum interpretum consensu adeo verum fit, vt nec iusta sententia a corrupto iudice lata valeat, ZIEGLER. dicastic. concl. 20. §. 32. et concl. 45. §. 3. VANTIVS de nullit. no. 136. M<sup>U</sup>LLE<sup>R</sup> ad Struu. S. I. C. ex. 49. th. 74. not. e. quanto minus putemus iniustum sententiam, dolo malo prolatam, vim aliquam habere posse? cum, quando quid prohibetur, prohibeantur omnia, quae ex eo sequuntur, cap. 39. X. de R. I. in sexto. Cum igitur ad sententiae dolo malo latae vim suspendendam non opus sit appellatio, vel quod vicem eius sustinet, reuisionis beneficio, sine dubio efficietur, eiusmodi sententiam vires rei iudicatae non consequi, adeoque, patefacto per remedium syndicatus, pronunciatumque super eo decretum, dolo, potestatem esse obtinenti in syndicatu, bona*e* causae consecutam victoriam etiam contra ipsum aduersarium prosequi. Quemadmodum igitur sententia nullitate insanabili

nabili laborans quo quis tempore intra triginta annos retrahari potest, STRYCK introd. in prax. for. c. 22. §. 27. SEYFARTH. deutsch. Reichs-Proceß c. 31. §. 2. ita et, si syndicatu aduersus iudicem instituto, inueniatur, sententiam ob dolum iudicantis nullam esse, ea omni tempore impugnari poterit, nedum interposito hoc intra legitimum tempus remedio.

Deinde num aequum iustum videatur, eos, qui iudices corruerunt, et in pari cum ipsis dolo versantur, hanc fraudis suae remunerationem habituros, vt, quam ex iniusta emata sibi sententia consecuta sunt utilitatem, tuto et in perpetuum possideant? Hoc qui contendere velit, ei prius non solum cum aequitate, sed cum ipsis etiam legibus debellandum foret, quippe quae neminem iniustum lucrum retinere, vel ex aliena iactura commodum habere patiuntur, l. 12. D. ad L. Corn. de falf. 1. 17. D. de solut. et liber. c. 9. X. de poen. potius, vbi cunque inueniatur, auferendum et extorquendum censem, l. 4. D. depos. l. 5. D. pr. de column. vnde, quicunque ex aliena fraude locupletari cupit, repellitur, NAEV. l. c. Lib. VI. l. 1. l. 24. no. 5. etenim nemini dolus suis patrocinari vel commodum aliquod afferre, l. I. §. 1. D. de doli et met. exc. MENOCH. Lib. I. cons. 48. no. 43. nec propter dolum alienum alter litigantium lucrum facere, alter damno affici debet, l. 3. §. 1. D. de eo, per quem fact. Iniquum itaque foret, eum, qui victoriā litis per corruptelas asticetus est, gratiam delicti sui quasi ex re iudicata habiturum; quapropter vincenti in syndicatu libertas relinquenda videtur, velutne ab ipso iudice dolo malo iudicante aestimationem litis petere, de qua hic ob malitiam suam tenetur, l. vit. D. de extraord. cogn. l. 15. §. 1. D. de iudic. l. 2. C. de poen. iudic. an vero ab ipso aduersario, item continuando, suum consequi? quod postremum in primis tum et utile et necessarium erit, si index syndicatu condemnatus tantum in bonis non habet, vt et poenae et litis aestimationi, et certe-ris dannis satisfacere queat, qualia praeter hanc laeso superesse posse non solum antea vidimus, sed etiam inde facile intelligi poterit, quod remedium syndicatus in Camera Imperii non aduersus totum collegium sed aduersus

fus ipsos Affessores datur, BOEHMER *diff. cit. c. 2. §. 10.* causae vero ibi agitatae saepe maximi momenti et pretii sunt. Ex quo statim apparet, si huic in syndicatu victoriae omnem vim in ipsam iniustam sententiam et contra litigantem adimere velis, fieri posse, ut misera laetus praeter bella nouae sententiae verba nihil inde commodi habeat, aduersario interim in iniusta possessione permanente.

Cui accedit, quod corruptioni iudicis, a litigante factae manifestis legibus ea poena constituta est, ut pars corrumpens ipsam actionem amittat, *l. i. §. 3. D. de column. l. i. C. de poena iud. mal. iud. quia, vt Imperator ait, disfidentia iustae sententiae, in pecuniae corruptelam spem negotii reposuit, add. LAVTERB. Coll. Pand. L. XLVIII. t. II. §. 14. MÜLLER ad Struu. S. I. C. ex. 49. th. 74. not. d.* Neque credendum est, sic solummodo auctorem corruptentem multari, reum vero impunitum fore, cum potius in *d. l. i. §. 3. in vniuersum dicatur, qui aduersarius iudicem in qualicunque causa, sola capitali excepta, l. i. C. de bon. eor. qui ante sent. corruptat, eum litem perdere, vnde non dubito, eiusmodi reum ob corruptionis crimen iuxta actoris petita esse condemnandum.* Quapropter interpretes non videntur rem fatis accurate exprimere, si dicunt, reum defensionem amittere, BRVNNEM. *ad l. i. C. de poen. iud. MENCK. Dig. L. XLVIII. t. II. §. 5. LAVTERB. l. c.* Cessat vero haec litigantium poena per *Auth. Nouo iure C. eod. tunc solummodo, quando corrumpens, ante litem suam poenitentia ductus, crimen confiteatur; praeter hoc vero nulla causa remittendae huius poenae in legibus inuenitur, vnde eam et hodie vigere, non dubito. Quomodo autem fieri possit, vt quis, lite in poenam perdita, nihilo minus vitor maneat?*

At vero nec desunt pro nostra sententia argumenta ex ipsa ratione iudiciorum imperii deponita, inter quae hoc praecipuum videtur, quod syndicatus in legibus imperii manifesto inter reliqua remedia aduersus sententias iudiciorum imperii communieratur. Tertis est Ordinatio Iudicii aulici, vbi idem remedium in yfir est, *de ao. 1554. tit.*

tit. 5. §. 7. verbis: Daferne ein oder ander Theil durch die am Keyserl. Hofe gefällte Urtheil graviret zu seyn vermeinen, und dannenhero entyeder per viam nullitatis, syndicatus, restitutionis in integrum oder sonst einig ander im Rechten zuglassenes Mittel, dadurch die Urtheil infirmiert werden können, vor und an Hand nehmen wollte. Quid clarius, quam syndicatum esse remedium aduersus sententias, quo earum rescissio, quemadmodum per reuisionis restitutionis auxilium, impetrari efficique possit. Necesse igitur est, vt ei aliquam vim contra sententias tribuamus. Ratio, qua ill. BOEHMERVS hoc argumentum l. c. cap. 2. §. 18. refutare conatur, distinguendo inter remedia sententiam infirmitaria et competentia aduersus eam, parum proficere videtur, tum, quia legislator dicto loco syndicatum inter remedia sententias infirmitaria diserte refert, tum, quoniam, si quis dicat, litiganti remedium aduersus latam sententiam competere, et tamen eo contra hanc sententiam aliquid effici posse neget, is secum ipse pugnare videtur.

Eruit, vt iam antea dictum, aliquando tempus, quo in Camera Imperii praeter syndicatus remedium nullum omnino aliud audiebatur; cepit enim originem Recessu Imperii de ao. 1532. tit. 3. §. 17. et solitarium in hoc supremo iudicio fuit usque ad annum 1555. quo, noua Ordinatione Cameræ promulgata, vt supra vidimus, nouum reuisionis remedium inuentum est. Quodsi igitur syndicatus remedio omnem ipfas sententias impugnandi potestatis detrahamus, sequeretur, oppressis per sententiam litigantibus eo tempore nullam omnino usque facultatem, melius et iustius iudicium consequendi, sed necessario succumbere debuisse dolo et iniustitiae, sola ipsis spe relista, inanitem saepissime, a judice indemnitatem consequendi, quod tamen consilio introducti syndicatus non consentaneum videtur, quod hoc fuit: auf daß niemand wider Recht am höchsten Gerichte verdrückt werde, quae sunt verba eiusdem legis §. 16.

Sed quid opus conjecturis, cum ipsa Recessus Imperii verba satis ostendant, syndicatoribus vel visitatoribus hoc minue-

muneris esse datum, ut suscepto ab aliquo litigantium syndicatus remedio, non solum ipsos iudices fraudulenter iudicantes condemnarent, sed ipsas etiam iniustas sententias corrigerent. En verba §. 17. dicti Rec. Imp. de anno 1532. Und soll selches Syndiciren auf des Syndicaturum Rechten geschehen, auch vor den verordneten Syndicatiorum nichts neues, was die Partheyen und MERITA CAVSAE berüfft, fürgewndt, sondern allein aus den vorigen beschlossenen Achten auf die Richtigkeit oder unrechtmäige Beschwerde der Urtheil gehandelt werden, und die gemelste Syndicatores der Sachen auswarten, und endliche Erkundniß der Haupt-Sachen und Urfosten thun. Vides itaque 1) etiam partium mentionem fieri, quo non sine index syndicatu petitus non facile comprehendi potest, cum omnibus interpretibus consentientibus cum remedio syndicatus nouus processus haud incipiat, sed antiquus continetur; nemo vero in eadem lite iudex et pars simul esse potest, 2) merita ipsius causae, modo nihil noui proferatur, agitanda esse, quod fieri non solet, si tantum de eo quaeritur, an iudex corrupti se passus sit, vel alio modo dolose fecerit, 3) in iudicio syndicatus rationem habendam vel nullitatis sententiae, vel syndicatus iniuria iniuncta, h. e. priorem sententiam vel pro nulla vel remedium syndicatus pro calumniose suscepito declarandum esse, deinde 4) syndicatores non solum de dolo et forditibus iudicis, sed de ipsa etiam causa principali iudicare debere. Quod quanquam BOEMERV. §. 19. cap. 2. ita diluere tentet, ut illo tempore syndicatus remedium revisionem simul comprehendisse dicat, tamen eo nobis non satisficeretur, cum neque villa revisionis mentio in Recessu Imperii de ao. 1532. fiat, sed syndicatus remedium tuuc solitarium fuerit, neque ostendi possit, ea, quae in hoc Recessu Imperii de ao. 1532. circa syndicatum constituta sunt, postea noua legi mutata vel correcta esse. Ordinatio enim Cameralis de ao. 1555. cum ita dicto Conceptione eius de ao. 1613. priorem de iudicio syndicatus sanctiōnem non tollit, sed nouum tantum revisionis remedium addit, repetendo simul priorem de syndicatu constitutio-nem. Unaquaque vero lex tam diu vigere censetur, donec per nouam posteriorem tollatur.

Cui

Cui porto accedit, quod in eodem Receffu de ao. 1532. remedio syndicatus effectus suspensus intuitu executionis disertis verbis detrahitur, et constituitur, coepito licet hoc remedio, nihilominus sententiam latam executioni mandandam esse; quo praecepto non opus fuisset, sed vnuquisque hoc per se intellexisset, si nulla vnuquam mutatio sententiae per syndicatus remedium fieri cogitari que potuerit. Vnde id fatis luculentum argumentum mihi videtur, remedium syndicatus, nisi haec peculiaris sanctio adderetur, habiturum siffse effectum impedienda executionis, communem cum reliquis omnibus remedis aduersus sententias, nunc vero ex speciali cautione hoc solo ceteris dissimile factum, non dissimile tamen reuisioni, tanquam altero in Camera aduersus sententias recepto remedio, quippe per quod itidem executio retardari nequit.

Neque vero putandum, Ordinationem Camereae de ao. 1555. cum Concepto eius de ao. 1613. nobis in hac causa deesse, cum et in illa P. III. tit. 53. §. 1. et 10. et in hoc P. III. t. 63. princ. et §. 18. syndicatus non minus inter ea remedia numeretur, quibus litigantes, qui sententia se gratuatos putent, vti queant, diserteque dicatur, si dolo malo sententia lata sit, posse partem non reuisionis solum remedio, sed syndicatu etiam vti.

Porro constat, remedium syndicatus fere in omnibus simile esse reuisioni, et quae de hac in legibus imperii dicuntur, etiam ad illud accommodanda esse, Ord. Cam. de ao. 1555. l. c. §. 10. Cam. Ger. Conc. l. c. §. 18. BLVM. l. c. §. 37. PÜTTER. l. c. §. 478. MENCK. Dig. L. XLIX. t. 8. §. 69. SEYFARTH. lib. cit. c. 25. §. 10. HOFFMANN. diff. lib. §. 2407. ESTOR. Reichs=Proc. To. I. §. 1641. BOEHMER. cit. diff. c. 2. §. 22. vnde in vtroque idem modus procedendi seruandus, utrumque intra quadrimestre fatale interponendum, Electori Moguntino indicandum, similis vtrique libellus, eadem introduc=tio, eadem visitatorum in iudicando ratio, et quae sunt reliqua. In qua vtriusque remedii similitudine quamvis quaedam superfluit, in quibus disparia videantur, (alias enim non similia, sed eadem forent;) tamen haec non tam

tam dilatanda, quam reducenda videntur, ne data utriusque ab ipsis legibus conuenientia praeter necessitatem admittatur. Quapropter non dubitamus, opinionem nostram proferri, qua putamus, remedia reuisionis ac syndicatus in omnibus sibi similia esse, in hoc autem solummodo differre, quod huic plus infit, quam illi, et hoc illo efficiacius videri, quia nempe per syndicatus remedium, separatum institutum, praeter sententiae correctionem, etiam iudex ad litis aestimationem et indemnitatem praetandam condemnatur, coeque parti laesae hoc beneficium tribuitur, vt, si iudex insolendo sit, suum ab auctorario, si vero hic impar sit, litis aestimationem a iudice, et ab hoc utroque casu simul reliquam indemnitatem consequi possit. Non videatur itaque nobis errare, si dicamus, in iudicio super syndicatu, separatum suscepito, praeter condemnationem indicis et posse et debere simul dolosam sententiam pro nulla declarari, quamvis, si quis cupiat, hoc liberamente concedere possumus, illud iudicium in ea causa principale esse, posterius tanquam accessorium ex eo sequi. Quod si sumamus, eo minus obesse potest, quod obflare credit BOEHMERVS cit. diff. cap. 2. §. 15. quod scilicet haec syndicatus sententia feratur in auctorita altera parte litigante, cum, quod per consequentiam sit, hoc iuris regulas tollat, l. I. pr. l. 7. pr. D. de auct. tut. neque video, quid sit, quod altera pars litigans ad causam inter auctorarium et iudicem agitatum afferre queat, cum neque eius sit, iudicem defendere, neque hoc absque proprii sceleris confessione facile fuscipere posit. Etenim in tota hac causa supponendum est, iudicem doli et fraudis per liquida argumenta satis convictum esse.

Quid? quod ipse laudatus BOEHMERVS l. c. §. 20. concedit, sententiam pretio redemptam, quamvis reuisionis remedio non interposito, non valere, atque in rem iudicatam transfire. Quid igitur interest discriminis, num iudex accepta pecunia, an vero ex alia causa fraudulenter egerit? Putemusne, dolo ex sola animi malitia profecto magis fruendum, quam ei, quem lucri cupiditas, toti generi humano communis, genuit? Grate quidem est argumentum, quod contra assertur, cum negari nequeat, iure Romano sententias venales ipso iure nullas, sed dolo

G

simpli-

simplici latae rei iudicatae auctoritatem nactas fuisse, quod de ambitionis sententiis VOLVSIVS MAEGIANVS l. 65. D. ad SCl. Trebell. diferte dicit, add. CVIAC. ad Cod. L. VII. tit. 49. Attamen nec hoc nobis obest. Scilicet venales sententiae in rem iudicatam non transeunt, quamvis nullo interposito remedio, reliquae, si hoc deficit, transeunt. Hic vero non deficit remedium, sed adeat auxilium syndicatus, cuius fatale quatuor mensum esse, supra vidimus, cf. BOEHMER l. c. cap. 2, §. 26. Hoc enim semper supponendum, modum legibus praescriptum a parte laesa feruatum esse, nosque ipsi secundum ea, quae supra diximus, non ei syndicatu vim sententiae corrigendae tribuimus, qui fero et copta iam finita reuisione instituitur, nec proprie ei, qui ab initio cum ipsa reuisione coniungitur, sed illi tantum, qui a principio iusto tempore, seiusunctus a reuisione, interponitur.

## V.

De donatione et aduersus eius acceptationem  
obseruationes grammaticae.

(d. a. 1770.)

**A**cceptationis in donatione necessitas, et si hodie ab omnibus fere iuris doctoribus recepta, atque adeo, quod mirum, communis et longissimo vsu omnia fora peruagata, et quasi iure ciuitatis forensis donata sit, tamen, quod audeo dicere, ipsis legibus Romanis plane aduerfa, atque inter ea iuris hodierni capitula referenda est, quae interpretum malo intellectui, ac ignorantiae veteris rei Romanae originem debent. Hoc iam ante me vidit IO. PET. A. LUDEWIG, vir etiam post fata magnus, in diff. *de differentiis iuris in donationibus*, qua in primis ostendit, acceptationem in donatione figura mentum esse recentiorum ICTORUM et barbarie progeniem. Contra hanc, quamvis grauissimis argumentis confirmatam, ac, ut mihi videtur, omni dubitationi ereptam sententiam insurrexit GUNDLINGVS, qui *in Gundlingianis P. XXIX. obs. 2. 3. 4.* vt eam conuelleret, supprefio tamen, quod miror, aduersarii non indigni nomine, studium impedit. Nos videsamus, an pro Ludwigi sententia quaedam ex ipsis linguae latinae genio ac rei antiquae ratione addi possint? Etenim ingenui fateor, me in eadem inimicicia contra acceptationis necessitatem cum Ludwigio versari, quamvis neuter nostrum, inuito et munus spernenti donari posse, contendat, sed hoc tantum defendimus, donationem sola liberalitatis declaratione perfici

fici ac consummari, neque non acceptatam (nisi certis ex causis in foro receptis) reuocari posse.

Donationem facile vnuisque videt descendere a dono, vnde PAVLVS l. VI. ad legem Iuliam et Papiam, l. 35. §. 1. *D. de m. c. don. Donatio*, inquit, *dicta est a dono*, quasi dono datum, quod tamen non ita intelligendum est, tanquam PAVLVS putauerit, uno *donationis* vocabulo duas voces originarias inesse, nempe *doni* et *et dare*, et quasi donatio contractum dicta sit pro donatione, nam *et dare* iam in *dono* absconditum est. Addi PAVLVS, raptam esse hanc vocem a graeco, hos enim dicere δαγενης δωρεας, i. e. donum, donare. Quod iterum caue ita accipias, quasi ICtus vocem doni non originarie latinam, sed e graeca lingua haustam et quasi raptam credat, sed Paulus tantum similitudinem vtriusque linguae indicare velle videtur; vnde pro *raptis* legendum puto *captis* scil. similitudine vel interpretatione, quemadmodum idem PAVLVS l. 168. *D. de reg. iur. ait: capit interpretationem.* Ceterum donatio ex sola liberalitate proficitur, l. 1. et 29. *D. de don.* l. 82. *D. de reg. iur.* et differt a munere, *primum* ut genus et species, quod ex Labone VLPIANVS refert, l. 194. *D. de V. S. conf.* l. 18. *D. eod. secundo* etiam ita, vt donum simpliciter detur, munus autem ex causa aliqua vel potius oblatâ occasione, quâ sunt munera natalitia, nuptialia, d. l. 18. quae dabant liberti patronis, conf. OISEL ad CAII Inst. l. II. t. 9. §. 4. item ea, quae a magistratibus imprimis municipalibus officiâ causa dantur, quae munera publica dicuntur, l. 14. §. 1. *D. de mun.* l. 239. §. 3. *D. de V. S.* qualia erant ludi, spectacula, miseria, ceteraque largitiones, quin et omnes sumptus hue referendi sunt, qui a magistratibus vel aurea popularis captandae gratia, vel ex ipso munere fungit. Item *donum*, quod officiâ causa datur. Quod non ita intellige, quasi donum dicatur id, quod officiâ causa detur, sed munus definitur per donum, tanquam genus, addita notione speciei, scilicet, quod *ex causa* detur. Huic conueniens est, quod MARCIANVS l. 214. *D.*

de

de V. S. dicit: *Munus proprium est: quod necessarie obimus, lege, more, imperio eius, qui iubendi habet potestatem.* Dona autem proprium sunt, quae nulla necessitate iuris, officii, sed sponte praesuntur, quae si non praesuntur, nulla reprehensio est, et si praesuntur, plerunque laus ineft. At vero, si pergas legere apud Marcianum, dices sine dubio, falsa esse, quae ex Labeone et Vlpiano de doni genere, munieris specie attulimus. Haec enim verba sequuntur: *Sed in summa eo ventum est, ut non quodcumque munus, id et donum accipiatur, at, quod donum fuerit, id munus recte dicatur.* Hanc legum pugnam vt tollat HOTOMANNVS de verb. sign. voc. donum, transmutat positiones et legit: *vt, quodcumque munus, id et donum accipiatur, at non, quodcumque donum fuerit, id munus recte dicatur.* Sed hoc non est legem emendare, verum plane inuertere et nouam ex priore facere. ALCIATVS hanc difficultatem ita extraxit, vt Vlpianum rationem sermonis, Marcianum vsum loquendi respexisse putet. Sed neque Vlpianus, qui cum Marciano uno tempore vixit, eam significationem attulisse videtur, quae contra communem loquendi vsum sit, et Marcianus diserte ait, id munus recte dici, quod affirmare non potuisset, si vsum loquendi, sermonis rationi aduersantem, propositurus fuisse. Verba quoque in summa indicant, eum prioris orationis vela potius contrahere, quam vsum loquendi ei contrarium referre voluisse. Ego puto, pro at reponendum esse an, quemadmodum in aliquo impreso Genuenfi vere reperitur, et ita legendum: — *donum accipiatur, an, quod donum fuerit, id munus recte dicatur?* Dixerat nempe Marcianus, munera proprie esse ea, quae ex necessitate aliqua obeantur, scil. generaliori significatu, quo tum ipsa officia honoresque, tum liberalitates sumtusque iiscum coniuncti comprehenduntur, dona autem ea, quae sponte deptur. Hinc recte colligit, nos omnia munera esse dona, quia scilicet donum pro ipso officio vel honore nunquam accipitur, et varia e contrario sunt munera, quae abique sumtu et liberalitate, solo labore et industria, obeantur, l. i. s. 2. et 3. D. de muner. adeoque hac orationis particula non opus est vlla Hotomanni emendatione. Sed de dono non item erat sentiendum, potius ex eadem ratione vehementer dubitandum, et per quaestionem, modo lCtis haud raro, negandum,

dum, in primis, cum saltim aliqua dubitandi ratio subesse posset, quoniam antea dixerat, in donis plerumque laudem inesse, quod et de omnibus muneribus dici potest. Aliud inter donum et munus discrimen assert BRVMMERVS, in aureo *ad legem Cinciam* libello, cap. 2. §. 17. cum putat, ambo quantitate differre, ita, ut donum de maioris pretii rebus, munus de minoris intelligatur. Sed in hoc cum viro doctissimo sentire non possum, Munera enim etiam de liberalitate magni, quin maximi momenti usurpata fuisse, id argumentum est, quod prae ceteris ludi et spectacula, quae vel a magistratis vel ab aliis populo dabantur, hoc nomine veniebant, ut vel ex TERTVLEIANO de spectaculis, aliisque probatissimis auctoribus constat, conf. I. AVG. ERNESTI, Clav. Cicer. voc. munus. Deinde in mandatis principum, quae proconsulibus vel legatis in provincias euntibus dari solebant, non minus haec continebantur: NE DONVM MVNVSVE ACCIPiat, et tamen VLPIANVS, libro primo de officio proconsulis, scriptis, hanc prohibitionem non pertinere ad xeniola, sed ad ea, quae edulium usum excedant, neque xenia producenda esse ad munerum qualitatem, l. 6. D. de off. procons. ex quo luculenter patet, non munera, sed xenia esse minoris vel exigui pretii. Quem autem locum BRVMMERVS ex POMPONIO l. 31. §. 8. D. de don. int. vir. et vx. assert, is vereor, an aliquid proberet. Quaerit POMPONIVS, an munera, quae solebant viri vxoribus calendis Martiis vel die natalitio dare, prohibita sint, et respondet, si vir uxori munus immodicum dedisset, donatio est, h. e. eiusmodi donatio inter virum et vxorem, quae legibus prohibetur. Ex qua quanquam consequens est, si eiusmodi munera modica sint, ea valere, id tamen inde non efficietur, ut eiusmodi munus paruum et modicum donatio non sit, nam donationem genus esse, supra ex VLPIANO l. 194. D. de V. S. vidimus, quod omnem muneris, si pro largitione sumitur, speciem complectitur. Verum cum dona, quae diebus natalitiis aut ob alias eiusmodi causam dabantur, in specie munera vocantur, d. l. 194. ea autem plerumque exigui tantum pretii esse solent, ut ex IVVENALI sat. 9. v. 50. sqq. colligere licet, in interdictis vero coniugum donationibus, earum, quae peregrinae essent, ratio non haberetur, l. 28. §. 2. D. de don. int. vir. et vx. potius causa prohibitarum inter-

con-

coniuges donationum non nisi ea esset, vt profusis eorum et intemperatis largitionibus obuiam iretur, d. l. 28. s. 2. et l. 1. D. eod. hinc POMPONIVS ita respondet, vt eiusmodi munera natalitia etc. si ex confuetudine modus seruetur, valere dicat, at si dolo vel fraudandae legis causa immodica dentur, quoniam tunc ratio iuris prohibentia refuscetur, inter vetitas coniugum donationes referendas censeat. Nec DONATI ceterorumque grammaticorum a BRVMMERO laudatorum auctoritas me mouet. Quod enim ille ad TERENTII *eunuch.* act. 5. sc. 9. v. 27. ait, dona deorum esse, munera hominum, id non magis verum est, quam quod SERVIVS ad VIRGILIVM, *Aeneid.* L. V. v. 54. dicit, dona de diis superis, munera de inferis intelligenda esse. Nam munera quoque de diis et superis et inferis dici, testes sunt veteres auctores, quorum maior, quam qui eos intrepretati sunt, auctoritas esse debet, qualia exempla inuenies apud OVID, *Metamorph.* L. IX. v. 790. de arte am. L. III. v. 653. et L. IV. trist. el. 2. v. 12. apud VIRGIL. in *Ciri* v. 219. ac apud TIBULL. L. II. el. 1. in quibus omnibus locis nonnisi de iis superis sermo est. Tandem argumentum, quod BRVMMERVS ab ordine verborum sumit, quod donum muneri praeponatur, nihil probat, cum et postponatur, vti in plebiscito, quod MODESTINVS l. 18. D. de off. p. refert: VT NE QVIS PRAESIDVM MUNVS, DONVM CAPERET. Videmus etiam in legibus mox genus speciei praemitti, mox subiungi. Ita in lege Cornelii de sicariis habetur: QVICVNQVE FECERIT, VENDIDERIT, EMERIT, CIC. pro *Client.* cap. 54. contra vero in lege Papiria de sacramentis: vti EXIGERE, IUDICARE, ESSEQUE OPORTET.

Qui acceptationem in donatione requirunt, sub hoc vocabulo comprehendunt eum consensum, quo donatarius collatam in se a donatore liberalitatem ratihabet, eamque ratihabitionem donatori vel verbis, vel factis significat, LAVTERB. *Colleg. Pand. tit. de donat.* s. 8. 9. Nolum hoc esse et inauditum ita significacione vocabulum, cum LVDWIGIO contendimus. In eo quidem GVNDLINGIVS me facile consentientem habet, non omnia, quae apud solum CICERONEM non inueniantur verba, pro-

pterea ex lege de crimine barbarismi damnanda esse, nec in eo me repugnantem habebit, ipsam vocem *acceptare*, quando pro frequenter vel iterato accipere adhibetur, latinam esse, et apud satis bonos auctores repertam. Nec, si non reperiatur, propterea ei exulandum foret, cum vel ipsius linguae ratio, aliarumque vocum similitudo, eiusmodi formam admittat. Sed de eo nunc queritur, *vtrum acceptationis vocabulum ea significione apud bonos probatosque latinos auctores et in corpore iuris reperiatur, qua eam in hodiernorum ICtorum de donatione disputacionibus adhiberi videmus.* Et hic aliquis vel **GUNDLINGIVS**, vel quicunque aliis, vnum boni auctoris, vel veteris IC locum mihi ostendat, in quo vox ista hoc barbaro sensu conspiciatur! Pronocat **GUNDLINGIVS loc. cit. obs. 2. ad PLAVTVM, QVINTILIANVM, PLINIVM et APVLEIVM.** Sed apud hos omnes *acceptare* est accipere et in manus sumere, solo actu eiusque frequenta considerata, et absque vlla donationis cogitatione. Quid? quod numquam apud bonos auctores *acceptare* inuenies usurpatum pro eo, quod cum aliquo studio accipitur, ne dum pro acceptum ferre, vi **GUNDLINGIVS** purat, sed semper huic vocabulo sola idea iterationis et frequentiae iungitur. Nam quem allegat **PLAVTI** locum *Pseudot. att. II. sc. 2. v. 32*, in eo seruus, qui heri rationes curabat, propterea dicit, se argentum acceptare, expensare et datare, quoniam, hoc officium gerens, non semel argentum accipiebat, expendebat dabatque, sed saepius et frequenter. Sic etiam apud **QVINTILIANVM Hist. or. L. XII. c. 7. §. 9.** Zeno Chrysippus et Cleanthus non dici posse mercedes a discipulis acceptasse, nisi plures fuissent, qui acceperant, in primis autem non unus, qui dederat, ipsisque datio plus simplici vice repetita. Paratio est verborum **PLINIANORVM**, ad quae **GUNDLINGIVS** prouocat, **Hist. nat. L. XXXVI. c. 25. §. 64: lithostrata acceptauere; vt taceam, aliquot codices habere cooptauere.** **APVLEII** vero loca non adduxit, vt de iis iudicare liceat. Sed quid? Idem vir summus, etiam ICtum Papinianum hoc voce usum contendit. Recte! Vtus est, sed eodem, nullo alio sensu, quam quo in veterum libris, quos valde amabat, et dictione imitabatur, innenerat. Picit **I. 9. D. §. 1. de alim. et cib. leg. libertum,**

bertum inter eos, quibus cibaria item vestiarium patrona,  
 quae vinum praefstabat, reliquit, recte fideicommissum petiturum,  
 qui annuos viginti aureos, et mensstruum frumentum atque  
 vinum acceptauit. Crede mihi, non dixisset acceptauit, nisi  
 libertus singulis annis aurum, et singulis mensibus fru-  
 mentum acceperisset. Sic idem PAPINIANVS, quando  
 l. 40. §. 2. D. de paſt. ait, singulos creditores, a singulis  
 heredibus usuras acceptasse, propterea hoc verbo uti-  
 tur, quia usurae singulis annis, vel potius apud veteres  
 Romanos singulis mensibus solui solebant, denique in l.  
 10. §. 3. D. de ann. leg. et fideic. medicus libertus, qui  
 patronum, cum tota familia curabat, non vincia vice, sed  
 faepius sumtus, in medicamenta factos, a patrona acci-  
 piebat. Quemadmodum enim in vniuersum liberti operas  
 patronis suo quidem viatu et vestitu praestabant, l. 18.  
 D. de oper. lib. at non suis sumtibus, l. 21. D. eod. ita  
 et medicis libertis sumtus ad medicamenta, quae conficerre  
 ipsi solebant, PAVLVS L. III. sent. tit. 5. §. 62. sine  
 dubio a patronis praebiti sunt, idque forte annuatim vel in  
 mensstruum, quod non solum ex iuris ciuilis titulo, in  
 quem Tribonianus dictam l. 10. coniecit, sed etiam ex  
 ipso lege colligo, in primis si eam cum supra memorata  
 l. 9. §. 1. D. de aliment. et cib. leg. conferas, quippe  
 quae ex eodem PAPINIANI libro desumpta, et probabiliter  
 antea cum illa l. 10. immediate cohaerens, de his loqui-  
 tur, quae libertis annua et menshra praebentur. At vero  
 GVNDLINGIVS praeter Papinianum etiam Paulum testem  
 producit. Verum nec hic, quando l. 44. §. 1. D. de  
 adm. et peric. tut. dicit: *Si pupillus post pubertatem,*  
*rationibus a tute acceptis, reliquationem eius secutus*  
*usuras acceptauit*, verbo ultimo aliter, ac boni auctores,  
 vitur, cum, vt supra vidimus, usuras singulis mensibus  
 soluerentur. Obiter hic moneo, reliquationem esse eam  
 summam, in quam tutor ex tutela sua, subductis rationi-  
 bus, debitor pupilli manferat, germ: der Bestand der  
 Rechnung, l. 44. §. D. de adm. et peric. tut. Reliquari  
 enim est, aliquid, quod reliquum sit, debere, et in primis  
 de administratoribus, vel publicis debitoribus adhibetur,  
 vnde PAPINIANVS in l. 20. §. 6. D. fam. herc. ait:  
*Si filius in muneribus publicis, in quibus pater ei consentit,*  
*reliquatus est*, et in ANTONINI et VERI rescripto l. 24.

*D. ad municip.* prohibentur ab eo, qui in administratione honoris reliquatus sit, vtriae exigi. Sic etiam idem PAVLVS Sent. L. V. tit. 12. et l. 9. §. 2. *D. de publ.* et vell. reliquatores vestigialium dixit. Reliquationem etiam legendum puto in responso eiusdem PAVLI, quod refertur in l. 53. *D. de manum. testam.* Curatoribus adolescentis reliquam rationem non iure exsolvitam videri, nam ratio non exsoluitur, sed pecunia, quae subducta ratione remanet.

Idem ille vir summus, quem supra resutauimus, nulum, quod miror, argumentum ex accipiendi voce repetit, sed eo solum contentus est, ut acceptandi vocabulum bonum esse, ostendisse sibi videatur. Sed nos libiores erimus, et tela, quae contra bonam causam dirigi possunt, conqueriramus potius, quam abscondemus. Certe, si vox accipiendi pro ratihabitione liberalitatis, donatori significata, inueniatur, forte erunt, qui eo facilius et pro acceptationis vocabulo respondendum esse putabunt. Sed nec hic nobis timendum est. Nam primum Icti nostri non accipiendi, sed acceptationis verbo vtuntur, quod eo minus ad rem ipsam aptum est, cum nec ipse in singulis donationibus plures quam vnam acceptationem requirant. Deinde ego contendeo, nec vocabulum accipere illo sensu, quem in acceptatione taxamus, inueniri. Sed hic primum nobis CICERO occurrere poscit, qui TOPIC. c. 8. *Negue deditioinem, neque donationem sine acceptione intelligi posse,* dicit. Verum non obstat. Nulla enim alia acceptio, quam realis illa, seu in manum sumtio, hic intelligitur, quae tunc temporis, quo donatio ex legis Cinciae pracepto per mancipacionem fieri debebat, necessaria erat, ut fufius docuit BRVMMERVS ad dictum legem. Praeterea ex tota huius loci serie et connexione cernitur, acceptioenem sensum, quem Icti nostri sibi formant, nullo modo habere posse. Loquitur enim CICERO de Mancino, qui deditus quidem fuerit hostibus, sed ab iis non receptus, ac quaerit, an postlimio redire dici possit? putatque defendi posse causam Mancini, vt non deditus videatur, quoniam non sit receptus, neque enim deditioinem, neque donationem sine acceptione intelligi posse. Iam vero, cum in deditioibus, nempe tunc, cum in

in senatu populi Rom. decernerentur, non opus esset  
 vilius ab hostibus, cui deditio facienda erat, interponendi  
 consensus aut ratificationis, verum solummodo in ipsa de-  
 ditione vel receptionis deditorum vel recusationis, (quale  
 exemplum in Spurio Postumio ac sociis eius apud LIVIVM  
*L. IX. c. II.* reperitur, quippe quos deditos Samnitibus hi  
 remiserunt) facile patet, illo CICERONIS loco nullam aliam,  
 neque receptionem, neque acceptiōnem, nisi eam, quae  
 re ipsa sit, intelligi. Nec ego ullum alium veterum aucto-  
 rum locum scio, ex quo accipiendi verbum in causa donationis  
 non pro ipsa reali acceptione, sed pro nudo consensu,  
 et futurae demum acceptiōnis realis praealiminarī declara-  
 tione sumatur. Dico, in causa donationis. Etenim non  
 is ego sum, qui omnem approbationis vel conspirationis  
 sensum ab hac voce auellere velim, cum et solennem illam  
 formulam: ACCIPIO OMEN, sciām, et rogationem acci-  
 perē apud CIC. ad Att. L. I. ep. 14. et alia eiusmodi plura  
 non ignorem. Sed id dico, in donationibus nunquam hoc  
 vocabulum pro sola ratificatione ac donatarii de consensu  
 suo in liberalitatem declaratione, verum semper de reali  
 ipsius rei donatae acceptiōne adhiberi; idque non solum  
 apud veteres auctores, sed etiam in ICtorum libris, quo  
 pertinet *L. I. pr. D. de donat.* Dat aliquis ea mente, ut  
 statim velit accipientis fieri, — item ut statim quidem faciat  
 accipientis. Haec quidem acceptio, scilicet ipso actu per-  
 petrata, omnino necessaria erat iure veteri, cum ex lege  
 Cincia nulla donatio fieri posset, nisi vel per mancipationem  
 in rebus mancipi, vel per traditionem rerum nec mancipi,  
 BRVMMER. ad L. Cinc. cap. 13. in eum effectum, ut re-  
 rum donatarum dominium in donatarium transferretur.  
 Nam tempore Salui Juliani, ex cuius digestis illa *L. I. de*  
*don.* de prompta est, legis Cinciae tertium caput nondum  
 abrogatum erat, BRVMM. l. c. c. 15. §. 5. quod demum  
 fecit D. Pius in donationibus parentum ac liberorum, ac in  
 vniuersum vel Iustinianus vel aliis ante eum Imperator,  
 BRVMM. cap. cit. Hoc cum non satis inteligerent recentiorum  
 seculorum ICti, finixerunt et re et verbo commen-  
 tum acceptiōnis, quos tamen erroris vel sola *L. 29. C. de*  
*donat.* ac §. 2. I. eod. item *Nouella 162. cap. I.* conuincere  
 potuisset, qua donatio etiam in extraneum et ignotum col-  
 lata valere, eaque in vniuersum voluntatis manifestatione

per-

perfici dicitur, de quo in primis sub Imperatore Iustiniano dubitari non poterat, quippe qui omne discrimen tem inter ius Quiritium et bonitarium, tum inter res mancipi et nec mancipi sustulit. *I. vn. C. de nud. iur. Qu. toll. I. vn. C. de usucap. transf. et de sublata diff. rer. mancipi et n. m. HОTOMANN. Antirib. cap. 5. p. 116.* HEINECC. *Antiqui-  
tar. L. II. t. 1. p. 17.* quo ipso etiam omnes mancipationes fine dubio evanuerunt, quamvis in donationibus iam antea exoleutiſe videantur, proscriptae ab uno eius antecessorum cum ipsa lege Cincia; *Nou. 102. c. 1. BRVM. l. c. cap. 15.  
f. 5.* Sed manerat forte *traditio* rerum donatarum, quam non minus Iustinianus sustulit, sola voluntatis manifestatio-  
ne ad donationis perfectionem donatori imposita, *dic. f. 2.  
I. et Nou. 162. c. 1.*

Vidimus, verbum acceptationis, cum consensum donatarii in donationem significat, nuspia, neque apud lati-  
nos antores, neque in corpore juris, reperi. Necesse  
igitur est, ut sequiori aeuo natum sit. Sed cuinam potius  
eius originem tribuamus, quam glossatoribus, earumque  
sextatoribus, qui inter barbariem seculi nati, a bonarum  
litterarum et in primis ab antiqui iuris scientia remoti, sae-  
piusculle per ruelo intellectu noua iura finixerunt, quidni et  
verba antea inaudita excogitarunt? Hi sunt illi homines,  
de quibus recte ANT. MVRETVS *L. I. or. 17.* dixit: *Multa  
saepe pro veris falsa docuerunt, et cum latine loqui nesci-  
rent, nouum quoddam et monstrosum sibi confinxerunt lo-  
quendi genus, ut, si veteres illi Pauli et Vlpiani et Papi-  
niani reuiuiscant, multis interpretibus eis opus sit ad eos,  
qui scripta sua interpretati sunt, intelligendos. Caujas  
duas praecepsisse arbitror, ignorantem antiquitatis  
et peruersum studium contradicendi — — Neque una fal-  
tum lingua est, qua loquuntur, sed teterrimus quidam cin-  
nus ex foedissima barbararum, inauditarum vocum collu-  
sione. Inde igitur absque dubio evenit, ut, cum nescio  
qua ratione in omni donatione aliquem contractum sibi fin-  
gerent, et pactum, si non aliud, nudum certe, AZO ad  
*tit. C. de donat. ACCVR. ad f. 2. I. de donat. et ad leg. 9.  
D. eod. BALD. ad l. 6. C. eod. hinc forte crediderunt,*  
etiam vocabulum ad hanc rem aptum, et si barbarum, ef-  
formandum tamen esse, quod pro eorum tunc temporis in  
iuris scientia dominatu ciuitate donarunt. Quod tamen  
non*

non statim ab initio factum videtur. Quamuis enim mihi nec animus sit, nec, obruto iudicialium Actorum pene immenso aceruo, tantum temporis sparium relictum, ut singula singulorum glossatorum sectatorumque eorum scribia perscrutari queam, tamen, qui scripta illorum perfunditorie percurri, *acceptationis* vel *acceptandi* vocabul'um in donationum causis non reperi ante CYNVM Pistoriemsem, DINI Rosiani discipulum, et BARTOLI doctorem, qui exeuente seculo XIII et ineunte XIV. vixit, poeta non improbabilis, et Ictus non contemnendus, pro genio tamen istius aetatis iudicandus. Attamen cum inter eos sit, qui leges et iura non glossis, sed integris commentariis illustrarunt, recte dices, hanc barbarem vocem non tam glossatoribus ipsis, quam eorum sectatoribus ac discipulis tribuendam esse. Hic igitur CYNVS, quod sibi poetae in rebus, idem ICTO in verbis licere credens, inueniae ac traditae a doctoribus rei nomen indidisse videtur, et quoniam forte ex doctorum erroneis praeceptis hauserat, si donatarius tenere vellet donatorem, et ad compleendum pacu in hac re fragmentum, satis esse, quando gratam sibi esse et *acceptam* donationem significaret, eam *acceptare* dixit. Melius dixisset *acceptilare*, quod et apud veteres ICTOS inuenitur pro acceptum declarare, et si alio sensu. Nam acceptatio nihil aliud est, quam declaratio vel potius fictio creditoris, debitum esse a debitore solutum, et a se acceptum h. e. manibus captum et in rationes accepti relatim, *s. l. I. quib. mod. toll. obl.* Locus vero CYN ad l. 6. C. de donat. quem iam LUDWIGVS de donat., diff. II. c. 2. s. 16. adduxit, hic est: *Pone, quod ego hodie Bononiae volens donare Titio, qui est Romae, dico: Titio dono centum. Quidam erat et forte retulit Titio. Unde Titius ACCEPTAVIT. Numquid erit contrafacta donatio? Quidam, quod sit. Et male. Ioannes, quod non. Et bene.* E quo simul patescit, CYN VMO quadam rem ipsam in eo recte sensisse, quod *acceptationem* ad *donations* efficiam non necessariam putavit; quamvis nec in ceteris ab errore immunis sit. Hunc igitur CYN VMO auctorem vocabulum putamus. Si quis vero sit, quem non poeniteat, huic vocis monstro inter priores glossatores natales antiquiores quaerere, is noui inuenti gloria et fructu per me laetabitur.

## VI.

De contractibus seminarum per curatorum  
ratihabitionem validis.

(d. a. 1781.)

**M**ulieres in plerisque negotiis, quae ineunt, in Saxonia curatoribus opus habere, omnes norunt, sed num in ipso negotio contrahendo interuenire debeant, an vero ratihabitio postea accedens sufficiat, id non satis expeditum videtur. Ea res iam sub initium huius seculi, teste BERGERO *Elett. proc. exec. th. 18.* in senatu, coram quo prouocatione certatur, valde agitata est, et patres subinde in diueras traxit sententias. Nec desunt profecto argumenta iis, qui pro necessitate consensu in ipso negotio, praecedente curatoris notitia, pugnant, cui sententiae in primis CARPZOVIVS *C. 15. P. II. def. 30.* et MOLLER *ad eand. const. no. 38.* fauent, cf. IOACH. WIBEL *de contract. mul. c. 6. n. 51. sq.* ZIEGLER *de ratihab. f. 9.* qui non solum, quod laudo, nullum presumtum consensum, praefente forte curatore et tacente, admittunt, sed eum etiam, qui post tempus aliquod interponatur, prorsus nihil operari putant. Prouocat in primis CARPZOVIVS ad verba constitutionis Saxonicae: es soll denen Weibepersonen dasjenige, was sie ohne Vorwissen und Autorität ihres Vormunds schließen und handeln, damit sie sich gegen jemand verpflichten, unschädlich und unantheilig seyn. Quodsi igitur ipsa legis verba sequamur, quibus

bus in omni interpretatione dubia inhaerendum est, ipsum praescitum curatoris necessarium putabimus, omni consensu sublequenti remoto. Eodem pertinet verbum legis Autoritat, quod sumtum esse videtur a veterum tutorum, vel muliebrium vel pupillarum, auctoritate, quae in ipso anno negotioque adhibenda erat, post aliquod interualium interpolata non valebat, §. 2. I. de aud. tut. l. 9. §. 8. eod. l. 25. §. 4. de acqu. vel om. hered. cf. ZIEGLER de ratihabit. §. 57. tutor enim praesens corpore et animo esse debebat, d. l. 9. §. 5. l. 14. D. de aud. et conf. tut. cum contra in negotiis minorum consensus tantum requireretur, qui in ipso titulo VIII. l. XXVI. Digestorum ab auctoritate diligenter secernitur, FRANZK. Exerc. 3. qu. 4. n. 3. habetque haec aliquam solemnitatem, consensus vero nullam, NOODT ad tit. Dig. de aud. vel conf. tut. Consentit enim non solum; qui negotium contrahit, sed etiam qui approbat. Isdem verbis, nempe Vorbewust und Autorität lex alia Saxonica, Mandatum scilicet de obligationibus mulierum, d. 18. Nou. 1722. promulgatum vtitur, vbi in primis vxorum contractus sine maritorum, ac, si ipsis ali quoque curatores dati, etiam absque horum praescitu atque auctoritate validi esse negantur, vt adeo constans in ea re legislatorum Saxoniorum sententia apparere videatur. Quid? quod ipse vetus ICtus VLPIANVS Fragm. Tit. XI. §. 25. mulierum tutores auctoritatem interponere dicit. Neque profecto negandum, hanc opinionem cum fine, quem leges in exigendo ad negotia mulierum curatore spectant, quam maxime conuenire. Etenim officium curatoris absque dubitatione continetur, vt, quae eius curas se credidit, ei ipse consilio suo ac prudentiae auxilio in negotiis illi obuenientibus adsit, eamque a fraudibus eorum, quibuscum contrahit, defendat. Hoc innuant verba supra iam allegatae constitutionis Saxonicae 15. P. II. damit sie aus Mangel guten Raths und Bedachts nicht übereilet oder hintergangen werden möchten. Quamus enim CAR. FERD. HOMMEL. Rhaps. obs. 274. curatores mulierum ioco magis quam serio meras pupas et lusus appelle, tamen in eo cum reliquis omnibus interpretibus consentit, vt consiliarii sint curandarum. Nam quemadmodum et masculorum ii, qui a civilibus rerum negotiis omnino alieni, et omnis juris

scien-

scientiae, communis saltim et vulgaris expertes sunt, v. c. rusticī, bene faciunt, si nullum, quod alicuius momenti sit, negotium absque iurisperito adhibendo suscipiunt, sic in primis leges Saxonicae feminis ex officio prospexerunt, ut ipsis quali perpetuo aduocatos darent, qui eas in omnibus negotiis, nisi quae diserte excepta sunt, comitarentur, is ex animo et ingenio consularent, ipsasque a fraude ac dolo aliorum consilio suo defenderen. Quod eo adhuc magis in maritis verum, qui amore maritali ducti, omnem ab vxoribus iniuriam, quantum possunt, depellere conantur. Et quamvis inficias ire non possim, saepenumero accidere, vt cum legitimi, tum dati curatores omnis iuris atque adeo civilis rationis expertes sint, atque adeo haud raro fieri, vt curae curatoris tradita hunc ingenio ac prudentia admodum vincat, tamen nec tunc inutilis videtur curator, cum, quemadmodum prouerbium fert, plures oculi plus cernere soleant, quam vnu et qui negotia, nonnisi praevia aliqua deliberatione cum amico futcepta, gerit, sine dubio fallacie non adeo expositus fit, quam is, qui nemine consulto solus ad ea properare solet. Ex hoc effici videtur, feminam in iis negotiis, in quibus curatore opus est, v. c. in venditione fundorum vel geradae, si potestas ipsis deest, cum curatore suo de aliquo contractu celebrando colloquendi, deliberandique, vel saltim in ipsa celebrazione eum consulendi, et, conductane sic contrahere? interrogandi, indefensam esse. Hinc est, quod quidam interpretes curatoris in ipso actu adhibitionem ad formam et substantiam contractus mulieris requirunt, BESOLD ad l. 2. D. de aust. et conf. tut. CARPZ. cit. def. 30. n. 2. BERLICH. P. II. concl. 17. n. 102. RAVCHB. P. I. qu. 32. n. 43. Quicquid autem ad formam et substantiam alicuius actus pertinet, id per aequipollens non potest suppleri, vnde interpretes dicunt, quando lex consensum praecise, certo tempore limitato et pro forma actus requirat, tunc ratihabitionem non retrotrahi, IOH. A SANDE ad l. 60. D. de R. I. nec quod ipso iure nullum sit, ratum haberi posse, PETR. PER ad c. 10. X. de R. I. in 6to, putant vero, contractum mulieris sine curatore initum ipso iure nullum esse, MOLLER ad c. 15. P. II. n. 82. CARPZ. c. ead. def. 1. quod posterius in primis pertinet ad vxorum contractus,

qua-

quarum actiones sine praescitu atque auctoritate maritorum, et qui ipsis praeter hos dati sunt curatorum, susceptae, an sic selbst und *ipso iure* inualidi declarantur in *Mand. d. 18. Nou. 1722.* Haec igitur opinio pro necessitate consensus a curatore in ipso negotio femineo interponendi seculo superiori non solum in dicasteriis Lipsiensibus regnauit, quale exemplum *BERGER. Elec. proc. exec. th. 18. p. 22.* ex *MULDNERO* assert, sed etiam summo senatu prouocationum in celebri illa, quam supra ex eodem *BERGERO* commemorauimus, lite, cum sententiam primam leuterationis ferret, placuit ex argumento, (*vt compri euolutis rationum libris*) eo, quod tetigi, praesentem scilicet curatoris in negotio ipso consensum ad formam et substantiam pertinere.

At nihilominus altera, quae est in primis *BERGERI Elec. proc. exec. dist. loc. et Oec. iur. L. I. t. 4. §. 10.* mihi praferenda videtur, scilicet, etiam curatoris consensum, postea accedente, siue ratificationem validam esse ad negotii muliebris perfectionem. Etenim, *vt de verbo auctoritatis et intercedente inter curatores mulierum ac pupillorum tutores similitudine incipiam,* non inde aliquid ad hodiernos mores effici videtur. Etsi enim bene scio, veteri iure feminis non curatores, verum tutores datos esse, easque ab antiquissimis temporibus sub perpetua tutela, siue maritorum, siue agnatorum fuisse, *HEINECC. Antiqu. iur. L. I. tit. XIII. §. 16.* quod iam *CICERO Orat. pro Murena c. 12.* dixit: *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt, qui tutores vel maritales vel legitimis in seminarum negotiis non minus ac pupillares in contractibus minorum auctoritatem interponere debebant,* *VLPIAN. Fragm. tit. XL. §. 25.* tamen idem ego non puto, in his negotiis feminis confirmandis aliquid solennitatis, *vt apud pupilos, interfuisse.* Nam primum modo nominatus *VLPIANVS ibid.* tutorum muliebrium auctoritatem ab ea, quam tutores interponunt, quemque actum legitimum fuisse sciens, *SELCHOW Aut. iur. R. §. 597.* sequitur; deinde verosimile est, verbum auctoritatis ab initio cum in omni re tutelari, tum in primis in femine, non nisi illam vere latinam notionem suadendi, hortandi et consilium

dandi approbandique, cf. ERNESTI, Clav. Cic. verb., auctor no. 3. 4. 12. et verb., auctoritas no. 6. 10. 12. 16. 17. 20. 22. secum tulisse, quemadmodum Cato apud LIVIVM L. XXXIV. c. 3. ait: *Maiores nostri nullam ne priuatam quidem rem agere feminas sine auctore voluntur, h. e. sine tute, qui id, quod ipsae egerunt, prudentia sua et consilio confirmet.* Sed maneamus in verbo auctoritatis tutorum pupillarum, quo adversarii sibi adeo placent. Iure ciuili, quando tutores negotiis pupillorum auctoritatem suam interponere dicuntur, hoc vocabulo non plus continetur, quam approbatio negotii a pupillo gesti. STRVY. S. I. C. ex. 31. th. 41. 42. et MÜLLER. ad hunc loc. Id certius, quam ut dubitari posset, PAVLVS confirmat, l. 3. D. de auct. et conf. tut. dicens: *Etiamsi non interrogatus auctor fiat, valet auctoritas eius, cum se probare dicit id quod agitur, hoc est enim auctorem fieri, et CAIVS l. 9. §. 6. D. eod. Etiamsi non exaudiatur is, qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc approbetur, recte negotium geritur.* Ex quo patet, a solo auctoritatis verbo, quo constitutio Electoralis 15. P. II. vtitur, nullum argumentum duci posse, cum ratihabito curatorum etiam nihil aliud sit, quam approbatio negotii, antea a femina gesti? Quid? quod auctoritas tutoris in iure etiam usus vocatur, l. 5. C. de auct. praef. et GOTHOFR. ad h. l. Deinde, quicquid huius rei sit, quamvis illa tutorum approbatio tunc statim in ipso negotio fieri debuisse perhibetur, l. 9. §. 5. D. de auct. et conf. tut. tamen haec verba non ita crasse sunt accipienda, vt nullum temporis interuallum intercedere queat, potius haec approbatio nonnisi post perfectum negotio desiderabatur, l. 25. §. 4. D. de acqu. vel om. hered. et verba sequentia dictae legis: *post tempus interposita auctoritas nihil valet, nonnisi magnum aliquod interuallum excludere videntur,* MÜLLER ad Struv. l. c. leiuisculo aliquo non attento, vnde CVIACIVS L. XIII. obs. 31. auctoritatem tutoris factum pupilli et praecedere et subsequi posse putat, DONELLVS vero L. III. comm. iur. civ. c. 13. totum illum locum sic interpretatur, vt tutor in negotio pupilli praesens quidem esse debeat, sed nonnisi demum gestum et perfectum approbare, et si hoc facile concederim, id breui post fieri debu-

debuuisse, quoniam actus erat legitimus, qui per alium contrarium interuenientem non debebat vitiare, DION. GOTHOFR. ad. d. l. 9. §. 5. vnde THEOPHILVS. §. 2. I. de aut. tut. unum solummodo diem interici permittit. Atque adeo non defunt ICti, qui et tutores veteres contractus papillorum per ratihabitionem confirmare potuisse putant, STRVVIUS S. I. C. Ex. 31. §. 42. ibique MÜLLERVS; quod eo magis iure hodierno verum erit, quo auctoritas tutoris non amplius actus legitimus est, SCHILTER. Exerc. ad Pand. 37. no. 110. HEINECC. Academ. Reden §. 256. BRVNNEM. Exerc. Inflam. q. ad §. 1. I. de aut. tut. no. 5. ZIEGLER l. c. §. 58. PETR. MÜLLER. l. c. nulla amplius intercalli ratione habita, sed quamvis tutoris auctoritas longo post tempore accedit, tamen per eam pupilli negotium validum redditur, in quo omnes fere interpretes consentiunt. Consentiunt etiam in eo, curatores hodiernos mulierum non tam tutoribus Romanis pupillorum, quam potius curatoribus minorum comparandos esse, STRYCK. Vf. mod. L. XXVI. t. 8. §. 3. quorum consensus post temporis interuallum addi poterat, FRANZK. Exerc. 3. qu. 4. no. 10. ita, vt praecepta iuris ciuilis de auctoritate a praefente tute interponenda ad curatores mulierum non applicari queant, vt dixit Ordo ICtorum Lipsiensium apud BERGERVM l. c. addidicte, eiusmodi curatores non ad integrandam personam necessarios, sed modo tanquam consiliarios adhibendos esse, qui ipsas cum ante tum post contractum adjuvare possint; vnde profecto mihi, si eodem iure hodierno in feminas tam duri esse velimus, vt adultis et saepe admodum sapientibus ne licet quidem, in contractus a se prudenter et praevia deliberatione celebratos curatorum consensum ac ratihabitionem petere. Haec omnia ea de causa disputauimus, vt intelligeretur, non esse inhaerendum vocabulo auctoritatis, sed hoc idem denotare ac consensum, quae viraque vox hodierno iure promiseue, STRYCK Vf. mod. L. XXVI. t. 8. §. 1. 2. quemadmodum ipsa tutela ac cura, LAVTERB. ad Dig. L. XXVII. t. 10. §. 1. nec non tutorum curatorumque notio, usurpatur, CARPZ. P. II. c. II. def. 10. no. 6. utroque communis germanico nomine Wormunder appellato, BOEHMER. Consult. Tom. II. P. I. ref. 162. no. 66.

Intueamur modo ratihabitionis naturam, ac causam, cur curatores feminarum contractibus adhibeantur. Regula est iuris, ab VLPIANO l. 12. §. 4. *D. de solut. et l. 60. D. de R.* I. expressis verbis proposita, a IVLIANO quoque et aliis recepta, l. 3. *D. de vi et vi arm.* nec non Corpori iuris canonici inserta, c. 10. X. de R. I. raihabitionem mandato aequiparari, cf. l. 1. §. 14. *de vi et vi arm.* eamque tanquam aliqua fictione ad tempus praeteritum retrotrahi, quasi is, qui ratihabet, ipsum negotium iam antea perfecisset, l. 56. *D. de iuic.* l. 25. in fin. *C. de donat. int. vir. et vx.* l. 6. §. 1. de pignor. cf. ZIEGLER de ratihab. §. 19. vnde Imperator l. 7. pr. *C. ad Sct. Maced.* diserte dicit, si quis contractum absque voluntate sua gestum, ex temporis interullo ratihabeat, hunc eodem modo validum esse, quemadmodum si ab initio voluntate sua vel mandato alteri obnoxius fuisset, additque ratihabitionem non abfimilem esse consensui, ac confirmare ea, quae ab initio acta sint. Benè eam rem explicat, quamuis non satis latine, BALDVS ad l. 4. §. 6. *de off. procons.* *Auctus ipse*, ait, qui per ratihabitionem conualescit, habet concomitantiam ad posteriorem actum et cum eo inseparabiliter cohaeret, ita, ut relatio quaedam inter eos habeatur. Quodsi itaque nullum occurrat impedimentum inter tempus negotii gesti et factae ratihabitionis, prius tempus ex vi quadam attrahita trahit ad se posterius. Haec si applicaueris ad consensem curatoris, negotiis mulierum adhibendum, facile videas, nec hic ratihabitioni vim, quam in omni iure habet, vlo modo denegari posse. Etenim singitur curator negotium a femina gestum ipsi antea mandasse et quasi imperasse, adeoque, iam antequam inciperetur, id sciuisse et in id consensisse. Ratihabito enim eundem effectum habet, ac si consensu statim ab initio interpositus esset, facitque negotium meum, quod ab initio meum non erat, BOEHMER Consult. To. I. dec. 294. no. 34. et dec. 612. no. 4. Idem dicendum, si finem intueamur, quem leges in exigendo curatorum muliebrium consensu sequuntur. Etenim an haec ratio sit aequa et iusta, de eo hic non attinet dicere. Saltim dubitare posse, an feminis Saxonice tanta imbecillitas animi tribuenda sit, quibus, et praecipue innuptis, varia negotia, praesertim circa mobilia, saepe magni

magni momenti et pretii, absque curatore gerere permisum est, fere ut a SANDE *Dec. Frisi. Tit. 4. def. 3.* de Frisicis suis feminis, quae non nuptiae omnia agere possunt, scribit, legislatores quad nuptas non spectasse infirmitatem iudicii muliebris, alioquin et innuptas, quae nuptis non sint sagaciores, sub cura esse voluerent. Sed redeamus in viam. Ipsa constitutionis Saxonicae 15. P. II. verba clarissime consilium legislatoris declarant, hoc scilicet, ne ob lubricitatem ac imbecillitatem ingenii, inopia consilii circumuentae, laedantur. Feminis itaque curator additur, vt habeant, quem in negotiis suis consulant, quem, si ipsis aliquis contractus obueniat celebrandus, de eo certiorem faciant, quem, conduceatne eum inire vel minus? interrogent, curator vero vt de contractu celebrando cogitet, in curanda vel vtilitatem vel damnum inquirat, atque si illud videat, eum consensu suo confirmet, fin hoc, ab approbatione abstineat, verbo, ne femina ex vilo tali negotio aliter obligetur, nisi prius curatoris consensus secutus fuerit. Vnusquisque igitur videt, in contractibus mulierum personam curatoris non nisi accessoriam esse, ex quo manifesto patet, satis esse, si eius consensus voluntati feminae contrahentis accedit. Nec vero dicas, quando curator negotio a femina peracto non nisi accedit, vel nomen subscribendo, vel alio modo, eum officio suo non satis defunctum esse, sed praedeliberationem et consilium requiri. Imo vero id ex sola subscriptione ac approbatione praesumendum est, cum nemo officii sui obliuisci credatur, quo collineant rationes decidendi Ordinis I<sup>c</sup>torum Lipsiensis apud BERGERVM l. c. p. 26. dagegen der unterfriebene Contract, daß alles mit Consens des friegerischen Wormundes vorgegangen, deutlich besaget, und denselben, da ein anderes nicht erwiesen, Glaube gegeben werden muß, quapropter, quamvis forte non perlegerit, at subscripsit tamen, siue ab initio, siue post aliquod tempus confirmauerit, mulier eo fine dubio tenebitur, cum aliena negligentia ei, qui cum ipsa contraxit, obesse nequeat, c. 52. X. de eleff. curator vero et curanda pro vna persona habendi. Quodsi vero curator in qualibet curanda negotio probum se ac integrum praestat, officio suo fungens, vnum idemque sane erit, num ante negotium a muliere suscepturn ipii consilio suo

H 4

ad-

adserit, proficuumne vel damnosum sit, deliberauerit, et de utilitate persuasus in id consenserit; an vero in ipsius actus celebratione, quae saepissime vix unam semihoram implet, solenni modo auctoritatem interposuerit; an demum, peracto a semina iam contractu, ex quo citra eius consensum non obligatur, rem, sumto sibi idoneo temporis spatio, seria animi cogitatione versetur, et perpenitus in utramque partem rationibus, contractum, quem proficuum curandae esse nunc intelligit, voluntate sua approbat, et sic valorem, quo adhuc carebat, addit? Facillime profecto patet, curatori etiam post celebratum contractum eandem facultatem et opportunitatem esse, cogitandi, deliberandi super curandae negotio, omnia scripta contractus capita perpendendi, ipsum cum eius re familiari, et ceteris rebus ad eam attinentibus, comparandi, consuetas advocatorum formulas feminae contrahenti explicandi, ac reliqua, quae ad officium suum referenda sunt, faciendi; nec ultum feminae incommodum inde nascitur, quod curator contractum nunc demum ipsi proficuum videt, quem antea nescierat, cum ex hoc demum approbationis tempore eo obligetur. Accedit, quod rei publicae interfit, ut negotia et contractus, a liberis hominibus, in ea aetate, qua contrahere possunt, constitutis, neque mentis alienatione laborantibus, spontanea voluntate initi, quantum fieri potest, conseruentur. Sed sudes publica, cuius in primis nos Germani more maiorum tenaces esse debemus, admodum falleret, si feminis licet, negotia deliberato animo gesta frangere, petita ex solo tempore dati a curatore consensus subtilissima ratione. Huc pertinent argumenta, quibus usus erat non solum saepe dictus Ordo IC:orum Lipsiensium referente BERGERO l. c. f. 19. sed etiam senatus prouocationum in lite ab eodem BERGERO Elect. proc. ex. th. 18. commemorata, cum venditionem geradae, cuius formulam curator ex interuallo demum subseripserat, per sententiam primam et ultimam, mutata intermedia, validam pronunciaret, quas rationes deficients apud BERGERVM, ex antiquis apud illum senatum libris suppeditare possumus; meis auctoritas curatoris durch dessen Unterschrift contractui adhibret, und wohl zu präsumiren, daß, wenn er erwäg dassey zu erinnern gesunden, er mit der Subsription angesstanden

standen haben, es auch eine böse Consequenz nach sich ziehen würde, wenn man ex hac subtilitate: ob der Curator actui persönlich zugegen gewesen, et praehabito consilio auctoritatem coram und in continentia impertiret, viele negotia mulierum in controversia ziehen lassen wollte. Ex quo simul patet, supremo illi iudicio non displicuisse, tum in sententia ipsa tum in rationum argumentis fere conuenire; cum isto responso, quod in eadem causa partes ab Ordine ICororum Lipsiensium petierant, a BERGERO *ibid.* §. 19. integrum exhibuit, reliquo Vitebergenium responso, in eadem causa dato, quod apud HORNIVM *Cl. IV. resp. 7.* videre licet. Simile mihi exemplum innotuit litis coram iudicio Kn. inter D. B. et E. M. agitatae, qua vxor affiliente et sciente marito fundum suum vendiderat, re prius factis circumspecta ac deliberata, inscio tamen et absente, quem habebat, curatore generali. Emotor breui tempore interieco, cum curatorem forte videret, propositus ipsi rem, qui curandae contractum approbat et emtori consensum suum ratihabendo declarabat. Quanquam igitur emtor institute actione, sententia anno 1749. a Scabinis Lips. lata, vinceretur, tamen id magis ob deficientem probacionem siebat, ceteroquin sententia salua ac adoptata: contractum mulieris per ratihabitionem curatoris postea dentum accedenter confirmari et convalidari posse, vt sequentes rationes demonstrant: Dieweil bey Schließung des zu der Beklagten Chemanns eignen Nutzen in dessen Hause getroffenen Kaufs J. M. als der Beklagten in allen ihren Sachen bestätigter Curator zu dieser Handlung nicht gezogen und gebraucht worden, auch daß dessen Consens nachher gehörig erfolget, Kläger nicht beigebracht, gestalt die Zeugen-Aussage nicht also beschaffen, daß daraus der mit J. M. von ohngefähr und in der Schenk ohne seiner Curandin Verseyhn gehaltenen Unterredung ein mit Autorität und Einwilligung des Curatoris getroffener gültiger Handel gefolgert werden mag, in mehrern Betracht, ob er die Punktation durchlesen, und was eigentlich abgehandelt, erfahren, ungewiß, auch Zeuge, daß M. vorhero mit seiner Curandin gesprochen, und sich mit ihr conformiert, nicht sagen kann; hiernächst daß, wenn beyder Consens nachher erfolget wäre, Kläger ohne Zweifel, daß auch von beyden

die Unterschrift der Punction geschehe, besorgt gewesen seyn würde.

At, quid faciemus verbis illis constitutionis Saxonicae supra commemoratae, Mandatique regii de anno 1722: ohne Vorwissen ihrer ehelichen und andern verordneten Vermunden. Summus BERGERVS Oec. iur. L. I. t. I. §. 12. not. 2. hoc tanquam aliquod illustre exemplum interpretationis, quam ICti extensiuam vocant, allegat, quae non in verbo praescientiae substat, sed mentem legislatoris sequi debeat, satis nempe esse, vt curator de negotio curandae certior factus, quandocunque in id consentiat. Ego, qui facto a doctoribus discrimini inter interpretationem legis simplicem, extensuam et restrictivam, saltim iure Saxonico, parum tribuo, sciens, omnem legum Saxoniarum interpretationem, nedum eam, quae verbis vim facit, dicasteriis, quidni? etiam priuatis ICtis interdictam esse, Eledig. der Landesgeby. de an. 1661. tit. v. Iust. S. §. 46. Mand. praemiss. ordinationi proc. rec. et nouis Decis. de an. 1746. rem sine hoc auxilio expediri posse puto. Etenim verum est manetque, contractus muliebres non prius validos reddi et feminas contrahentes obligare, donec curatores eos seuerint et auctoritatem suam interpolauerint. Si igitur in ipsa celebratione consentiunt, necesse est, ipsis ante hunc consensum rem non incognitam fuisse; si vero tunc ignorarunt, et posterius demum, certiores de curandae negotio facti, approbat, iterum prono alueo fluit, feminam ante hanc curatoris acceptam notitiam, subsecutamque ratihabitionem nullo modo obligari, quamvis tunc retrahatur, suspensa interim contractus claudicantis vi aduersus mulierem.

Quod autem ad argumentum a nullitate contractus muliebris sine curatore facti et inde cessantis, vt putant, ratihabitionis attinet, primum nego, eiusmodi negotium nullum esse. Id non repertis in ita Constitutione, neque in Mandato de an. 1722. dicitur, negotia vxorum sine curatorum praesciū ipso iure nulla esse, sed tantum, ipso iure inualida, scilicet quemadmodum mox additur, sic inualida, vt nec post mariti mortem valeant, et neque mulier, neque eius heredes, qui alias facta defunctorum approbare tenentur,

tur; inde conveniri possint; in hac enim opinione ante hanc constitutionem iuris interpretes fuerant, A SANDE *Decis. Friſic. L. II. def. 3.* Vnde cum CARPZOVI P. II. c. 15. def. 1. consentire nequeo, qui eiusmodi contractum adeo ipso iure nullum existimat. vt nec iuramento confirmatus obliget, nam suam sententiam eo solum fundat, quod curatoris consensus ad ipsam formam et substantiam requiratur, quod tamen vix mihi verum videtur, cum alias explicari non possit, cur leges mulieribus in quibusdam generibus contractuum sine curatore agere permiserint, in aliis minus, in his vero, vt vidimus, curatore non opus sit ad integrandam quasi feminae personam, sed ad confilium tantum et euitandas fraudes. Deinde quomodo is contractus ipso iure nullus esse potest, qui, cum mulieri utilis et propicius est, omnino subsistit, et alteram partem contrahentem obligat? CARPZ. l. c. def. 17. Porro, si verum est, quod aduersarii sumunt, actum ipso iure nullum ratihabitione conualidari non posse, eiusdem Mandati subsequentia verba eos iugulabunt, quae ipsius vxoris, viduae factae, agnitionem permittunt. At nec verum est illud, vnum negotium, quod ipso iure nullum est, ratihabitione confirmari non posse, cuius exemplum est in alienatione fundorum pupillarum vel minorum a tutoribus vel curatoribus absque decreto iudicis facta, quae ipso iure nulla dicitur, l. 3. §. 13. de *suspeſt. tut. l. 22. sub fin. C. de adm. tut. l. 7. §. 3. D. de reb. eor. et tamen eiusmodi venditio ab eo, qui maior factus est, ratihaberi potest, tot. tit. C. si maior factus alienationem, et tot. tit. C. si maior factus ratum. cf. STRVV. Synt. I. C. exerc. 8. §. 52,* ipso consiente CARPZOVI P. II. c. 11. def. 31. Itaque salua nostra sententia verbis dicti Mandati inhaerere poterimus, vt omne negotium a sola muliere gestum in tantum ipso iure inualidum sit, quantum et quandiu curator id ignoret; et propter inseitiam consensus suum non addit. Sed exinde non sequitur, si postea compertum accipiat et comprobat, eo validitatem contractui acquiri non posse.

Notandum porro est, eundem CARPZOVIVM, qui omnia feminarum negotia absque curatoribus contracta ipso iure nulla putat, tamen ratihabitionem tunc admittere, quando curatorum consensus ipsum negotium statim infestatur,

quatur, *P. II. c. 15. def. 31.* eundem porro CARPOVIVM credere, si quis, qui non sit curator feminae contrahentis, at praesens tamen negotio, eidem feminae in sequenti tempore curator a iudice competente constitutus, contractum convalidari, *ib. def. 32. cf. WESEN B. Vol. I. conf. 3. n. 67 et 69.* Quod quomodo cum illa Carpouiana sententia, quam impugnamus, cohæreat, non video, cum eo ipso fateatur, contractui semineo, fine curatore inito, potea accedere posse aliquod, vel factum iudicis, vel curatoris, quo negotium in ipso actu inualidum, mox confirmetur; nullaque diuersitatis ratio excogitari poterit, hoccine factum breuiori vel longiori interieicto tempore addatur. Adde, quod BERLICHIVS, quem plerumque CARPOVIVS sequitur, *dec. 148.* in ea versatur opinione, contractum a solo curatore initum, accidente mulieris consensu, convalidari, quod etiam aliquando ICTis Ienensisibus visum apud PUSTOREM obf. II5. n. 6. cf. ZIEGLER de ratihab. §. 10. Quodsi itaque negotium a persona tantum accessoria celebratum per principalis ratihabitionem confirmari potest, cur non multo magis contractus voluntate et iudicio personae principalis initus adueniente personae accessoriae comprobatione?

His omnibus praefato est usus fere perpetuus hodiernus pro nostra sententia, et ICTorum celeberrimorum recentiorum consenso. Etenim praeter reliquas iam superius tam ex BERGERO, quam ex propria scientia allegatas rerum iudicatarum auctoritates, etiam RIVINVVS *Enunc. irr. ad tit. 8. enunc. 38.* nobiscum conspirat, ac, non omnino requiri putat, vt curator praesens interponat auctoritatem contractui a muliere ineundo, refertque, ICTos Lipsienses, relictis maiorum suorum, nec non Scabinorum Lipsiensem et Ordinis Viadrini vestigis, hanc opinionem adoptasse, adducto in eam rem integro illo responso de anno 1702, quod iam in BERGERO *Elett. proc. ex. l. 19.* legitur. Eandem opinionem STRYCKIVS *Vf. mod. L. XXVI. t. 8. §. 3.* tenet, eamque sententia dicti Ordinis Viadrini confirmat, anno 1710. lata, quae in primis eo fundata est, quod curatores mulierum hodierni non tam tutoribus pupillorum quam curatoribus minorennum equiparandi sint. Eandem sententiam obiter insertum videores responso Facultatis Vite-

ber-

bergenfis anno 1718. dati, apud WERNHERVM Tom. II.  
P. VI. obf. 338. p. 39. nec minus eiusdem anni responso a  
Fridericiana dato apud BOEHMERVM Consult. T. II. P. I.  
resp. 363. vt adeo vel ex his, praetermissis aliis, et assumta  
re indicata Scabinorum Lipsiensium anno 1749 in causa B.  
contra M. superius adducta patere videatur, nostram sen-  
tentiam hodie communem esse, quod etiam BARTHIVS  
confirmat Cent. II. diffens. 132. cum BEYERO Iur. germ.  
L. I. c. 27. §. 44. et LYNCKERO Resol. 349. qui ICtis le-  
nenibus similem opinionem attribuit, ut itaque toto hoc  
seculo, in quo vivimus, pro recepta habita sit, quibus si  
ICtum superioris seculi addi velis, eum in BRVNNEMAN-  
NO ad l. 9. D. de aud. tut. reperies.

Antequam finem imponamus, liceat aliquot minuscu-  
las observationes addere. Primo puto, curatoris ratihabitionem non tacitam sufficere, verum expreflam desiderari.  
Nam quemadmodum nec consensus tacitus curatorum in ip-  
sis negotiis mulierum sufficeret, etiam si interstit actui, ne-  
que contradicat, MOLLER ad const. 15. P. II. n. 38. et  
CARPZ. ibid. def. 30. n. i. id quod etiam de tute supra  
vidimus, ita nec curatoris ratihabentis non praeclumi  
potest consenus, sed probari debet, cf. ZIEGLER l. c.  
§. 24. nec taciturnitas in ratihabitione loco consensus est,  
ECKOLD ad Pand. L. III. t. 3. §. 10. Et quamvis notis-  
sima sit regula iuris, qui non contradicat, cum contradicere  
possit, eum pro consentiente haberi, c. 2. X. de his qu.  
fiunt a prael. c. 43. de R. I. in 6to. l. 5. D. de adopt. tamen  
id de eo solum intelligi potest, quod in suum ipsum incom-  
modum vergit, c. 27. de R. I. in 6. non, quod in praeiu-  
dium alienum. Deinde ratihabitione curatoris fieri debet,  
postquam non solum de negotio, prius a sola femina gesto,  
satis certioratus, sed etiam, postquam cum ipsa curanda de  
eo collegutus fuerit, ac deliberauerit. Non enim satis erit,  
si pars altera, cum qua mulier absque curatore contractum  
inierat, curatorem eius illa inscia adeat, ei rem gestam  
parret, forte etiam scriptum exemplar ostendat, et sic ratihabitionem roget. Nam sola curatoris notitia non pro suf-  
ficiente habenda, quippe quae nunquam loco approbationis  
est, l. 8. §. 15. quib. mod. pign. quamvis nec haec in villa  
ratihabitione deesse possit, LEYSER Medit. ad Pand. Vol.  
III.

*III. spec. 178. coroll. I. ZIEGLER L. c. §. 23.* nec sufficit sola curatoris de emolumenta feminae ex eo capiendo opinio, verum consulere ipsi debet, et factis hinc inde interrogationibus ac percontacionibus quaerere, an omnino ipsi conducat, et rationibus eius accommodatus sit, an minus. Id quod Scabini Lipsienses viderunt, cum in rationibus superius allegatis curatoris supervenientem consensum propter ea contractui obligationem conciliare negarent, quoniam nec praesente curanda, nec colloquitione antea cum ea facta, datum esset. *Tertio* debet fieri re adhuc integra, quod in omni ratihabitione verum, *I. pen. pr. D. ratam haberi.* CARPZ. P. I. c. 19. def. 6. n. 6. Quod si itaque femina contrahens interea mortua sit, vel eam poenitentiter, vnuusquisque videt, curatorem invile quid facturum, si contractum adhuc ratihabere velit. Cui rei non obicias legem penultimam §. 1. *D. rat. hab.* quippe quea de eo loquitur, si is, qui alieno nomine egerit, et ratam rem haberi stipulatus sit, interea obeat, vel furere incipiat, quarum causarum neutram dicit ICtus ratihabitione obesse, qui persona principali, de cuius contractu quaeritur, adhuc viuente, ipsi liberum esse debeat, eum ratihabere, quem eius quasi mandatarius ante mortem suum sub spe rati gessisset; quemadmodum nec, quod verus mandatarius fecit, defuncto eo, annullatur, quoniam absurdum putat, impedimentum ratihabitionis in eius conditionem conferre, cuius factum ratihabendum erat. *Denique* ratihabitione curatoris negotium muliebre reducitur ad tempus, quo femina contrahebat, quod barbari sic exprimere solent, ut validetur ex tunc non ex nunc. Cum enim fictio idem operetur, quam veritas, et curator ratihabens mandatis videatur mulieris contractum tum, cum femina contraheret, ut supra vidimus, facile intellectu est, eius consensum sic retrotrahi, ut contractus non dum tempore ratihabitionis, sed ipsius negotii a femina acti, validus habeatur, dum interea suspensus fuerit ac quasi dormiuenter, usque ad id tempus, quo curator confirmationem addebat, nempe sic, quasi consensum in ipso negotio interposuisse, unde praeter alios ICtos PETR. MÜLLER ad STRVV. S. I. C. exerc. 15. §. 71. ostendit, in ratihabitione consensum facto praeterito accedentem fictione iuris ad initium actus retrotrahi, idque exemplo funeris illufrat, quod ab inicio alieno fundo illatum erat. Quamvis

uis enim iure Romano non nisi is locus religiosus fieret, in quem fundi dominus mortuum inferret, §. 9. I. l. 6. §. 4. *D. de rer. div.* tamen, accedente postea domini ratihabitione, ab ipso illationis tempore religiosus credebatur. Vnusquisque autem videt, hanc de retrahenda ratihabitione doctrinam in negotiis mulierum haud parum utilitatis habere, si v. c. de rei venditae usufructu, interitu, decremento vel incremento, hypothecaé in fundo constitutione, successione maritorum in hereditatem mobiliarem vxorum vel proximae agnatae in geradam vel de aliis huiuscemodi controvrsiis lis moueat. *De inheritanceibus et successione in fundo et in hereditate mobiliare*

## VII.

## De iuramento religionis.

(d. a. 1783.)

## §. I.

## De natura ac indole iuramenti religionis.

**I**lustrandum in genere sic describere liceat, ut sit solennis et conceptis verbis declarata assertio eius, qui vel aliquod factum verum esse dicit, vel se aliquid facturum esse promittit, addita clausula: se, si contrarium aut sciat, aut facturus sit, nolle, ut id numen, quod ut verum deum colit, sibi propitium sit.

Iuramentum religionis est per se et stricte consideratum promissio publica, qua quis sub fide praefiti solenniter iurisiurandi illi, qui ius habet eam exigendi, declarat, se in fennel agnita pura religione perpetuo mansurum.

Haec posterior definitio vulgaris est, quae praeter iuris peritos etiam theologo BECHMANNO in *Annos. ad IO. OLEARII Theol. mor. p. 473.* et philosopho GERH.

HERM.

HERM. MENCKENIO *dissert.* de iuslit. iur. relig. *Sect.*  
*I. §. 1.* placet. Itaque hoc iuriandum ad id genus  
pertinet, quod promissorum vocant, quod interpretes ab  
affertorio distinguere solent, eaque diuīsio magis probanda  
est ea, quam *IO. SAM. STRYCKIUS Melet. iuram. I.*  
*c. I. §. 24.* suppeditat, in iuramenta quoad praeteritum  
ad afferendum, et quoad futura ad agendum, nam inter-  
dum etiam omittendi causa praefrantur, ut hoc nostrum.  
Diximus, publicum esse, quoniam ad publica negotia per-  
tinet, *STRYCK. ibid. c. 2. §. 6.* atque ut ab extraaudi-  
ciali siue priuato distinguamus, cum non fas sit, hoc iu-  
ramentum priuatum neque praestare neque exigere;  
potius opus est publica postulatione, facta ab eo, qui ius  
postulandi et imponendi habet, et proinde etiam publice  
adhibitis consuetis solemnitatibus praefatur, interce-  
dente eius officii ministro, cui haec res demandata est.  
Ceterum hoc sacramentum id praeципuum habet, quod  
quemadmodum reliquis omnibus iuramentis aliqua religio  
ineft, sic in hoc ea tota cernitur, ita ut sancta religio et  
ipsa causa commouens sit ad iuriandum, et ipsa res super  
qua iuratur. Qui enim vera religione imbutus est, is ea  
facillime ad promittendam eius constantiam compellitur.  
Ceterum lubenter confitemur, quam dedimus huius iura-  
menti descriptionem, eam satis arctam esse, si ad hodier-  
nam eius formam attendamus. Potius nunc dilatata est,  
nec in simplici retinenda religionis promissione subtilitimus,  
sed viria addidimus, ita ut iuramentum religionis, quem-  
admodum hodie praefari solet, quadruplicem promissio-  
nem contineat: 1) quam diximus, de retinenda semel  
probata et accepta fide Christiana, 2) nihil quicquam  
contra hanc religionem agendi, 3) si quis alius quicquam,  
contra eam moliatur, id aperiendi, tandem 4) si ipse forte  
iurans ab illa religione, quam puram et veram nunc ag-  
noscit, temporis successu, deceptus errore alienatum est,  
se id mox puniciaturum esse. His, quae diximus, hodie  
contineri solet iuriandum religionis, verum interdum et  
iuramentum fidelitatis et alia annexere mos est, quae  
quamvis una formula comprehendantur, tamen quoad rem  
ipsam ab isto separanda sunt. Haec itaque iurata promissio  
*primum* partim pura partim *eventualis* est, *deinde* tangit  
tum ipsum iurantem tum alios, posita quodammodo in  
hos

hos inspectione, *denique* cum solam religionem et conscientiam iurantis concernit, tum ipsam religionem, quatenus numerus eam profidentium vel tuentium per eius praestationem augetur. Quae omnia cum ad religionem pertineant, non immerito singula hodie in iuramenti religionis formulam collecta sunt, quam integrum paragrapho sequenti apponamus.

### §. II.

#### *De his, quibus hoc iuramentum imponitur.*

Secundum hodiernos mores iusurandum religionis imponitur *primo* ministris verbi diuini, sub auspiciu*muneris, deinde* iis, qui aliquod officium publicum recipiunt, nempe eiusmodi, quocum ex legibus vel consuetudine praestatio iuramenti religionis coniuncta esse debet, *FINCKELTH. de iure patron. c. 6. 120. 141.* In his solet interdum nouo munere accepto repeti, illi vna tantum vice, recepto primo sacro munere, iurant. Neuter de eo, quod ipsis tale iusurandum imponatur, conqueri debet. Non illi, qui toti in ea re atque opera versari cupiunt, ut verbum divinum intemerare doceant, ut eam, quam cum ipso conuenientem agnoscunt, doctrinam publice profiteantur, ut parochianis viam salutis aeternae rectam monstrent, ut denique sacramenta non nisi ex precepto divino administrent; que omnia non facturi forent, nisi verae religionis tenaces essent, vnde et haec solenni iuramento confirmare, ipsis haud graue erit. Pari modo nec ii, quibus princeps aliquod officium publicum demandat, habent, cur de hoc iuramento praefando querantur. Etenim haec mutua demandatio et suscep*tio* officii quasi pactum vel contractus est, quo vterque inuicem obligatur. Principis igitur erat, conditiones ponere, sub quibus officium dare vellet, quae etiam si a religione sumerentur, tamen in candidati arbitrio erat, non iurare ac munus ipsis sub conditione iurisurandi demandandum non accipere, *TOACH. ERDM. SCHMIDT Not. ad Engav. element. iur. can. L. I. §. 338;* at semel accepta de praefando iureiurande religionis conditione eoque voluntarie praefrito, non est, quod aegre ferat. Formula in Saxonia

nia visitata, secundum quam tum clericu, tum laici, plerique nempe eorum, qui publicum munus Serenissimi Principis nostri gratia auspicantur, iurare solent, fere eadem est, eademque solennitas. Partem iuramenti, quam nostrates die Vorhaltung seu Pflichtsnotul appellant, praelegit actuarius, aut quicunque alio titulo insignitus hoc officium gerit. Apponamus primum eam, quam ut plurimum ciuilium munerum candidati iurare solent, paucis apud quaedam iudicia mutatis. Actuarius itaque haec praelegit: Ihr sollet geloben und schwören; daß ihr — — bey der reinen lehre und christlichen bekenniss dieser lande, wie dieselbe in der ersten ungedruckten Augspurgischen confession begriffen, und im christlichen concordiebuche wiederholter, beständig ohne einigen falsch verbleiben und verharren, darwider nichts heimliches oder öffentliches practicieren, auch wo ihr vermeyket, daß andre solches thun wollsten, dasselbige nicht verhalten, sondern solches ohne schen bald offenbaren; da auch Gott verhängen möchte, daß ihr euch selbsten durch menschen wiz und wahn von solcher reinen lehre und erkendniß des worts Gottes entweder zu den papisten, calvinisten oder andern obhemeldter reinen confession widrigen secten abwenden würdet, solches Ihr Churfürstlichen Durchlauchtigkeit alsofort vermeide dieses eures geleisteten eydes umgescheuet anmelden und vero fernere gnädigste resolution und verordnung erwarten wollet; post quae iurans ipse ore pronunciat: alles was ich N. geredet und gelobet habe, wie mir das mit unterschiedenen worten und puncten vorgelesen und vorgesaget, auch von mir wohl verstanden worden ist, das will ich stets, fest und unverbruchlich, gemeinlich und ohne gefährde halten; als mir Gott helfe durch Jesum Christum, seinem sohn, unsern herrn, cf. CARPZ. Iur. confit. L. III. def. 16. Hoc iuramentum vti in plurimis provinciis, AYRER de abusu iuram. Sect. II. §. 30. p. 127. 1. H. BÖHMER Iur. paroch. Sect. III. c. I. §. 47. sic eadem formula in Saxonia praestant, vt diximus, ii qui parochi ministerium suscipiunt post ordinem accepum, et ante confirmationem, DEVLING. Prud. past. P. II. c. 2. §. 16. et KÜSTNER. ad h. l. praestant summi Principis ministri, FINCKELTHAVS de iure patronatus c. 6. 120 141. omnesque consiliarii, quique in officio eius esse dicuntur, (diener) praeecti, General. d. I. Aug. 1602.

I C. A.

C. A. T. I. p. 777. praeses et assessores in summo senatu provocationum, App. ger. O. d. 7. Oct. 1605, index ac assessorum curiarum prouincialium, nec non consistoriorum ac dicasteriorum, item professores academiarum, protonotarii, actuarii et registratores eorundem iudiciorum ac dicasteriorum, atque adeo aduocati dictarum curiarum et consistoriorum, multique alii publico munere fungentes, prout vel principis praecepto iussum vel consuetudine receptum est, vix interdum paucis voculis mutatis; idque vel separatis, vel coniunctum cum reliquo iuramentis, in officiorum auspicio praefatti solitis, sive ad ipsius officii rationem, sive ad subiectionem, sive ad aliam rem pertineant. Quod supra diximus de actuario formulam praeente, id exceptionem habet in Scabinis Lipsiensibus, quippe qui non iurant in verbo cuiusdam, qui formulam cum allocutione: Ihr sollet schwören ic. praebeat, addita folium a iurante in fine iurandi clausula, sed integrum legem sacramenti illo praeente repeatentes pronunciant, sic incipientes: Ich schwör, reliqua. Ne charta abutatur, formulam iuramenti religionis, quod ministerii candidati subire solet, non addamus, iam a KÜSTNERO in not. ad DEYLING. Prud. pastoral. l. c. adductam, et, vt dixi, fere similem illi, nisi hac obseruata differentia, quod clerici, quando in futurum a vera doctrina sint aberraturi, id non ipsi principi, sed tantum loco congruo, behörigen Orts, id est, vt mihi videtur, vel superintendenti vel consistorio nunciare promittunt. Habet iusurandum religionis lingua germanica conceptum, qua plerunque iurari solet. Quodsi vero etiam latine conceptum videare cupias, ecce illud, quod subeunt noui canonici ecclesiae cathedralis Merseburgensis, huius tenoris: Ego, canonicus Merseburgensis iuro, quod — — in sancta apostolica et prophetica doctrina, in Augustana confessione, Sncalcdicis articulis, libris symbolicis et formula concordiae comprehensa, velim perfuerare, et si accideret, quod Deus auertat, vt errore humano seductus aut falsa opinione persuasus ad papismum, caluniam vel aliam euangelicae doctrinae contrariantem sellam me auerterem, reuerendo capitulo me sine villa mora id indicaturum, et ipsius decretum de illo expectaturum, eique me sine villa contradictione subiecturum — — ita me Deus adiuuet per haec

*haec sancta euangelia!* Eadem formula, quam nostro idiomate dedimus, in legem recepta est in Ordinatione ecclesiastica Vinariensi L. II. c. 2. et candidatis ministerii ordinandis praescripta, hoc solum discrimine, ut nec minus praeter libros symbolicos etiam apostolicis et propheticis perpetua fides iuretur, verbis: *bey der reinen lehre und christlichen bekendtuuisse dieser lande, wie dieselbe in denen buchern der heiligen apostel und propheten gegründet, in der ersten ungeänderten re.*

### §. III.

#### *De antiquitate iuramenti religionis.*

Sunt, qui vestigia iuramenti religionis iam in scriptura sacra invenire videntur, non sine specie quadam. Cum enim Deut. c. 29. v. 9. 12. 13. Paralip. c. 15. v. 12. 13. 14. 15. ac Nehem. c. 10. v. 29. Israelitae, praeante Mose, Affa vel Nehemia, ictoque foedere iurarent, se nunquam denuo paganorum deos secuturos, sed solummodo eum Deum, quem ex toti beneficiis ab eo acceptis et miraculis editis verum esse agnoverant, semper culturos esse, quid aliud fecisse videntur, quam ut iuramento promitterent, se hanc religionem, quam nunc integrum ac puram esse, et ab ethnicorum peruerso cultu diuino longe distantem, publice profitebantur, per vitam constanter pro eadem esse agnitos. At vero si rem curiosus consideramus, haec pro iuramentis religionis haberi non possunt, cum isti Israelitae non iurauerint de credendis sed de agendis, neque diuinum numen, cuius cultum ac venerationem tunc restaurabant, esse verum Deum, sed tantummodo, se hunc cultum et agnitum a se Dei adorationem, ceremoniasque iudaicæ religionis nunquam denuo deserturos esse. De iuramento itaque religionis, vel a clericis vel a laicis praestando, altum silentium usque ad seculum post Christum natum quintum ac dimidium. Summus autem I. H. BOEHMERVS J. E. P. L. I. t. 12. §. 20. obseruat, iuramenta religionis a laicis praestanda antiquiora esse, quam ea, quae a clericis exiguntur. Nam his potius olim omnia iuramenta interdicta erant, l. 25. §. 1. C. de episc. et cler. in fin. Nou. 123. c. 7. cap. 1. X. de iur. cat. Quoad illos vero hoc iuramentum non

enim de foliis libellis loquimur, quos primis iam seculis baptizandi offerre debebant, 10. G. E. WALCH *Introductio ad libros symb. proleg. p. 10.*) augustum habet originem. Primus enim reperitur praefitissime Anastasius, qui cum Imperator eligeretur, Euphemius vero episcopus, strenuus Chalcedonensis concilii anno 451. habitu defensor, metueret, ne huius synodi decreta nouus Imperator sit mox reprobatus, iisque adeo perniciem illaturus, exegit ab eo, ut ipsi cautionem daret, propria manu scriptam et iure iurando firmatam, qua polliceretur, se fidem ilibatan seruaturum, nec quicquam noui in ecclesiam inuecturum esse, teste EVAGRIUS *Hist. eccl. L. III. c. 32. cf. dist. WALCH libro citat. L. II. c. 2. not. ad p. 4. ac I. H. BOEHMER. I. E. P. L. I. t. 12. p. 20.* qui posterior addit, ab hoc tempore morem continuatum esse, ut imperatores paulo ante susceptum imperium iurato promitterent de fidei formulis horum vel illorum conciliorum seruandis, non afferens tamen huius rei exempla. Hoc interim certum est, concilium Toletanum, quod seculi septimi anno 75. habitum, decreuisse, ut personae ecclesiasticae, dum ascenderent per gradus ordinum, sola promissione fidei catholicae custodienda cauerent, cap. 6. dist. 23. I. H. BOEHMER. l. c. quae cautio tamen non sola erat ac unica, verum cum promissione circa iustam piamque vitam, et secundum regulas canonicas agendum, ac reuerentiam superiori exhibendam coniuncta, d. cap. 6. Quod igitur ad clerum pertinet, non male idem BOEHMERVS initium iuramenti religionis praestandi in tempora Pontificis Gregorii II. collocat, quo regnante BARONIVS refert in *Annual. ad a. 723.* Bonifacium Petro et vicario eius nec non successoribus per Patrem, Filium et Spiritum sanctum, Trinitatem inseparabilem iurasse, se omnem fidem et puritatem sanctae fidei catholicae exhibere, et in unitate eiusdem fidei, Deo operante, persistere, velle, cf. ECKHARDT ad Schilt. L. I. t. 16. p. 2. no. 17. et WALCH l. c. L. II. p. 946. Habet verum religionis sacramentum, hodierno non absimile, quod, siue ad ipsam fidem catholicae stabilendam inuentum, siue, BOEHMERO l. c. exiftimare, magis obedientiae ac fidelitatis, pontifici exhibenda causa (nam et haec promissio cum illa una eademque formula continuebatur) receptum et tanquam singulare subiiciendorum fedi Romanae episcoporum subfundium confideratum

ratum fuerit, tamen hoc extra dubitationem positum vide-  
 tur, illum Germanorum apostolum primum inter presbyte-  
 ros fuisse, qui iuramentum religionis iurauit. Eo magis  
 vero dubia sunt ea, quae idem BOEHMERVS, l. c. ac aliis  
 tum de iuramento religionis post impetratum pallium, tum  
 de quibusdam aliis exemplis in utroque corpore iuris reper-  
 tis afferunt. Etenim iuramentum impetrati pallii cauia pre-  
 stito promissione de fide catholica non negligenda insuffis-  
 ent inuenimus. Saltim id ex eo probari nequit, quod  
 PASCHALIS cap. 4. X. de elect. dicit, sibi, non obstante  
 Seruatoris prohibitione, licere sacramentum super fide, fide-  
 litate ac obedientia requirere; nam his verbis non nisi ali-  
 quod exemplum dictae licentiae ponit, intelligens procul  
 dubio illud, cuius mentionem supra faciebamus, sacra-  
 mentum episcopale, quod tamen in primordio dignitatis episco-  
 palis adeptae iuratum, sub impetrationem pallii de nouo  
 requiri, allegato loco non dicitur. Pari modo falluntur  
 qui in lege 19. C. de episc. aud. ac in lege 7. §. 3. C.  
 de jummm. tria. iuramentum religionis reperiiri credunt,  
 ECKARDT ad Schilt. L. I. t. 16. §. 2. STRYCK. Melet.  
 iur. I. c. 2. §. 3. ipso I. H. BOEHMERO de contractu n.  
 prael. §. 18. non contradicente, in quarum legum pos-  
 teriore non nisi de subscriptione editi imperatorii contra haer-  
 eticos promulgati, in priori vero de iuramento testimo-  
 niali super religione celebrando agitur. Nam ibi verba:  
 depositiones cum sacramenti religione, non sunt intelligenda  
 de eo, qui munus defensoris ciuitatis subire volebat, verum  
 de depositionibus testium iuratis, per quos opus erat, pro-  
 fessionem fidei docere, ex eo tempore, quo publica eius-  
 modi munera nonnisi christianis suscipere licebat; quod  
 etiam in militibus obseruabatur, l. 20. C. eod. Similiter fa-  
 cillime patet, nec illud sacramentum pro iuramento religio-  
 nis habendum, quod Fridericus Imperator auth. statuimus  
 C. de episc. aud. confulibus et reliquis, qui publico officio  
 fungantur, imponit de haereticis exterminandis, ad con-  
 stantiam in rebus credendis non applicandum esse. Nec  
 allegandus canon I. c. I. qu. 5. vbi dicitur, a Dei ministris  
 exigti sacramentum pro fide recta, etenim hanc epistolam  
 non esse Cornelii, cuius nomen praefert, sed impostoris  
 eiusdem, docuit BLONDELVS Pseudo - Isidoro p. 313.  
 Potius eo tempore adscendentes ad gradus ecclesiasticos, ex  
 dicto

dicto decreto concilii Toletani, non nisi simpliciter promittere solebant, fidem catholicam sincera cordis devotione custodire, c. 6. *diss.* 23. quemadmodum in concilio Cabilenensi II. anno 813. iuramentum ordinandorum, se noni esse contra canones facturos, prohibitum est, I. H. BOEHMER. l. c. §. 22. Atque adeo ipsum religionis sacramentum a Bonifacio praetitum, aliquod singulare suffise videtur, nec postea in communem vium feruatum. Quamuis enim eidem BOEHMERO I. E. P. L. I. t. 12. §. 23. et qui hunc repeatunt, ECKARDTO ad Schilt. L. I. t. 16. §. 2. no. 20. ac GOD. LVD. MENCKENIO *diss.* de eo quod urbis est circ. libr. symb. p. 71. seq. iuramentum religionis ineffe videatur formulae sacramentae, episcopis a pontifice c. 4. X. de iurei. praecriptae, tamen nobis non ita videtur, cum verba: *patrum sanctae R. ecclesiae et regulas sanctorum patrum adiutor ero ad defendendum, et retinendum salvo ordine meo contra omnes homines*, magis ad auctoritatem pontificis defendendam, patrum vt creditur decretis suffultum, quam ad abstinendum ab omni haeresi pertineant. Neque profecto opus suffise, nec pontifex de electorum episcoporum, aut hi de subiectorum sibi clericorum constantia fidei catholicae dubitare potuisse videntur, in primis postquam, profilatis priorum feculorum haeresisibus, Romanae ecclesiae hierarchia eo creuerat, vt ad aliena dogmata amplectenda nec facultas nec audacia supereret. Itaque satis probabiliter nobis persuaderemus, iusiurandum religionis ante reformationis tempora vix obtinuisse, quod etiam ex eo patet, quod Philippus Melanchton in oratione aduersus Osiandrum, anno 1551. habita, tantum promissionis mentionem facit, quam ante viginti annos Lutherus, Jonas et Pomeranus ab iis exegerint, qui anabaptistarum sectae suspecti essent, WALCH. l. c. p. 947. non iuramenti. At vero diffidis in ecclesia factis, et religione christiana trifariam diuisa, quarum una prae alia in variis terris ac regionibus caput extulerat, seu, vt dicitur, regnare cooperat ac dominari, tunc magis forte necessarium videbatur, in primis de conseruando hoc uniuersique religioni in terris Germaniae imperio et statu politico serius cogitare, quo apprime obstrictio sacramenti facere posse videbatur. Hinc non solum principes Augustanae confessioni addicti cooperant, vt sua religio iuramento confirmata eo fortius staret, curare, sed etiam pon-

pontificibus idem cordi erat, quapropter hi in Concilio Tridentino publice decreuerunt, prouisos de beneficiis qui-  
busunque curam animarum habentibus, teneri orthodoxae  
fusae fiduci publicam facere professionem et in Romanae ecclesiae  
obedientia se permanjuratos, spondere et iurare, SAR-  
PIVS Hist. conc. Trid. L. VIII. p. 1289. I. H. BORHMER.  
L. c. §. 24. WALCH. l. c. p. 946.

#### §. IV.

##### *Historia iuris iurandi religionis in Saxonia electoralii.*

Cum in conuentu illo celebri, quem anno 1538. mense Aprili Elector Saxonie ac reliqui Status imperii, Augu-  
stanae confessioni addicti, Brunsvici religionis euangelicae  
causa habeant, inter reliquas consultationes et hoc vnianni-  
mi consensu decerneretur, omni studio curare, ut heredes  
pacientium sinceram euangelii religionem retinerent at-  
que eam publice doceri, conferuari ac defendi studearent,  
non modo placuit, vniuersiusque vasallos itidem ac ciuitatis  
praefectos subditosque ad eandem constantiam et eo  
compellere, vt etiam post dictorum pacientium obitum in  
ista femei recepta et agnita veritate perseverent, verum  
etiam inter alia et hoc in primis a legatis ciuitatum additum  
est, posthaec neminem esse in senatum legendum, nisi qui  
sincerae euangelii doctrinae deditus sit, I. H. ROEHMER.  
l. c. §. 24. Ex hoc celeberrimus SECKENDORFIVS Hist.  
Luther. L. III. §. 64. no. 5. cf. AYRER l. c. p. 127. haud  
improbabiliter originem principum Germaniae duxit, mini-  
stros suos et consiliarios iuramento religionis adstringere.  
In Saxonia Electorali id factum initio seculi septimi. Post-  
quam enim turbae Crellianae et cryptocalvinismi parum  
aberat, qui religioni Euangelicae in his terris insidias  
fruerent, Elector Augustus a conuocatis Torgauiam theo-  
logis Formula Concordiae confici curabat, anno 1580.  
publicatam, a pluribus quam octo milibus theologis om-  
nium fere terrarum approbatam et subscriptam. Sunt igit-  
tur, qui dicunt, circa idem tempus post mortem Christia-  
ni l. Electoris, in eadem vrbe Torgauia Administratorem  
Fridericum Guillielmum ducem Saxonie cum statibus Ele-  
ctoratus Saxonie, eo tum in conuentu prouinciali, suo et

Ioannis Georgii Electoris Brandenburgici nomine collectis, anno 1592. non solum de suscipienda noua visitatione ecclesiastica, sed etiam praesertim de iuramento religionis in posterum praestando conuenisse, HEINRICH Sächs. Gesch. P. II. p. 282. SCHREBER von Landtägen p. 37. Sed hoc, perfectis integris eius conuentus actis, falso esse deprehendimus, verum ibidem hoc tantum reperimus, administratores Saxoniae de Calvinismo, in Saxonia detimento Augustanae confessionis radices agere incipiente, de Crello, Pierio et Gundersmanno illi admodum fauentibus, imprimis de priori, auctoritate sua ac artibus religionem nostram opprimente, de duobus vero postremis eandem fidei professionem simulantibus, sed nihilominus calvinismum adaugentibus, neque in relicta ipsis libertate conscientiae acquiescentibus, verum turbas in republica excitantibus, valde conqueri, eaque de causa consilium de noua visitatione ecclesiae scholarumque in Saxonia suscepimus esse, vbi simul in lege huic negotio proponenda, quam *infraktionem* vocant, cf. Cod. Aug. To. I. p. 759. et 763. quaedam de subscriptione formulae concordiae, vel simplici cautione circa eam habentur. Haec cum memoratu digna sint, et quae diximus mirifice illustrare possint, liceat in fine huius dissertationis alias particulatas ex Actis supra allegatis appendere. Nam vero id solum adhuc annotabimus, in eodem conuentu nobiles ac urbium ablegatos de tripli a vafallis iuramento praestando conquesitos esse, nempe, dem Huldingens. Lebus. und Rathes. Cybe, ne verbo quidem de religionis jure iurando addito, quod nouum argumentum est, isto conuentu Torgauensi nihil de hoc actum fuisse. Interea tamen hoc certum est, non diu post haec comitia supra nominatum Electorem Christianum II. qui anno 1601. ipse gubernacula sumit, statim sub initium imperii de iuramento religionis a ministris et consiliariis subeundo cogitasse. Huius rei non solum testimonio est solennis, vt vocari solet, propositio ordinibus, ad conuentum die 9 Decemb. anni 1601. itidem Torgauiam convocatis, facta, vbi diserte his verbis vtitur: wir haben bey antreitung unsers churfürstlichen regiments keinen diener vom höchsten bis zum niedrigsten besetzt noch angenommen, er habe denn neben der gemöhnlichen pflicht auch das iuramentum religionis praefiret; sed etiam mandatum eius sub die 1. Augusti anni 1602. editum, quo nemini

nemini sacrum aliudue ardaum munus conferri promisit, nisi qui saepius dictae formulae concordiae cum subscriptis sit, tunc iuramento eam confirmasset, C. A. T. I. p. 777. At tunc formula iurisurandi solummodo simplex erat, nempe haec: *iurantem usque ad finem vitae in religione Augustanae confessionis diuina gratia permanjurum esse*, post, ut vidimus, correcta et amplificata. Antiquorem iuramento religionis aetatem non esse, etiam exinde patet, quod in ordinatione ecclesiastica de anno 1580. tit. wie ein Kirchendiener C. A. T. I. p. 529. pastores ecclesiae recens ordinati saepe dictae formulae concordiae tantummodo subscribere, non autem eam iureiurando confirmare iubentur, quemadmodum neque in lege fundamentali Curiae prouincialis, *Oberhoefgerichtsordnung de anno 1548.* C. A. T. p. 1280. neque in ordinatione ecclesiastica tit. von beiden Consistorien, p. 635. formulae iuramenti iudici et confessoriis praescriptae iuramentum religionis infertum reperitur; contra vero id suppletum legitur in simili lege de summo pronocationum iudicio anno 1605. lata, ib. p. 1227.

Attamen hoc boni principis Christiani optimum consilium haud statim ab initio finem attigisse videtur, vsque dum successu demum temporis ad eum perduceretur. Id, quoad urbium senatus in Saxonia, patet ex relatione summi senatus ecclesiastici, d. 1. Dec. 1603. data, quam CARPZOVIVS lpr. consift. L. III. def. 16. exhibet, apprime ad hanc rem facientem, quapropter eam in appendice secunda integrum aditiciamus. In hac nostra academia iuramentum religionis, quod mireris, demum post quatuor aut sex annos a professoribus praestari coepit, nec sine omni contradictione; et primum quidem sola Facultas iuridica, mox vero Theologica, iussa est id iuriurandum a tota Academia, recipere; quod patet ex duobus rescriptis, in fine dissertationis tertio appendicis loco exhibendis.

## §. V.

*Variae pro iuramento religionis vel contra illud  
opiniones.*

Haud facile vila doctrina fuit, quae adeo in diuer-  
fas opiniones tracta, vel osores vel defensores inuenit,  
quam ea, quae de iuramento religionis agit, ab utraque  
parte fama et eruditione splendentes. Gregem inimico-  
rum ducat celeberrimus CHRIST. THOMASIVS, qui hu-  
ius iuramenti iusticiam hauriter impugnat, Necht Evans-  
gelistischer Fürsten in thes. Sreitig. th. 14. §. 3. sq. et  
*de iure princip. circa haereticos* §. 92. Sequatur, eius-  
dem prouidit dubio famae, IVST. HENN. BOEHMER qui,  
I. eccl. pr. L. I. t. 12. §. 25. ac I. paroch. Sctt. 3. c  
I. §. 48. item in diff. de contractu n. praedict. §. 16. sq.  
hoc iustificandus nullo modo tolerari posse, euincere stu-  
det. Idem facit magnus alias IO. SAM. STRYCKIVS  
*Meletem. iuram.* I. c. 3. §. 2. sq. et *meletem.* III. c. 3.  
§. 16. Nec minus pro abusu habent viri inclytæ memo-  
riæ IO. LAVENT. DE MOSHEIM Kirchenrecht der  
Protest. Haupt. II. §. 14. et GEORG. HEINR. AYRER  
de abusu iuram. sctt. II. §. 30. nec non ARNOLDVS in  
der Regeleßt. P. II. L. 16. c. 18. §. 5. sq. denique dam-  
nati IO. LAVENT. FLEISCHER Einleit. §. geistl. Necht  
L. I. c. 27. §. 15. nec non quodammodo contra-  
dictit IO. RUDOLPH. ENGAV. *ELEM. iur. can.* L. I. t.  
33. §. 336.

Nihilominus tamen religionis iuramentum etiam ali-  
quot defensores nactum est, inter quos primo nominan-  
dus summus CARPZOVIVS *Iurispr. consift.* L. III. def.  
16. no. 9. sq. et post eum SIGISM. FINCKELTHAVS  
*de iure patron.* c. 6. no. 141. sq. CASP. HENR. HORN  
ad Schilt. inst. iur. can. L. I. t. 16. §. 2. et *Prud. iur.*  
publ. c. 59. DIETR. GOTTH. ECKARDT ad eund. l. c.  
no. 36. sq. GOTTL. GER. TITIVS in der Probe des  
geistl. R. L. 2. c. 4. §. 42. GOD. LVD. MENCKEN *diff.*  
*de iur. circ. subscr. libr.* symb. p. 72. et 77. et IO. VAL.  
SCHMIDT *diff. de proposito in ment. ret.* §. 35. nec non  
IOACH. ERDM. SCHMIDT in notis ad Engav. denique  
CHRIST.

CHRIST. ERN. DE WINDHEIM *Not.* ad FLEISCHER  
*l. c. not. 70. b.* singuli Icti, quibus accedunt aliquot  
theologi VALENT. ALBERTI *de praestando in libr.*  
*symb. iuram.* WERNSDORFIUS *de iuram. ad formul.*  
*concord.* SALOM. DEYLINGIVS *Prud. past. P. II. §.*  
*16. 10.* GEORG. WALCHIVS *Introd. ad libr. symb. P. II.*  
*§. 5. 10.* GERHARDVS *Loc. theolog. loc. de magistrat. §.*  
*210. 10.* ADAM. SCHERZERS *System. theolog. p. 727.*  
et GERHARD. HERRM. MENCEN *de iustitia iuramenti*  
*religionis,* quamvis non diffitear, si non maiora adficiant  
argumenta, quam quibus hi viri fere omnes vbi sunt, vix  
de victoria sperari posse. Rem in medio relinquunt, ab-  
ficiant a decisione, saepe nominatus IOANN. SCHIL-  
TER *l. c.* CAR. FERD. HOMMEL *Exposit. iur. sacri c.*  
*l. §. 4. not. b. ac GE. LVD. BOEHMER *Iur. can.**  
*§. 368.*

### §. VI.

*Primum contra iuramenta religionis argumentum refu-*  
*tatum et illorum recta interpretatio.*

Rationes pleraque eorum, qui iuramentorum religio-  
nis probitatem impugnant, tam speciosa formositate nitent,  
ut nisi his larvam detraxeris, vix adipicetus ad contraria-  
rum argumentorum naturam reliquus esse videatur. Age  
itaque, ante omnia in illo labore opera nostra versetur.  
Fortissimo primum omnium argumento vtitur I. H. BOEH-  
MER *Iur. paroch. item. l. E. P. et de contr. non prael.*  
*locis cit.* nec non STRYCK alleg. melet. I. c. 3. §. 7.  
et qui hos fecutus est AYRER dicit. §. 30. dum iusfuram-  
dum, de quo agimus, libertati conscientiae obesse dicunt  
eique vim inferre, quod fieri non debere omnino verum,  
cum religio, quoad cultum divinum internum et quoad  
persuasionem de Dei natura ac proprietatibus, omnis impe-  
rii et coactionis expers sit, GE. LVD. BOEHMER *Iur.*  
*can. §. 3.* KIPPING *Prolus. iur. eccl. §. 39.* ENGAV  
*l. c proleg. §. 3. et 7.* quapropter hoc argumentum ad  
abolendum religionis iuramentum eo efficacius videri pos-  
sit, quo magis dogma de conscientiae libertate proprium  
est Euangelicae nostrae religioni, ab omni intellectus  
coactione

coactione longe remotaæ, LUTHER. Op. Ienens. T. I.  
 p. 180. Aiunt igitur, fidem christianam receptis formulæ, quæ symbola appellantur, expoſitam ad mentem et intellectum pertinere, magisque suadendam, quam imperandam, nedum iure iurando obtrudendam esse, atque haec symbola non leges esse, quarum obedientia iuberi posuit, verum epitome eorum, quæ membra ecclesiæ salutis aeternæ cauſa, circa Dei naturam ac religionis mysteria credant, quorum veritas nonnisi persuasione et conuicione sentiri posuit, opitulante divina gratia, hinc quando non de agendis, sed credendis quaeratur, frustaneum esse omne iufurandum, quo mutant sententiae, re penitus perspecta, reprimi nequeat. At vero magnopere errant, qui in iuramento religionis aliquod conscientiae imperium querunt. Nam conscientiae imperare est, iubere, ut aliquis hoc vel illud credat, atque intellectum suum ad alieuius imperantis arbitrium flectat, verbo, quicquam pro vero habeat, non quia assensum ei tribuat, et credit, id verum esse, sed quoniam alterius voluntas sit, id verum putari. Nam vero in iuramento religionis iurans neutiquam se obstringit, se credere veile ea, quæ in symbolis fidei contineantur, potius omnino supponendum est, ministrum iurantem iam persuasum esse et coniunctum de sanitate nostræ religionis et veritatem eius ex animi sententia agnouisse, facta diligentि perscrutacione ac deliberatione; aut si maiis, iurat, se eam nunc pro vera agnoscere, id, quod ipsa verba: bey der reinen lehre — wie dieselbe in der ersten ic. indicant. Id magis adhuc ex formula illostrari potest, quam solent canonici in Capitulis Euangelicis subire, scilicet: iuro, quod in sancta apostolica et prophetica doctrina, in Augustana confessione etc. comprehensa, velim perseverare, via. Jupra s. 2. Credamusne igitur, elius, qui scripturam facram per vitam suam, tanquam credendorum regulam et lapidem lydium sibi proponere iurato promittat, conscientiam onerari? Nulla hic obligatio ad credendum, sed credebat iam persuasus et coniunctus. Datum ipſi erat liberum sentiendi, et quicquid ipſi videretur, credendi arbitrium, iam, causam religionis pericratatus, et perfectis cum diligentia libris symbolicis, quos maiores nostri studiose ac diligenter confici curarunt, intelligit atque agnoscit, in his ipſis illam

illam prophetamic et apostolicam doctrinam vere contineri. Nunc igitur solummodo constantiam promittit, addito iuramento. Nae is super conscientiae vinculo conqueri non debet! Neque fieri potest, vt in futurum hanc constantiam aliter deferat, nisi errore forte seductus. Atqui nec hunc errorum errare prohibetur, potius vi iurisfandandi ad nihil aliud obligatur, quam ad eum indicandum. Nam, quemadmodum sub initium suscepit munera liberum erat, aut, persuasum de religionis communis puritate officium demandatum accipere, aut, dimisso hoc aliam profiteri, sic etiam successu temporis in arbitrio eius possum manet, reliquo munere, dicere, se in agnoscenda religione errasse. Vnusquisque igitur videt, nullam hic aedes conscientiae contrictionem, sed plenam libertatem cum ante tum post iuramentum, nec huic ipsi inesse obligationem ad credendum, sed nonnisi confessionem certam eius, quod creditur, quemadmodum libri symbolici ipsi, vt recte dicit VALENT. ALBERTI in Aug. Conf. p. 8. non sunt norma fidei, sed confessionis fidei. STRYCKVS quidem putat, iuranti necessitatem, in eadem religione perseuerandi, nisi absolutam, hypotheticam saltim imponi, vtens similitudine sumta a pontificiorum prohibitione matrimonii clericis facta. Sed haec quanquam a GERH. HERRM. MENCKENIO diff. cit. fest. 3. §. 4. non adeo valido modo repellitur, tamen hec ipsa valer, intercedente dissimilitudine characteris indelebilis, clericis pontificiae religionis, semel acceptis ordinibus, perpetuo inherentis, c. 97. C. I. qu. r. ob quam nunquam matrimonium inire poterunt. Iustior itaque est horum querela, quam ministrorum apud protestantes, de iureiurando religionis, qui, hoc non obstante, mox de aliis religionis commode ibi persuadere poterunt, vnde manifestum est iurisfandata religio non nisi id complecti: velle iurantem in ea religione, quam nunc profiteatur, tam diu permanere, quamdiu eam pro veritate habeat, neque eam alia ratione defertur, quam suscepit contraria opinione, quam nunc erroneous credat, et hac mentis mutatione superiori indicata. Ita si iuramentum religionis interpreteris, nullam habentis conscientiae obstrictionem; nec assentieris FLEISCHERO, qui loco supra dicto, iuramenta religionis ex de cœla ab omni ratione aliena ac fini christianæ religionis aduersa prædi-

praedicat, quia nec in causa religionis aliorum opiniones aliis obtrudere vel hominum auctori ate pugnare debeamus. Id enim minime sit per eiusmodi sacramentum. Igitur omnes potius assensum meretur, quem supra laudauimus, vir celeberrimus, IOACH. ERDM. SCHMIDT ad Engauium l. c. cuius verba digna sunt, vt apponantur: **RECTE iurat**, inquit, qui, quae iurat, vera esse afferit, **BENE iurat**, qui, quae iurat, se iuraturum promittit. **Iusfirandum religionis** praestanti vere iurandum est; liberum enim ipsi est, non turare et munus, quod sub conditione veri iurisfirandi accipere debet, non accipere. Quod si ergo non vere iurauerit, — — periuersus est, — — si principia mutauerit, periuersus quidem non est, munus tamen, quod sub conditione, vt credat, accepit, dimittendum. Velim modo auctor non addidisset, illud bene iuriare, non semper in iurantis potestate esse, quia, ut diximus, non iurat, se semper in eadem opinione futurum.

### §. VII.

*Juramentum religionis ab altero ac tertio aduersariorū argumento vindicatum.*

Est constans ac recepta opinio, paucis contra sentientibus, omnia ac singula iuramenta quasi in societate trium comitum esse, nempe veritatis, iudicii ac iustitiae, STRYCK. Meli. iuram. mel. I. c. I. §. 25. STRVV. Synt. I. C. Ex. XVII. §. 13. Ex his autem medium comitem in iuramento religionis deficere, quia coecum impetu iuretur, vera esse contenta librorum symbolicorum, vt sectarum affectae in verba magistri, nec antea comparata sibi cognitione, nec certioratione in ipso actu iurandi facta, STRYCK. l. c. cap. 3. §. 9. I. H. BOEHMER. de contr. n. prael. c. 2. §. 17. Quod quanquam saepius fieri solere non negamus, tamen res falsa erit, modo abusum ab vsu separares. Iurans enim iusfirandum religionis omnino presumitur cognitionem symbolicorum librorum sibi comparasse. Hanc si neglexerit, in culpa est; quemadmodum, qui iurat, se legem officii futuri sibi datum,

tam, vel contractus alicuius lectam relectamque seruatrum, exceptione ignorantiae se nunquam tuebitur. In primis vero eo nomine vehementer reprehendendi forent verbi diuini ministri, quorum ad ipsum officium pertinet, scire symbola euangelicae religionis, ut concretos curae suae parochianos ea docere possint, vnde I. H. BOEHMER de contr. non prael. l. c. §. 18. male semper in iurante ignorantiam librorum symbolicorum supponit. Sed forte sunt, qui opponant, ac inter hos in primis idem BOEHMER. loc. alleg. c. 2. §. 17. omnem iurantem ab ipso, qui recipit iuramentum, certiorari debere de eo, quod iure iurando confirmari luscipit, quemadmodum in intercessionibus mulierum, quod profecto in re nostra aliter, quam totos libros symbolicos paelegendo, vix fieri poterit. At vero excipe, si iuratus rem, de qua agitur, iam sciat, vel scire prae sumatur, vnde v. g. Ictum in exhereditationem suam iurato consentientem, quale sit legitimae priuilegium, certiorem fieri non opus erit.

Porro in ea sunt opinione, quasi id iuramentum ad reliquias papatus pertineat. Id quod STRYCKIVS l. c. cap. 2. §. 3. sq. ita probare studet, vt dicat, pae scriptis cum praecēpto certis fidei seu credendorum formulis, quas minime laudandas esse censet, facile fuisse, dissentientes constringere, primum exsecrationibus, imo denique iuramentis, nullumque efficacius vinculum ad extirpandos haereticos visum, quam facta ad officia publica non nisi eorum admissione, qui prius sacramento religionis praefito ostenderent, se haeresibus abdicasse. At vero, primo non omnes consuetudines, quae a pontificiis ad nostra tempora peruenierunt, ea sola de causa abiicienda sunt, modo purgantur ab abusu; deinde praeter exemplum Bonifacii a nobis supra commemoratum, nullum aliud ex historia afferri potuit; cum potius ostenderimus, probable esse, ante tempora reformationis iuramenta religionis neutiquam in usu fuisse.

### §. VIII.

## §. VIII.

*Impugnatio quarti, quinti et sexti aduersariorum  
argumenti.*

Horum *prius* a defectu necessitatis ducere solent, quam nec cerni posse putant in officiis ecclesiasticis, nec in secularibus adeundis, STRYCK. l. c. §. 6. Perhibent itaque primum de candidatis ministerii diuini, quibus cura animarum concredi debeat, ante omnia censuram agendum esse per aliquod tempus, an pura sint fide imbuti? qua facta iuramento religionis, quod etiam ab ostentatoribus et hypocritis praestari possit, careri posse, et quod ad munera ciuilia attineat, eorum nullam esse rationem eum religione, quippe quae aequae bene regi possit, etiamsi, qui gubernacula teneat, alienam foueat religionem, cui addunt, solam optionem candidato sine omni iureiurando dandam, cum de non adeundō munere, recusata professione fidei communis, tum de non refinendo illo, hac derelicta sufficere; et si qua forte re adhuc opus videatur, simplicem symbolicorum librorum subscriptionem, etiā nec hauc vere approbant, et promissionem de docendo secundum ea satis futuram. Quasi vero, vel totius alicuius anni instituto periculo, nec possit fraus inquirenti fieri! Hoc tam verum est, quam saluum illud: veritatem religionis, quam amplectimur, nullam in officio recte praestando vim habere, cuius rei demonstratio theologis relinquaenda est. Tandem vanquisque videt, argumentum a defectu necessitatis tractum, per se nihil valere, modo probari possit aliqua utilitas, quod infra nos facturos confidimus.

*Quinto* iuramentum religionis frustraneum esse perhibetur, nec quicquam operari posse propterea, quod, quando iurans, eam religionem, quam nunc veram et puram credit, frequenter tempore, post repetitam forte symbolorum lectionem, pro erronea habiturus sit, in eius potestate futurum non sit, hanc sententiae sua mutationem, ab intellectu prouenientem, quamvis decies antea praestito iuramento religionis reprimere, potius ipsi, simul ac in hunc statum peruenierit, necessario cogitandum esse, se tempore iurisjurandi a se praestiti errasse, neque

neque se tunc errorem iureiurando in futuram veritatem potuisse commutare. Addunt, cum libri symbolici non nisi dogmata scripturae sacrae secundum interpretationem eorum, qui hos compilarent, contineant, iniquum videri, per sacramentum se obligare, in scriptura sacra explicanda aliorum, non suam propriam opinionem sequi, unde concludunt, quodsi libri symbolici, quos vera fidei dogmata contineri per iuramentum religionis asseratur, cum scriptura sacra conueniant, non opus esse iureiurando, si dissentiant, impium videri, iuramentum exigere, cum non tam iuretur, quam peieretur, ita ut vtrumque iuramentum probari nequeat, pertinens semper non ad animum sed intellectum iurantis. At vero haec omnia eo confutari possunt, quod iam supra diximus, iuramentum religionis non obligare ad credenda, sed tantum ad constatare in agita iam religione, eamque non temere abiiciendam, potius tam diu conseruandam, donec de eius peruersitate indubitate opinio superuererit. Neque iis assentiendum putamus, qui hoc iuramentum propterea superuacuum putant, quia candidati sola promissione absque iuramento, ac amittendi muneri metu eo commoueri possint, ut publicam regionis religionem profiteantur, AYREI l. c. p. 123. /q. Verum enim vero in vniuersum dicendum est, aut iuris iurandi religionem in hac hominum peruersitate aliquod vinculum seruandae fidei date putari, aut minus. Illud si verum est, quod verum esse quotidie videmus, cur id, quod in ciuilibus negotiis non frustraneum putamus, quoad ipsam religionem superuacuum opinemur?

*Denique* forte sunt, quibus sacramentum religionis sibi ipsi contrarium videatur, dum candidatus in eodem iuret, se perfiditam in religione, quam pro pura et sancta vere agnoverit, et mox, si alia huic contraria ipsi tanquam recta et vera sit apparitura, id se denunciarum, ut itaque vnam eandemque religionem et veram et falsam videri posse, iuranti cogitandum sit. Sed nec hoc argumentum magna confutatione eget, cum certum sit, alternatiuam iurantis esse obligationem, sive perseverandi in religione, conuictum et nunc et postea de eius veritate, sive mutatam forte opinionem indicandi, quod tunc, cum iurat, alio modo quam per errorem fieri non posse,

pro sua, qua tunc imbutus est, persuasione recte existimat.

### §. IX.

*Per insurandum religionis exercent principes ius reformati.*

Depulsis aduersariorum armis ipsam disputationis artem conemur argumentorum quorundam propugnaculis munire. Fatoe, eos, qui ante me de ea re dixerunt, multa eorum exstruxisse, sed idem fatoe, eosdem leuiora defendisse, fortiora deseruisse, *vid. infra* §. 15. Quid igitur pro isto iureirando dici possit, periculum faciamus. *Primum* autem argumentum et maximum quidem a iure reformati, quod principibus in Germania competit, arcessendum videtur, que pars est iuris circa facta maiestatici, civilis, statibus imperii Germanici conueniens per vniuersiusque territorium, atque dependens a superioritate territoriali, G. L. BOEHMER. *Priac. iur. can. §. 262.* Haec enim in instrumento pacis Osnabr. Art. V. §. 30. habentur: *Statibus immediatis cum iure territorii et superioritatis ex communi per totum imperium hactenus usitata praxi etiam ius reformati exercitum religionis competit.* Hoc reformati ius, quod, ut ex allegato loco apparet, iam ante instaurationem religionis a principibus Germaniae, in primis vero, docente I.O. GEORG. REINHARDO de iure princ. Germ. cumpr. Sax. circa *facta cap. 2. §. 15.* a principibus Saxonie semper exercitum est, non solum in primis definiendo religionis exercitio, tam publico quam priuato continetur, G. L. BOEHMER. *ibid.* I. H. BOEHMER. I. E. P. L. I. t. I. §. 50. et 81. sed etiam ab eodem pendet praecipue ius principis decernendi, quanam doctrina fidei publice docenda ac recipienda, et cuinam religioni publicum exercitum permittendum censeatur, salvo tamen post pacem Westphalicam trium religionum christianarum numero, ac salua anni decretoriis possessione, ID. *ibid.* G. L. V. D. BOEHMER. *Print. iur. can. §. 17. 36. 37. sq. cf. B. L. DE ZECH Meditat. de iure reform.* C. I. WIESENHAVER

Hirchen-

Kirchenstaat<sup>r</sup>. der protest. P. II. c. 5. sect. 6. CAR.  
 AVG. BOEHMER. praef. ad patris Consult. To. III. §.  
 5. sq. ac GODOFR. LVD. MENCKEN. diss. de iure circa  
*subscr. libr. symb. p. 3. 8. 21. 25. 27. sq.* saluisque pactis  
 cum statibus prouinciae forte factis. Est hoc ius pars  
 quaedam imperii ciuilis in ecclesiam, quod quidam etiam  
 ius circa sacra appellant, G. L. BOEHMER. l. c. §. 20.  
 21. 36. quamvis nec desint, qui distinguant, c. A. BOEH-  
 MER l. c. §. 10. sq.; melius forte partem eius dixeris.  
 Hoc igitur imperium ciuile in primis eo versatur, ne sa-  
 lus rei publicae ex publico religionis exercitio detri-  
 tum capiat, turbanda forte contentiobus, per certorum  
 dogmatum doctrinam aut contiouersias theologicas exci-  
 tatis, vtque potius pax externa et tranquillitas maneat  
 integra, I. H. BOEHMER. diss. de supr. lege eccl. §.  
 16. REINHARD. Lib. cit. c. 2. §. 7. et 13. Vnde iam  
 in recessu imperii de anno 1524. §. 29. status imperii  
 ab imperatore serio admonentur, vt prouideant: daß das  
 heilige evangelium und Gottes wort nach rechten wahren  
 verstande und Auslegung der von gemeinen kirchen ange-  
 nommenen lehren ohne aufruhr und Uergerniß geprediget  
 werde. Pari modo Georgius, Dux Saxonie anno 1538.  
 in ciuitate Penicensi prohibuit doctrinas nouarum sectarum  
 doceri, quemadmodum iam ante 13. annos praefecto Sal-  
 feldensis praeceperat. Ordinibus prouincialibus suo nomine  
 mandare: es sey Ihr Fürstl. G. als christlichen landesfür-  
 sten gnedigen gemühe und meynunge, daß das heilige  
 evangelium und wort Gottes lawter und reyn dem volk ge-  
 predigt und angezengt sol werden, und daß die lutterische  
 lebre bey ihnen in ihren gerichten und gepiechten iren pfarr-  
 herrn, predigern oder keyn andern zu predigen verstatter  
 würde, und mit oßem vleß darob halten, REINHARD  
 Lib. alleg. c. 2. §. 12. Cum itaque ad exercitium reli-  
 gionis publicum in primis definitio doctrinae publicae per-  
 tineat, qualis vero haec sit esse debeat, ex confessioni-  
 bus fidei publice receptis ac promulgatis, quae symbola  
 vocant, intelligenda sit, facile apparet, principis euange-  
 licis esse, id symbolum fidei definire, cui addictio publicum  
 in territorio suo religionis exercitium liceat, aut quod  
 idem est, ius ipsi competit, publice doctrinam aliquam  
 approbandi ac quaenam publice doceri debeat, praeципien-

di, adeoque et formulam praescribendi, secundum quam eius professio publice fiat, I. H. BOEHMER. l. c. §. 31. 32. 33. 36. MOSHEIM l. c. cap. 2. §. 14. barbaro vocabulo, *ius ecclesiam visibilem formandi*, G. L. MENCKEN. diff. cit. p. 34. Haec principis cura circa doctrinam publicam cum non nisi intuitu reipublicae fiat, discernenda est a potestate, controversias fidei dirimendi, et quenaam verior puriorum sit, determinandi, quea nulli imperio subest, sed conscientiae libertati reliquenda, CHR. THOMASIVS vom Rechte eines Fürsten in theolog. Streitig. Saß. 7. FLEISCHER, geistl. R. II. Haupt. §. 40. et si nec hoc negandum, etiam in confidencie fidei symbolis principi ius dirigendi competere, WALCH. l. c. p. 912. et 949. Cum itaque non solum in viuensum uniuicuique, qui superioritate territoriali gaudet, liceat, subditis praescribere, quenam in suo territorio religio publica vel dominans esse debeat, hoc est, quam qui amplectatur, variis privilegiis, in primis vero publico cultu diuino ut possit, salvo ceteroquin eo, quod per paces publicas et pacta constitutum est, cum porro cuilibet principi sine dubio liberum sit, definire, quanam religione eum imbutum esse velit, cui aliquod officium secularare vel politicum concrediturus sit, certissime et hoc verum erit, principi permisum esse, ab iis, quibus aliquod munus vel sacram vel ciuale in animo habet demandare, ante eius aditionem juramentum postulare, se ei religioni, quam in territorio suo publicam esse cupit, non alii, addictum esse, agnoscendo libros eius symbolicos, quippe quibus tres in Germania approbatae religiones distinguuntur, ENGAV. Elem. iur. can. proleg. §. 60. Quis, quaeo prohibeat principi, ministro suo qualecumque legem adeundi noui muneris dicere? nedum adeo sanctam, eique ipsi fauorablem. Non adigit eos ad credenda ea, quae publice pro veris habentur, verum certus esse cupit, se vacans beneficium non ei dare, qui religionem aliam, quam quae in hac terra publica est, pro vera agnoscat. Similis est ratio eorum, qui facio alicui muneri praeficiuntur. Non solum enim, vt STRYCK. ad Schilter. t. 16. §. 2. ait, principis interest, cui religioni addictus sit nunc officio facio admouendus, sed etiam manifestum est, eum id munus hoc speciatim consilio accipere, vt dogmata a domi-

dominante religione recepta doceat, ex quo consequens est, vt, quemadmodum, si huic promissione possea non steterit, ab officio remoueri possit, FLEISCHER Geistl. R. L. I. cap. 3 §. 49. THOMASIVS l. alleg. Satz 12. §. I. sic etiam non absolum sit, ad hoc euitandum, ab initio statim ab eo fortissimum pollicitationem, id est, iuramentum confirmatam accipere. Eiusdem mecum sententiae est iam nominatus DE WINDHEIM in notis ad MOSHEMII Kirchenrecht d. Protest. Haupft. II. §. 14. quando paeprimes de iuramento religionis clericorum recte dicit, per hoc eos non debere certiorare, quod omnia credant, quae libris symbolicis contineantur, sed tantum promittere, fe nihil docturos, nisi quod in illis scriptum sit, ne perturbatio in ecclesiis eueniat, eiusdemque iurisfundi confilium tum pacem et quietem ecclesiae esse, tum ut superior sciatur, in hac nullam aliam doctrinam proponi, quam publice profiteri hoc usque receptum fuerit.

### §. X.

*Iuramentum religionis documento est seruati ex pace Westphalica status religionis publici.*

In eodem pacis instrumento, quod iam nominalimus, constat in primis cautum esse, ne status religionis publicus in territoriis vel catholicis vel evangelicis, qualis nempe anno decretorio millesimo sexcentesimo vigefimo quarto fuit, immutetur, sic, ut in tota Germania idem religionis exercitum vsque ad speratam amicabilem compositionem in perpetuum maneat, Instr. pac. Osnabr. art. V. §. 31. cf. I. H. BOEHMER. I. E. P. L. I. t. I. §. 58. Quo certiora haec sunt, eo minus dubitari poterit, esse in variis Germaniae terris quedam pacta et conuentiones inter principem et subditos, sive status territoriales de dominantis religionis eminentia conseruanda, conf. Instr. P. Westph. Art. VII. §. 1. GE. LVD. BOEHMER. Princ. iur. can. L. II. sect. 2. §. 167. nota, solentque adeo principes vel sub aditum regiminis vel alia occasione subditis solenni promissione de conseruandis intuitu religionis iuribus ac privilegiis omnem de hac re

K 3 dubi-

dubitatem extimere, quod in primis in Electoratu Saxoniae publice promulgatis declarationibus sub 7. Aug. et 29. Sept. 1697. 24. Aug. 1705. 23. Oct. 1717. 6. Maii 1718. 12. Maii 1734. 19. Ian. 1764. et 17. Jun. 1769. factum esse gaudentes reminiscimur, ac idem in singulis publicorum comitorum conuentibus repeti, laeti videmus. Quodsi itaque ullum excogitari possit principum Germaniae publicum de non mutando statu religionis dominantis in territorio suo documentum, certe nullum efficacius mihi videtur, quam denegatio munierum publicorum sine praevio iuramento religionis, quo ipso princeps publice declarat, sibi certum esse ac fixum animi consilium, ut ea, quae hucusque fuit religio principalis, ea et in posterum publice a sacerdotibus doceatur, utque ii, quos in variis administrandae prouinciae negotiis in consilium vocat, vel quibus alia officia demandat, eam publice profiteantur. Eo ipso tum subditos de ea re securos reddit, tum exteris palam facit, reliquarum religionum dogmata non solum a concionibus ecclesiasticis et administratione sacrorum, sed etiam ab administranda adeo republica semper abfutura esse, potius ad munera publica sacra et profana non nisi eos adhibitum iri, quibus cordi sit, eminentis religionis exercitium publicum intactum manere. Hoc ipsum consilium introducendi iuramenti religionis fuisse Christiani II. Electori Saxoniae, ipse declarat, quando in supra allegato mandato de anno 1602. fe illa ipsa re hunc finem sibi proposuisse dicit, ut palam fieret in primis exteris, Saxoniam in eadem religionis puritate omni tempore permanere, C. A. T. I. p. 777. Jq. De qua re cum solo iuramento religionis certus esse princeps possit, quis dubitare audeat, eum, sacramentum religionis postulando, ostendere, quam sancta sibi sit pax Westphalica, quam sanctae promissiones; vnde profecto haec omnia eo maiori laude ornanda sunt, quando ista postulatio ac impostitio iuramenti religionis ab eo etiam principe proficiscatur, qui ipse alienae addictus est.

## §. XI.

## §. XI.

*Per iuramentum religionis exercent principes inspectionem ecclesiasticam.*

Bene iuris ecclesiastici doctores, imprimis vero vir summus G. L. BOEHMER, *princ. iur. can. §. 172. 181.* 184. docent, esse in eccllesia aliquod ius, separatum a iure reformati, quae inspectio ecclesiastica appelletur, competens in Germania principibus territoriorum euangelicis, diuersa ab inspectione seculari, iisdem tribuenda, diuersa quoque ab inspectione superintendentium dioecesana, quippe quae posterior illis subordinata sit, inferior inde dicta, diuersa denique ab aduocatia ecclesiastica. Ita itaque inspectio ecclesiastica superior pars est regiminis ecclesiastici, continens potestatem curandi et efficiendi, ut, quae ad ecclesiā et cultūm diuinū extēnum perte[n]t, ex norma legum ecclesiasticarum peragantur, sic describente eodem BOEHMERO *l. c. §. 172. cf. REINHARD l. c. §. 14.* Ad hanc igitur inspectionem ecclesiasticam pertinet non solum cura pro conseruanda doctrinarum fidei integritate, vnde principes Germaniae a seculis inde Schlinger und Schirmer des glaubens auch rechte voigte appellati sunt. *Reform. Sigismundi de a. 1436. ap. Goldast. Reichsatz. P. II. c. 10. Rec. Imp. de anno 1524. §. 28.* sed etiam sollicitudo, ne quid in eccllesia doceatur, illis aduersum, *Id. BOEHMER. ib. §. 268.* Prius forte cogitauit, rem non satis accurate elocutus, laudatus saepe WALCHIUS, dum *l. c. p. 949.* dicit, principem ad conservandam veram religionem obligatum esse, nam dicere potius debuisset, principis esse, operam dare, vt religio, semel in terris eius recepta, imprimis si dominans sit, eadem maneat, id est, eadem eius doctrina permaneat, nec contrariis opinionibus vel sectae studio immutetur, ac perturbetur; id quod parum abest, quin posterius sub se comprehendat. Haec est illa cura religionis, quam etiam celeberrimus theologus JOH. FRANC. BUDDEVS *Inst. theol. mor. c. 3. scđ. 7. §. 17. p. 800.* imperantibus tribuere non recusat, *cf. G. H. MENCKEN. differt. cit. scđ. I. §. 5.* atque in cuius finem plurimum allegatus G. L. BOEHMER, *l. c. dicit iuramenta religionis esse introducta.*

K 4

Quod

Quod profecto vere dicitur. Nulla enim re magis princeps poterit religioni perpetuam in docendis credendorum capitibus aequalitatem et constantiam procurare, quam vinciendo docentes, ut receptam fidei formulam seruent, atque aut ab ista religione se abdicent, aut publice offendant, se eam non simulare, verum ipsi ingenue addictos esse. Sic per inspectionem ecclesiasticam integritas publicae religionis seruatur, sic princeps certus esse poterit, eos, quos ministros ecclesiae dominantis eo consilio constituit, ut huius non alius scita orent, ac huius, non aliis sacra peregrinantur, hanc conditionem esse impleturos. Dif fert ea a iure reformandi, de quo proximis paragraphis diximus, quod exemplo illustringe liceat. In terris Saxoniciis religio Evangelico-Lutherana, ex possessione anni decretorii publica et dominans est. Quodsi igitur Serenissimus Elector noster iuramentum religionis a ministerii candidatis et civilia munera obeuntibus postulat, eo ipso declarat, se velle, ut adhuc dominans sit, vtque scita, quae propria ipsi sunt, et libris symbolicis proposita, publice doceantur, obseruata simul lege pacis Westphalicae, eaque re iure reformandi vtritur. Sed idem Serenissimus princeps per eiusdem iurisfundandi impositionem necessitatem, non minus *inspectionem ecclesiasticam* exercet, dum simul ac eodem tempore id prouide curat, ut haec ipsa religio, per se considerata in posterum talis sit, qualis haecenus fuit, neque puritas eius ac sinceritas, nouis sententias afflumis contaminetur, ut potius eius affectio nihil aliud profiteantur ac publicae doceant, quam quod cum proposita a maioribus nostris solenni norma accurate conueniat.

### S. XII.

#### *Argumentum a certitudine principis circa religionem ministrorum.*

In proxime superiori paragraphe obiter diximus, principem per iusurandum de religione eius, qui officium petit, certum fieri; in quo nouum pro sacramento isto argumentum latere nobis videtur. Iam supra §. 4. conuentio-  
nis mentionem fecimus, anno 1538. Brunstuci inter prin-  
cipes

cipes quosdam Augustanae confessioni addictos initae, cuius haec verba ipsa ex I. H. BOEHMERO I. E. P. L. I. t. 12. §. 24. apponamus. Cum causa religionis variis artibus oppugnetur, variaeque rationes et practicae ad hanc in ducatis et ditionibus evertendam et delendam quaerantur et in primis mutatis personis in magistratu multa mutari soleant, decretum est et statutum a nobis, electore Saxoniae et reliquis principibus — — quod velimus praefectos, vasallos, ciuitates ac subditos obligare et adstringere, vt in femei recepta et agnita perseverent, eamque pro virili promoveant; nec ullo modo ei aduersentur — — praeferintim in urbibus, in quibus quotannis magistratus mutatur — — vt post hac nemo in senatum eligatur, nisi qui sincerae euangelii doctrinae faueat ac deditus sit. Ex quibus quidem patet, maiores nostros ante haec fere duo secula cum dimidio, simplici obligationi de retinenda agnita religione vim ad exercitium religionis publicum tribuisse. At vero, bone Deus! qualem efficaciam hodie eiusmodi nudae promissioni demus? Post tantum temporis spatium, docente experientia, omnis fere fides exulavit, quae, quanto remotius a veterum Germanorum aetate abesse coepimus, eo magis diminuta est, et quotidie adhuc magis diminuitur. Nulla mihi dubitatio relinquitur, si a candidatis sola promissio religionis exigetur, vnumquemque, et eum etiam, qui dogmata publicae religionis animo damnet, professurum et clamaturum esse, se agnoscere eam, pro vera habere, ac per totam vitam culturum tuiturumque esse. Non eximo ipsos theologiae candidatos. Noui munera cupiditas, futuri lucri votum atque cupido pristinam indigentiam depellendi, verbo, conditionis sua mutandae spes in animos humanos omnis generis tantum dominatum exercere solet, vt magnum periculum sit, ne principis bono consilio frustrato, non publicae religioni addicti, sed eam tantum simulantes, munera sint capefuri. Videri quidem posset, datum a I. H. BOEHMERO *Iur. paroch.* sett. 3. c. I. §. 6. consilium approbandum esse, qui iuadet, loco iuramenti religionis ordinandum sui officii admonere, eiusque arbitrio fine iuramento relinquere, utrum verbum Dei secundum interpretationem symbolorum tradere, an officium non accipere velit. At quales hodie simulationes! En potius ingens damnum ipsi religioni metuendum,

dum, dum hi, accepto semel beneficio, promissi immemores, non pro religione, quam ex legibus publicis profiteri debebant, sed contra eam sint laboraturi! En vero etiam effracti contra hanc rem remedium in sacramento religionis! Nondum usque adeo crevit temporum nostrorum peruersitas, ut et ea contemni soleant et flocci haberent, quae sub fidei juramenti afficeruntur. Quamevis enim mihi non arrideat sententia eorum, qui iurando Deum tanquam testem veritatis et vindicem mendacii inuocari credunt, tamen iurantes si mentiantur, se ab omni diuino auxilio disertis verbis abdicant, quod quemquam preturum esse, praesumti nullo modo potest. Et si qui sint, qui spernant, iis saltim nec poenae ciuiiles ignotae esse poterunt, in periurii crimen constitutae, quas eo magis timere debent, quo facilius erit sequenti tempore, ex actibus externis de animi circa religionem sententia iudicare, quae opinio etiam esse videtur MENCKENI diff. cit. JET. I. p. 6. iterumque laudandus est WALCHIVS, qui I. c. p. 951. et 956. tum pro potestate principis, explorandi ministrorum sententias circa religionem, tum de vilitate in hanc rem iuramenti religionis disperat. Denique etiam si fingamus, iuramento religionis non omnem simulationem in primis in valde peruerlorum hominum animis opprimi posse, tamen nec hunc leuem eius fructum putabimus, si princeps saltim ut plurimum per hoc iusjurandum certior esse posset, quam nuda promissione, de religione eorum, penes quos officia publica esse cupiat.

Neque vero putandum est, hanc de publico dominantis religionis exercitio solam causam esse, cur principi conductat, officialis sui vel alius subditi religionem in competo habere, potius multae aliae esse possunt, v. g. ad hanc vel illam sectam eliminandam, vel quia ab unius religionis adictis plus fidei, quam aliis affectis speret, unde non dubitamus, in vniuersum in eius arbitrio poneret, quandocunque ab aliquo subdito religionis iuramentum postulare ipsi videatur. Quoad officiales ea, quae diximus, confirmat ICtus magnae famae HORNIVS, dum in *Iurispr. publ. t. 54. maxime*, ait, *interest principis, nosse quid sentiant subditi circa religionem, cur non liceat per iuramentum securum se hac parte reddere? et cur quis defugiat, bona fide affirmare et candide, quae sententia animo haereat?*

Cui

Cui addi possit, vnicuique ecclesiae membro, si res postulat, incumbe, priuatam fidei suae confessionem edere, WALCH. l. c. §. 4. Cur igitur hoc in primis a principe, cui tum ius circa sacra, tum potestas et inspectio ecclesiastica competit, postulari nequeat, non video; cf. WERNSENDORFIS diff. de potest. princ. circa symbola. Ad religiōnem igitur hominis explorandam ipso religionis auxilio opus est.

Ceterum ad hoc argumentum non parum facere videatur illa quaestio famosa: an in genere ius iurandum nouam obligationem inducat? quo posito, duplex vinculum nascitur, promissionis alterum, alterum iuramenti. Quod quamvis scimus plerosque, qui de hac re scripsierunt, negare, tamen nos affirmandum putamus, et si huius rei demonstrationem vberiorem, cum hic neque locus sit, neque tempus sufficiat, alii occasione referuamus. Id solummodo hic moneamus, parum abesse, quin tota ea controvrsia verbalis non realis videatur, quod ex celeberrimo PVFFENDORFIO discere possumus, qui de iure nat. L. IV. c. 2. §. 6. 19. quamvis iuramenta in se nouam obligationem producere neget, tamen per eam obligationi in se validae aliquod accessiorum vinculum accedere affirmat. Si itaque, etiam aduersario consentiente, per iuramentum nudae de religionis professione suscepta, porroque tenenda, promissiōni nouum firmamentum additur, efficietur id, quod volumus, nempe per iuramentum religionis obuiam iri simulationibus candidatorum, ac principem eo certiores esse posse, si is, de cuius religione agitur, non solum eam verbis profiteatur, sed etiam hanc veram suam sententiam esse, sacramento confirmet. Finiamus hanc paragraphum verbis saepe iam laudati theologi WALCHII, qui l. c. p. 950. Simplex, ait, subscriptio librorum symbolicorum sufficere videtur, sed quoniam princeps in illis non acquiescere, nec propter varias mortalium fraudes certo scire potest, num illa sit sincera, an simulata, aliud adhuc subsidium adhibendum est, quo id exploretur, quo commodius nullum suppetit, quam ius iurandum.

### §. XIII.

## §. XIII.

*Argumentum ab utilitate librorum symbolicorum.*

Supra §. 6. ac 7. vidimus, aduersarios ad oppugnandum iuramentum religionis inter reliqua etiam argumentum a libris symbolicis ducere; nos vero ab his ipsis defensionem aliquam peti posse putamus. Utilitatem et necessitatem symbolorum fidei nemo facile negauerit, si, quod mireris, celebrerrimum STRYCKIUM excepteris, qui *meletem. I. iuram. c. 3. §. 2.* vtens ambiguo fidei formularie nomine, et afferens Hilarii quandam querelas, putat, dicta fidei symbola tum orta esse, postquam ipsa vera fides e corde hominum migraverit, eiusque loco formulam, ab ecclesia praecriptam Christianis obtusam esse. At vero ut taceamus, ipsum Hilarium duas de sua fidei doctrina diuersas confessiones confecisse, WALCH. *introd. in libr. symb. proleg. §. II. in not.* eadem singulorum fidei incertitudo cum variis hinc inde natis haeresibus, atque perturbata scripturae faciae interpretatio, ad vniuersiusque fere arbitrium excogitata, haec igitur omni necesariorum faciebant communis aliquius confessionis formulam, quae puram Seruatoris doctrinam, et ab erroribus purgatam continens, omnibus veris Christianis loco regulae esset, et ad quam quolibet Christianae religionis dogma revocaretur. Singulae eiusdem religionis ecclesiae vniuerstitates quaedam sunt, inter se solo communii fidei symbolo unitae, G.L.BOEHMER. *princ. iur. can. §. 27.* et eodem unaquaque a reliquis distinguitur. Vir inclitus IO. LAVR. DE MOSHEIM *Kirchewr. cap. 2. ad §. 14.* p. 341 *sq.* et 343. libros symbolicos nominat normam, secundum quam doctores in ecclesia docere debeant, quoniam huius doctrinam et dogmata publice declarent; eorumque utilitatem imprimis in conservanda pace ac unitate ecclesiæ collocat; nihilominus tamen ponens utrinque nimis arctos fines, quos recte commentator eius, plurimum laudatus DE WINDHEIM p. 342. pro ratione modo dicta, promouet, et eorum sententiam, qui vsum eorum negant, depellit. Quid vero? Omnem de hac re controverfiam compofuit saepe dictus celeberrimus theologus IO. GE. WALCHIVS, qui *Introd. in libros Symb. P. II. c. 1. et 2.* p. 943. item p. 949. necessitatem, quam-

quamvis non absolutam, hypotheticam tamen, in primis vero summam utilitatem librorum symbolicorum et constitutae adeo certae normae publicae, qua unus ecclesiae coetus quoad doctrinae professionem ab altero fecernetur, ita demonstravit, ut nihil superaddi possit, nisi forte argumentum ab antiquitate ductum, cum sciamus, iam prima christianissima aetate multis ecclesiis confessiones fidei publicas fuisse, *ID. ibid. proleg. §. 4.* Eadem utilitatem non solum aliis quoque non minus celebris theologus, itidem saepe a nobis evocatus, *IO. LAVR. DE MOSHEIM* confirmat, sed etiam circa eandem rem omnes fere reliquos scriptores tam theologos quam *I*Ctos amice conspirare videmus. Res fere eo redit, si ecclesia christiana in visione fidei, et pleno consensu in eandem doctrinam, acceptam a Christo et apostolis, adeoque puram et sinceram, permanisset, nullis omnino symbolis opus esset, at vero, postquam tot dissensiones circa praecipua doctrinæ christianæ capita, his vel illis scripturam sacram male interpretantibus, variaeque sectæ ortæ essent, adeo, ut sensim ex una religione plures factæ essent, vtile et necessarium visum, ut vnaquaelibet earum certam aliquam normam seu regulam sibi faceret, qua non solum quid vnaquaque circa capita fidei sentiat, et quomodo a reliquis differat, palam fieret, sed etiam ipsius membra inter se eo maiori unitatis ac amicitiae vinculo continerentur, facta communis receptione eorundem placitorum, initaque conuentione de iisdem tum approbadis, tum, quod ad ministros ecclesiae pertinet, docendis, *cf. GOTTL. WERNSDORF diff. de aut. libr. symb.* Quod ad iura superiorum circa hanc rem attinet, idem *WALCHIVS l. c. p. 949.* recte contendit, principis esse, compositum semei et approbatum symbolum, ut symbolum ecclesiae, declarare, eique publicam auctoritatem tribuere, eamque tueri, additique, eo ipso ius ipsi esse, postulare, ut ciues, praesertim vero ii, qui sacris munieribus fungantur, istud recipient, eoque nomine ipsi subscrivant. Ita videmus, hunc theologum iterum in re ad fidem christianam pertinente, cum eo, quod etiam faniores *I*Cti docent, optime conuenire; *vid. supra §. 10. cf. I. H. BOEHMER. I. E. P. L. I. t. 1. §. 33.* Habemus etiam eiusmodi exemplum in Electoratu Saxoniae, cum anno 1602. Christianus II. omnibus ministerii faci candidatis subscriptionem

tionem formulae concordiae publico mandato iniungeret,  
C. A. T. I. p. 777.

Cum itaque utilitatis librorum symbolicorum eorumque subscriptio extra dubitationem posita sit, inde necessario fluit, etiam iuratum eius confirmationem non solum licitam, sed etiam utilem esse. Quod si enim commodo reipublicae est, symbola pro norma vel in docendo vel in credendo haberi promittere, haud dubie queque et commodo erit, eidem promissione et nouum iuramenti vinculum, v. supra §. 12. addere. Sic certum est, utilitatem, quae ex subscriptione librorum symbolicorum ad ecclesiam et rem publicam redundat, per iuramentum religionis quasi duplicari. Praeter istam librorum symbolicorum utilitatem accedit et hoc, quod ipsi etiam principi ius sit, eorum subscriptionem exigendi, in primis principibus euangelicis, ex iure sacerorum maiestatico, quod principi qua principi debetur, cuinque partem ius reformandi esse, supra §. 9. ostendimus, G. L. BOEHMER. *Princip. iur. can. §. 20. et 21.* Hanc potestatem principibus euangelicis efficaciter vindicavit GOD. LVD. MÜNCKEN. in superius allegata dissertatione, Vitebergae habita, de eo quod iuris est circa subscriptionem librorum symbolicorum, a iure sacerorum in primis principum euangelicorum dependentem, in primis cap. gen. sect. dogm. §. 13. et cap. spec. sect. dogm. §. 7. lg. quam exscribere nolo. Satis hic erit monere, subscriptionem librorum symbolicorum et iuramentum religionis tam arcta necessitudine sibi iuncta esse, ut qui illam exigere aequa ac praestare queat, idem et hoc possit.

#### §. XIV.

*Sacramentum religionis ipsi religioni prodest.*

Si qua res sanctae religioni proficia esse dicitur, id sine dubio vel de interna vel externa utilitate intelligi potest. Vtrumque de iuramento religionis affirmandum videtur. Prius de externo fructu videamus. Et primo quidem, nonne ei religioni magnam utilitatem affluere putemus, quae publice ab ipso principe, territoriique superiore pro religione declaratur, cultus publici libertate donata, quae-

quaeque in tota illa ditione p[re]e omnibus reliquis caput extulerit ac dominans sit? qualem effectum iuramento, de quo agitur, supra §. 10. tribuimus. Quamuis enim splendor, atque pax securitasque externa nihil ad religio[n]em ipsam faciat, et haec sine illa omnino esse possit, tam nemo negauerit, melius cum ea agi, cui publicus cultus permittatur, idque pro magno beneficio diuino esse habendum. Affectae eius magis hilari animo Deum colere ac venerari, aedes sacras quasi cum gloria, multis videntibus et conuocationem per campanas publicam audientibus, frequentare, ac scholas libere insituere, verbo, omnia, que ad cultum diuinum externum pertinent, libere ac sine vlla restrictione ec[cl] depreciatione peragere poterunt. Deinde quae religio pro dominante declaratur, ea, fieri non potest, quin in iis terris multos ac plures publice sectatores habeat, quam reliqua, quibus cultus tantum priuatus permisus est, preffae quodammodo et circumscriptae, fere qualem omnem christianam primis seculis fuisse scimus. Numerum vero sectatorum in vnaquaque religione diuinum beneficium et occasionem laetandi esse, quis inficias eat? Iam quotquot personae iuramentum religionis iurant, totidem fistuntur huius religionis confessores, eam publice pro vera agnoscentes. Hi vero quoniam vel eiusmodi sunt, qui per multos annos discendis sacris litteris vnice se dede-runt, vel fatim viri magnae auctoritatis, publicis muneribus ipsis concretis conspicui, atque ip[s]i adeo principi multifariam a consilio, quis ambigat, inde fortem prae-sumptionem nasci, eam religionem puram esse ac sinceram, approbandam saltem, quam tanti viri protali agnouerint, sequ[itur] eam nunquam relicturos, deliberato animo iurauerint. Qualem vim haec in ceterorum animis sacramen-tum, et si a paucis tantum praefetur, tamen omnia ecclesiae membra unitatis fortiori vinculo et conspirante con-sensione ita continebit, quemadmodum vnamquamque eccl[esi]am ex praecetto Dei contineri decet, et ad finem eius, nempe summi numinis communi veneratione ac contentio-ne colendi, desideratur. Denique non omittendum, procul dubio religioni conducere, si quid fiat, quod facere scrip-tura sacra iubeat. Cum itaque apostolus PETRVS Ep. I. c. 3. v. 15. vnicuique christiano praecipiat, rationem eo-rum, quae credit, reddere, iuramenti autem religionis

prae-

praestatio vera sit confessio fidei, forte non adeo reprehendi videamur, si et inde aliquod ad religionem commodum permanare eo magis putamus, quo fortiora, ut iam vidimus, exempla sunt eorum, qui in litteris sacris et republica versentur.

Sed *internos* etiam fructus ex religionis iuramento ipsa religio capere posse nobis videtur, ratione scilicet habita animorum in fide christiana erudiendorum vel confirmandorum. Magnam profecto in iurando leuitatem is ostenditur esse, qui per iuramentum religionis, libros symbolicos, quos ecclesia nostra agnoscit, et sibi normam fidei esse, ac futuram assureret, iis tamen non perlectis, nec forte viisi, quod neque ab iis, qui officia civilia capiunt, nec multo minus ab his, qui sacris muneribus initiantur, praesumendum putamus, nisi videri velutius praeter modum suspicionis morbo laborare; et illos sine causa pro contemtoribus iuramentorum ac ipsius numinis habere. Potius ex ea, quam l*Cti* vsque ad contrarii probationem commendant, integratis praesumitione supponamus, omnes, qui in libros symbolicos iureant, eorum ante satis idoneam cognitionem sibi comparasse. Quapropter parum abest, quin cum summo I. H. BOEHMERO in concordiam reducatur, quippe qui, *diss. de contr. non prael. p. 16. § 4.* dum iuramentum religionis damnat, libros symbolicos iuranti neque praelectos neque alio modo cognitos supponit. Nos vero addimus, huic rei magis adhuc prouideri posse, si ipsi iuramenti formulae infererentur, iurantem libros symbolicos, quos iurando nominat, sibi antea cognitos fecisse. Quale vero inde religioni emolumenitum? En triplex! vnumquodque animis humana, christiana religioni imbutis ut *le*, atque dupliciter ad *iurantes clericos*, simpliciter ad *iurantes laicos* pertinens. Et illi quidem ipsi *primo* non dubium est, quin certi facti de iuramento religionis mox praestando, ante omnia exactam librorum symbolicorum cognitionem sint imbuturi, quam forte alias neglecturi aut forte primis tantum labii degustaturi fuissent, nunc autem religionis, cuius addicti sunt, sanctissimas sententias in animis suis ita repONENT, ut, ipsis mirifica in fidei professione constantia, fibimet ad propriam salutem aeternam necessaria, accedat. Sic igitur hi, capita

capita religionis, cuius ministri aliquando sient, probe tenebunt. Secundo, eo melius poterunt accepto sacro munere ea, quae libris symbolicis continentur, alias, illos scilicet, quorum vel curam animorum vel eruditionem in fabris suscepserunt, diligenter docere, neque dubitatio remaneat, eos, de utilitate ac necessitate cognitionis, ex libris symbolicis hauriendae, ipsos persuasos, non modo eodem amore auditores suos imbuturos, sed et iis capitibus, quae illic pro norma religionis scripta sunt, instructuros, hanc ipsam vero, facta a reliquis religionibus discernendi potestate, in eorum animis confirmaturos esse. Quod postremum tertio forte etiam in commodum religionis tunc siet, quando plebs, quae plerunque auctoritate non ducitur sed trahitur, videat, viros in excellenti loco positos, iunmissaque muneribus in republica ab imperante adornatos iuramento publice praefito, libros symbolicos, et ipsam religionem, cuius normam complectuntur, probare; quod saepe monitum. Etsi enim auctoritate sola animos quoad religionem regi, haud decet, tamen aliquam ipsi utilitate, faltim preparatoriam non negabimus. Tandem hi ipsi, qui ciuilia munera obeunt, iurando de religione, haud parum commodi in animis suis eo sentient, dum, quemadmodum supra de candidatis ministerii credebamus, sic et illi procul dubio ante ipsam iuramenti praestationem, de comparanda sibi librorum symbolicorum plena notitia curam egerunt, eaque id efficerunt, ut praefito ex certitudine animi in eos iuramento, non solum eorum praestantiam, ac ipsius religionis eminentiam tam firmiter et constanter teneant, vt nulla re inde se abstrahi possuri, sed etiam vitam suam secundum eos fint composituri, de spe futurae aeternae certi ac tranquilli.

### S. XV.

#### *Simulacra argumentorum pro sacramento religionis.*

Sunt quaedam adhuc alia pro hoc iure iurando argumenta, non quod nobis eiusmodi videantur, sed quod ab aliis talia putata sunt. Accidit enim religionis iuramento id, quod alias saepe bonae causa euenire solet, quam im-

L per-

periti aduocati male defendunt, adeo ut ea casuri sint, nisi eius ipsius bonitas iudicibus prae oculis splendorerit. Inter tales eiusmodi nostrae cause defensores in primis referendus est, quem iam aliquoties nominauimus, GERHARD. HERM. MENCKENIVS, qui allegata superius dissertatione, quam moralem inscripta, iustitiam iuramenti religionis contra IO. SAM. STRYCKIVM demonstrare studuit, cui dissertationi et si multum boni ineft, tamen pleraque auctoris argumenta ita comparata sunt, ut magis ex pia scribentis mente, quam proprio pondere iudicanda videantur. Haud melius cum causa nostra ipse STRYCKIVS egit, qui vt patrocinii, contra religionis iuramentum suscepit, eo maiorem integritatem simularet, melet. I. c. 2. §. 4. prius defensorum eius argumenta quidem refert, sed iterum eiusmodi, quae refutare, non adeo multum laboris haberet. Ut igitur in hoc de iure iurando loco nihil intactum relinquamus, age, illa argumentorum simulacra paulisper recenseamns. Primo dicunt, iuramenta partem esse cultus diuini, MENCKEN. I. c. seq. 2. §. 8. adeoque ex hac causa etiam iurandum religionis defendendum et commendandum esse. At vero, cum id, quod hic ponitur, non solum a multis eruditissimis viris diu in dubitationem vocatum, sed etiam tam vere falsum sit, quam quod de invocatione numinis diuini in iuramentis dici solet, (de quibus nos alio forte loco dicemus) sola prohibitione frequentiae, a Christo Matth. V. 34. facta, id refellente, hoc argumento vti nec possimus nec volumus. Deinde sunt, qui argumentum ab ipsorum iuramentorum diuino praecepto ducant, quod in scriptura sacra Deut. c. 6. v. 13. et c. 10. v. 20. putant videre, ID. MENCKEN. I. c. §. 9. Sed et haec species tantum argumenti est, quoniam id, quod Deus non nisi urgente necessitate praecepit, aut potius permittit, male ad vniuersitatem iuris iurandi dilatatur; quod aequo minus probandum, quam quando idem auctor ex aliis locis sanctis, Ezeie. c. 10. v. 5. Nehem. c. 5. v. 12. ac I. Theffal. c. 5. v. 27. exempla iuramentorum religionis, vbi nulla repetitive licet, trahit, atque adeo ipsum Salvatorem nostrum iuramentum religionis Matth. c. 26. v. 63 sq. praestitisse, satis absurde putat. Porro STRYCKIVS I. c. et I. H. BOEHMER. de contr. n. prael. §. 18. singunt, iustitiam iuramenti religionis in-

de

de defendi solere, quod libri symbolici ipsum verbum Dei  
sint, et in compendio continent veritates diuinas. At ve-  
ro illud nemo dixit, hoc vero eti quoad dogmata fidei, il-  
lis comprehensa, verissimum sit, tamen aliquam vim ad  
istius iuramenti commendationem aequa minus habere po-  
test, quam si quis, num theologi orthodoxi conciones  
iuramento confirmare deceat? quaerere velit. Vnde  
candidato cuidam, qui iuramentum religionis non aliter ni-  
si quatenus libri symbolici cum verbo diuino conuenirent,  
iurare volebat, id denegatum, responso a Theologis et  
Ictis coniunctim dato, quod exhibet IO. VALENT.  
in *diff. de proposito in mente retent.* §. 35. cf. WALCH.  
l. c. p. 962. sqq. Idem ille STRYCKIUS l. c. §. 5. non  
opus habebat, cur aduersariis subfidium defensionis vel  
ab hac thesi: nihil nos contra veritatem possumus, sed pro  
veritate, per se vera quidem, neque efficaci tamen ad hoc  
tutamen, vel a vicariatu Dei, quem magistratus, exigens  
iuriandum religionis, gerat, quem nemo sanus credit,  
affingeret, quemadmodum etiam male cum hoc sacramen-  
to actuum foret, si ipsi nulla alia in re, quam quod ad glo-  
riam Dei tendat, munimentum inueniri posset, quippe quo  
cum STRYCKIUS l. c. tum I. H. BOEHMER. I. E. P.  
L. I. t. 12. §. 26. nostrae causae defensores se tueri velle,  
sibi persuadent, ipseque G. L. MENCKEN. de *iur. sub-*  
*scr. libr. symb.* p. 73. sqq. vere vicitur. At cum haec idea  
valde vaga sit, nobisque ea sedeat in animo fixa opinio,  
non magis recte dici iuramenti ad gloriam diuinam quic-  
quam conferre, ac si ipsis cultus diuini aliqua pars tribua-  
tur, indeque consequens sit, neutrum cum veritate ad iu-  
ramenta religionis applicari posse, et nos hoc argumentum  
lubricum studiose omisimus. Quis denique fieri cre-  
dat, in eo nostri iuramenti tutelam cerni, quod haeretic  
reperiantur, quibus iurare, et sic etiam de religione iura-  
re, peccatum videatur? Quid igitur mirum, si facilis es-  
set STRYCKIO labor, et hoc argumentum sibi ipsi propo-  
situm conuellere? Quod quo magis inique factum vide-  
tur, eo liberius e contrario ipsi condonabimus, quod aliud  
ad huc, quasi nostrae causae assulgeret, sibi refutandam sum-  
fit, nempe hoc, quod ex quorundam speciosa sententia iu-  
ramenta religionis aliquando a toto populo Israelitico pre-  
dicta reperiantur, vid. supra §. 3. Iam vero, cum ita

L 2 nullus

nulla iuramenta religionis fuisse ibidem ostenderimus, habes, Lector beneole, causam, cur et hac defendendi ratione carere, nobis visum fuit.

### §. XVI.

#### *An relaxatione iuramenti religionis opus sit?*

Speciem hic ponimus eam: si quis ab initio iusjurandum religionis praefixerit, eoque se ista, quae in libris symbolis continentur, pro veris habere confirmauerit, hunc nihilominus successu temporis aliam de diuina veritate sententiam amplecti, et in qua religione, tanquam pura et infucata se perpetuo mansurum esse, certo confirmauerat, eam nunc falsam et cum scriptura sacra, haud conuenientem putare. Num igitur is relaxatione iuramenti opus habeat? quaeri potest. Non attinet, hic loci de ipsa relaxatione iuramenti agere, quam ius canonicum ad iudicium ecclesiasticum trahit, ius imperii potestati seculari vindicat, SCHILTER. *iur. can. L. I. t. 5. §. 8. et ECKARDT ad h. l. Saxonum vero singularem circa eam modum procedendi definit Const. Elef. 36. P. II. cf. CARPZ. ad eam et I. H. BOEHMER. I. E. P. L. II. t. 2. §. 30. cognitione de hac re inter dicasteria, principem ac iudicem ordinarium quasi diuisa. In sola negatione propositionae questionis acquiescamus. Videri quidem posset contrarium propterea affirmandum esse, quia is, qui iuravit, promiserat, se in ea fidei confessione permansurum, atque adversus eam nihil scripturam acturumue esse, a qua, per iusjurandum susceptra obligatione, liberari non posse videatur, nisi ab eo, qui ius liberandi habeat. Is vero in hac specie profecto nemo aliis esse poterit, quam ipse princeps, cum qua princeps, tum quoniam ei ipsi, postulanti et exigenti iusjurandum religionis, iurabatur, unde etiam G. L. MENCKEN. l. c. p. vlt. hanc remittendi licentiam principi eiusque consistoriis vindicat. At neutra remissione opus videtur. Attendamus potius, duas esse formulae partes, in quarum posteriore, iurans iam tunc in antecedsum conditionem recedendi a iuramento posuerat, et rem, quae fieri forte posset, cogitauerat, vt scilicet aliquando sententiam*

tentam de veritate religionis sit mutaturus. In hunc igitur euentum vterque, princeps non minus, cui promissio facta fuerat, ac iurans pacti sunt, quid tunc sit euenturum, scilicet, istam mutationem iuranti permisum iri, modo eam casu eueniens indicet, expectans, quid principi super hac re sit placitum, quo sine dubio ad futuram munera necessaria iacturam respicitur. Mutata enim religione, quae munus gerenti pro illius in his terris dominio necessaria erat, ipsum officium retinere non potest, quod etiam in lege instructionis comprehendebatur, data visitatoribus ecclesiasticis Saxonie in conuento Torgauensi supra allegato, vii ex appendice primo nostrae dissertationis sub littera D. articulo vigesimo apparet. Quid igitur aliud inter eum, qui iuramentum religionis praestabat, ac principem, cui iurabatur, in ipso iuris iurandi celebratione actum, quam, vt princeps iuranti in casum euenturum iuramentum iam remitteret, eumque in anteceßum ab obligatione liberaret? Fere, vt priuatus, alii iuramentum fidelitatis, subiecctionis vel aliud promissorum remittere potest, vbi aequa nulla iuris iurandi relaxatio desideratur, iuxta vulgatum: die hand, so den eyd aufnimmt, kann ihn auch erlassen, CARPZ. *Iurispr. const. L. III. def. 55.* in fine, quod eo magis verum, quo magis notum est, cui libet iuramento promissorio tacitam conditionem: nisi alter sponte condonauerit, cap. I. X. de iure iur. inesse.

---

## APPENDIX.

---

### I.

Ex Actis Conuentus prouincialis Torgauiae  
anno 1590. habiti.

---

### A.

Aus der Universität Leipzig Abgesandten Bedenken vff  
die Proposition.

**S**agen auch ferner Gott dem almächtigen und E. K. G. von Herzen underherigsten Dank, das dieselbe dieser Lande Kirchen und schulen bey der wahren reinen Religion undt Gdtlichen wortt Innhaüts der Prophetischen Apostolischen schriften und der Augspurgischen Confession, so Anno 30 übergeben, Zu schuzen undt handihaben, Auch über dem vor etlichen Jahren aufgegangenen Concordien buche zu halten andigst entschlossen, und stellen E. K. G. hier, so professione nichtt Theologi sein, underherigst anhein, Ob dieselbe der Vniuersitet Borwarten, so in Theologia nicht publice prokluirem ben dem Fehnigen, was der Chursl. zu Sachsen, Heizogk Christian hochlöblichster gedachtin vff die Anno 87 ergangene Visitation dießfalls under dem Titul,

vom

vom der Subscription des Concordien buchß gnedigst verordnet, gelassen werden sollen.

abgesandte aus der Vniuersitet  
Leipzig.

## B.

### Aus der Doctorn vnd Professorn zue Leipzig Bedencken vff die Proposition.

Auff E. F. G. gnedigste Erforderung, vnd der Vniuersitet zue Leipzig Anordnung, sein zu angestalpter berathschlagung, bneben unserren Collegis, Wier unterthenigstes jähldiges gehorsambs alhie erschienen, haben auch daszugehörige, was E. F. G. gestriges Tages gnedigst vns fürthalitten haben lassen, neben andern Ständen, vnd den vns zugeordneten mitt unterthenigster Reuerenz angehört. — Und ob wier vns wohl der mehrer punct halbenn gnedigster proposition mitt unserren Collegis einer einhelligen mehnung verglichen, Dannoch in betrachtung vnsers sondernahmen Ambis vnd beruffs Theologischer Profession, So wohl als unterthenigster pflicht können wir nicht umgangen haben, wegen des Christlichen Concordien buchß vnd der, so darauff zu genzlicher abschaffung des höchstschedlichen Calvinischen schwarnes, vorgenommen und angefaltt werden soll, diefer Lande, Kirchen und Schulen visitation E. F. G. unser Christlich vnd treuherzig bedeuten inn dieser sonderbaren schrift vnderthenigst zu erkennen zu geben, der trütslichen vndertheutigsten Zuversicht, dieselbe werden solches in vngnaden von vns nicht vermerken, Belauende nun jetztgedachtes Christliches Concordien buch, danken E. F. G. wier sonderlich inn vndertheutigkeit, das dieselbe bey solchem vnd zu schützen vnd handzuhaben, vnd die vorstehende Visitation, darauf zu richten vnd anzustellen, gnedigst entschlossen, Seindt auch vndertheutigst erhdrtig, vormittelß Gottlicher Hülfe, und bestandes, am bestendigen bekennntnus vnd fortpflanzung reiner vnd unverfescheter Lehr des

L 4

Christ-

Christlichen Concordien buchs, sampt grundlichen vnd blei-  
figen wiederslegung aller Caluinischen Erthumbe, nach anleis-  
tung derselben nichts mangeln noch erwinden zu lassen, inn  
Christlicher Erwegung,

Erstlich, das dieß unsrer glaubenbekentnß aus Gottes  
unwandelbaren wortt extruiert, vnd eine Christliche eigent-  
liche vnd deutliche erclerung der Augspurgischen Confession  
ist, welche Anno 30 Kurfz. Mart. übergeben worden, vnd  
mit welcher wir von allen Menschen Landt bey des Admî-  
schen Pabstambs vnd des Zwinglianismi zu dem munde  
der einzigen Göttlichen wahrheit unsres lieben herren und  
heilandes Jesu Christi wiederumb gebracht vnd angeführt  
worden.

Zum andern, das dieses Einmutige Bekentnß aus  
Christlichen hochvorständigen Rath vnd bedenken, beydes in  
Thesi vnd Antithesi sondergleiches zur diesem ende also ge-  
fasset, das das helle clare Lichtt reiner richtiger Lehr vom  
allen zwischen der Augspurgischen Confession Vorwantten  
Lehrern, vnd den Sacramenten streitigen Articulen inn  
dieser Lande Kirchen vnd Schulen erhalten, Alle eingefürtie  
falsche Caluinische Lehr, aufgesetzet, vnd verworfen, Die  
Einfältigen Vor allen ergernuß verwahret, vnd den Leser-  
ern das maß mitt guten gründen gefopft, vnd also neben  
richtiger reiner Lehr beständige Christliche einigkeit in dieser  
Land Kirchen vnd Schulen erhalten, vnd dieselbe von den  
Caluinisten öffentlich abgesondert werden möchten,

Zum Dritten, diemal der iʒige der Kirche und schulen  
betributer klegliche Zustande, dem, so das Christliche Con-  
cordien buch verordnet worden, nicht allein gleich, Sondern  
viel ergerlicher und gescherlicher, so viel der wiedersacher liste,  
vnd betrugk, die vielfaltige vnd beschwerliche Trennung,  
Zerrüttung vnd verwüstung der Augspurgischen Confession  
Kirchen, und einsaltiger schlechter Herzen hochschedlichen  
anstoß und ergernuß belangen thut, Also, das, zu erhalten  
vnd forspänzung diese bekentnß iʒiger Zeit viel  
notwendiger, Als Sie zu Churfz. Augusti Zeit Christ mil-  
den gedenckmus iemals gewesen,

Zum

Zum Bierdten, Dieweil das Christliche Concordien  
buch von mehreren Reichstenden, den der Augspurgischen  
Confession approbiret, vnd bis anhero einheiligk vnd besten-  
diglich von denselben vordedicht vnd verfochten worden,  
Solches haben E. F. G. pflichts vnd Amts halben  
wir unterthenigst insonderheit nicht unberichtigter lassen  
sollen etc.

Zacharias Schiltter.

Burchardus Harhardt,

der Heiligen schrift Doctores und Professores  
zue Leipzigk.

### C.

Aus der Universität Wittenberg Abgesandten Bedenken  
vff die Proposition.

Hierauf sollen E. F. G. wir unterthenigst nicht ver-  
halten, das wir uns zu erinnern, was maschen die Formula  
Concordiae für wenig Jahren publiciret, vnd von Churf.  
Augusto hochlöblicher gedachtin in diesen Landen angeord-  
net worden, Wir befinden auch nicht, daß Churf. Christian  
Hoch und milder gedächtnis dieselbe vff gehoben und cassi-  
ret, Derwegen stellen wir E. F. G. vnd der löblichen Lands-  
schafft diesen Punct unterthenigst anheim, Jedoch erachten  
wir ganz urthig, Das die Schriften des teuren Mannes,  
D. Martini Lucheris und seines getreuen Mitgeßüßen Phi-  
lippi Melanthonis, sonderlich in Schuelen, als die in diesen  
Landen gar wobl bekandt, nicht besfeit gesätzt werden,  
Sondern allermassen E. F. D. löbliche Vorfahren, so woll  
auch Churf. Augustus und Churf. Christianus darob ge-  
halten, Also auch dieselben gnädigste Anordnung thun lassen,

das diese Schriften gleich andern in Kirchen und Schulen  
widrtheten behalten werden,

Neben diesem wissen E. F. D. gnedigst sich zu erinnern, das Chur und Fürsten in praefatione Formulae Concordiae gnedigst und gnedigk zugesagett und versprochen; Da der Religion halben streitte in künftigen sich ereignen sollten, die entweder alberet entschieden, oder es wehren Neue streitt, das dieselben ohne allen vorzugk componiret und begeleget werden sollten, Ob wir nun woll, Als Politici, in keine Religions Händel vns zue mengen bedacht, Sinnemahl dieselben für die Theologen eigentlich bedacht, Dennoch will es an dem, das nach publication angezogener Formulae Concordiae freitt, zwischen den benachbarten Academien, sonderlich den Helmstädtischen, Braunschweigischen und Tübingerischen, und Württembergischen Theologen entstanden, so noch unerbrütert, Wie solches das gedruckte Colloquium Quedlinburgense vnn Anno 59 aufzegangenen Acta und Schriften zum Concordien buch gehörig, gedachter Theologen, sonderlich aber D. D. Hofmanni in praefatione Psalmi 22 am Hochgedachten Churfl. Christianum, und D. Iacobi Heilbrunners, aufzweilen, und solche streitte per consequentiam diese Kirchen und Schulen mitt betreffen, Als stünde es bey E. F. D. und hochgedachte Churfürsten zu Brandenburgk, Ob nicht durch ein Christliches und friedsame mittell dieser freitt könnte und möchte begeleget werden, Sonderlichen will Churfl. Augustus Hochlöblichsten gedechnuß, weisandt Herzogen Iulio auch Christmilder gedechnuß, inn schriften, Wie solches ermehrter D. Daniel Hoffmann in gedachter praefation anheuchett, soll zugesachet haben, darob zu sein, das diesenn sachen in grunde möchte abgeholfen werden, Und zweifeln wir nicht, Wann dieses geschebe, es sollten sich viel betrübte Kirchen und gutherzige Leuthe desto ehe zue frieden geben können, Und möchte vff den fall sonderlichen auch diesen Landen gerathen, und den certaminibus einmahl abgeholfen werden.

Wir wollen aber durch diese erinnerung vns des angezogenen streitis hiermit im wenigsten nicht theilhaftigk gemacht haben, Sondern haben es E. F. D. als getreue  
Wmiers

Unterthane, vermeide unsrer pflicht, Politischer weisse, unterthenigst berichten sollen vnd wollen, unterthenigst hitzende E. F. D. wollten solches mit vngnaden nicht vermercken etc.

Joachim Zanger D.

Salomon Alberti D.

Michael Reinhardt M.

D.

Aus dem ungesetzlichen Vorschlagk wie es mit der  
Visitation anzustellen.

16.

Wan sich dan gabr nicht gebueren will, von der erskannten und bekannten wahrheit abzuweichen, Auch die Kirchen dieser Lande durch Wiederholung solches bekendinuß von den Calvinisten vnd Zwingianern sich genzlich abgesonderit, So soll es auch noch mäls darbey gelassen, vnd die Kirchen mit Neuer in diesen Landen unterhöhte Lehre genzlich verschonet werden,

17.

Wollen dorwegen die Visitatorn an einem jedem orte von den Superintendanten, Pfarrern, Kirchen und Schulsdienern, durch vleißige Collation vnd erkundigung eigentlich vernehmen, Ob sie mit solchem bekendinuß nochmals einig, Und, so sie sich darzu erkeamen würden, hatte es also seine gebuerliche maße, Und waren dieselben zu erinnern, das sie sich

sich darbey jederzeit wollten finden, vnd von solchem Bekendtniß, wie dießmals leider geschehen, so leichtlich nicht abwenden lassen.

## 20.

Würde dann die nothurfft erfordern, das einer oder mehr von seinem gefästen wahn auß verwirreten gewissen, durch keinerley wegk abzuwenden, Sollen der oder dieselben Ihrer Dienste erlassen, Vnd eine Diertheiljahres besoldung zum Abzuge gegeben werden,

## 21.

Wann sich auch der oder dieselben sonst still vnd friedlich verhalten, die Leuthe nicht irre machen, noch andere Zerrütung ursachen, kan man Ihnen in Städten und Dörfern zue wohnen woll nachlassen. Mit solcher vorwarzung, do sie sich eines andern unterstehen würden, Das man dergestalt mit Ihnen nicht zufrieden seyn, noch solcher Zerrütung nachsehen könnte,

## 23.

Es soll auch an einem jeden ortte den Superintenden-ten mit bleiß eingebunden werden, das sie hinföderne keine Person zue Pfarrherrn Kirchen oder Schueldienern gebrauchen vnd annehmen, Welche mit solchem Bekendtniß nicht einigk, vnd dem Caluinismo verwandt und zugehan sein.

## E.

Aus der Stände Erinnerungen bey diesem Vorschlagk.

## 10.

Ob die ihenigen Geistlichen, so das Concordien buch nicht unterzeichnet, solches nochmals unterschreiben sollen, oder

oder was hierinnen für eine maß zu halten, Inglichen ob die Politici in Vniuersiteten bey den Handigelöbnissen verbleiben sollen?

## II.

Das keine Person, so im Ambtern vnd Rathstuuen seindt, oder sonst zu regieren haben, mit dieser Visitation nicht ubergangen werden mögen.

## II.

**G**uädigster Churfürst und Herr, wir erinnern uns unterthänigst, welcher gestalt zur Zeit wärender Administration zu desto mehrer Erhaltung reiner und gesunder Lehr keine Person zu öffentlichen Aemptern gelassen, noch in den Städten in den Rath - Stul gezogen worden, es sey denn, daß selbiga den articulis Visitationis subscriviret, und sich zu denselben bekennet habe, darzu hat man in den Städten auf den Rath - Häufern einige Bücher gehalten, in welche diejenigen, so in den Rath - Stul erwehlet, und von E. Churf. Gn. guädigst darzu confirmiret sind worden, Ihre Namen unterschrieben haben. Hervacher haben E. Churf. Gn. nach Untretung ih. Churf. Regierung zu mehrer Geswissheit das iuramentum Religionis geordnet; und solches auf das Christliche Concordien - Buch gerichtet, auch nicht allein alle derselben Räthe, Hoff - Dicner und Beamtten, sondern auch die Academicos, Consistoriales und Superintendenzen, daß sie dasselbe geleistet, angehalten; Desgleichen seynd Eu. Churf. Gn. fürhabens gewesen, solches bey den Räthen in allen Städten zu Werk zu richten, es ist aber unsers wissens allein bey dem Rath zu Leipzig verbliessen, da doch etliche neue, so dasselbe nicht geleistet, unterdessen das vergangene Jahr in dem Rath gekiechet worden; Weil aber auf solcher Ungleichheit allerhand Mißverständ erwachsen, auch nachdem jährlich fast an allen Orten, wegen der manzelnden Personen neue erwehlet und bestätiger wer-

werden, man wohl aus Versehen verstoßen, und solche Personen aufgenommen, die nicht ganz richtig, sondern eine Zeitlang hinter dem Berg halten, hernach aber, wann sie ihre gute Gelegenheit sehn, herfür brechen möchten, darauf dann, wann Gott straffen wollte, allerhand Zerrüttungen im Religions-Wesen entstehen könnten, etc. Als haben wir für Notdurft erachtet, E. Thurn. Gn. unterthänigst zu ersuchen, ob sie nicht solcher besorglichen Gefahr, so viel menschlicher Weise zu geschehen möglich, fürzukommen Anordnung thun lassen wollen: Dass erstlich zwar alle Räthe in den Städten durchs ganze Land auf sonderbare Befehl von Amtleuten, an Eu. Thurn. Gn. statt zu dem Iuramento Religionis angehalten, und dass hernachmals allen Städten aufgeleget würde, sie solten ein exemplar des deutschen Concordien-Buchs (wie dasselbe dies Jahr zu Leipzig in quarto gedruckt worden) kaufen, dasselbe einzubinden, auch etliche Bogen mit Pappier darzu heften lassen, darinnen diejenigen Personen, so ideo sitzen; ihre Nahmen unterschreiben, und folgends von Jahren zu Jahren, so oft neue Personen erwählt würden, dasselbe continuiren solten, über das auch unsers einfältigen Erachtens nicht undienclich dass das Iuramentum Religionis durch Eure Thurn. Gn. Canitzley - Drucker allhier in quarto gedruckt, und wenn Kunstig nach gehaltener Raths - Wahl die Städte umb confirmation derselben anhalten, dass ihnen solch iurament zugeschieden würde, mit Befehl, sie solten es ferner ins Concordien - Buch binden lassen, und wann sie ohne das, wie gebräuchlich, die neue erwählte Raths - Personen in den sitzenden Rath erfordern, und ihnen, wessen sie sich verhalten sollen, unterlagen, sie dieselben alsbald das Iuramentum Religionis gleichgesetzt zu schweren anhalten sollen, und damit man sich hierinnen keiner Nachlässigkeit zu befahren habe, so könnte den Visitatoribus auferleger werden, ihnen iählich bey der Visitation solch Buch fürzegen zu lassen, würden sonder Zweifels diejenigen, so das Iuramentum geleistet, nicht leichtlichen still schweigen, wenn andere sich ausdrehen wolten.

## III.

Von Gottes gnaden Christian der Ander, Herzog  
zue Sachsen, Thurfürst ic.

**H**ochgelarte Nächte vnd Liebe getreue: Wir haben aufz  
angehördter Verlelung Eures eingeschickten Berichts vernom  
men, wie Ihr von etlichen Doctorn, Magistris, Advocaten,  
Procuratorn vnd Notariis, so sich bey euch in Diensten  
aufthalten, oder daselbsten, vnd inn unsern Landen practici  
ren. Die subscriptionem Formulae Concordiae vnd paa  
stationem Iuramenti religiosum, auff unsfern vor desen an  
Euch ergangenen Befehl, erfordert, wie ernelte Personen  
sich erzeiget, vnd was alda, sowol in facultate Medica, vnd  
sonsten allenhalben vorgelauffen, Thuen Euch auch die  
Beylagen hiermit wieder zuseinden. Und begehrn, vor uns,  
vnd den Hochgeborenen Fürsten Herrn Joachim Georgen, vnd  
dann in Vormundschaft dess auch Hochgeborenen Fürsten  
Herrn Augusten beyde Herzoge zu Sachsen, unsere freunde  
liche liebe Brüdere, hiermit gnedigst, Ihr wollet mit Zu  
zihung des Würdigen vnd Hochgelahrten unsers Hospredi  
gers, Lieben, Andächtigen vnd getreuen Herrn Polycarpi  
Leisters der h. Schrift Doctori, vnd der Theologischen Fa  
cultät bey Euch, diejenigen, so bisher nicht erschienen,  
bey einer namhaften Straße, Die andern aber sonst an  
anderweit vor Euch bescheiden, unsrer vngnediges missfallen an  
Ihrem Ungehorsam, vnd unerheblichen Fürwenden, Ihnen  
nothdürftig andeutten, einen oder dem andern seinen Zweifel  
mit glimpf und guten Gründen zu bemechnen, Euch  
bemühen, den widerseßigen hierüber noch eine Monats  
frist bedenkzeit verstatzen, vnd vorigen unsren Befehl gebühr  
lich zu werkstellen. Im fernerer Verweigerung aber uns  
der Sachen Beschaffenheit, mit Übersendung der Beyla  
gen, auffführlich zu erkennen geben. Hieran volbringet  
Ihr unsere gefällige meynung. Datum Dresden am 12. Iulij  
Anno 1608.

Christian Thurfürst.

## IV.

## IV.

Von Gottes gnaden Christian der Ander, Herzog  
zue Sachsen; Churfürst ic.

**H**ochgelartte Nähe und liebe getrenen; Vns ist euer Unterthenigstes schreiben, in welchem ihr vmb gnedigste resolution, wie es in künftig mit subscription derer in Unser minderjährigkeit vnd wehrender administration versfertigten visitations articuln, vnd hernachmals bey antretung unser Churfürstlichen regierung angeordnetem iuramento religionis mit den Universitet Verwaunten personen gehalten werden soll, Unterthenigst anzuschen thut, gebührlichen vorgetragen worden. Wan den vñer gentlich gemüth und meinung, das alle professores publici et priuati, jo wol die Decani, Facultisten, Collegiaten, Curatores Collegiorum, Praepositi villarum, beneficiarii, Stipendiarii, dero selben praecoptores vnd Oeonomi, auch aduocaten, Procuratores und Notarii, ingleichen andere Personen, welche sich zur habilitiren bey der Universitaet angeben werden, neben Subscription der Visitations-articul, auch das iuramentum religionis leisten, vnd niemants darunter verschonet werden soll. Als begebren wir vor vns vnd dem Hochgeborenen Fürsten, Herrn Johannis Georgen, vnd dan in Wermundschafft des auch Hochgeborenen Fürsten, Herrn Augusten, bender Herzogen zue Sachsen ic. unserer freundlichen vielgeliebten Brüder hiermit gnedigst, ihr wollet verordnen, das diesen allenthalben gebührlichen nachgelebet, auch sonderliche bücher vnd register darüber gehalten, wieder diesen vñer Befl im geringsten nicht gehandelt werden, vnd wir derselben auff unser abfödern jedesmal mechtig seyn mögen. Daran vollbringenet ihr unser zuverlässige meinung. Datum Maßfeste den 29 Iulij 1606.

Christian Churfürst.

## VIII.

## VIII.

## De iure sepulturae in templis.

(d. a. 1784.)

## §. I.

## De sepultura in genere.

**C**orpora humana post animae discessum oculis hominum adhuc viventium subtrahenda esse, omnium fere populo- rum consensu putatum est. Hoc vero non vno modo fieri confueuit. Erant enim, qui corpora defunctorum concremarent, erant, qui sepelirent, quidam in mare proiec- cibant, pauciores ac inter hos, quo immaniores alii alliis essent, suorum cadavera vel ipsi deuorasse, vel bestiis deuoranda dedisse dieuntur, DIETR. GOTTH. ECKARDT ad SCHILTER. L. II. t. 14. §. praelim. no. 47. Solis Aegyptiis ac Persis corpora quamvis exanimata confer- uanda esse videbantur, praeparata aduersus putredinem medicina, ALEX. AB ALEX. Gen. dieb, L. III. c. 2. Alii aliter cadavera ex viuentium ore remouebant; cf. BOTTEREAU Hadriau. legislat. ad a. 878. Ex his mo- dis si, quinam praefet, quaeramus, quis non Caecilium apud MINVCIVM FELIGEM in Octauio ferocis magis ingemii, quam philosophici arguat, quem dicit: *non interest, utrum ferae diripient, an maria consumant, an humus conte-*

M

conte-

contegat, an flamma subducat. Profecto pleraeque gentes aut sepulturam, aut rogum approbarunt, a reliquis modis abhoruerunt, atque, nec humari nec comburi, poenae loco habuerunt, cf. *Libr. meuni de volunt. mortis prohib.* p. 14. sq. vnde CICERO *Tusc.* qu. L. I. c. 44. *Dificile est*, ait, *non eos, qui inhumati sunt, miseris iudicare*, cf. QUENSTAEDT *de sepult. vet. c. 4.* Quid vero respondeamus philosopho IACOBO THOMASIO, dum in *Ipr. diu.* L. III. c. 10, interrogat: *num indignius putas, cadavere humano pasti aues et quadrupedes, quam vermes, aut ignis absumat? vel androphagus in succum et sanguinem vertat?* Respondebimus: ipsam naturam humanam horrere, causam nesciri; ipsiusque reipublicae interesse, ne multa corpora iaceant inhumata. Hinc omnes moratores gentes vel combustionem vel humationem praetulerunt, inter quas tamen haec posterior tum antiquior fuit, vt patet ex facto Codice, atque ex CICERONE *de leg.* L. II. c. 22. et PLINIO *Hist.* L. VII. c. 54. tum teste experientia, diuturnior. Vtraque ratione vtebantur tam Graeci quam Romani, KIRCHMAN. *de funer.* c. 1. 2. sed concrematione hi prius quam illi, teste MVERSIO *de fun.* c. 10. De Romanis vel ipsa lex XII. tabularum docet, in quarum decima cum sepeliendi tum cremandi mentio fit, IAC. GOTHOFREDVS *quat. font. iur. ciui.* HEINECC. *Hist. iur.* L. I. c. 2. §. 35. BACH. *Hist. iur.* L. I. c. 2. agnatorum arbitrio, qualém modum eligerent, relicto, ROSIN. *Ant.* L. V. cap. 39. p. 442. nifi dicere velis, cum Romani etiam combusiti cadaveris cineres ac ossa in tumulo conderent, eos omnia funera sepeliuisse, aliquibus tamen antea combustis, ne ylli suorum humatio deesset. Nec minus Graeci atque Galli mortuos rogo imponebant, QUENSTAEDT L. c. p. 158. 164. Qui modus si et hodie seruari possit, videremus tandem forte, omnes de foedo putredinis humanae odore querelas et ipsas morituras esse. Sunt tamen, qui humationem legi naturali conuenientiorem putent; GROTIUS *de I. B. et P. L. II.* 19. CARPOZOV. *Ipr. cons.* L. II. def. 373. cum contra alii, vtriusque rei rationem parem ac arbitrariam esse viderint, et inter hos I. H. BOEHMER *diff. de iur. erig. coemet.* §. 4. Sed procul dubio magnitudo pretii, quo rogus tum per se exstrenundus erat,

tum

tum crescens indies pompa luxuria, quam iam lex XII. tabb. reprimere studebat, in primis vero Christianorum opinio, qui hunc morem non solum non receperant, sed pro poena etiam, nec non a tota Christiana doctrina alienum habebant, MINVT. FEL. *Oc̄ar.* c. II. 34 TERTVLL. de anima 51. de resurrect. c. I. QUENSTAEDT l. c. p. 164. *vngnawotax* tandem ex vñ depulserunt; quod quanquam tempore Theodosii M. nondum per totum factum erat, quippe qui in l. 6. C. Th. de sepulcr. viol. et vñnarum et sarcophagorum mentionem facit, tamen ab eo inde non ultra quadranginta annos euenit, MACROBIVS enim, qui sub Theodosio iun. vixit, SATVRN. L. VII. c. 7. scribit, suo seculo comburendi corpora defunctorum usum nullum esse. Hoc igitur abolito, sola ratio sepulturae habita est, ita, vt ab isto tempore mortuorum corpora nonni si per hanc submouerentur; etenim Christiani minus approbabant illud Stoicorum, qui parum interesse dicerent, supra terram vel infra putrescerent, potius verentes, ne concremantis cadaueribus, paganis similes fierent, eo se perduci patiebantur, vt adeo iuri diuino aduersum crederent, cf. CARPZ. P. II. dec. 162. no. 3. cum veteri poeta apud STOBAEVM Serm. 122. canentes;

*Humano generi posuit natura creatrix*

*Hanc legem, ut tumuli membra sepulta tegant.*

Id hauserant a veteribus, qui crederent inhumatorum defunctorum animis quietem comparandam esse, ne circum corpora errantes vagarentur, DEMSTER. ad Rosin. L. V. c. 39. vnde non solum humanitatis credebatur, sed legis etiam erat apud Atticos, insepulco cadaueri humano terram iniicere, AELIAN. *Var. hist.* L. V. c. 14. cf. SENEC. de benef. c. 20. QVINTIL. *Declam.* V. QUENSTAEDT l. c. c. 4. Nam omnes fere populi, non humari, pro miseria ac poena, et qui eius causa esset, pro inhumano et crudeli habebant, t. t. D. de cadav. pun. SVETON. Aug. c. 13. Vespas. c. 2. cf. DEMSTER l. c. ac GUTHER. de iur. man. L. I. c. II. Atque adeo nec iura iis, qui ipli post mortem inhumati esse vellent, an-

nuebant, vnde MODESTINVS. l. 27. D. de condit. inst.  
heredem laudat, qui defuncto, volenti in mare proiici,  
non paruisse. Ex eadem ratione quam maxime pietati  
Ludouici Sancti tribuitur, quem referunt quondam in Pa-  
laestina trucidatos a Turcis Christianos humari curasse,  
ipsumque corpora putredine iam semi confecta ad locum  
sepulturae portasse; 3. Runde fr. Bölf. u. Länd. T. I.  
p. 76. Ceterum concremandarum exuviarum mos a Ro-  
manis ad nos tro quoque maiores transiit, et aliquamdiu  
permansit, postea tandem etiam aboleuit, nec minus se-  
pultura in eius locum inducta, quae tamen circa modum  
et locum, teste I. H. BOEHMERO I. E. P. L. III. t.  
28. semper omnino arbitraria fuit.

## §. II.

### *De religione sepulturae.*

Apud omnes gentes magna erat sepulturae ipsorum-  
que sepulcrorum sanctitas atque religio, in primis apud  
Romanos, ita ut ipse CICERO de rep. L. IV. et de leg.  
L. II. c. 23. sq. item QVINTILIANVS Declam. X. iis  
haud parum sanctitatis tribuant. Non compilabimus scri-  
nia eorum scriptorum, qui de ea scripsere, inter quos  
principatum tenet GE. CPH. PLAZ diff. de relig. sepul-  
cror. nec eorum, qui de diis manibus, quibus nempe  
sepulcra dedicata fuisse dicuntur, in primis GVTHERIVM  
de iure manium. L. III. c. 1. Certe id verum est, hanc  
dedicationem fuisse illius vel superstitionis creditae vel  
sanctitatis sepulcrorum tributae, HEINECC. Ant. L. II. t.  
I. §. 5. et Acad. Red. ad Inst. §. 314. ECKARD ad  
Schilter. p. 3360 sq. cui alii addunt, Romanos sibi per-  
fusalis, animas mortuorum circumuagari in iis locis, vbi  
corpus vel caput positum sit, I. H. BOEHMER Iur. par.  
Sect. IV. c. 2. §. 4. PLAZ diff. diff. §. 18. Qualisunque  
vero huic rei causa sit, profecto absonta est distinc-  
cio MARCIANI l. 6. §. 3. D. de diu. rer. seruata a  
lustiniano §. 6. sq. I. de rer. diu. inter res sacras,  
sanctas et religiosas; nam quicquid sacrum est, sanctum  
habetur, et omni facro omnique sanctitati ineft religio et  
vice

vice versa. Simili modo omnem inter res diuini atque humani iuris diuisionem iam reprobavit G. L. MENCKEN. *diff. de iur. sepulcr. fam.* §. 7. Interim vtraque ferri potest et debet ob auctoritatem ICtorum, quibus ut aliis scriptoribus licitum erat, vocabulis singularem sensum affingere atque sub voce sancti atque religiosi id solum intelligere, quod esset legis sanctio munatum, aut cui religionis cogitatio adhaeret. Omnibus itaque locis, vbi mortuum inferebant, religio inesse credebatur et sanctitas, KIRCHMANN L. III. c. 21. sq. quae adeo non soli cadaveris receptaculo inhaereret, sed etiam in eius aliquo ambitu, HEINECC. I. c. §. 5. resideret, quod non mirum, cum ipsis pontificibus cura sepulcrorum et funerum esset, CICERO *de leg.* L. II. c. 22. unde fuit, qui dicant, eorundem decreto opus fuisse ad locum a domino religiosum faciendum, FR. DE ROY *Inst. iur. can.* L. II. t. 12. cf. l. 8. pr. D. *de relig. et sumt. fun.* Hinc Romani semper sepulturae ita fauabant, vt non modo per publicas leges omnem a sepelitione vim atque prohibitionem arcerent, l. 5. D. *ad L. Iul. de vi publ. PAVLVS Sent.* L. V. t. 26. sed etiam Diui Fratres editio interdicterent, ne iusta sepulturae traditum, id est terrae conditum corpus inquietaretur, l. 8. D. *de sepulcr. viol.* l. 39. D. *de relig.* Sic vnamquamque funeris arcum et sepulcrum tranquillam eius requiem esse debere iudicabant, atque solum ex iusta causa, atque non nisi permisso praefidis prouinciae, ossa semel humata alio transferri poterant, l. 39. D. *de relig.* GVTHER. *de iur. man.* L. III. c. 23. Ex eodem fauore sine dubio orta est actio sepulcri violati l. 3. D. *de sepulcr. viol.* et interdictum de mortuo inferendo, l. 1. pr. D. *de mort. infer.* et graues in hoc crimen constitutae poenae, d. l. 3. l. 3. 4. 6. C. eod. atque adeo sacrilegii, ob contaminatam, ut Imp. IVLIANVS. l. 5. C. eod. ait, defunctionum religionem. Quid? quod ipse iam CICERO *de leg.* L. II. c. 22. dixit: *ea religio est sepulcrorum, ut extera sacra et gentem inferri fas negent esse - totaque huius iuris compositio pontificalis magnam religionem ceremoniamque declarat.* Singulare porro erat, quod unusquisque sua ipsis voluntate cuicunque loco eiusmodi sanctitatem tribuere, eumque ipsum corpus exanimatum inferendo a

commercio hominum eximere posset, *t. 6. §. 4. D. de rer. diu. §. 9. I.* eod. modo suus esset, isque totus, vsufructu nec oneratus, aut si alienus dominus id fieri pataretur, *t. 2. §. 7. t. 7. §. 8. D. de relig. §. 9. I. de rer. diu.* unde domino actio dabatur aduersus inferentem ad auferendum, ne de suo patrimonio quicquam religionem acciperet, quod dominus irreligious manere volebat.

Apud primos Christianos non mirum, quod eadem religio et sanctitas sepulcris remanerit. Etenim primo ad ipsos facilis erat doctrinae iuris Romani de locis religiosis progressio, quippe eodem iure vtentes, deinde forte ipsa memoria quod Salvator noster per tres dies sepultus iacuerat, quaeque res, vt par erat, in quotidiano pio sermone verbabatur, aliquam sanctitatem Christianorum sepulcris addere videbatur, quae quasi repositoria vel dormitoria corporum essent, aliquando in vitam redemptum, denique iisdem primis Christianis ante oculos versabantur martyres, qui nouam, quam prostebantur Christi doctrinam, mortis sua exemplio stabilire conarentur, cuius rei ne memoria excideret, vtque istorum animi debita erga Deum pietate imbuerentur, atque in religione confirmarentur, saepissime martyrum sepulcra visitabant, *EVSEBIUS H. E. L. IV. c. 15. HIERONYMVS. in Ezech. c. 4.* eaque progressu temporis eodem modo, vt ipsos martyres venerabantur, *I. H. BOEHMER. I. E. P. L. III. t. 18. §. 10.* cui denique accessit, quod, procedentibus persecutionibus, in his martyrum locis sepulcrilibus, plerumque subterraneis, cultus diuinij cafaclaneulum conuenirent, *EVSEBIUS. I. c. L. VII. c. 9. L. IX. c. 2.* concionibus, precibus ac hymnis pietatem erga Deum fuentes, *I. H. BOEHMER difl. de iur. erig. cem. §. 15.* Nec minus igitur hi et ipsi, aliquando ex vita decedentes, reliquis exemplum pietatis et sanctitatis vitae relinquabant, adeoque corpora eorum non sine harum virtutum commemoratione, indeque proueniente veneratione quadam dormitorii includebantur, quae post haec nemo conspicere poterat, nisi cogitaret, in his sepulcris quiescere corpora virorum, olim cultu religionis et

et vitae sanctitate conspicuorum, quae omnia non minimam vim, ipsi sepulturae aliquam verecundiam tribuendi, habuere.

Inter eas artes, quibus sequenti tempore pontifices cum clero dominatum sibi comparare studebant, erat et haec, ut rerum diuinarum vel ecclesiasticarum numerum augere stenderent, atque eius rei causa nempe ut oculis ostenderetur, hinc inde consecrations multiplicarent. Postquam enim in sequentibus seculis, nam primis non sic erat, Christiani optarent communi post mortem dormitorio sive *coemeterio* yti, sola, ut videtur, superstitione ducti, nempe quod aut crederent, sic olim in resurrectione agnato, amicum amico propinquorem fore, aut quia, qui plerumque locus coemeteriorum erat, in templorum contiguitate, sanctiorem aliquam requiem exanimati corporis quaererent, aut denique, quoniam, ut MVRATORIVS *Anecdote*. XX. lat. T. I. disquis. 17. de veter. Christ. sepulcr. ap. Ritter. ad C. Theod. l. 6. de sepulcr. viol. docet, eo major ipsis spes erat, horum sanctorum intercessione ac meritis apud Deum adiutum iri; tum igitur etiam crevit sepulturae religio, in primis cum doctrina pontificia de parochianorum quolibet in sua parochia humano, c. 5. X. de sepult. I. H. BOEHMER I. Paroch. sedl. VI. c. 2. §q. accederet. Tunc etiam inualuit beneficium coemeteriorum, quae erat iuris episcopalnis; applicato insimil ipsis iure ecclesiarum, c. 7. X. de consecr. eccl. I. H. BOEHMER I. E. P. L. III. t. 18. §. 10. Hanc benedictionem late descripsit idem BOEHMERVS l. c. t. 40. §. 39; FR. DE ROY autem l. c. eandem vel similem etiam in ecclesia Romana primis Christianorum sepulcris adhibitam esse, eti forte minus recte, putat. Cum itaque omnis consecratio episcopalnis vel benedictio rei consecratae vel benedictae aliquam singularem virtutem, vel efficaciam spiritualem imprimere videretur, I. H. BOEHMER I. E. P. L. III. t. 40. §. 42. haud mirum, quod et coemeteriorum benedictionis ritus, eorumque solennis a communione civili exemptio, tantam pepererit Christianis venerationem sanctitatisque opinionem erga sepulcras, ut recte AVCTOR Antiqu. circa fun. vet. Christian.

*fian. L. IV. et L. V. circa fin.* dicat, eam tandem in superstitionem magis quam religionem degenerasse.

Nos protestantes hodie non superstitionem, sed minimi improbandam verecundiam atque devotionem erga sepulera merito habemus, quippe quae excitari solet, quando funeratio vel cum tota liturgia et concione funebri, vel quando saltim eius particula aliqua agitur, et preces fundendo, hymnos canendo eo confilio, ut quilibet praefens, intuens patroni vel amici sepulcrum, de eius meliori nunc vita futuraque resurrectione gaudeat, ac propriae mortis minor sit. Auget etiam apud nos religionem coemeteriorum tum nomen perpetuo seruatum der Gottesacker, tum ipsa loci augusta verecundia, tum denique quod sciamus, non solum ea quae ecclesiis contigua sunt, Consistorii iurisdictioni subesse, atque ut olim, ad res ecclesiasticas numerari, sed etiam ipsam sepulturam fere totam sub eius cognitione contineri, qua re nil facilis est, quam animos vulgi inducere ad credendum, plus esse in sepulcris religionis ac pietatis, quam in reliquis rebus ciuitatis communibus.

### §. III.

#### *Origo sepulrorum in templis.*

Haec fine dubio repetenda est a primis rechristianae seculis et ita quidem, ut, quod *προσθέτω* videtur, sepultra in templis essent prius, quam ipsa templo, atque ut corpora mortuorum iacerent quidem in templis sepulta, verum eo non essent illata. Mortuos apud Romanos in deorum templis humatos esse, vix dici poterit, quamvis hoc I. H. BOEHMERO *diff. de iure erig. coemet.* §. 13. videatur; nam ex loco PRUDENTII *L. I. contr. Symmach.* adducto, si multum, nil magis elucet, quam frequenter tunc temporis heroum in urbe sepultorum. Nihilominus tamen ex aliqua inscriptione apud GRUTERVM *Thef. Inscript.* XVI. 7. a KIRCHMANNO *l. c. L. II.* §. 27. allata, ostendi potest, quantum in hac re sibi interdum extra Romanam placuerint; dum Valerius quidam praefes Hispaniae ossa sua X. pedes ad aedem Aesculapii condi, quippe quo loco bene sunt quietura, testamento scripsit.

fit. At vero frequentiorem usum apud Graecos fuisse, AR-  
NOBIUS auctor est L. V. adu. gentes, qui multa ait, ex  
his templo - - comprobatur contegere cineres atque ossa et  
functorum esse corporum sepulturas, atque exempla etiam  
ex Clemente Alexandrino affert, cf. KIRCHMANN de fu-  
ner. R. L. II. c. 27. et QENSTAEDT l. c. cit. p. 176.  
Hoc certe verum, celeberrimum Graeciae legislatorem  
Lycurgum, ut PLVTARCHVS in Laconitis ac Lycurgo  
scribit, inter instituta sua habuisse et hoc, ut mortui in ip-  
sis urbis, ac prope Deorum aedes sepelirentur, eo con-  
filio ut Laconica inuentus adsuferet non horrere mor-  
tem.

Ab his si abstinueris, origo in templis sepeliendi a  
primorum temporum Christianis arcessenda est. Hi enim,  
ut iam dictum, in primis eos venerabantur, qui religionis  
christianae causa mortem sustulerant, ac inde, quoniam ex  
supra iam allegata vulgari opinione crederent, eodem  
martyres, quod insepulti iacerent, magnam adhuc post  
mortem crudelitatem atque dedecus pati, conquirebant fur-  
tum eorum cadavera et ossa, quasi reliquias eiusmodi sancto-  
rum hominum, ut terrea mandari possent. Ea re, narrat  
EVSEBIVS H.E. L. XIV. c. 15, quondam se cum suis  
valde gauifos esse, scribens: *Atque ita nos demum ossa illius  
genim pretiosissimis cariora et quouis auro puriora  
colligentes, uti decebat, condidimus.* Inde deriuanda est  
superstitiosa reliquiarum Sanctorum veneratio vel adoratio,  
quaes sequiore aeneo in locum admirationis, tantorum viro-  
rum constantiae ac pietatis debitae, successit. Haec igitur  
erga martyrum exuicias veneratio, quomodo sepulturam in  
templis peperit, late exposuit vir celeb. I. H. BOEHMER  
in libr. de orig. pruec. mat. iur. eccl. c. 22. §. 3. et  
diff. de iure erig. coemet. §. 15. 16. 17. Scilicet pacata  
ecclesia externa, Christiani vel super ipsis locis, vbi sancto-  
rum martyrum corpora post supplicium sepulta fue-  
rant, et in quibus tempore persecutionum cultum diui-  
num furtuum ac subterraneum celebrauerant, vel antea  
ossibus commodioris ac magis decentis sepulturae causa  
aliorsum transportatis, super his igitur nouis sanctorum  
vitorum dormitoria solebant primo aras ponere, mox ipsa  
tempa inaedificare, cf. DEYLING. Prud. past. p. 238,  
ed. Küstn. et FLEISCHER Einl. zum geistl. R. LII. c. 12.

M 5

§. 4.

S. 4. a quo tempore constans in ecclesia Romana confusudo mansit, nullum altare exstruendi, nisi sub quo reliquiae Sanctorum iacerent. Iam igitur exsurgebant super martyrum sepulcris templa, quibus illa iam essent inclusa. At non unicum alicuius martyris solummodo corpus muris nouorum templorum circumscrivebant, verum, quemadmodum, ut diximus, christiani; quo magis prius atque religiosi aut potius superstitionis essent, eo proximius apud martyres adhuc ante superstructa templo sepeliri curaverant, sic nunc aedificatis templis tota haec communio dormientium christianorum, repente aedium sacrarum muris circumsepta, in templo sepulta iacebat. Quid igitur murum, quod etiam stantibus postea aedibus et aliis multi inuenirentur, qui, ne illis vel pietate vel superstitione cederent, eodem beneficio, ut in proximitate sanctorum sepelirentur, frui, aequo in extractis nunc aedibus terrae mandari, in votis habarent. Quia re cum paulatim funerum in templis numerus adeo cresceret, vt in futura tempora viterius spatum deesse videretur, accidit, ut reliqui, qui in contiguitate sanctorum locari non possent, saltim vicinitate contenti esse deberent, laeti, modo possent extra portas templorum, penes murorum circuitum haud procul a martyribus sanctam resurrectionem expectare, 1. H. BOEHMER I. E. P. L. III. t. 28. Ab hoc itaque tempore meritis fuit, ut, quibus aliquis honor aut dignitas in civitate vel ecclesia esset, isti in ipsis templis, reliqui Christiani in vestibulo ecclesiae vel circumcirca sepelirentur. Ipse Imperator Constantinus M. sue, ut AVCTOR vitae ipsius L. IV. c. 60. 71. cum aliis afferit, filius eius Constantius intra nouam yrbe in templo, quod apostolorum martyrum vocabant, medius inter duodecim apostolorum arcas iacuit, IAC. GOTHOFRED. ad l. 6. C. Th. de sepulcr. viol. Itaque pro vero assumere poterimus, sepulcrum in ecclesiis christianae religioni originem debere. Nam apud ethnicos praeter alias causas propterea permitti non poterat, quoniam, religio priuata sepulcrorum cum religione publica deorum superiorum concinnari nequirit, quod docet exemplum a CICERONE de legibus II. c. 23. ad ductum, quo, cum deae Honori templum esset dedicandum, prius sepultra ibi in area reperta exaranda erant. Sepultura igitur Christianorum in basilicis, quo magis religio

ligio nostra caput extolleret, eo frequentior et ipsa esse coepit, DEYLING. Prud. past. P. III. c. 10. §. 16. ita ut multi ex populo, in primis honoratores ac conditores ecclesiarum, nec minus in his, ad imitationem reliquorum templorum, sibi etiam sepulcra condere, ac in ipsis humari contenderent; in qua re eo superstitione processerunt, vt mortuis adeo commodum in eo quaererent, can. 18. §. 3. caus. 13. qu. 2. Imprimis Pontifex GREGORIUS M. c. 17. caus. 13. qu. 2. Cum graui, inquit, peccata non deprimit, hoc prodest mortuis, si in ecclesia sepellantur, quod eorum proximi, quoties ad eadem sacra loca veniunt, suorum, quorum sepulcra apiciant, recordantur et pro eis domino preces fundunt, cum e contrario cleris laicis periuaderet, si quis graui peccato oneratus mortuus esset, ei adhuc grauiorem poenam post mortem manere, si in ecclesia sepeliretur, dict. c. et c. qu. ead. Alii credebat, se sepultos apud martyres ab his in patrocinium recipi, seque eorum meritis vitam aeternam consequi, MVRATOR. diff. 17. et Anecd. lat. apud RITTERVM ad l. 6. C. Th. de sepulcr. viol. usque se valde commendatos esse, extra ecclesiam autem spiritibus immundis vexari, LANCELOT. Inst. iur. can. L. II. t. 22. §. 1. et ZIEGLER ad h. l. Sic sepultura in ecclesia magnum artificium erat superstitionem augendi et simul hierarchiam fulciendi. Qui plura de hac re cupit, aдеat iam dictum MVRATORIVM, qui in dict. diff. 17. a: in anecdot. graec. diff. 3. clare ex patribus aliisque scriptoribus ostendit, apud veteres Christianos tum in Oriente tum in Occidente licuisse non solum, sed in vsu etiam atque delectamento fuisse, vt in ipsis aedibus sacris sepelirentur, refutans quoque aliquem CABASSVTIVM, qui morem, in basilicis sepeliendi non nisi sero apud Christianos inualuisse contendebat, eundemque non de ipsa ecclesia, sed de vestibulo tantum intelligere volebat; describit potius ex PAVLINO aliquam basilicam, in qua plura fidelium cubicula et orantium capellae optimo ordine essent distinctae, arque ostendit, tunc temporis tumultuationem Christianorum in aedibus sacris vbiique permissem, solum abusum improbatum fuisse, qui tunc praecipue eo consistebat, quod ethnici cum Christianis scelerati cum piis in sepeliendo commiscerentur, cf. c. 16. c. 13. qu. 2.

§. IV.

## §. IV.

*Sepultura in ciuitatibus vel prohibita vel permitta.*

Caveamus nobis, ne prohibitionem sepeliendorum in vrbe corporum humanorum ab interdicta in templois sepultura non separeremus. Etenim quod illam plura, quoad hanc pauciora, interdicta reperiit licet. Incipiamus de illis, qualia apud antiquos Graecos et Romanos inueniuntur. Et quod ad Graecos attingit, Sulpitius apud CICERONEM Epist. ad diu. L. IV. c. 12. refert, Athenienses in vrbe sua vili sepulturam permittere, sibi religione duxisse. Apud Smyrnaeos idem CICERO Orat. pr. Flacco narrat, secundum regulam mortuos in opidum non inferri debuisse. Sicyoniorum veterem esse legem PLVTARCHVS in Arato scribit, quae humari quemquam intra muros vetaret. Similiter STRABO L. X. negat, in insula Delo mortuum fas esse sepelire vel cremare, cf. KIRCHMANN. I. c. L. II. c. 20. qui idem de Syracusanis propterea credit, quoniam CICERO Quaest. Tusc. L. V. narrat, ibi extra portam magnam esse sepulcrorum copiam.

Quod autem ad Romanos pertinet, apud hos quoque a primis urbis incunabulis moris quidem erat, mortuos extra vrbum sepelire, quod Numae ac Servio Tullio factum. PLIN. Hist. nat. L. XIII. c. 13. DIONYS. L. IV. KIRCHM. I. c. p. 226. at nihilominus viros, ob merita in rempublicam conspicios in vrbe sepeliebant, vnde CICERONE auctore de legib. L. II. c. 23. non solum ante legem XII. tabb. Consuli P. Valerio Publicola vel Publicio, et A. Postumio Tuberto, verum etiam postea C. Fabricio ac posteris, PLVTARCH. in Paean. nec non genti Manliae, SVETON. in Tiber. virtutis causa sepulcra in urbe publice decreta sunt, quorum monumenta adhuc pro parte superflunt, GUTHER. de iure man. L. II. c. 23. Idem EVTROPIVS L. VIII. de imperatore Traiano, SERVIVS vero ad Aeneid. L. IX. in genere de imperatoribus, nec non de virginibus Vestalibus afferit, cf. KIRCHM. I. c. p. 266. Haec igitur sepultura, nedum concrematio in ciuitate, ne omnibus, qui vellent, pateret, Decemviri in decima tabula hanc legem tulerunt, ut FULVIUS VRSIUS ad leg. et SCI. eam restituit; HOMINEM. MORTVM. ENDO.

**E**NDO. VRBE. NEI. SEPELITO. NEI VE. VRITO, quae  
 tamen lex non diu durasse videtur, ita ut mox opus esset  
 SCto Duilliano, quod a scriptoribus historiae iuris Romani  
 in catalogo SCtorum omitti solet, facto circiter anno  
 V. C. 490. Scribit enim idem SERVIUS ad Virgil. *Aeneid. L. II.* *Ante etiam in ciuitatibus homines sepeliebantur, quod postea Duillio Cos. senatus prohibuit, et lege cauit, ne quis in urbe sepeliretur;* quae de re; legi meretur  
 HEVBACH in comm. de politia Romanorum s. veteris urbis Romae Goetting. 1791. Hanc prohibitionem, quae solummodo Urbem concernebat, sequenti tempore ad provincias protulerunt imperatores. Notandum enim est re-scriptum D. Hadriani Imp. quo 40. aureorum fisco inferendorum poenam in eos constituit, qui in ciuitate aliqua municipalis sepelirent, quam eandem multam et magistrati, qui id paucis sit, minitatur, cum loci publicatione et cadaveris translatione. *VLPIANVS*, dum huius rescripti in libro ad Edictum praetoris mentionem facit, *I.c. §. 5. de sepulcr. viol.* obseruat, eam poenam non mutari, *etiam si in ciuitate municipali lex sit, quae humationem in ea permittat;* unde videmus, fuisse eiusmodi ciuitates, in quibus sepeliri publice permisum esset, cf. HOTTEREAU *Hadrian. legislat. ad a. 878.* Nec minus CAPITOLINIUS Anton. Pio c. 12. scribit: *Antoninus Pius intra urbes sepeliri mortuos vetuit, quam eandem esse cum Hadriani lege, sunt, qui putant,* SCHVLTING. ad Paul. Sent. L. I. t. 21. §. 2. at nobis duae videntur et inter varias a IAC. GOTHOFREDO ad tit. C. Th. de *sepulcr. viol.* proatas conciliaciones ea melius placet, qua id, quod Hadrianus tantum de ciuitate, i. e. metropoli, quippe quae sub illo vocabulo simpliciter posito intelligitur, fanciuerat, successor eius ad omnes municipiorum urbes protractissime dicitur. Iure itsque Ictus PAULVS qui vixit sub Seuero et Caracalla, Rec. sent. L. I. t. 21. §. 2. dixit: *Corpus in ciuitatem inferri non licet, et §. 3. intra muros ciuitatis corpus sepulture dari non potest vel usq[ue]na fieri, id est, siue quis extra urbem, vel intra eam vita defunctus esset;* unde non opus erat SCHVLTINGIO, haec verba de transferendis corporibus iam extra urbem humanis, nunc terrae exemptis, et in urbem importatis intelligere. Post Antoninum videtur lex de sepeliendo extra ci-  
 vita-

vitatem diu seruata esse. Saltim Christianos contra hanc legem non fecisse, probat DEVLING. *l. c. p. 737.* ex ferip-  
 tis patrum. Vnde post Antonini tempora nullas circa  
 hanc rem leges inuenimus usque ad Imp. DIOCLETIA-  
 NVM et MAXIMINIANVM, qui A. C. 290. *l. 12. C. de*  
*relig. et sumt. fun.* Mortuorum reliquias, inquiunt, intra  
 ciuitatem conati iam pridem vetitum est; ubi sine dubio ad  
 rescriptum illud Hadriani, de quo supra diximus, repre-  
 xere. Abhinc fere denuo seculum intercessit, usque dum  
 anno 381. Imp. GRATIANVS, VALENTINIANVS ac  
 THEODOSIVS constitutionem facerent, qua prohibentur  
 omnia, quae supra terram urnis clausa vel sarcophagis  
 corpora detinuntur, extra urbem delata pont, *l. 6. C. Th.*  
*de sepulcr. viol.* sub poena tertiae partis bonorum. Erat  
 autem sine dubio tunc temporis eiusmodi noua sanctio eo  
 magis necessaria, quo verius videtur, VALENTINIANI  
 legem, per Christianorum consuetudinem in templis et  
 coementeris sepeliendi, fere obliuioni fuisse traditam, quod  
 inter cetera ex eo quoque patet, quod tempore PRUDENTII  
*L.I. contra Symmach.* multa heroum sepulcra Romae numerare licuit. Caeus tamen putes, hanc prohibitionem gene-  
 ralem fuisse, etenim tantum ad urbem Constantinopolim  
 pertinebat, ad praefectum urbi Pancratium directa, unde  
 ANT. MVRATORIVS *dicit. diff. 3.* recte observat, hanc  
 sanctionem extra muros Constantinopolitanos non tenuisse,  
 verum cum in suburbis tum in aliis ciuitatibus lieuisse,  
 tumulum inter martyrum aedes impetrare. Quod hic Theodo-  
 sius Nouae Vrbis dedit, atque iam ante quosdam prin-  
 cipes, Veteris Vrbis causa sanxisse vidimus, id, forte quoad  
 hanc diuturnitate temporis obliteratum, repetit Rex  
 Ostro-Gothorum Theodoricus, edicto suo, *cap. III. in*  
*Georgisch. Corp. iur. germ. p. 2229.* haec proponens:  
*Qui intra urbem Romanum caduera sepeliunt, quartam par-*  
*tem patrimonii sui fisco sociare cogatur; si nihil haberit,*  
*caesus fusibus, ciuitate pellatur.* Ex quo iterum apparet,  
 in ceteris ciuitatibus sepulturam vel non frequentem, vel  
 aliam causam, quam auertenda extra muros putredinis  
 subsuisse; quae forte in solo aspectu funerum, a rege ac  
 imperii proceribus amouendo, querenda est.

Habet igitur aliquot leges contra sepulturam in ciui-  
 tibus. Nihilominus fuere etiam quidam legislatores, qui  
 sepul-

sepulturam in ipsis urbibus vel iuberent vel saltim permitterent. Inter illos referre licet ex antiquitate primo celeberrimum Lacedaemoniorum legislatorem Lycurgum, quem vidimus *sapra* §. 2. vt ciues ad quotidianas mortis cogitationes adiueceret, sepulturas in urbe praecipere, deinde Tarentinorum exemplum, qui POLYBIO *Historia excerpt.* L. VIII. auctore, ex male intellecto oraculo: *melius esse, cum pluribus habitare, publica lege ac consuetudine et mortuos intra urbem receperant, eoque effe- riant, vt pars urbis, ad solis ortum vergens, plena esset buffis.* Apud Romanos vero neque libera republica, neque sub Imperatoribus pene post Christum natum nouem seculis nullus legislator inuentus est, qui sepulturae in ciuitatis lege faueret, praeter Leonem, qui in fine Nouellae quinquagesimae tertiae non solum, antecessorum de exportandis e ciuitate mortuis leges consuetudine abolitas esse, dicit, sed etiam ipsas eas abolet, atque adeo contrarium iubet his verbis: *Ne vlo modo inter ciuiiles leges haec lex* (procul dubio lex Theodosii 6. C. Th. de sepulcr. viol.) *re- censeatur sancimus; quia potius vt a consuetudine recte con- temnitur, sic etiam decreto nostro prorsus reprobatur. Qui- cunque autem sine extra muros sine intra ciuitatem sepeliri mortuus volet, perficienda voluntatis facultatem habeto.* Rationem addit, vnam satis leuidensem, vt necessariis atque amicis non adeo longinquum sit, defunctorum sepulcra in solarium doloris amplecti, alteram non omnino contemnendam, scilicet, quoniam difficile sit inopibus sumitus ad mortuorum corpora extra ciuitatem portanda colligere, indeque factum sit, vt saepe per multos dies inhumata jacerent. At vero ratio sine dubio occulta latebat in eo, quod prior prohibito obliterata esset, quod cum approbari videbatur, opus erat, vt quae libertas in urbe sepe- liendi iam consuetudine reducta cerneretur, ea ex volun- tate Imperatoris etiam expressam legem haberet.

### §. V.

#### *Causa prohibitionis.*

Cause tamen existimes, causam hujus prohibitionis periculum ex foeditate corporum demortuorum sanitati in ciui-

ciuitatibus viuentium metuendum, fuisse. Alia plane erat, nempe, ne sacra ciuitatum polluerentur. Scilicet olim sacra ciuitatum, et qui ea facerent, sacerdotes nempe, nec non ipsi magistratus, et quicquid diis superis sacratum esset, solo aspectu vel contactu funerum vitiari credebantur. Hic antiquitus, quemadmodum **DONATVS ad Terentii Andriam Att. 1. sc. 1.** animaduertit, funera noctu efferriri solebant, propter sacrorum celebrationem diurnam, et vt **SERVIVS ad Virg. Aeneid. L. XI.** dicit, in religiosa ciuitate cauebant, ne funera aut magistratibus occurrerent aut sacerdotibus, quorum oculos noblebant alieno funere violari. Audi eundem in eiusd. **L. v. 2.** Conuentudo Romana fuit, ut polluti funere minime sacrificarent; ipsi vero flaminii Diali bustum ingredi ac feralia tangere, nefas erat, **GELL. N. A. L. X. c. 15.** ac pontifice in publico funeri adstante, velamentum interponebatur, quod oculos ipsius ab aspectu arceret, **IAC. GOTHOFR. ad l. 5. et 6. C. Th. de sepulcr. viol. KIRCHMANN. de funer. R. L. II. c. 21.** qui hoc late ostendit. Imo vniuersi ciues aspectu funerum offendebantur, atque inauspicatum habebatur, si quis in funus incidet, **KIRCHM. l. c. quod adhuc Iuliani Imp. tempore in vnu fuisse videtur, quapropter hic d. l. 5. diurna funera efferriri prohibuit, quia hoc oculos hominum infaustis incepsit aspectibus, nullusque dies sit bene auspiciatus a funere.** Hanc igitur praecepit causa, cur mortuos sepelire in vrbe licuerit, agnoscunt laudatus **KIRCHMANNVS et GOTHOFREDVS.** Id quoque non solum Atheniensium exemplo illustrari potest, qui nullam aliam rationem denegandae Marcello sepulturae in vrbe, quam religionem, allegabant, **CICERO Epist. ad diu. L. IV. ep. 12.** sed etiam satis abunde ex ipsis legibus probari, quibus eam sepulturam vetitam esse supra vidimus. Audiamus **DIOCLETIANVM et MAXIMIANVM,** qui legi suae supra allegatae hanc rationem addunt: *ne sanctum municipiorum ius polluatur, ac PAVLVM!* Cum qui Rec. sent. **L. I. sc. 2. corpus,** ait, *in ciuitatem inferri non sicut, ne funestentur sacra ciuitatis, cvbi SCHVLTINGIVS addit:* ita pricta volet *supersticio;* denique Imp. THEODOSIVM **l. 6. C. Th. de sep. viol.** qui hanc exportandorum ex nova Roma corporum causam allegat: *vt relinquant incolarum domicilio sanctitatem.* Sunt, qui aliam causam prohibi-

hibitionis ex religione funerum adducunt. Ostendimus enim supra §. II. quanta religione funerum iunusquisque fere apud veteres ductus fuerit. Necesse itaque erat, ut de crescente senfim combustionis consuetudine et crescente e contrario per secula corporum in ciuitate sepulchorum numero, fere nullus locus ab illis liber esset, aut, quod idem est, ut tota ciuitas religione funerum priuata impleretur; locum publicum enim priuata religione obligari, semper iniquum vixum est, **CICERO** de leg. L. II. c. 23. vnde praetor in eos iudicium dabat, qui in locum, vibus publicis destinatum, mortuum inferrent, l. 8. j. 2. **D. de relig. et sunt. fun.** Vbi mirum profecto, quod nusquam rationem prohibitionis in foetore positam legamus, qui ex mortuorum corporum putredine exortus viuentium sanitati oblitus. Solus **ISIDORVS Orig.** L. XIV. c. 11. eius meminit, dum, prius, inquit, quisque in domo sua sepeliebatur, postea vetitum est legibus, ne foetore ipso corpora viuentium contacta inficerentur. Ex quo videmus, tum, hic de foetore expellendo non ex tota vrbe, sed ex cuiusque solummodo aedibus privatis, in quibus olim suos quisque humare poterat, **QUENSTAEDT de sepult. vet.** c. 8. remouendo tanquam causa prohibitionis agi, tum, istam solam **ISIDORI** opinionem fuisse, cum legibus circa hanc rem allegatis non hanc, sed plane alias causas appositas fuisse, supra vide-rimus.

### §. VI.

#### *De vetita olim vel licita in templis sepultura.*

Iure hanc ab interdicta in ciuitibus sepultura, de qua §. proxima dictum, seiuinximus, quo magis **MVRATORIVS** supr. alleg. diff. 17. in *anecdoto lat.* apud **RITTERVM** ad l. 6. C. Th. de *sepulcr. viol.* sub finem scribit: *in ecclesiis extra urbem sitis, cuiusmodi primo christiana religionis aeuo pene omnes erant, sepeliri non licuisse, parum sapit, qui negare audeat.* Paucas autem inuenimus de ipsa sepultura in templis latas antiquitas publicas leges; etenim de eo, quod hinc inde nostris temporibus factum, non quaerimus, cf. **KIRCHMANN**, l. c. libro II. c. vlt. in fin. Sunt vero sequentes: Prima dicitur **GRATIANI**, **VALENTINIANI** ac **THEODOSII** anno

381. lata l. 2. C. de SS. eccl. Nemo apostolorum vel martyrum sedem humanis corporibus existimet esse concessam. Est ea lex absissa a sexta C. Th. de Sepu/cr. viol. et eatenus emblemā Iustiniani, quod non solum pro humanis, ut illa habet, scribat humanis, sed etiam quod eam legem absolute ponat, cum tamen nonnisi apposita sit ad legem generalem. Postquam enim THEODOSIVS l. 6. C. Th. interdixerat sepulturam in vrbe Constantinopoli, verebatur, ne exceptio fieret huius rei ab iis, qui corpora mortuorum in ecclesia aliqua apostolorum vel martyrum, quod nunc moris erat, condenda putarent, atque in hoc aliquod priuilegium et exemptionem a noua lege prohibitiua quererent, quapropter Imp. suppressit hanc fictitiam exceptionem, ac legis a se latae generalitatem sanxit, comprehendendo adeo sub ea tempula quoque martyrum, (quae in vrbe erant). Hinc saepē nominatus MVRATORIVS dicitur. §. 3. obseruat, legislatoris consilium non fuisse, improbandi sepulturam in genere in aedibus sacrī, sed tantum confirmandi dictam suam legem de interdicenda in tota vrbe sepultura; aut potius prohibitionem sepulcrorum in aedibus divinis nonnisi fequelam fuisse prohibita sepulturæ in vrbe, adeoque eam ad omnia omnino tempula, etiam extra vrbum Constantinopolim non posse prorogari, quapropter idem laudatus MVRATORIVS notat, nihilominus deinceps fas fuisse, in Basiliis extra vrbum sitis sepulcro donari, atque hanc fas plurimum condendarum basilicarum suburbanarum causam. Haec igitur prima lex cum propterea inter generales sepulturae ecclesiasticae prohibitions, vi iustinianus fecit, referri nequit, quia consilio legis generalis destituta erat, tum propterea etiam, quod non ad omnes ciuitates, verum ad solam vrbum Constantinopolim pertinebat, vt ipsa inscriptio docet.

Altera lex tumulos in templis prohibens illa fuit, qua Concilium Braccarense primum, habitum anno 63. seculi sexti, (quo seculo in primis libertas sepeliendi intra templorum muros inualuerat, BOEHMERO deiur. erig. coem. §. 22. obseruantur) canone 36. haec sanxit: Item placuit, ut corpora defunctorum nullo modo intra basilikam sanctorum sepeliantur, sed, si necesse est, deforis circa murum basilice usque adeo non abhorret. Nam si firmissimum hoc pri-

priuilegium usque nunc amplius retinent Galliae ciuitates, ut nullo modo intra ambitus murorum cuiuslibet defunctorum corpus humetur, quanto magis hoc venerabilium martyrum reverentia debet obtineri? KIRCHM. l. c. L. II. c. 27. in fin. BOEHMER de iure erig. coem. §. 22. Hoc Concilium Braccarense cum in Hispania sit habitum, facile vnumquisque videt, nec hanc prohibitionem sepulturas in aedibus sanctis generalem haberi posse, verum modo episcopis Hispaniae ita placuisse; ubi simul obseruamus, tunc temporis in solis Galliae ciuitatibus moris fuisse, ut intra eas non sepeliretur, ex quo consequitur, in regula id tunc prohibitum non fuisse. Idem dicendum de Concilio Nannetenfi, in Gallia habitu sub finem seculi noni, vel seculo decimo, (aliij nominant aliquod concilium Varense) in cuius capite tertio haec leguntur: *Prohibendum est secundum ius instituta, ut in ecclesia nullatenus sepellantur, sed in atrio aut in porticu, aut in exedris ecclesiae. Intra ecclesiam vero et prope altare, ubi corpus et sanguis Domini conficitur, nullatenus sepellantur: v. can. 15. f. 1. c. 13. qu. 2. quae denuo est prohibitio in Gallia quidem, sed non viterius.*

Sunt porro canones Concilii Moguntiaci et Triburientis, de quibus infra dicemus, eosque propterea hic omittimus, quia, dum variis personis sepulturam in ecclesiis permitunt, eo ipso hanc non vetant, sed tantummodo restringunt.

Attamen non omittenda lex germanica sine dubio generalis Caroli M. quae est inter eius capitularia quinqueagesima tertia in libro primo collectionis Angetisi, atque sic se habet: *Vt nullus deinceps in ecclesia mortuum sepelliat; v. GEORGISCH Corp. iur. germ. p. 1322. Memoratu dignum, quod haec inter capitularia dicti libri primi continetur, qui ad res tantum ecclesiasticas pertinet, ut ipse ANGEVISVS in praef. ad Lib. II. fateur cf. HOFFMANN de orig. leg. germ. p. 89. unde videre licet, iam tum caufas funerum apud clerum fuisse, quod quantum ad hierarchiam, tunc crescere incipientem, attribuerit, inter omnes constat. At vero haec lex aetatem non tulit, nec enim ipsi melius fatum sperandum erat, quam reliquis Caroli et*

sequentium regum capitulariis, quippe quorum usus atque auctoritas in Francia nonnisi usque ad tempora Philippi Pulcri permanit, in Germania vero adhuc citius evanuit, *HOFFMANN de orig. leg. germ.* p. 77. atque adeo obseruare licet, id aliquot secula citius factum suisse, quod ex Concilio Moguntiaco an. 813. itaque viuo adhuc Carolo M. habito, videri potest, quippe in quo consultum ac decretum, quibus in ecclesia sepeliri liceat, vel minus, *can. 18. canf. 13. qu. 2.* cf. *BOEHMER cit. diff. §. 25.* Quae haec tenus dicta si colligas, hanc ex iis summam facias, esse quidem hinc inde sepulturas in ecclesia interdictas, sed lege generali ac perpetua id non factum suisse.

### §. VII.

#### *Doctrina iuris ecclesiastici hodierna.*

Qui Pontificiorum castra sequuntur, eos necesse est, simul sequi leges, in corpore iuris canonici, quo hodie vtimur, extantes. Huius igitur compilatores, et si, vt antea vidimus, aliquot canones conciliorum, qui sepulturam in templis improbarent, interposuerunt, tamen in id in primis laborarunt, primo, vt non omnis spes deesset, tumulos in aede sacra habendi, deinde, vt ea licentia clericorum regimini subefset. Non enim in vniuersum sepulturam in templis permittendam putabant, potius varia ex maiorum scriptis admiscebant amabiles fibi, et summae in conscientias hominum potestati, superbiae denique et auaritiae cleri proficias, cautiones et restrictiones, quo pertinet in primis *canon 17. canf. 13. qu. 2.* quo Gregorius I. sententiam prius ab Augustino *can. 16. et 19. ibid.* propositam repetit, quo nempe ex una parte, qui grauia peccata commisissent, eos priuilegio sepulturae in aedibus sanctis vel prope eas excluderet, ab altera vero iis, qui digni censerentur hoc beneficio, singularia commoda post mortem, accedentibus viuentium precibus, promitteret. Eodem pertinet *canon 18. ibid.* quo praeter quosdam in specie priuilegiatos, (de quibus infra §. 8 sqq. dicetur) in genere fideles laici ad hanc sepulturam admittuntur. Pari modo Pontifices LEO III. et INNOCENTIUS III. *cap. 1. et 3. X. de sepulis.* clare approbant sepulera in monasteriis et ecclesiis, in primis

mis quae ibi quondam a piis hominibus acquisita sint, ea que a posterioris conseruanda esse praecipiunt; id quod nemini mirum videatur, cum hac ratione nullo non tempore magnae diuitiae ad monasteria et ecclesias peruenient, cf. BOEHMER d. disp. c. i. §. 22. Cum aliquando discrimen esset inter monasterium Laudonense S. Martini et S. Vincentii, cuius posterioris monachi, corpus mulieris cuiusdam, ex eius testamento in illius ecclesia sepelendum rapuerant, et in sua ecclesia humauerant, Alexander III. item diremit, non reprehendendo utrumque monasterium de intenta sepulura in aede sacra, sed ita, vt monachi Vincentii redherent, mulieris corpus, cum emolumentis hac occasione acceptis, cap. 7. *X. de sepulcr.* Ex his itaque patet, iure hodierno canonico pontificiorum sepulturam in templis in genere non improbatam esse, nisi forte in his vel illis terris contrariae leges recentiores, imprimis quoad sepulturam in ciuitate reperiantur.

Idem de terris protestantium dicendum. Quemadmodum enim et nos re dubia praecepta iuris canonici obseruamus, sic et huic doctrinae tam diu inhaerendum est, donec publica lex eam aboleat. Idem et vniuersalis consuetudo, similis quoad effectum legi, praecipit. Constat enim, recentioribus temporibus humationem in templis communis ac publico suffragio, pro licto sepulturae et honorifice modo fere semper habitam, cf. BERGER *Oec. iur.* p. 154/q. ed. nou. atque adeo a summis principibus approbatam esse. Hoc posterius in primis in Saxonia Electorali apparebat non solum ex aliquot rescriptis a CARPOZIO subiunctis *definitioni* 380. sed etiam ex alio ad Confistorium Lipsiense d. 21. Sept. 1705. dato, his verbis: Es soll sich niemand Privatbegräbnisse nach seinem Willkür und Gefallen außer denen Kirchhöfen und Kirchen, als dazu gewidmeten Orten anrichten unterscheiden. Pari modo Ordinatio Vinariensis c. 5. §. 5. sepulturam in ecclesiis non improbat, sed ita solummodo restrigit, ut absque Confistorii consensu non permitatur.

## §. VIII.

*De Principe in aede sacra sepeliendo.*

Recte G. L. BOEHMER *Princ. iur. can. L. III.*  
*lett. 5. t. 3. §. 603.* *Ius sepeliendi*, ait, *in templis certis personis ex iure honorifico debetur, ut principi, patrino, clericis, vel ab ecclesia speciatim impetratur*. De singulis sigillatim videamus. Primi, quibus ius canonium hoc privilegium tribuit, sunt *principes*. Nam supra vidimus, Imperatorem CONSTANTINVM M. referente auctore vitae ipsius *L. IV. c. 60.* suum sibi dormitorium, medium inter defunctos martyres, in templo nempe apostolorum parasse. Non autem sibi solum paravit, sed etiam successoribus suis. Narrat enim PROCOPIVS de aedif. Iustiniani *L. I. c. 4.* CONSTANTIVM filium Constantini M. decretum addidisse, ut cum sibi, tum aliis in imperium successuris, feminis perinde ac viris, sepulcra in aede Apostolorum fierent, et hoc etiamnum feruari. Non ignoramus quidem, esse, qui ex eodem Procopii loco tum Constantini M. sepulcrum filio eius Constantio attribuerunt, tum id non in ipsa aede sacra, sed prope eam, sive in vestibulo aut atrio eius extitisse, affirmant, ut PHILOSTORGIVS ac ZONARAS *Annal. L. XIII.* nec non IAC. GOTHOFREDVS *ad l. 6. C. Th. de sepulcr. viol. p. 163. ed. Ritt.* nec omittendus est CHRYSOSTOMVS, qui, nutriendis iam tum ingentem superbiam, sequentis hierarchiae pontificiae matrem, *homil. 26. in epist. ad Corinth.* scribit, imperatores hoc in sepulcro esse apostolis eos, qui sint in aula imperatoribus ianitores, quasi ipsis neceſſe sit, extra januam commorari, nec licet, in uno cubiculo esse. At vero vtrumque conciliari potest, modo quae Constantius fecit, non de ipso loco sepulturae, verum de exfructo patri monumento, cui intra ecclesiam locus fuisse non videtur, intelligamus, quod vtrumque forte propterea miscuit CHRYSOSTOMVS, ut occasio ipsi nasceretur, allegatis facetiis suaे superbiae placendi. Non enim habemus, cur EUSEBIO in vita Constantini fidem denegemus, qui *L. IV. c. 60. et 71.* diferte scribit, eius corpus medium inter duodecim apostolorum thecas in ipsa horum ecclesia, a Constantino adhuc

hoc aedificata, iacuisse. Humabatur vero ibi penes matrem Helenam, prius ibi sepultam, NICEPHOR. Gallimach. L. VIII. c. 31. THEOPHAN. Chronogr. p. 21. 28. ZONAR. Annal. L. XIII. c. 1. Eadem Imperatori Constantino M. etiam primitas honoriscae in templis sepulturae GOTTL. SLEVOGT in libello *de sepulturis imperatorum, regum etc. in monasteriis et templis* p. 1. sq. vindicauit, vbi simul animaduertere debemus, hunc virum in allegato libello, magno studio et incredibili labore ingentem catalogum omnium imperatorum in oriente, a dicto Constantino M. usque ad Constantimum Palaeologum, et in occidente usque ad Iosephum I. nec non fere ex omnibus gentibus regum et electorum, archiducum quoque et ducum, atque adeo pontificum Romanorum recensere, qui in monasteriis vel templis tractu temporis sepulti sunt, quo ipso non solum PETRVM MULLERVM erroris convinicit, qui ad Struv. S. I. C. Ex. XV. §. 80. Basiliū Imperatorem primum fuisse in templo sepultum, indeque nomen Basilicae ortum putat, sed etiam nobis otium fecit, ostendendi, omni tempore principes hoc tanquam aliquo priuilegio vos fuisse, ut in ecclesiis sepelirentur, inter quas inprimis vrbes Saxoniae Friberga, Viteberga ac Misena, aliaeque Electorum, Ducumque et Marchionum sepulcris in ecclesiis suis conspicuae sunt, ipsiusque Lipsiae nostrae aedes D. Pauli tumulo Tice-manni, vid. WILCKII Ticomannus, adhuc hodie gloriantur. Et quis queaso iniquum putet, si semel honoris et extirpationis putatur, in aedibus sacris humari, hoc honore eos officere, quos prouidentia diuina iam viuentes reliquis exemerat, et in angustiori loco posuerat, vt sic et mortuis dignitas aliqua et veneratio atque virtutum memoria, in primis in multititudinis ad cultum diuinum quotidie conuenientis animis, conseruetur. Accedit apud Protestantes adhuc alia causa, scilicet, quod penes principes euangelicos ius circa sacra versatur, cui subiecta est inspectio atque aduocatio ecclesiastica, de qua re hodie post lucem a GEORG. LVDOV. BOEHMERO huic rei accentum, nemo amplius dubitat, vid. ei. princ. iur. part. gen. t. 2. §. 20. sq. Cum itaque inspectio ecclesiastica et aduocatio etiam ad rem sepulturae quippe omni aeuo inter ecclesiasticas relatam, can. 19. caus. 13. qu. 2. THO-

MASIVS de iur. princ. euang. circ. sepult. §. 5. pertinet, BRVNNE. I. eccl. L. I. c. 6. m. ult. §. ult. ac L. II. c. 2. STRYCK. ad Schilter. t. 14. §. 2. videtur omnino huic principi, tum ingvniuersum tanquam summo iuris circa sacra arbitrio, tum in primis ob gestam, dum vineret, rei funeraliae publicae tutelam, et in gratiam huius curae aliquis locus honorior deberi, quem, quando legibus silentibus sepulturae hominum opinio in aedibus facris collocat, optimo iure principes in templis sepeliuntur; quemadmodum ipsis etiam viuis cura religionis, ex eodem iure circa sacra suscepta, proedriam in ecclesiam peperit. Ceterum ias illud principum, ut in ecclesiis sepeliantur, non minus locum obtinebit, etiam si leges sepulturam in templis hinc inde prohibeant, cum principem legibus solutam esse, nisi ipse se iis subiiciat, constet, l. 31. D. de legib.

### §. IX.

#### *De iure patroni circa eandem rem.*

Clerici olim omnes omnino artes adhibebant, ut diuites laicos ad fundandas ecclesiias aliqua beneficia erigenda alicerent, In primis operam dabant, ut nouae parochiae erigerentur atque nouae aedes sacrae extruerentur, quae quo amplius a patronis dotarentur, eo maiorem hi gratiam inibant. Ad hoc animi laicorum non ita proni erant, in primis si de parte aliqua bonorum a viuis adhuc alienanda, carendo sic per reliquam vitam opulentiae integro fructu ageretur. Clerus itaque, ut compelleret diuites ad ecclesiias nouas fundandas, aedesque sacras extruendas, aliquot honores excogitabat, quos eiusmodi benefactores pro folatio haberent, quodque *ius honorificum* patronorum appellabant. Inter hos, praeter honorem precium, luctum ecclesiasticum, sedem in choro ac primum locum in processione, I. H. BOEHMER I. E. P. L. III. t. 38. §. 125. sq. referebatur etiam honor sepulturae, qui eo consistebat, ut non solum in ipsa ecclesia, sed etiam in huīus loco prae aliis honoratio tumularentur, Id. ib. §. 140. FRANC. DE ROY de iure honorif. in eccl. L. II. c. 3. p. 50. ENGAV. Elem. iur. can.

cam. p. 391. HERICVRT. de LL. eccl. p. 506. sub quo loco honoratiōi intelligendus sine dubio chorus ecclesiae; vt, vbi patroni federent viui, ibi etiam iacerent mortui. Locus enim honorabilior in ecclesia habetur, qui magis sacrario et altari appropinquat; HORN dīp. de iure patronat. p. 22. Erat autem tunc ea vel opinio vel superstitio, vt, quo quis proprius altari, quo sanctorum martyrum reliqua tegebantur, post vitam sit dormitans, eo magis sibi de felici quondam resurrectione gratulatur, cf. ECKARDT ad Schilt. L. II. t. 14. p. 15. no. 39. et supra p. 3. Non igitur denegari poterit, ait saepe laudatus BOEHMERVS l. c. honor sepulturae patronis, quibus ecclesiæ fundatio et exstractio debetur; nam decet ecclesiam erga benefactores gratiam esse; ECKARDT ad Schilt. L. II. t. 14. p. 2. no. 30. Hinc igitur vniuersa Germaniae consuetudine receptum, vt patronis ius sit, in ipsa ecclesia sepeliri, vnde MATH. STEPHANVS de iure patron. P. I. c. 24. p. II. atque FINCKELTHAVS de iure patron. c. 6. p. 148. hoc ius tanquam eiusmodi, quod honori patronis competenti omnino adhaereret, agnoscunt, aut potius, vt ESPENIVS I. eccl. P. II. t. 28. c. 7. p. 29. ac modo nominatus STEPHANVS P. I. c. 24. no. 13. dicunt, honor patrono debitus etiam post mortem durat, atque haec fere vniqa causa probabilis allegari potest, cur ipsi locus sepulturae in choro ante altare deberi credatur, cf. HORN dīp. de iure patron. p. 23. Neque id noui aliquid esse videtur, cum antiquis iam temporibus, postquam christiana religio caput extulerat, conspiciamus, eos, qui aedes sacras exstruxerint, in iisdem quasi gravitatis causa esse humatos, quale exemplum de Lutia quadam legitur, quae templum in S. Martyrum memoriam aedificauerat, MVRATORIVS cit. diff. 3. ibi post mortem etiam humata. Quodsi vero de eo quaeramus, vtrum eodem iure honorifico gaudent quoque ii, qui non patroni sunt, sed tantummodo domini iurisdictionis vel feudales eorum locorum, vbi ecclesia est, vel etiam domini eorum subditorum, qui sacrorum causa ibidem coeunt, eingesparrte Gerichtsherren, videtur negando respondendum esse; saltim eiusmodi priviliegium non qua tales de iure exigere poterunt, quamvis non iniquum videatur, similem honorem ipsis tanquam personis honoratoribus concedere;

N 5

cf.

cf. *infra* §. II. Cum enim nullum beneficium ecclesiae praebuerint, quale patroni, cur idem priuilegium postulare possint? Quapropter hoc ipsis male ab ECKARDTO ad Schilt. L. II. t. 14. §. 2. no. 27. tribuitur, quod etiam patet ex rescripto summi senatus ecclesiastici Saxonici de 22. Mart. 1737. *infra* adducendo. Quoad patronos vero accedit aliud adhuc beneficium, quod praeter donationem vel propriam vel maiorum, ecclesia ipsis debet, inspectionis nempe, et aduocatiae, qua vna cum Superintendentibus curam gerunt, *tum omnibus bonorum ecclesiasticorum, tum in primis domum religiosarum ac templorum.* A cura enim et sollicitudine ecclesiarum vel piorum locorum, quae alias spectat ad episcopum, participat etiam patronus, CARPZ. *Jurispr. eccl.* L. II. def. 390. no. 6. Itaque etiam ob hanc, dum viuerent, curam ecclesiae atque tutelam gestam, sine dubio digni sunt, vt, quamdui ex lege publica licet in aede sacra sepeliri, tam diu ipsis haec praerogativa non denegetur. Hinc etiam intelligi potest, cur in capitulis evangelicis canonicis, capitularibus, in academiis vero, ubi collegium decemviralre habetur, decemviris, in ipso templo locus sepulturae assignari solet, quoniam scilicet utrumque collegium pro patronis templorum habetur, et ea ipsa quoque de causa inspectione in res eorum ac curam gaudet.

### §. X.

#### *De Episcopo et Superintendente in aede sacra humandis.*

Ius, sepulturam in ecclesia exigendi competit vterius *Epicopis.* Nam eo quoque tempore, quo in ecclesia sepeliri publice prohibitum esset, nihilominus tamen clerus Romanus sibi exemptionem, tam in sumenda sibi ibidem sepultura, quam in concedenda eadem aliis, arrogabat. Sic enim dicit GRATIANVS can. 18. cauf. 13. qu. 2. ex concilio Moguntiaco anno 813. habitu: *Nullus mortuus intra ecclesiam sepeliatur, nisi episcopus aut abbates aut digni presbyteri, aut fideles laici, cf. LINCK de iur. templ.*

templ. c. 3. et 1. H. BOEHMER de iur. erig. coemet. §.  
 20. Nil certius, quam hoc ex effrenata tunc clericorum arrogantia descendisse, qua, quod olim imperatoribus licuerat, id nec sibi non licere putabant, neque dubito, patres istius Concilii Moguntiaci, dum illa scriberent, haec scriptoris olim ecclesiastici ante aliquot secula nati, SOZOMENI nempe, His eccles. L. II. c. vlt. verba in mente habuisse: *Ab hoc, (Constantino M.) inquit, tanquam eius rei auctore consuetudine ducta, Imperatores Constantinopoli obentes sepeluntur (in aedibus sacris) atque episcopi etiam; quippe cum sacerdotalis dignitas, meo quidem iudicio imperatoriae par, mo vero in sacris locis etiam superior sit.* Qualis arrogantia! Hinc forte est, quod THOMASIVS ad Paffendorf. de hab. rel. cap. 3. §. 8. episcopos locum sepulturee fibi in ipso choro elegisse, non absque verisimilitudine putat, quamvis certis argumentis non probet. Eo certius ex dictis est, ius, in aedibus sacris sepultumiri, episcopis canone Concilii Moguntiaci decretum fuisse. Quid? quod IACOBVS GOTHOFREDVS ad l. 6. C. Th. de sepuler. viol. ex Socrate et Euagrio narrat, iam antea, eo scilicet tempore, cum episcoporum potestas et arrogantia nondum adeo crevisset, aliquot eorum ad apostolorum illud martyrum humatos fuisse, quod antea Constantino M. tumulum praebuisse, supra vidimus. Quo minus vero apud hos alia quam superstitionis causa subfuisse videtur, eo magis episcopi sequentium temporum, ruente in perniciem ecclesia, ab isto sepeliendi loco magnam praerogativam repetebant. Quodsi vero hanc rem ipsam per se, non autem tanquam superbiae episcopalis argumentum consideramus, profecto nihil iniulti aut inqui in ea cernere licet. Episcopus enim habet, quoad viuit, inspectionem in domus religiosas, ipsi omni modo subiectas, tot. tit. X. de religiosis dominibus ut episcopo sint subiectae, inter quas imprimis tempa ac coemeteria referenda sunt, iure tam ecclesiastico quam ciuili. Aequum itaque videatur, episcopo arbitrium concedere, in quo loco suae iurisdictioni subiecto, ad sepelendum apto et visitato, velit post mortem humari, atque adeo optionem relinquere, in eo sepeliri, qui vulgo honoratio putetur. Quapropter CLAVDIVS FLEURY in Inst. iur. can. P. II. c. 9. non satis recte dicit, contrario

trario vsu inualuisse, vt interdum episcopi in ecclesiis sepe  
lirentur; nam iure hoc ipsis debebatur.

Qui olim episcopi erant, ii hodie apud euangelicos  
*Superintendentes* sunt, non quo putemus, vnam eandem  
que his potestatem ac plena iura esse, qualia illi in eccl  
esi Romana habent ac per secula habuere, quippe in que,  
toto complexu sumto, Consistoria succettore, obseruante  
*HORNIO ad Schilter. Inst. iur. can. L. I. 5. §. 4.* vnde  
nec iurisdictio ecclesiastica competit. *ZIEGLER Superint.*  
c. 16. Atramen nihilominus dubitari nequit, superintendentibus  
aliquam omnino relictam esse jurium episcopalicum  
particulam, qua quadammodo quidem similes sunt  
episcopis, at non ex idea ecclesiae Romanae, verum, vt  
*I. H. BOEHMER. I. E. P. T. I. t. 31. §. 77.* bene nota  
tur, ex mente veteris ecclesiae Christianae. Haec igit  
tum similitudo cum imprimis ad inspectionem et in ipsam  
dioecesin, et intra hanc in domus religiosas et speciatim  
in templo, et coemeterio his contigua, pertineat, facile  
paret, et Superintendentibus dormitorium in ecclesia post  
mortem non esse denegandum, imprimis cum istam inspec  
tionem habuerint communem cum patronis, quibus idem  
ius cum ob dotacionis a maioribus factae, tum etiam ob pro  
priae in petitionis beneficium superiore §. 9. concessimus.

*GRATIANVS*, vt supra videbamus, ad sepulturam  
honorificam in templis praeter episcopos etiam *abbates*  
vocabat atque *dignos presbyteros*. Et de *abbatis* qui  
dem non est, quod multa dicimus, cum praefit coeno  
biis, ea regant, et curam eorum gerant, iisque fere iidem  
sunt, qui episcopi dioecesis, principes territorii, patroni  
aedibus facris, vnde dubitatio superesse nequit, et eos  
in monasteriis suis, eorumque templis esse sepelendos,  
quod ipsis etiam tribuit *ENGAV*, *Elem. iur. can. L. II.*  
*t. 18. §. 284.*

Quod vero ad *presbyteros* attinet, quos juris canonici  
compilatores *d. can. 18. c. 13. qu. 2.* non minus in  
eorum numero collocant, quibus similiis honos sit tribu  
endus, notari meretur, conditionem addi: *si eius digni sint.*  
Concilium Moguntiacum a Gratiano ibidem adductum,  
imitati

imitati sunt patres Concilii Triburiensis anno 895. habitis, cuius canone 17. fere eadem praecipiuntur: *Nemo in ecclesia sepeliatur, nisi forte talis sit persona sacerdotis, qui per vitam meritum tam vivendo suo corpori defunctorum acq[ui]scep[er]t. Itaque non est priuilegium omnium presbyterorum ac sacerdotum, sed quidam tantummodo digni hoc honore censendi sunt, vnde colligo, fuisse in episcopi arbitrio, presbyteris tumulum in ecclesia decernere, vel minus; alias enim si totum presbyterorum collegium intra aedes facras humari debuisset, vereendum fuisset, ne ad ipsorum episcoporum tumulos spatium deesset. Multo minus putandum est, ex his legum verbis deriuari posse, quali omnibus iis honor sepulturae in templis sit concedendus, quos abusive presbyteros vel sacerdotes, Vies[ter] appellare solemus, quosque potius parochos dicere debemus.* Nam presbyteri, qui et sacerdotes vocantur, *I. H. BOEHMER I. E. P. L. I. t. 24. §. 3. et de orig. praece. mater. iur. eccl. c. 43.* in antiqua ecclesia plane alii erant; nempe laici ordinis, atque collegium inter se constituebant sive confessum, quod presbyterium appellabatur, quo episcopus tanquam aſſessoribus et confiliaris vteretur, et quibus in primis inspectio in vitam fidelium, cura pauperum et regimen circa ea, quae quotidie in coetu Christianorum fierent, concredita erant, sive cum munere docendi, sive absque eo; *ID. l. c. §. 6. sq.* His igitur datum a Concilio Moguntiaco priuilegium, in templo sepeliri, quod minime neque ad monachos, vt facit *ENGAV. l. c. §. 284.* (nisi quando de communi loco sepulturae in coenobio, vbi vixerunt, sermo fit) neque ad nostros parochos applicari potest; vnde non audiendi, si qui forte eorum sint, qui credant, cuilibet parocco hoc ius esse, vt honoris causa in templo parociae suae sepeliatur, quamvis non insicias eamus, quibusdam in locis eam confuetudinem observari, in primis quando in una parochia plures sint ministri verbi diuini, quoad Pastorem qui reliquis antecellit. Quapropter aſſentum cohibere cogimur, quando inter eos, quibus ex regula iuris canonici ius sepulturae in aede sacra competit, ab *ECKARDTO ad Schilter. L. II. t. 14. §. 10. 27. et 41.* cuiusque parochiae parochus, et a summo *G. L. BOEHMERO princ. iur. can. §. 603.* generatim clerici numerantur.

§. XI.

## §. XI.

*Etiam honoratores laicos in templo sepelire licet,*

Vidimus paragrapho superiori, ex sententia Concilii Moguntiaci, *can. 18. c. 13. qu. 2.* sepulturae honorificae in ecclesiis particeps esse episcopos, abbates, dignos presbyteros et fideles laicos. Quis vero credat, omnes ac singulos laicos ad hoc beneficium vocari, qui in ifide in Christum permaneant; nam si hoc statuamus, aut verba priora: *nullus mortuus in ecclesia sepeliatur*, per haec posteriora plane sublata forent, aut omnibus laicis ius esset, eam sepulturam in ecclesia postulandi, quae fere omnibus clericis denegetur. Itaque sensus istius canonis est: praeter eos, qui ex clero nominatim ad eam sepulturam vocantur, etiam aliquot ex laicis in ecclesia sepelire fas esse, modo fideles sint, i. e. neque Iudei aut alias generis haereticci, neque forte impii verbique diuini contemtiores, quos singulos ne inter Christianos quidem sepelire licebat. Huc collineat canon Concili Meldensis seculo nono habiti, quo praecipiebatur, ut nemo in ecclesia sepeliretur, nisi quem episcopus vel presbyter pro qualitate conuersationis et vitae dignum duxerit, *can. 19. c. 13. qu. 2.* Successu temporis igitur vitalis interpretatio ac vniuersalis confuetudo Germaniae aut potius Europae accessit, qua sub iis laicis, quos sepelire in templis permisum esset, honoratores intelligerentur. Sic inter alios PERTSCHIVS *ELEM. IUR. CAN. P. PRIOR. L. II t. 21. §. 823.* dicit: *episcopi, abbates, presbyteri et laici honoratores in ecclesiis sepeliri possunt.* Eandem confutudinem testatur CARPZOVIVS *Def. eccl. 389. no. 10* et vix illus nostrum erit, qui aduersus quotidianam experientiam id negare audeat. CARPZOVIVS *Def. consil. 391.* assert rescriptum summi senatus ecclesiastici de anno 1609: *Wir begehren, ihr wollet hinsichtlich von den gemeinen Leuten niemand in die Kirche begraben, sondern aber nach Gelegenheit eines jeden Herkommens, Standes, Verdiensts und Vermögens die Grabstädte anweisen; ita ut, quemadmodum antiquis temporibus supra animaduertimus quosdam honoris causa in urbe conditos fuisse, sic nunc, qui genere, meritis et dignitate ceteris antecelleret, in ipso templo sepulcrum inuenire possit;*

queat; cum contra in coemeterio locus sepulcri vnicuius  
bet absque respectu personarum sit assignandus, CARPZ.  
*Def. conf.* 393. no. 4. Idem CARPOV, *Def.* 389. de  
hac confuetudine, honoratiores in ecclesia sepeliendi,  
tanquam de voiuersali atque inter euangelicos recepta lo-  
quitur, eatque non improbandam putat, quamvis ingenue  
fatear, eius argumentum; a reuerentia, et constantia uni-  
cuiuslibet confuetudini debita, petitum, non adeo magnum  
videri. Quis inter honoratiores hic numerandus sit, de-  
finiri nequit, sed arbitrio eius relinquendum erit, cuius  
est, hanc sepulturam concedere, qui quisnam sit? mox  
videbimus, hoc vnum tantum animaduertentes, in ciu-  
titibus nobiles, consiliarios, doctores, praefectos, pecu-  
niae fiscalis administratores, aduocatos, senatores, ciues  
academicos, et mercatores, in pagis vero dominos iuri-  
dictionis, qui non sunt simul patroni, et vbique locorum  
parochos atque clericos, similesque personas ac singulo-  
rum familias connumerari posse. Neque dubitamus, ean-  
dem rationem habendam esse, quod eos, qui in aliqua  
dignitate constituti extra paroeciam moriuntur, quos in  
genero IO. LAVR. FLEISCHER *Einleit.* 2. *gesell.* R. L. II.  
c. 12. §. 26. in templis humari solere dicit.

## S. XII.

### *De iure concedendi sepulturam in templis.*

Templa sunt in dominio ecclesiae, atque ut reliquae  
domus religiosae apud Euangelicos Consistorio subsunt.  
Videri itaque posset, penes hoc, nomine illius, iudicium  
esse debere, an aliquis, casu eueniente in templo sepeliri  
debeat? inprimis, cum notum sit, ipsum ius sepulturae  
olim ad iura episcopalia pertinuisse, CARPZ. *Def. eccl.* 309.  
no. 1. sq. et nunc quodammodo ad iurisdictionem ecclesiae  
pertinere, SCHILTER, *Inst. iur. can.* L. II. t. 14. §. 2.  
ac 12. et ad eum ECKARDT. ac HORN. vnde nota tum  
vulgaris inter sepulturam ecclesiasticam et non ecclesiasti-  
cam diuiso, tum Consistoriorum de illa vel concedenda  
vel deneganda cognitio, ex vulgari illo: *quibus non com-  
municamus viuis, iis nec communicamus defunctis,* tum  
de-

denique praecepta de exportandis vel non exportandis extra paroeciam corporibus, nec non de cura cœmieriorum, iisdem iudiciis ecclesiasticis plerumque adscripta; et quae sunt reliqua huc pertinentia. Accedit, quod nulla in templis subsellia aedificari posse dicunt, nec quicquam quoad formam templi vel externam vel internam immutari, nisi prius venia a Consistorio sit impetrata. Quid? quod ipsa mortuorum cura penes ecclesiam esse dicitur, *can. 19. cap. 13. qu. 2.* et anno 845 concilio Meldensi *can. 72.* cautum legimus, ut nemo quemlibet mortuum in ecclesiis sepeliat, nisi quem episcopus aut presbyter pro qualitate conversionis et vitae, dignum duxerit. At vero, cum nos de terris euangelicis et hodierna consuetudine loquamur, non dubitamus, ius concedendi sepulturam in templo patronis ecclesiae adserere, in quo non unum interpretem consentientem habemus. Non enim hic aut de deneganda impius sepultura ecclesiastica, aut de exstriaenda vel reparanda parte templi, neque de eiusmodi operis innovatione agitur, qua forma templi mutetur, multo minus de tali opere, ad quod ex fisco ecclesiae aliquid conferendum sit, de quo Consistorio est cognitio, neque templum hic considerandum est, quatenus iuris diuini dicitur, et commercio humano exemptum, sed quatenus in dominio viuenteritatis ecclesiasticae versatur, *I. H. BOEHMER. I. E. P. L. III. t. 28. §. 13. sq. G. L. MENCKEN diff. de iure sepulcr. fam. §. 7. 8. et 12.* atque communis est omnibus paroecianis, vius vero, nisi legibus vel consuetudine sit restrictus, singulis patet. Est itaque tum iis, quos singulari priuilegio gaudere vidimus, tum omnibus ac singulis paroecianis, quatenus inter honoratiores referri queunt, ius aliquod, legibus atque obseruantia ipfis quasitum, sepulturam in templo, donec lega publica interdicatur, exigendi. Cum autem per se pateat, non vnicuique licere, hoc ius propria manu sibi sumere, imprimis cum fere semper varia disquisitio praecedere debeat, siue an sepieliendus inter honoratiores sit numerandus, siue num locus sepulturæ in ecclesia adhuc vacuus sit, siue aliarum causarum utilis aut necessaria occurrat indagatio, opus profecto est, vt adsit aliquis, cuius cura in permittenda vel non permittenda ista sepultura versetur, et a quo casu eueniente facultas petenda sit, ut mortuus in loco aliquo tem-

pli

plicet humetur. Quesmadmodum igitur multi doctorum fuerunt, qui ipsum ius sepeliendi in vniuersum ab ecclesia et magistratu ecclesiastico ad patronum et magistratum politicum transtulerunt, sic fere omnes in eo consentiunt, sepulturam in templo imprimit ad patronum pertinere, neque fine eius consensu ullo modo fieri posse. Princeps eorum CARPOZOVIUS est, qui Ipr. Consist. def. 390. ostendere allaborat, sine praefictu et consenit patroni seu collatoris neminem in ecclesia sepeliri debere. Sic, moribus hodiernis, ait, repurgata in prouincia statuum imperii evangelicorum religione, sepeliendi ius non ab ecclesia neque a magistratu ecclesiastico, sed a patrone ecclesiae, sive a magistratu politico solet impetrari, ipsa experientia teste. Fere eadem habet idem Resp. L. I. resp. 86. no. II. et SIGISM. FINCKELTHAVS de iure patron. c. 6. §. 149. nec non MATH. STEPHANVS de iure patron. P. I. c. 24. §. 13. cf. I. H. BOEHMER cit. diff. c. 2. §. II. BERGER Oecon. iur. L. II. t. I. §. 3. not. 8. idem BOEHMER I. E. P. L. III. t. 38. §. 140. et STRYCK ad Lauterb. tit. de mortuo infer. Eiusdem sententiae est SCHILTEWS Inst. iur. can. L. II. t. 14. §. 4. dicens: *more nostrarum ecclesiarum ad impetrandam in ecclesia sepulturam consensus patroni requiritur, et ad eum ECKARDTVS n. 6. et 25 sq. qui tam cum G. L. BOEHMERO Princ. iur. can. §. 604. magis ab ipsa ecclesia et antistitibus eius petendum esse putat, quod fere vnum idemque videtur, cum patronus ecclesiam repreäsentet.* Non minus magistratus politici ac patroni consensum requirunt PET. MÜLLER ad Struv. S. I. C. ex. 15. §. 81. item CHR. MATH. PFAFFIVS Iur. ecclef. L. III. c. 6. §. 5. ac BRUNNEMANNVS I. ecclef. L. II. c. 2. §. 12. ad quem locum STRYCKIVS annotauit, iure quidem canonico ius sepulturae immediate ad ecclesiam eiusque antistites pertinere, sed si mores consulamus, magis cohaerere patronatus iuri, unde locum sepulturae tum in templo, tum in coemeterio a magistratu politico, vel quem hic in ecclesia proposuerit, dem Kirchenvorsteher impetrari solere, vt adeo ex communi interpretum opinione certum sit, patroni ac collatoris consensum ab impetranda in ecclesia sepultura honorariorum abesse non posse, vt iam obseruatum est ad BERGERI Oecon. iuris p. 153. ed. nov. cuius

O

rei

rei et id aliquod argumentum esse potest, si verum est, quod FLEISCHERVS *Einl. z. geistl. R. L. II. c. 12. §. 8.* et I. H. BOEHMER *diss. de iur. erig. coemet. c. II. §. 16.* demonstrant, coemeteriorum quoque erectionem penes patronum esse. Vtrum vero hic solus sufficiat, an vero et Inspectoris sive Superintendentis scientia opus sit, ambigitur. Non solum credunt BRVNNEMANVS *l. c.* et CHR. GOTTL. HOMMEL *iur. ecclie. protest. c. 21. §. 13.* sed etiam iure Saxonico Electorali ita sanctum inuenimus. Etenim iam anno 1626. in Rescripto ad aliquem Superintendentem dato apud CARPOV. *l. c. def. 390.* quidam nobilis iubetur sepulturam in ecclesia a Collatore impretrare, idemque alio Rescripto *d. 18. Jun. 1634. C. A. T. I. p. 855.* his verbis confirmatur: *Wir werden berichtet, daß ihr in der Kirche z. B. deren Pfarrlehn uns zuständig, ein Erbbegräbniß ohne des Superintendenz und unsern Beamten Vorbewußt angerichtet, der Kirche auch keinen Recompens das für entrichtet haben sollt; wenn euch aber solches eigenen Gefallens zu thun nicht gebühret hätte, und zuvor der Kirche deswegen Abtrag gemacht werden sollen sc. Clarius adhuc est Rescriptum *d. 22. Mart. 1737.* Superintendenti cuidam datum ib. *p. 889.* Es unterstehst sich P. in der Kirche zu R. selbstthätig und eigenes Gefallens, unbegrüßet des Collatoris und eurer als ordinischen Inspectoris, graben und die Todten hineinlegen zu lassen, ohne einigen Recompens gegen das Gotteshaus — und wir begehrn, ihr wollet — demselben unser Misfallen hierob anmelden, daneben bei Vermeidung unsrer willkürlichen Strafe ihm auferlegen, daß er sich nützlich mit der Kirchen, darüber er kein ius patronatus hat, sondern nur ein eingepfarrter ist, nach billigen Dingen absfinde und vergleiche, hinsüber auch auf begebende fernere Fälle jedesmals mit des Collatoris und eurem Vorbewußt und Einwilligung seine Todten begraben lasse. Nisi tamen consuetudo contraria aliud induxit, et solo patrono arbitrium circa hanc rem reliquerit. Vnum adhuc addendum, multo restrictiore et patroni et superintendentis potestatem esse quoad sepulcra hereditaria vel familiaria. Nam si quis talia in templo habeat, forte a maioribus iam accepta, aut iusto titulo acquisita, ei sine dubio de iure licebit mortuum absque patroni aliasue requisitione inferre, cum in re propria facere possimus, quic-*

quicquid lubet, l. 8. §. 5. *D. si seruit. vind.* nec integrum erit patrono vel magistratui politico illo modo contradicere, qui enim inferendi mortui ius habet, non prohibeatur inferre, l. 1. §. 1. de mort. infer. Interim aequum erit, ut cau eueniente ille certior reddatur. In ecclesie cathedralibus arbitrium est penes capitulum, vtrum velit sepulturam in ipsa aede sacra concedere, vel minus, ECKARDT ad Schilter. L. II. t. 14. §. 4. no. 29. vnde eas saepius videmus permettere, vt personae in dignitate constitutae ibi sepeliantur, quod fecit ante aliquot annos. Capitulum Numburgense in funere cuiusdam comitis et incluti ducis bellici M. eiusque vxoris.

### §. XIII.

*An sepultura templi gratis concedenda?*

Hic nobis ab initio statim se opponit LANCELOTVS Institut. iur. can. L. II. t. 24. his verbis: *Illud etiam atque etiam admonendi sumus, sacris canonibus penitus interdicti, pro hominibus sepeliendis quoquo modo munera exigere.* Quod adeo verum est, vt munus pro sepultura accipere pro crimine simoniae habitum fuerit. Ita in concilio Triburiensi, Turonensi ac Lateranensi cattum, cap. 8. 9. X. de simonia, et ab Innocentio III. can. 14. caus. 13. qu. 2. cap. 41. X. de simon, et cap. 13. X. de sepult. confirmatum, ex assumto principio: *mortuo non prohibeas gratiam, et quoniam valde iniquum videretur, hominem terram, ex qua oriundus sit, vendere, dicit. can. 14.* adeo vt loci ad sepeliendum venalitas horribilis visa sit, cap. 9. X. de simon. cf. LANCELOT. Inst. iur. can. L. II. t. 24. §. 15. seu, quemadmodum Gregorius l. c. 12. caus. 13. qu. 2. in fine dicit, ne quis videatur, quod irreligiosum sit, de humanis moribus gratulari, si ex eorum cadaveribus compendium quaeratur, id, quod inter nofrates defendere studet BRÜCKNER diff. de sepultura gratis conced. et ECKARDT ad Schilt. L. II. t. 14. §. 12. no. 56. At vero, quemadmodum auaritia clericorum sequentibus temporibus in dies adeo crescebat, vt

multae res, spiritualibus annumeratae, adeoque ex cano-  
 num praeceptis gratis distribuendae, v. c. ipsae exequiae  
 mortuorum, ordinatio, pallium, benedictio nubentium,  
 christina, receptio in monasterium ac similes, cap. I. 5. 9.  
 16. 25. et 42. X. de simonia, pretium reciperent, sic se-  
 pultura in templis eadem fata habuit; restituta vero ec-  
 clesia, postquam illa causa cessabat, superueniebat alia,  
 nempe res angusta plerarumque ecclesiarum tam parochia-  
 narum quam ciuitatenium, vt plurimum nonnisi medio-  
 criter dotatarum. His igitur aequum videbatur, quicquam pro concedenda in ipsarum ambitu sepultura dari, allega-  
 to simul exemplo Abrami, qui non minus locum sepul-  
 turae sibi et vxori destinatum, emit, Genes. c. 23. cf.  
 can. 13. cau. 13. qu. 2. cf. ZIEGL. ad Lancell. Inst. L.  
 II. t. 24. §. 15. Quid? quod iam supra dictus Grego-  
 ri. I. can. 12. cau. 13. qu. 2. istam prohibitionis legem  
 fatis fraudulosa calumnia sic interpretatus est, vt peti qui-  
 dem et exigi aliquid interdicatur, sed oblatum accipi non  
 vetetur, vnde etiam concilium Triburiense ac Nannetense  
 supra allegata dict. can. 14. et 15. prudenter excipiunt:  
*nisi forte post mortem proximi et amici defuncti - grati-  
 tis aliquid dare velint.* Haec igitur donati acceptio mox  
 in non oblati exactiōē permutata est, honeste siquidem  
 datur, quod petitur ad ecclesiae sustentationem, CARPZ.  
 L. II. Ipr. consit. def. 391. no. 16. vnde idem CARP-  
 ZOVIVS def. ead. longus est in demonstrando, non in-  
 uidendum esse eiusmodi lucellum ecclesias, quod non mi-  
 nus aequum putat DEYLING. l. c. §. 16. in f. et CHRI-  
 GOTTL. HOMMEL. l. c. §. 13. item ZIEGLER et THO-  
 MASIVS ad Lancell. L. II. t. 24. §. 15. ac BRVNNEM.  
 I. eccl. L. II. c. 2. §. 12. nec non STRYCK. ibid. cf.  
 HORN. ad Schilt. L. II. t. 14. §. 6. et ECKARDT ad  
 eund. loc. no. 33. sq. Apud nos nulla dubitatio reliqua  
 est, quod, quemadmodum pro omni sepultura, exceptis  
 pauperibus, quicquam postulare permisum, DEYLING  
 l. c. p. 743. ita et liceat, pro iure sepeliendi in ecclesia  
 aliquod honorarium exigere, id quod adeo legibus publi-  
 cis constitutum est, quod videre licet ex Rescriptis regiis,  
 iam supra §. 12. allegatis, nec non ex aliis a CARPZO-  
 VIO l. c. adductis. Qua in re sequimur ius civile, quo  
 pretium pro loco sepulturae dare non prohibitum, l. 37.  
 D. de

*D. de religios.* BERGER. *Oec. iur.* p. 154. ed. nou. BRYNNEM. ad l. 6. *D. de religios.* Neque profecto vlli iniquum esse putamus, ab eo aliquid ad pios vsus dari, qui communis sepulturae loco non contentus, et renuens inter reliquos humari, eoque ipso post mortem honoratoris titulo insigniri cupiens, arrogantiam aliquam prae se ferre videtur, siue hoc viuus adhuc ipse declaraverit, siue id eius mortui nomine ab heredibus fiat. Premium quo eiusmodi sepultura templi redimi solet, sine dubio arbitrarium est, dignitati ac opibus defuncti sepeliendi conueniens atque accommodatum. Olim in Saxonia valde carum erat, et usque ad centum ioachimicos ascenderet, CARPZ. l. c. no. 9. 10. sed hodie referente dicto CHR. GOTTL. HOMMELIO l. c. 20. 30. 40. ac 50. thaleri in aerarium ecclesiasticum inferendi sunt, id quod conuenit cum alio quodam rescripto electorali Saxonico d. 3. Iul. 1609. dato: So viel die Grabstädte anbelangt, begehren wir, ihr wollet hinführen von den gemeinen Leuten niemand in die Kirche begraben, sonst aber nach Gelegenheit eines jeden Herkommen, Standes, Verdienstes und Vermögens die Grabstädte anweisen und dafür ein jedesmal ein gewisses von zehn bis auf funzig Gulden entrichten lassen, ap. CARPZOV. l. c. Tacemus, quod interdum etiam ministris ecclesiae aliquod lucellum ex emtione sepulcrorum in templis nasci solet, quale exemplum lege publica confirmatum occurrebat in ditione Oldenburgeni ex Actis desuper ad Facultatem Iuridicam Lipsiensem nuper transmissis.

At vero duae adhuc exceptiones notandae, quibus nulla omnino pecunia pro sepultura in templo exigenda est, nempe *primum* non ab iis, qui ius habent, ibi humari, quos in superiori §. 8. 9. 10. & 11. nominauimus, *deinde* nec ab iis, quibus in templis iam sunt sepultra propria. Notum enim est, sepultra hereditaria vel familiaria in commercio ac dominio hominum esse, et priuatos talia habere solere tam in coemeteriis, quam in templis, STRVV. S. I. C. ex. 15. §. 80. l. 5. *D. de relig.* et sunt. G. L. MENCKEN diff. de iur. sepulc. fam. et hered. Hinc auctore ZIEGLERO ad Lancell. L. II. t. 24. §. 15. in nosfris ecclesiis consuetudo inualuit, ut vel sin-

O 3

gula

*gula sepulcra redimantur, vel certum aliquod spatium, in quo vel universae familias, vel hereditibus tantum ementis sepelire licet.* Si quis itaque sit, qui eiusmodi sepulcrum hereditarium vel familiare quondam redemptum habeat in aliquo templo, probabile aut potius certum est, vel ipsum, vel maiores eius aliquando locum aliquem ad eiusmodi sepulcrum extruendum vel gratis, vel accepta pecunia ab ecclesia acquisuisse; quae quoniam quod femel dedit, non potest iterum concedere, unusquisque videt, domino sen possefiori eiusdem ius esse, mortuum sine vlo vltiori pretio inferendi, nisi forte aliud vel in prima acquisitione constitutum, vel moribus receptum sit.

## S. XIV.

*De abolenda vel non abolenda in templis sepultura.*

Si vlo unquam, certe hodierno tempore, sepultura in templis multos inimicos inuenit, et quotidie plures consequitur, qui hoc in primis contra eam argumento pugnant, quod exhalationes defunctorum corporum vitae hominum admodum sint nocivae, atque adeo pestiferae. Quamuis itaque forte nemo tam hebes ac stolidus sit, qui eredat, sepulturam in templis proficuum esse viuis ac faltarem, potius, qui vnum vel alterum sic credere posse putet, is ipse vel hebes ingenio vel inuidus ac malitiosus esse debeat, tamen iam supra obseruauimus, et adhuc miramur, inter tot prohibitions sepulturam in templis ac ciuitatibus a rerum gestarum scriptoribus enarratas, nulli hanc causam mouentem adiectam fuisse: quia noceat viuentium sanitati. Primus fere hoc argumento usus est CHRISTIANVS THOMASIVS, rem ita nimis extollens, ut adeo in thesi vlt. Iurisprud. diuinae adiuncta, et in diff. de iure princ. circa cerim. sepult. s. 8. item in der Kirchen-Rechtsgelahrth. ad Puffend. de hab. relig. p. 62. mortuos in templo sepeliri, iuri naturae repugnare contendat, quam sententiam, forte quia singulariter erat, sequitur LEYSER Medit. ad Pand. Sp. 129. med. 5. et hunc COSCHWITZ de noxis ex sepultura in templis. Erat haec Christiani Thomassii, viri alias summi, consuetudo,

tudo, ut et in laudando et in vituperando nimis esset, in primis vero antiquos rhetores imitabatur, quibus non satis erat, quicquam improbare, potius omnem ex animis cogitationem eloquentia eripere studebant. Quid igitur? Queramus ex Thomasio: num per tot secula Christiani atque inter eos multi legislatores rem iuri diuino aduersari fecerint, humanisque legibus confirmarint? Ipse adeo Elector Saxoniae rescripto, supra §. 6. circa fin. allegato coemeteria ac TEMPLA pro locis ad sepulturam destinatis agnouit. Attamen, inquit, saltim improbadum est ut improbarunt praeter reliquos ZIEGLER ad Lancellot. L. II. t. 24. §. 1. BRYNNEMANNVS Iur. eccles. L. II. c. 2. §. 12. atque AUCTOR anonymous libri, cui titulus: Gedanken über die Begegnisse der abgesetzten in den Kirchen und Bethhäusern, nec non I. HEN. BOEHMER diss. de iure erig. coemet. c. 2. §. 25. GRAVMANN f. EMMERICH de libitina in urbibus non toleranda, Ross. 1786. 4. CHR. GODOFR. HOFFMANN. de coemet. ex urb. tollend. c. 3. aliisque. Atqui vero nec nos approbamus, potius persuasi sumus, melius futurum fuisse, si primorum christianorum supersticio sepulturam in templis nunquam quæsiuisset; ac facile iis medicis fidem habemus, qui effluvia ista putredinis ex strato vel paumento templi exentia, viuorum corporibus, quando ipsis se insinuant, nocere, probaliter demonstrant, quamvis nec ignoremus, alios quosdam esse, qui damnum inde metuendum temperantes, id fere non maius putant, quam id, quod ex aliis foetorum quotidianorum generibus, saepenumero ex quibusdam ciuitatum partibus, priuatorumque sedibus, nulla aedificantium arte pellendis, immineat. Igitur nec de praerogativa eorum templorum, quae a prima eorum exstructione nullam sepulturam admiserunt, præ iis, in quibus sepelitur, vlo modo ambigimus. Quid? quod plura adhuc dabimus. Concedamus scilicet, vtile futurum, atque adeo optandum esse, vt sepultura in templis et nunc tolli possit. At eosdem nos non latet, quot quantisque difficultatibus ea res impediatur, quae non videbatur, sed confilio ac prouidentia semoueri possunt, ita ut absque magnis laboribus, et sine vel aedium sacrarum vel priuatorum damno, sepultura templorum in totum ex ciuitatibus et pagis pelli nequeat. Sunt autem istae difficulta-

ficultates, quas vinci oportet, fere hae. Et *primo* quidem, quamvis hoc forte omnium levissimum, iis, quibus in templo sepeliri, vel lege vel consuetudine ius quae situm est, id ipsis admittur, *2o* eodem iure, atque adeo ipso dominio priuantur possessores sepulcrorum hereditariorum vel familiarium, quae ipsi vel ex hereditate acceperunt, vel parata pecunia acquisuerunt, maiores autem quondam ab ipsa ecclesia redemernat, quapropter *3o* metuendum solet, ne huic evictio immineat circa rem olim venditam, nunc vsu interdictam; unde indemnitas ac daga olim pretii restitutio possulatur posset. Etenim possessores sponte se abdicaturos, vana nobis spes videtur; idquā eo certius, quo saepius evenit, ut, uno mortuo, descendentiū ac reliquorum successorum nomina ignorentur. *4o* Idem premium repetituri essent iis, qui nuper, viui adhuc, sibi ab ecclesia ius emerunt, quondam in templo, forte penes agnatos suos, sepeliri. *5o* Pia causa in futurum omni illo lucro, quod huicque ecclesia et quisquis alias participes fuit, ex concedenda, dato casu, fumerandi ibidem licentia, cepit, non sine detrimēto efficitur caritura. Taceamus *6o* si noua loca extra ciuitates vel pagos, ad omnium incolarum, qui nunc vinunt, et postea nascentur, sepulturas satis ampla ac sufficientia separari debeant, non solum inde necessario sequi, ut plurimum iis, qui agros rastro subactos aliosue fundos ibi possident, hos iis esse inuitis eripiendo, saltim ipsos ad vendendum cogendos esse, quamvis hoc exemplum inter species necessariae venditionis, in iure traditas, LATERB. Coll. Pand. L. XVIII. t. I. §. 10. non reperiatur; verum etiam *7o* vix fore unum vel alterum aerarium publicum, quod eiusmodi impensis sufficiat. Ad has igitur difficultates referandas non nisi duplī modo perueniri posse videtur. Siue enim a summa in republica potestate, posthabito ecclesiārum priuatorumque iure ac commōdo omnis sepultura in templis prohibenda esset, siue in pagis dominus iurisdictionis, in vrbibus vero magistratus, cui politia subest, suppeditato prius alio satis ample ac vasto coemeterio, aedificatoque iis, quibus ius singulare erat in templo sepeliri, alio apto ac honoratiore loco, non solum suscipere deberet, singulis priuatim, quibus adhuc sepulcra familiaria hereditariae in ecclesia fuerant, alia separata eius.

eiusdem conditionis dare, verum etiam ipsam ecclesiam  
 cum in his omnibus immunem, tum numeranda quotan-  
 nis aequa lucri cœsiantis mercede ac suscipienda omni in  
 perpetuum euictionis præstatione, indemnem reddere.  
 His difficultatibus cum aegre mederi queat, in ea su-  
 mus opinione, huic consuetudini tamdiu medicinam pa-  
 randam esse, donec istae difficultates sensim sensimque  
 omnimodo non disrumpantur, sed remoueantur. Non la-  
 tet nos, hodie omnem cogitationem de toleranda in tem-  
 plis sepultura vix esse, vt non haeresi videatur. Et ta-  
 men non dubitarunt in hac haeresi esse ex nostrae reli-  
 gionis doctoribus praeter CARPOZIVM Def. ecclesiast.  
 389. etiam BACHOVIVS de Sepulcris cap. 5. ac inter re-  
 centiores viri clarissimi CHRIST. GOTTL. HOMMEL, qui  
 Princ. iur. eccl. c. 21. §. 13. scribit, morem in templis  
 sepeliendi non esse improbandum, modo debita cautio ad-  
 iubetur, et IO. CHR. ESCHENBACHIVS in den Anmer-  
 kungen über die Schädlichkeit der Begräbnisse in den Kir-  
 chen. Rost. 1789. Scimus etiam, vt plurimum hodie cre-  
 di, omnia illa sigillatim enumerata damna ex subitanea  
 abrogatione promulgata, nullius momenti esse putanda,  
 habita ratione istius incommodi, quod ex foetore demor-  
 tuorum corporum, in sanitatem viuorum, cultui diuino  
 in templis studentium, peruenire possit. Videndum ita-  
 que num huic posteriori modo aliqua medicina afferri pos-  
 sit, per quam nec illa eccliarum commoda penitus amittan-  
 tur; fere vt prudens medicus facere solet, qui ab am-  
 putatione membrorum tamdiu abstinet, donec aliqua sal-  
 tim spes adsit, vulnera quamuis cum aliqua disformitate  
 sanandi. Sunt quidem adhuc alia quaedam argumenta vel  
 pro abroganda saepe dicta sepultura, vel contra eam,  
 que in primis apud HOFFMANNVM l. c. not. a. b. et c.  
 coaceruata videoas, verum ea, vt ingenue fatemur, vtrum  
 que tam sicutne sunt, vt pudeat, ipsa vel ab una vel ab  
 altera parte allegare. Accedit, quod uno ex iis, desumto  
 ab exemplis sepulturae in Scriptura S. obuentibus,  
 viraque pars tanquam communis utatur, dum HOFFMAN-  
 NVS hand paruam copiam sepulcrorum extra moenia  
 ibidem occurrentium adducat, LEYSERVVS contra Med.  
 ad Pand. Sp. 129. med. 6. aequa magnum mortuorum  
 O 5 nume-

numerum recenseat, qui per libros sanctos in urbe se-  
pulti leguntur.

§. XV.

*Quo modo remederi possit.*

Forte igitur media via incedendum, et malum, cuius omnimoda cura vel plane non, vel vix post multos de-  
cimum annos speranda est, sic temperandum erit, ut sal-  
tum quantum minus noceat. Cum itaque paragrapho proxime superiori viderimus, ex subitanea exterminatione sepulcrorum ex templis, pro ratione nostrorum tempora-  
rum, multa incommoda nasci, quae, nisi sublati magnis difficultatibus, et in primis magna pecuniae copia ad variam iacturam reparandam impensa, verbo, nodum non sol-  
uendo, sed caedendo, auerti possint, periculum faciamus,  
quaedam remedia ac cautiones, vel in totum, vel interi-  
misticè proponere, quibus morbus ille, et si non integer  
vinci, tamen ut plurimum debilitari queat. Sunt vero hae:  
*Primo*, ut sepultura in templis non adeo frequenter fiat.  
Prudentissima sunt verba, quibus ANT. MVRATORIVS,  
vir præ multis suaæ religionis sapiens, vtitur, dum *supra*  
*all. diff. 3, inter anecdota graeca* dicit: *Non ego tot tu-  
mulos in domo Dei commendô, cum non templa sed coem-  
teria ingressi nonnunquam videar; sed qui modum in hu-  
iusmodi re opto, non continuo rem ipsam improbo.* Nu-  
merus vero in ecclesiis sine dubio minuetur, defectu sepeliendorum habito, scilicet non solum, quod par est,  
exclusis religionis contemtoribus et manifeste impiis, sed etiam quando non funus cuiuslibet, qui honoratior vel  
ipse sibi, dum viuit, vel post mortem propinquis saepe  
ex arrogantia videtur, in aedes sacras recuperetur; nisi  
sepulcri hereditarii aut familiaris dominus sit vel particeps.  
Potius videndum, an qui mortuus in aede sacra sepeli-  
endus sit, viuus aliquo munere, dignitate meritisque,  
virtute etiam atque insigni bona fama eminuerit, vt adeo  
non exuuiiis cuiuslibet defuncti ad primas statim vel ip-  
fus, dum viueret, vel heredis, preces aditus ad sepulcrum  
in templis pateat, neque solum lucellum sperandum causa-  
bit concessionis; vnde ex iis, quos supra sub finem §. II.  
inter honoratores sepeliendos retulimus, forte adhuc qui-  
dam

dam eximi possent. Secundo cauendum, ne quolibet morbo confecti funus in templum admittatur; at defectus faciens est, eorumque in primis corpora arcenda sunt, qui morbo admodum foetido et pene contagioso defuncti sunt, quia propter auctor forem, pestis calamitate nullum omnino funus, alio autem tempore minime eorum hominum corpora, qui malignis variolis, morbo cancri, aut alio similis corrupti morti succubuerunt, in aedium sacrarum sepulcrorum recipere. Ipsius enim pestis tempore iam leges, non solum nobiles in templo humari Mand. d. 2. Dec. 1713. §. 6. C. A. T. I. p. 1832. prohibuerunt, verum etiam reliquos extra coemeteria, alias ad sepulturam communia, sepeliri iussuerunt. CARPZ. Def. eccles. 394. n. 12. sq. Tertio locu[m] ad sepeliendum in templis is eligendus et assignandus est, qui viuentibus non multum impedimento sit. Vt amur verbis saepe allegati CARPOVII, qui Def. eccles. 391. no. 17. sic ait: *In venundatione et assignatione talis semper eligi et destinari debet locus in ecclesia, ne sepultura sellis templi officiat, vel cuiquam ex parochianis sit impedimento, quo minus commode templum ingredi et sellam suam occupare cultumque diuinum exercere queat.* Eo etiam collineat Rescriptum Senatus ecclesiastici, ab eodem CARPOVIO allegatum, datumque anno 1628. verbis: Ihr wollet Verordnung thun, damit seines Geweibes verbliebener Körper gegen eine Vergleichung der Billigkeit nach in der Kirche zu Elsterwerda an einem bequemen Orte, da das Volk nicht zu gehen noch zu sitzen pflegt, möge beygesetzt werden. Hinc forte sit, quod hodie multis in templis locus aliquis separatus sepulturis destinari soleat, remotus aliquantum ab eo, ubi verbum diuinum auditur, atque sacramenta distribuuntur, plerumque in einer Halle. Quarto iusta mensura profunditatis terrae obseruanda est, quae in omni sepulcro ex legibus ad minimum trium vlnarum esse debet. Thürscachs. General-Akt. 15. cf. SCHILTER Inst. iur. can. L. II. t. 14. §. 15. Quinto sepultra in templis caute atque prouide aedificanda sunt. Huc referendum putamus, ut diligenter cooperiantur et si fieri possit, superius concameratione claudantur, vt sic locus, ubi arcae funerariae collocantur, trullo simili fiat; id quod iam olim anno 1626. iussum est rescripto principis apud CARPZ. l. c. def. 391. qualeque fuit sepulcrum Ducis Saxoniae

xoniae, Friderici Bellicosi olim aedificatum, anno 1668, repertum, teste SLEVOGTO *l. c. p. 385.* Aditus vero ad noua immittenda funera, si fieri potest, non superne ex alto, sed in latere in ipsa aede sacra, extra templum in ipso eius muro aperiatur. Sic enim non modo effluuiis putrescentium corporum multo difficilior patebit exitus, cum e contrario ipsa ex communi artificum tententia per densae concamerationis manufactum opus, mirum est quantum reprimantur, sed etiam haec utilitas inde perueniet, ne aperiendo in singulis nouis funeribus tegmine sepulcri magna putridi aeris congeries in templo ascendere, eaque complere queat. Porro ad prouidam sepulcrorum aedificationem quam maxime referas, ut in eorum parietibus fenestrae subterraneae, si fieri possit, sibi inuicem oppositae, extra aedem sacram aperiatur, per quas aer nocivus quotidie exeat. His cautionibus si utamur, tunc forte *septimo* non opus erit alia, per se quidem maxime commendabili, at pro situ loci ac aegritudine spatii, ad sepelendum defuncti non semper applicanda, qua singulae arcae muro, ex lapide latericio structo, nec aetior nec amplior quam ipsae illae circumdantur, ita ut unum quodlibet corpus cistae inclusum in propria quasi domicilia habitet, quemadmodum et hodie sepeliri solet in aede ad St. Mariam virginem in vrbe Dresdensi. Ad vero, ad hanc rem, vt diximus, admodum amplum templi, ad sepulturam aptum spatium desideratur, quo raro ecclesiae fruuntur. Tandem offitio hand male facient vel magistratus loci, vel ipsum aerarium ecclesiae, si sepulcral gentilitia aut hereditaria successu temporis aequo pretio ipsi acquirere suudent, qua ratione saltum id consequentur, vt in posterum iis nemo inferri possit, nisi quem ibidem sepeliri, ex re videatur, quique diem supremum non ex morbo aliquo vere contagiolo obierit. Haec si obseruantur, non dubitamus, posse HOFFMANNI *l. c.* querelis de periculo ex sepultura ecclesiae metuendo, quod nec ipse semper praefens semperque magnum autem, vt plurimum obuiem iri, eoque ipso illud principium, quod omni aeuo aequilibrium visum est, confirmabitur; quancunque rem, eti malo videatur, tamen si corrigi, temperando leniri ac sensum sensimque absque difficultatibus abrogari possit, non statim esse penitus abiciendam et funditus eradicaudam.

§. XVI.

## §. XVI.

## Coronis.

Apponamus coronidis loco aliquot scripta, quibus ea, quae haec tenus dicta sunt, mirifice illustrari poterunt. Primum est Rescriptum nuper a serenissimo Electore nostro d. 15 Mart. 1784. academiae nostrae datum. In huius initio agnoscitur, quamuis abolitio sepulturae in templo academico optanda sit, nihilominus tamen eam permultis difficultatibus premi. Quapropter prudentissimus Princeps, cum facile videret eam sepulcrorum electionem, si fieri queat, nonnisi post multos derum annos perfici posse, sequentia addidit: Als begehrn Wir gnädigst, ihr wolltet zu fordern alle bey der Sache eintretende Bedincklichkeiten und Hindernisse durch gütliche Unterhandlung mit sämtlichen Interessenten, auch, da ndtig, durch Communication mit dem Stadtrathze zu Leipzig aus dem Wege zu räumen suchen, und Uns, wenn alles so weit vorbereitet seyn wird, daß in der Hauptsache bestimmte Resolution gefaßt werden kann, darüber anderweitens gehorsamsten Bericht ersattten. Immittelst werdet ihr dafür Sorge tragen, und solche Versammlung treffen, daß die schädlichen Ausdünungen der Leichen so viel als möglich gehindert werden; wozu bey Wir euch nach dem Local und andern dabey zu erwägenden Umständen weiter zu ermessen überlassen, ob nicht zu Errichtung des intendirten Endzwecks, alle Leichen, summt ihren Särgen, so künftig in der Pauliner-Gruft beysgesetzt werden möchten, so wie in der Gruft unter der hiesigen Frauen-Kirche mit jeder dahin gebrachten Leiche sofort zu geschehen pflegt, neben und übereinander fest eingemauert, die daselbst bereits befindlichen Leichen aber mit einer festen Mauer überhaupt verschlossen werden könnten. An obigen geschiehet unsre Meinung. Datum, Dresden am 15 Mart. 1784. Hoc rescriptum sequebatur aliud sub d. 19. Septr. 1788. ex quo sepulturae, quantum fieri potest penitus ex templis tollendae consilium clare appareat.

Von

Von Gottes Gnaden, Friedrich August, ic.  
Thurzifürst ic.

**W**ürdige, Hochgelahrte, liebe, andächtige und getreue. Uns ist geziemend vorgetragen worden, was ihr in Sachen die Abstellung der Leichenbeysetzungen in der Pauliner Kirche samt was dem anhängig betreffend, unterm 29ten vorigen Monats gehorsamst berichtet und zu Unser fernern Resolution gestellet habt. Wie Wir nun die zu Verhütung der Leichenbeysetzungen getroffenen Veranhalstungen einstweilen approbiren, auch für gut befinden, daß in allen Fällen das Be- graben der Leichname in der Pauliner Kirche, deren Hallen, Kreuzgängen und dem Kirchhofe daselbst nicht anders als mit der Einschränkung, wenn die Särge eingemauert und überdößet werden, vor der Hand bis auf weitere Anordnung noch gestattet werde;

So lassen Wir euch solches hierdurch zu eurer Nachahmung unverhalten seyn, und begehren übrigens gnädigst, ihr wolltet zu gänzlicher Abstellung der Leichenbeysetzungen in und bey der Paulinerkirche nunmehr thätigen Bedacht nehmen, und die in dieser Absicht von Uns mittels Rescripts vom 15. Mart. 1784 angeordnete Communication mit dem Rath zu Leipzig sowohl, als die sonst darzu erforderlichen Vorkehrungen treffen, Uns aber den Erfolg gutachlich berichten. Daran geschiehet Unsere Meynung. Datum, Dresden am 19. Sept. 1788.

Reliqua, quae illustrationis causa apponere placet, sunt duo Responsa Facultatis medicae Lipsiensis et Halensis quorum copiam inclusus olim Medicus MICHAEL ALBERTI, dum eas adiiceret in *Jurisprudentia medica* T. III. casui 47. cui titulus: *An sepulcrum in urbe prope templum exstruendum iustum metum futurae infectionis contagiose inutiat?* negatur cum limitatione et praecautione. Ex ipsa facti narratione autem patet, tum actum fuisse de sepulcro hereditario, quod in ipso templo ad diuae crucis in urbe aliqua M. priuato cuidam concessum fuerat. Qui liber cum non in omnium manibus veretur, ea responda lic apponere, non inutile duximus. Responsum itaque

Fa-

Facultatis medicae Lipsiensis sic se habet p. 638: Aus einem unter den 22. Mart. a. c. an uns ic. Wann dann dazher über folgende Fragen: 1) Ob durch dieses concedirte wohlverwahrite Erb-Begräbniß der Stadt etwas gefährliches zuwachsen, und contagieuse Krankheiten entstehen können? 2) Ob dergleichen Erb-Begräbniß in den Kirchen nicht auch an vielen Dertern in Leipzig und andern vorhanden, und im Gebrauch sind, und daraus jemals was nachtheiliges verspüret werden? 3) Ob dazher das Erb-Begräbniß allhier, da es doch a Magistratu et Patrone Ecclesiae concedit, nicht auch zu toleriren und zuzulassen sey? Unser in arte medica ge- gründetes Gutachten cum rationibus decidendi verlanget wird; So geben wir nach Collegialischer Ueberlegung derer angeführten Umstände, und zwar so viel die erste Frage anbelangt, in Antwort: Alldieweilen das Begräbniß mit star- ken Mauern und Gewölben, ohne einziges Luft-Loch in der Kirche selbst gebauet wird, der Eingang mit gedoppelten Thüren, und noch darüber mit großen Schaal-Stenen soll zu- geleget und verwahret werden, überdies die Leichen nicht offen, sondern in Särgen wohl verwahret, in die Gräfle pfleg- gen besetzt zu werden, mithin nicht abzusehen, wie die Luft in der Kirche und sonst von den exhalationibus cadaue- rum, so ohnedem nur putrefactionis tempore in considera- tion zu ziehen, körne inficiet werden, zu geschweigen die Höhe hoch und mit 4 Thüren versehen, folglich da auch einige effluvia sollten in die Höhe steigen, welches bey gegen- wärtigen Umständen nicht zu beforgen, so würden selbige doch gar leicht dissipiret und die Luft dadurch gereinigt werden. Und da auch, gleichwie aus dem an uns ergange- nen Schreiben zu ersehen, um alle andere Kirchen in der Stadt Gottesacker sind, ja in allen Kirchen schon einige begraben liegen, und davon niemals etwas contagieuse verschpüret worden, im Gegentheil bey dieser Kirche kein Gottes- acker vorhanden, und dazher die Luft um sothane Kirche ganz rein, mithin um desto weniger zu befahren, daß selbe von ein oder andern Begräbnissen solle inficiet werden; So halten wir dafür, daß durch dieses concedirte wohlverwahritte Erb-Begräbniß der Stadt nichts gefährliches zuwachsen, und dadurch keine contagieuse Krankheiten entstehen können. Daferne aber, so Gott in Gnaden abwenden wolle, aus andern Ursachen eine Contagion entstehen sollte, zu welcher Zeit nicht bloß

bloss auf die effluvia cadaverum peste extictorum, sondern zugleich auf der Menschen Furcht zu schen, so wird sodann die Obrigkeit nicht nur wegen dieser, sondern auch übrigen Kirchen Zweifels ohne gehörige Sorge tragen. So viel die andere Frage betrifft, so sind althier in Leipzig in allen Kirchen, wie auch in denen Kreuz-Gängen des Collegii Paulini Erb-Begräbnisse vorhanden, und im Gebrauch, desgleichen man an vielen Orten mehr weiß, und ist unsers Wissens daraus niemals etwas nachtheiliges verspüret worden. Dass wir also, was die dritte Frage angehet, aus obigen Ursachen nicht sehen, warum ein solch Erb-Begräbniss in M. datus doch a Magistratu et Patrono Ecclesiae concediret, nicht auch zu toleriren und zuzulassen sey. Urfundlich mit unserer Facultät Instiegel bestätigt. Leipzig am 30. Apr. 1731. Decanus, Senior auch übrige Doctores der medicinischen Facultät althier.

Responsum vero allegatum Facultatis medicae Halensis super eadem facti specie hoc est: Es hat ein Lbbl. Magistrat der Kaysrl. freyen Reichs-Stadt M. einen Faseiculum Aetorum an unsre Facultät gesandt, und über den darinnen abgehandelten Casum controuersum, der zu einer öffentlichen Contradiction ausgeschlagen, nebst denen dabei gemachtten Vorstellungen ein aus wohlgegründeten rationibus physico-medicis und obseruationibus formirtes Iudicium und Eiusmodi erforderet. Nachdem wir diesem Verlangen ein Gehüge zu leisten, in unserm Collegio eine veranlaßte Deliberation unternommen, haben wir ex actis ersehen, wie von gedachtem Lbbl. Rath und Consistorio dasiges Dires an Frau E. M. C. und Herr G. E. in der heil. Creutz-Kirche ein Platz, zur Aufrichtung eines gewölbten Erb-Begräbnisses verkaufet und überlassen worden; indem aber die resp. Kaufere solches Begräbniss zu erbauen angescangen, ist von einigen dasigen Bürgern vorgestellter worden, wie dergleichen Grabstätte mit einer auf die freye Straße gehenden Desnung oder Lust-Loch, der Stadt, und sonderlich denen dahерum wohnenden, und selbige Kirche öfters besuchenden Personen höchst schädlich, und mit denen effluviis putridis derer verwesenden Leichname sehr nachtheilhaftig, auch zu Eregung ansteckender Krankheiten beförderlich, welche Vermuthung von einigen Medicis daselbst auch behauptet, von andern aber hinwiederum abgesa-

abgelehnet, endlich auch durch ein Responsum von der ldbl. Facultate medica Lipsiensi widerfeget und verworfen worden; Ob nun wohl dieß Vorsorgniß bei jetzt gemeldten eingeholten Responsomedico sich hätte beruhigen können, so will doch zu mehrerer Präcaution und Versicherung von unserer Fäculität obgedachter Einwurf untersucht und decidirt seyn ic. Gleichwie nun diese und andere mehrere Ursachen und Ausmerkungen allerdings erheb- und bedenklich sind, so siehet doch ziemlichermaßen entgegen, daß an vielen Orten Teutschlands dergleichen Begräbniß-Stätte, in und an denen Kirchen erbauet, keinen solchen besorglichen Effect gehabt, wo nicht ganz besondere Umstände concurriret, daß unter andern lang verhaltene saul. Dünste mit einem mal eine Definstion bekommen, und die anwesenden Menschen plötzlich und heftig inficirat und alterirat werden, mafzen auch eine sonst lang verschloßne Luft unrein und schädlich zu werden pfleget. Dahero es auch ratsam und dienlich ist, daß solche Grabstätte eine Lüftung zum üblichen Ab- und Zugang der Luft, auch nach und nach erfolgenden Ausdünstung bekommen, welche Lufildner gleichwohl auch an einen sichern Ort zu sezen sind. Indessen wird die billige Präcaution beobachtet, daß solche Ausdünstungen nicht in die Kirche streichen, sondern außer dieser geleitet werden, anerwogen meistens auf denen Kirchen-Plätzen, als einen gewöhnlich spannauen Ort, die Luft mit einem Wind stärker zu gehen pflegt, dahero solche halitus ehender zertheiler und abgeführt werden. Sollten auch einige Menschen an contagieuen Krankheiten verserben, so würde man vorsichtiger handeln, dergleichen Leichname (wie in andern epidemischen Krankheiten zu thun) in die Erde solcher Grabsitze oder Behältnisse zu senken, damit die maligna effluvia in derselben Erde verschlossen oder verhalten bleiben, und nicht die dasige Luft inficiren. Auch ist an einigen Orten der nützliche Gebrauch, in solche gewölbte oder hohle Grabstätte eine mit zwey Luft-Löchern beförderete durchstreichende Luft zu bringen, damit die Exhalationes desto ehender und beständiger sich gesläubnen, welche alsdenn desto weniger Schaden thun können. So ist auch eine sich nach und nach ereignende Verweifung nicht so schädlich als welche plötzlich unter dem Zugang einer feuchten und warmen Eigenschaft geschiehet. Sollten auch allenfalls in und an einer Kirchen mehrere solche requitoria sich befinden, so könnte man auf

ein einzelnes derselben die befürchtete schädliche Wirkung nicht wälzen; übrigens mögen die erbauten Grabsäte schlechters- dings ohne Zugang besonderer Umstände solchen schleunigen oder unausbleiblichen Schaden nicht thun. Diese Präcau- tion und Veranstaftung kann bey gegenwärtigen S. Begräbs- nis- Stäte oder Todten - Grußt die gemachte Furcht und Contradiction mäßigen und limitiren. Welches Judicium wir nach unserer Erklärmß und Application auf ihgen Ca- sum in Collegialischer Harmonie ertheilen, und mit unserer Facultät Siegel bekräftigen wollen. Halle den 28. Aug. Anno. 1731.

Finem denique faciat Responsum Facultatis medicae Lipsiensis nuperrime anno 1783. eo tempore datum, quo consilium de sepulcris ex aede sacra Academiae Lipsiensis remouendis captum erat, atque illa de incommodis ex sepultura templorum metuendis consulebatur, cuius verba haec sunt:

**N**uf die von Ew: Magnif. und unsfern hochgeehrtesten Herren uns vorgelegten zwey Fragen

- 1.) Worinnen die Schädlichkeit der Kirchen Begräbnisse und der dadurch verursachten unsichtbaren Ausdünstungen eigentlich besthe? —
- 2.) Wie weit sich das davon entstehende Verderben auf Gesundheit und Leben besonders in den jetzt so ner- venschwachen Naturen der Städtebewohner erstrecken könne?

müssen wir nach gepflogener collegialischen Erwägung aller hierher gehörenden Grundsätze der medicinischen Wissenschaft folgendes zur Antwort ertheilen.

Was die erste Frage betrifft; so ist es zwar eine beh- nahe gänzlich unmögliche wenigstens mit unglaublichen Schwie-

Schwierigkeiten verbundene Sache, die wahre und eigentliche Natur oder innere Mischung aller und jeder in seinem Dunstkreis aufsteigenden und sich in selbiger mit denen schon darinnen befindlichen Theilen vermischenden Ausdünstungen von Körpern, welche die Faulnis auslöset und durch eine innerliche Gährung in ihre ersten Bestand-Theile zersetzt, genau und zuverlässig zu bestimmen; magen diese Dünste nicht allein bey einem jeden einzelnen Körper regen seiner innerlichen Mischung von gar verschiedener Natur zu seyn pflegen, sondern auch durch die neue Verbindung, welche sie mit denen schon in dem Dunstkreis schwedenden Theilen ihrer Anziehungs-Kraft nach erhalten, in einer unendlichen Verschiedenheit abgeändert werden; dennoch aber läßt sich aus vielfältigen Erfahrungen, und unzähligen mit diesen Dünsten angestellten Versuchen fleißiger und scharfsinniger Naturforscher, deren Beobachtungen besonders in unsfern durch die Chemie so aufgklärten Zeiten, seit verschieden Jahren diese sorgfältige Untersuchung der Luft, und ihrer vielen, von den aufgenommenen Ausdünstungen zerstörter natürlichen Körper abgedanderten Gattungen, welche sie mit dem allgemeinen Nahmen Gas zu belegen gewohnt sind, mit anhaltenden Fleiß gerrieben haben, mit Zuverlässigkeit darhun, daß der aus faulenden thierischen Körpern entwickelte Dunst von einer solchen Beschaffenheit sei, daß die damit beschwängerte Luft zum Athemhohlen völlig untauglich und daher lebenden Geschöpfen gänzlich tödlich befunden worden. Die meisten unserer heutigen Naturforscher legen dieser Gattung von Ausdüstung den Nahmen Phlogistische Luft bei, wiewohl auch andere selbige durch die Benennung mephitische Luft von andern Gattungen zu unterscheiden pflegen. So wenig bestimmtes wir nun auch, aus diesen angeführten Ursachen, von der wahren Natur und dem innern Wesen dieser Ausdüstung zu behaupten im Stande sind, und nur einzlig und allein aus Erfahrungen und bemerkten Wirkungen derselben auf lebende Creaturen sie zu beurtheilen gezwungen werden, so läßt sich doch, wenn uns auch gleich ihre eigentliche Beschaffenheit und Grundmischung nicht völlig bekannt ist, auf die zweyte Frage mit mehrerer Gewissheit antworten und derselben öfters tödliche oder doch höchst nachtheilige Wirkungen, welche nach Veränderung der Umstände bisweilen plötzlich

ich, in andern Fällen aber nur allmählig erfolgen, bestimmen.

Denn so ist nicht nur aus vielen in denen öffentlichen Nachrichten bekannt gemachten Fällen erwiesen, daß bei Eröffnung lang verschloßen gewesener Gräber, Gräste, oder anderer Behältnisse faulender thierischer Körper, der darinnen sich angehäufte mephitisches Dunst, wenn er auf einmal ausgebrochen und in die Atmosphäre hervorgedrungen, sowohl die brennenden Licher ausgelöscht, als auch die Arbeiter entweder plötzlich erstickt und getötet, oder doch wenigstens dergestalt betäubt, daß sie als tod niedergefallen, und lange Zeit in tiefer Ohnmacht aller ihrer Sinnen beraubt gewesen; auch wenn sie mit vieler Mühe durch Anwendung schicklicher Hülfe wiederum zum Atmen schöpfen und Leben gebracht worden, dennoch lange Zeit eine merkliche Entkräftigung ihrer Nerven erleitten. Und wenn auch die schädlichen Wirkungen dieses Dünstes nicht jederzeit plötzlich und mit solcher Heftigkeit erfolgen, so zeigt sich ihre Schädlichkeit dennoch auch gar öfters allmählig so untrügbar, daß sie, wenn auch diese Ausdünstungen sich verbreiten, und in der Luft verdünnet, oder auch durch die Verbindung mit den in der Atmosphäre hängenden Theilen gemildert werden, einen sehr beträchtlichen und allezeit wirigen Einfluß auf die Gesundheit des menschlichen Körpers verursachen. Denn da sie theils durch das Atmenziehen in die Lunge gebracht werden, so unterbrechen sie ihrer innern Natur nach das freie Atmenhohlen mehr oder weniger und erregen nach ihrer größern oder geringern Menge plötzliche Erstickungen oder wenigstens starke und langwierige Engbrüstigkeit; theils werden sie sowohl durch die in der ganzen Oberfläche der Haut offenen Gefäße, als auch nach einer vorgegangenen Verschmelzung mit dem Speichel von den Gefäßen des Magens eingesogen, und auf diese beyden Arten dem Geblute zugeschafft, woraus denn gar leicht eine allgemeine Verderbnis der Säfte des Körpers entsteht, die zu einer Menge verschiedener, theils hiziger und faulartiger, theils langwieriger chronischen Krankheiten Anlaß geben kann. Diese schädliche Ansteckung wird nun zwar, so wie ein jedes Subiect, welches sich derselben aussetzt, seiner natürlichen Constitution nach gesunder oder schwächer und kränklicher ist, aller-

allerdings dem Grade nach verschieden seyn, auch bey dem einen andern Gattungen von Beschwerden verursachen, als bey dem andern. Dennoch aber bleibt es ausgemacht, daß, je schwächer die Nerven eines Körpers sind, um desto eher diese schädlichen Dünste einen widernatürlichen Reiz in selbigen erregen, und durch selbigen leicht zu der Entwicklung eines schon vorhandenen Krankheits - Stoff gebracht werden können. Noch mehrere üble Folgen und öftmals ansteckende Krankheiten, kann ein solcher mephitischer Dunst faulen Leichname verursachen, wenn die Personen an Faul - Fiebern, Pocken und andern ansteckenden Krankheiten verstorben sind, wovon viele unlängbare Beispiele im Londner Magazin, in der Gazette salutaire, im teutschen Merkur und andern glaubwürdigen öffentlichen Schriften anzuführet werden.

Wie denn auch die schon oben angeführten häufigen Versuche berühmter Naturforscher eines Priessleys, Macquers, Lavoisier und vieler andern klarlich dasthun, daß eine solche aus faulen thierischen Körpern entwickelte und in einem engen Raum eingeschlossene mephitische Luft allen und jeden darein gebrachten lebenden Creationen höchstschädlich und mehrtheils tödlich gewesen.

Woraus denn mit der zuverlässigsten Gewissheit von uns behauptet werden muß;

Daß das Begraben der todtten Leichname in Kirchen, oder in den Ring - Mauern der Städte und überhaupt an solchen Orten, wo sich eine Menge von Menschen aufhalten muß, allerdings der Gesundheit höchst nachtheilig und, wenn auch die aus diesen faulenden Körpern austostende Lust nicht plötzliche und allgemeine Tödlichkeit bewirkt, dennoch daraus vielerley Krankheiten, die den Tod befördernd und allmählich nach sich ziehen, erreget werden können; welche Furcht um so viel mehr in unsern gegenwärtigen Zeitsalter gegründet ist, da durch so häufige, hier nicht anzue-

anzuführende Ursachen, die mehresten Körper unserer Städtebewohner, dergestalt geschwächt sind, daß sie weder den nachtheiligen Einbrüken auf ihre Nerven entgehen, noch eine in ihnen entstehende Krankheit, durch innere Lebens-Kraft gleich anfänglich zu unterdrücken im Stande sind.

Urkundlich mit unserer Facultaet bestätigt.  
Leipzig, den 10. Octbr. 1783.

Decanus, Senior  
auch übrige  
Doctores und Assessores  
der  
Medicinischen Facultaet  
dzhier.

## IX.

Impugnatio studii partium hinc inde in foro  
malē recepti,

(d. a. 1789.)

Qui in exponendo officio iudicū ac sententias ferentium versantur, ii ad vnum fere omnes caput integratatis in eo ponunt, vt ab ipsis omne studium, omnis fauor vel odium erga singulos ex litigantibus absit, vnde diligenter docent, neminem posse verum et iustum iudicem videri, qui alteri magis cupiat altero, et hanc esse primam praecipuamque omnium, quibus datum sit aliorum lites dirimere, virtutem, vt alieni sint a cupiditatibus et animorum commotionibus, vt potius ipsam solum controvērsiam intueantur et quid actum sit inter partes ac probatum, non, quis sit qui petat, vel is a quo petatur, in criminali vero cauſa solummodo, num reus delictum, cuius accusatur, perpetraverit, et quaenam in hoc poenae a legibus sint constitutae, spectent, reliqua omnia aliena a iudicio suo putent. Profecto vnum tantummodo habemus ius, quod in singulis iudiciis regnare debet, vnam iustitiam, quam constantem et perpetuam voluntatem vnicuique suum tribuendi, ipse VLDIANVS ac IVSTINIANVS l. 10. D. de iust. et iur. pr. I. eod. esse voluerunt, vnde iudices, vt LVCIANVS in Hermotimo ait, ita agere debent, *μηδέ τις λέγοντας*, *ἀλλα ἀσ τά λεγόμενα αποβλέπων*, unde CALISTRATVS l. 19. §. 1. D. off. praef. deicit, iudicem in cognoscendo neque excandescere aduersus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum illacrymari oportere;

P. 4

et

et recte ad iudices id applicaveris, quod veteres philosophi Stoici de sapiente dicebant, eum nunquam gratia moveri, nunquam cuiusquam delicto ignoroscere, neminem misericordem esse nisi stultum et leuem, viri non esse, exorari aut placari.

Quo certius itaque est, sententiam ferentibus nullam in alterius litigantis partes inclinationem esse, eosque sola causae probatione facta vel non facta regi debere, nulla ratione conditionis ipsius partis habita; eo magis mirandum, esse iure nostro aliquam προσοποληψίαν, sive studium partium, vel ex favore vel odio alterius natum, ipsis adeo legibus approbatam vnuque fori receptum, quod nunc impugnare constituimus. Cernitur vero in sequentibus speciebus, quas singulas iniquitatis arguere non dubitamus, singulasque ex foro nostro proscribendas censemus.

Merito incipimus a decantata illa practicorum formula: *Partes rei favorabiliores esse quam actoris.* Quidnam hoc rei est? Ergone quando duo litigant, unus eorum, et statim quidem ab initio litis, plus fauoris meretur altero? Et quid denique est, cur ei, vnde petitur, magis succurrendum videatur, quam actori? Nulla profecto idonea ratio reddi poterit. Potius si alicui praefumptioni locus dari posset, nostro iudicio semper magis pro actore quam pro reo praesumendum foret. Magna enim et eximia improbitas videtur, actorem aliquem eo audaciae progredi, ut actionem ob omni veritate alienam contra plane innocentem sit instituturus. Difficile est creditu, Caium sponte sua, temere fingere, Titium a se centum mutuo accepisse, aut emissum fundum Tusculanum, cum hic de sumendo mutantio vel fundo emendo nunquam ne cogitauerit quidem. Videri posset, eiusmodi actorem, omnino mendacem, non solum omni veritatis sed rationis etiam sensu carere, sponte sua periculum perdendae ob defecturam certissime probationem, litis subeundo, si nihil omnino inter se et reum actum fuerit. At vero, quod ad eos attinet, vnde petitur in communis est iuris regula, reorum est fugere, sic solent hi fere semper in praefacta negatione consilium querere, securi ac praemium mendacii, petitore forte probatione destituto, portaturi, quodsi vero probauerit,

non

non deterioris conditionis futuri, quam si ab initio statim affirmarentur. Vnde negare non possumus, nobis quando eiusmodi Acta in manus veniunt, semper in mente esse, reum negare non quia innocens, sed quoniam reus sit. Consententem habemus PAVLVM, qui l. 83. pr. D. de V. O. ad edictum sic scriptit: *Iudicium in iniuitum redditur et ideo auctori potius credendum est, alioquin semper negabit reus.* Non ignoramus quidem hanc sententiam, falso-rubiliores esse partes rei quam auctoris, regulis iuris a IV-  
STINIANO ex Caji libris ad edictum insertam esse, l. 125.  
de R. L. sed idem nos inter easdem regulas etiam hanc  
VLPIANI inuenimus: *Non debet auctori licere, quod reo non permittitur;* l. 41. eod. quod documento esse potest,  
hoc pars studium non omnibus veteribus ICtis placuisse.  
Profecto, si dicendum, quod res est, nobis haud parum  
verosimile videtur, dictam CAII regulam ab initio tan-  
tum ad iudicia publica pertinuisse, quippe qui non diu post  
illa tempora vixit, quibus turpe hominum genus, delato-  
res, tantam reipublicae perniciem afferebant, innoxios  
saepè accusando, publicis adeo praemiis allecti, ut non so-  
lum ab omnibus bonis odio haberentur, sed etiam eorum  
esfraenata cupiditas aliis nocendi a variis Imperatoribus  
coercenda videbatur, id, quod in primis fecit TRAIANVS,  
vid. PLINIUS Panegyr. c. 34. BRISSON. Antiqu. iur.  
c. 17. BACHIVS Traian. legislat. p. 81 sq. PITISCVS  
Lex. antiqu. voc. delatores, addito axiomate, bono prin-  
cipe admodum digno: *Satiis esse, impunitum relinqu facinus innocentis, quam innocentem damnari.* Ex hoc igitur  
erga delatores odio regula CAII de reorum sauro ab  
initio fluxisse nobis videtur, in primis cum secundum pu-  
rum latinum ferronem, a cuius tempore CAIUS non diu  
distabat, vox reus in primis de iudiciis criminalibus adhibe-  
ri, atque accusatori, quemadmodum petitoris, vnde pe-  
tebatur, opponi soleret. Hunc igitur in his causis ae-  
quissimum erga reos sauorem sine dubio sequentes ICti  
opinionibus suis ad priuatas etiam causas traduxere; in  
quo maxime reprehendens PAVLVS l. 28. D. de re  
ind. qui parum abest, quoniam ex regula exceptionem, ex  
hac regulam conficeret, et sauorem reorum non nisi per in-  
terpretationem ad publica etiam iudicia deduceret; ipsam  
vero sententiam confirmauit pontifex GREGORIVS IX.

*cap. vlt. X. de sent. et re iud.* Attamen uterque limitationem regulae adiecit, alter quoad causam libertatis, alter praeter hanc etiam quoad reliquas causas fauorabiles dotis, matrimonii ac testamenti, ita ut unus fauor ab altero vincentur. Profecto quam vacillans haec sententia sit, ex eo simul intelligi potest, quod ipsi interpretes in ea variant, quorum plerique illum fauorem vniuersalem esse gloriantur, alii eum quidem principio et actionibus praeparatoris actori, in lite media neutri, ac in fine denique reo competere putant, THOM. DE THOMASSET. *Florib. leg. regul. 110. et 270.* LAVTERBACH. Coll. pand. L. II. T. 13. §. 19. Neque est, quod eiusdem sententiae fautores hanc ipsi excusationem quaerunt, quod eam non nisi tunc admittere solent, quando res in controversia deducta dubia sit. At negamus, in causa civili judicem dubium haerere debere, potius duea tantum sunt conditions, ut actor aut probauerit, siue plene, siue minus plene, aut non probauerit. Quoniam igitur hodie illo veterum iudicium: *Non liquet*, non vtimur, ne lites eventu deficiantur, nihil reliquum est, quam ut reum aut condemnemus, aut absoluamus, non ex vilo vel actoris vel rei fauore, sed secundum legum circa probationem in iure, praecepta.

Porro neque lex ANTONINI l. 4. C. de edendo praefidium dabit, qua actore non probante, is qui conuenitur, et si nihil ipsi praefat, obtinere debere dicitur, cum hic non sit fauor rei, sed naturalis confutatio deficientis probationis ab actore suscepitae.

Alterum exemplum, quo vna litigantium pars altera plus fauoris in foro habere solet, in *Iudaicis* reperitur. Non de eo loquimur, quod ipsis nec actiones christiano vendere nec publico munere fungi, nec iure ciuitatis ornari, nec tutores christianis esse nec contra eos nomina emere licet, vel quod in aliis etiam rebus illis inferiores habentur, cuius rei ratio in publica prouinciarum ciuitatumque conditione quaerenda est. At hoc profecto non potest non animum commouere, quando in foro eos in controversis cum christianis nonnisi propterea postponi videmus, quoniam iudei sunt, quod interdum longe procedit, ut adeo relatum sit, aliquando dicasterium quoddam cum iudeum christiano

no

no condemnaret, inter rationes decidendi etiam hanc posuisse: Weil Beklagten Vorfahren unsern Herrn Christum gefreuzigt. In quo quamvis illi quam maxime deliquerunt, ac posteri eorum usque in hunc diem meritas poenas luunt, tamen hi quatenus tanquam membra societatis civilis in civitatisibus adhuc tolerantur, neque a communione publica excluduntur, etiam pari iure cum reliquis confundi videntur, et quemadmodum turpe est ac ingenuo homine indignum, quemquam religionis causa ostio persequi, sine dubio etiam valde iniquum erit, in decidendis litibus iniquo contra iudeos iure uti. Primo huc referendum putamus id, quod iudeorum fides in dicendo testimonio fere nulla putatur, cum tamen nihil aequius sit, quam ut etiam iudei, si iusto iuramento adstringuntur, veritatem dicere presumantur. E contrario pontifex cap. I. X. de haeret. in vniuersum omnibus fidei christiana expertibus fidem etiam iuridicam denegat, id quod recte reprehendit I. H. BOEHMERVS I. E. P. L. II. t. 20. §. 3. atque HOMMELIVS Rhapsod. Obs. 21. voc. haereticus. Similiter canone 26. caus. 2. qu. 7. haec leguntur: Si haereticus contra haereticum litiget, liceat cuius everum haereticum testimoniū adducere. Sin autem orthodoxus contra haereticum litiget, pro orthodoxo quidem etiam haereticī testimoniū valeat, contra orthodoxum autem solum orthodoxi testimoniū valeat. Orthodoxis autem litigantibus ad testimoniū nulli haeretico pateat aditus. Similiter in capitulo 21. X. de testib. et att. habetur: Testimonium christianorum aduersus iudeos in omnibus causis recipiendum esse censens; et anathemate decernimus seruendos, quicunque iudeos christianis voluerint in hac parte praeferre, cum eos christianis subiacere oporteat et ab eis pro sola humanitate soueri. Consentit ius ciuile l. 21. C. de haeret. et manich. vbi imperator: Sancinus, inquit, contra orthodoxos quidem litigantes nemini haeretico vel his etiam, qui Iudaicam superstitionem colunt, esse in testimonia communionem, sive utraque pars orthodoxa sit sive altera; cf. Nov. 45. t. I. Estne hoc illa aequa lana, qua iustitia trutina ponderanda est? Magis laudanda maiorum nostrorum opinio, quibus quamvis nec minus iudeorum testium fides vacillare videretur, tamen saltim exactam paritatem seruari volebant, atque in lite iudei aduersus chri-

christianum duobus iudeis ac vno christiano, christiano autem agente contra iudeum vicissim duobus christianis et vno iudeo testibus ad conuincendum opus putabant, *Weichb. art. vii.* Itam autem juris ciuilis sententiam hodie vi plurimum forensem esse, videri potest apud *NAT-TAM Confil. To. II. cons. 394. n. 12.* *SCHILTERVM Exerc. 35. §. 23.* *BERGERVM Oecon. iur. L. IV. t. 24. §. 3.* *MENCKENIVM Syst. pant. L. XXII. t. 5. §. 13.* *HERTIVM Dec. 198. n. 3.* *RIVINVM ad O. T. 21. enunt. 20.* aliosque.

Huic juris iniquitati alia, ipsa natura nexa videtur, nempe haec, quod iudeorum mercatorum libris rationum non, vt christianorum, semiplena fides attribui solet, et quod ipsi iudei quamquam semiplene probantes, tamen ad suppletorium non facile admittuntur, sine dubio propterea, quod cum christianis semper peierare vindentur. Posterioris forte ex Gloffatorum opinione promanauit, qui non dubitarunt *v. Gloss. in l. 40. D. de leg. I.* statuere: *Iudeos qua iudeos semper delinguere praesumi.* Iam vero ethi hic locus non est disquirendi, quatenus quidam iudeorum ad fraudes et sceleras proni sint et proclives, tamen primo ex nostra sententia non decet quorundam prauitatem in viuersam gentem conferre, in primis cum nec inter eam defint, qui melius et justius reliquis sentiunt, inter quos in primis hoc loco nominandus quidam Abramus lagel, iudeus italicus, qui sub initium huius seculi in libro, Leckach dicto, gentiles suos ad amorem christianis exhibendum diligenter adhortatus est; *BERGER Oec. iur. L.I. t. 4. §. 3. not. 3.* deinde officio indicum, quod in administrando singulis litigantibus iure aequissima et accuratissima lance vi debet, omnino adueratur, in dirimendis controvrsiis religionis rationem habere, qui potius tanquam diuinae iustitiae sacerdotes, diuino numini similes in eo esse debent, vt quemadmodum hic in omnes populos ac vnicuique religioni addictos innumera beneficia in hac vita conferre solet, sic illi neminem cuiuscunq; gentis vel religionis a summo humano beneficio, aequa iustitiae distributione alienum putent. Quapropter non possumus non indignari *npp. HONORIO et THEODOSIO,* sapientissimis alias et prudentissimis legislatori- bus,

bus, quando l. 6. C. de pagan. iudeis ac paganis actionem  
vi bonorum raptorum nonnisi ad duplum dant, quae eo  
tempore omnibus ad quadruplum dabatur; quasi minorem  
poenam is mereatur, qui alienae religioni addictis quic-  
quam rapit, quam qui suae. Pari modo mente concipere  
non possumus, cur iudei, quando iuramenti delatione  
vtuntur, ad iusurandum caluniae vel relatum admittan-  
tur, a solo suppletorio, quamvis iudici per testes aut in-  
strumenta aliqua veritatis prae sumptione facta, arceantur.  
Fac etiam, verum esse, quod aiunt, iudeos iuramentis  
aduersus christianos praefit si non obligatos credere,  
nonne quotidie et eiusmodi homines sub oculis verfan-  
tur, qui etiā sancta religionis nostrae placita a pueritia  
edocti, tamen iuramenta contemnunt, usque tantummodo  
externam aliquam vim, nempe ad defraudandos ciues suos,  
et abscondenda sclera tribuant, internam nullam sentiunt?  
iudeos autem neque ad iusurandum suppletorium neque  
ad iuratam librorum mercatoriorum confirmationem con-  
tra christianum admittendos esse, in primis statuit BER-  
GERVS Ele&t. disc. for. Tit. XXII. obs. 1. not. 8, ex  
sententia lCtorum Vitebergensium, ratione adducta, quo-  
niā qui aduersus alios testis sit inidoneus, is nec pro fe  
ipso in supplementum probationis testari possit, quam cau-  
sam tamen quis non videt valde ridiculam esse. Idem lCci  
Vitebergentes dictam sententiam saepius feruarunt, vt  
videre est apud WERNHERVM To. I. obs. 193. cum sup-  
pl. nec non Ordo noster eidem quondam adtipulatus est  
apud MENCKENIVM l. c. etiā non disstendum sit, alia dicasteria,  
vt lCtos Halenses, Erfordenses, ac Helmstedtenses apud  
BERGERVM l. c. atque adeo referente MYNSINGERO Cent.  
V. obs. 6. ipsam Cameram Imperii etiam iudeis interdum  
suppletorium imposuisse. Igitur alii, vt BERLICHIVS  
P. I. concl. 54. n. 67. putant, iudeorum probationem  
semiplena adhuc maiorem esse debere, antequam ad sup-  
pletorium peruenire queant, qua nihilominus deteriores  
christianis forent, quibus unus testis omni exceptione ma-  
ior ad hoc sufficit.

Licetne iudeis fiscum principis iungere? Si impium  
videatur, veniam ex rerum coniunctione speramus. Quis  
non audijt in foro cantilenam: *in dubio esse contra fis-*

*cum*

tum pronunciandum, praecinente ICto MODESTINO &  
 10 D. de iure fisci. Igitur ne princeps quidem ab ini-  
 quitate sententiarum ferendarum tutus erit? Ergo princi-  
 pis fiscus, cui leges tot tantaque priuilegia dederant, iniui-  
 diae iudicium subiaceat? Veremur, ne hoc argumento  
 omnes illy viuantur, qui amicos suos vel cognatos aut cines,  
 ab eo quod vel ex conductione, vel ex tributorum aliaue  
 causa fisco debent, liberari cupiunt. Reipublicae interest,  
 fiscum principis esse locupletem, ne eius inopia ad susten-  
 tandum remppublicam ex priuatorum opibus supplenda  
 sit! Et tamen iudices, sententiasque ferentes iubentur, poti-  
 us aduersus eum, quam pro ipso pronunciare! Iura ab  
 una parte fisco magnopere fauent, IVSTINIANI Edict. 4.  
 c. 2. ita, vt multa et summa ipsi beneficia tribuant, quo-  
 rum longum catalogum PEREGRINVS de iure fisci, Lib.  
 VI. et ex eo STRUVIVS S. I. C. Ex. 50. §. 37. cum  
 MÜLLERO ad h. l. referunt et tamen eodem tempore sic  
 eum odio persequuntur, vt, si quaefio oriatur, an quis  
 ipsi debeat, idem in periculo sit, ne ab aduersario, non ar-  
 gumentorum vi, aut instrumentorum claritate, verum odio  
 aduersus se, adeo per leges imperato vincatur! Est au-  
 tem haec communis vociferatio pragmaticorum, STRU-  
 VII S. I. C. exerc. 50. §. 37. WERNHERI Obj. for. T. I.  
 P. 3. obj. 33. ZOESII ad Pand. t. unde vir et ux. no. 2.  
 HELLFELDI Iurispr. for. Lib. XLIV. t. 14. §. 2136.  
 LAYTERBACHII Colleg. Pand. L. 49. tit. 14. §. 7.  
 BRUNNEMANNI ad t. 10. D. de iur. fisci et plurimorum  
 aliorum. Neque est, quod fisci osores dicant, id decere  
 dubia tantum intelligendum esse. Iterum repetamus ne-  
 cessesse est, iudicibus ac ius dicentibus, qui iura norunt, qui-  
 que debita solertia fidem testium et instrumentorum ex-  
 minantur, nihil dubii in sententiis ferendis reliquum esse  
 posse. Accommodent ius ad facta, et videant, num ad-  
 fit id, quod leges vel ad plenam probationem vel ad minus  
 perfectam desiderant, ac certissime dicere poterunt, num  
 condemnandus sit reus vel absoluendus. Et fac, videri  
 eos interdum lapsos errore vel opinione, tot patent ad no-  
 vos sententiarum reuiores aditus, vt qui ultimo loco vincitur,  
 non possit non sibi ipse iure victus videri, siue fiscus sit,  
 siue aliis, repudiato omni fauore vel odio. At vero,  
 quid opus multis? Error est pragmaticorum, qui istam

ICti

ICti legem male intellexerunt, iam obseruante FRANC. DVARENO Praelett. ad pand. XXXI. ad l. 38. de re iud. Scilicet ICtus non dicit, re dubia aduersus fiscum esse pronunciandum, sed haec eius sunt verba d. l. 10. de iur. fisc. Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. Itaque eius sententia haec sollempmodo est, eum non delinquisse, nec puniendum esse, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum responderit. Etenim cum illo tempore in primis caduca ad fiscum principis pertinenter, et inter haec ea, que coelibi vel Latino luniano legarentur, nisi intra centum dies legati capaces fierent, VLPIAN. Fragm. Tit. 17. §. 1. inde, et quia legem ex MODESTINI libro singulari de praescriptionibus sumtam videmus, valde probabile est, unum vel alterum ex ICtis Modestino coaequis super praescriptione vel istorum centum dierum vel forte etiam super cuiusdam criminis, quod poena publicationis bonorum alias pecuniaria securata fuisset, praescriptione consultum, aduersus fiscum respondisse, et hoc respondenti pro magno crimen apud principem imputatum fuisse. Qua de re |quaesitus nunc MODESTINVS, qui tanquam ICtus magnae aequitatis et humanitatis laudatur, BACH Hist. iur. L. III. c. 2. §. 25. suam sententiam ita exposuit, ut eum ab imputato crimen liberaret, id, quod eo tutius et aequius facere poterat, cum iam ante ad Imp. TRAIANI gloriam relatum legeretur, quod sub eius imperio fiscus haud raro victus esset, BLIN. Panegyr. c. 36. §. 4. cf. DION. GOTHOFRED. ad d. l. 10. de iur. fisc. et AND. ALCIAT. Parerg. L. VIII. c. 6.

Veniamus porro ad eos, qui vindicias libertatis instituunt, et videmur audire nobis acclamari: ne huius cuidem favorabilis in iure ac foro causa statuenda? Quis ignorat legem Petroniam et D. pii constitutionem, qua cautum, in diffensi parium numero indicum pro libertate pronunciandum esse, l. 24. D. de manuiff. l. 38. de re iud. At vero contra hoc ipsum est, quod disputamus. Nam melior videtur sententia MODESTINI, l. 28. eod. qui, si duo iudices diuersas sententias dederint, utramque ait in pendenti esse debere, donec index competens unam earum confirmet. Quod ad ipsam libertatem commodissime applicari potest. Non negandum quidem, eam, quod et

PAV-

PAVLVS dixit l. 106. & 176. de R. I. rem inestimabilem esse infinitumque eius pretium, nulli forte aliij bono vñquam comparandum. Et fortassis tum, qui haec scribimus, tum qui haec legent, lubentius vitam perdere mus, quam nos in Turcarum seruitutem detrudi patremur.

Vnde non reprehendendi videntur ICti, qui ex libertatis fauore multa iuris placita deriuarunt, v. g. quod manumissus ex die, decedente prius herede, tamen liber fiat, l. 16. *de manumiss. testam.* vel quod in viuierum omnes libertati adiectae conditiones magis pro ea accipiendae videantur, aut similia, quapropter POMPONIVS omnino laudandus, qui libro septimo ad Sabinum in dubia interpretatione (testamenti forte aut instrumenti) pro libertate dixit respondendum esse, l. 20. D. de R. I. At hoc ferre non possumus, quod libertatis fauor in dirimendis super libertate litibus vim aliquam habere debet. Potius sic sentimus: quia libertas tantum est beneficium, a summo numine hominibus concessum, quo maius ne cogitare quidem licet, turpe et indignum videtur, eam, si in contiouersiam veniat, foli iudicis fauori, non ipsi probatae ingenuitati deberi. Procul dubio dedecori est bono et constanti viro, vt liber dicatur, iudicis iniustitiam vel inconstantiam implorare, aut ingenuitatem incertitudini sententiam dicentis acceptam ferre! Cedo, qualis sit illa libertas, quam demum siue a iudice dubitate accepitis siue ab inique iudicante mendicatus sis? Fac, verfari nos inter veteres Romanos, vel alias gentes, in quibus personarum seruitus viget, et ubi seruorum numerus inter opes ciuium refertur? Credamusne domino, qui aliquem hominem coram iudice in seruitutem iure vocat, qui ne haec bonorum suorum pars sibi eripiat, iudicis auxilium implorat, minus ius esse, ab hoc iudicium aduersus libertatem postulandi. Multo minus ferenda est eorum sententia, qui hanc iuris romani circa personas iniquitatem nedum ad praedia aduertere student, et propterea semper potius contra seruitutes vel rufficas vel urbanas iudicandum esse censem. Non hic I. H. BOEHMERVM euocabimus, qui rufficoru[m] germanorum praedia ipsa natura sua seruitutibus obnoxia esse, argumentis haud contemnendis

nendis ostendit, *diss. de imperfecta libert. rust.* nec reprehendimus, quod in actione negotioria is, qui fundum alterius seruitute grauatum ait, hoc rite ac iuste probare debeat, sed hoc tantum dicimus, siue quis hanc actionem negotioriam siue confessoriam instituerit, utrumque aequaliter iustitiam expectare debere, et valde iniquum esse, si iudex in ipsa probatione inuestiganda, ei qui alteri seruitutem pascendi vel viae negat, plus fauoris concedere velit, quam illi, qui sibi eiusmodi seruitutis commodum competere, contendit.

Sequitur iam, vt de pernulgato illo *cavifarum matrimonialium fauore* verba faciamus! Sed quid de ea re aliud dicendum erit, quam quod alii viri prudentissimi diu iam dixerunt, nempe errorem esse iniquum, impium et fere ridiculum, e terris protestantium eo magis eliminandum, quo certius ex alio pontificum errore promanauit, qui matrimonium inter sacramenta retulerunt, eamque sententiam in Concilio Tridentino *fess. XXIV. can. 1.* sub anathematis committitione pro vera haberuferunt. Quid igitur mirum, si pontifices ei, quod supra ex dini Pii constitutione de nimio libertatis fauore vidimus, etiam suas quasi sanctas causas matrimoniales addere conati sunt, *c. vlt. X. de fent. et re iud.* et has quoque in primis fauorabiles esse constituerunt. Ab hac igitur de sanctitate matrimoniali opinione, vt multi iam viderunt, venit, quod eiusmodi litium agitatio penes consistoria ecclesiastica manserit, quamvis rei ipsi, praeter accedente in nostris foris benedictionem sacerdotalem, et praecedentem in suggesto sacro notificationem nihil ecclesiastici insit; quod ex ea ratione facile ferri potest, quia apud consistoria nisi adhuc paulo maior, eadem certe iudicialis probitas ac religio cerni praesumitur. Pari modo ferri posset, quod apud protestantes explosta licet sacramenti fictione, nihilominus opinio de quadam quasi sanctitate matrimoniorum diu conservata est, quippe quae omnibus iis rebus, quibus peculiaris veneratio deberet, quasque in primis violare nefas est, inesse a primis inde temporibus creditum est, *v. 1. SAM. STRYCK diss. de reliquis sacramenti in matrimonio.* At vero, si leti ex eo singularem aliquam causam matrimonialium gratiam deruant, si ei, qui pro-

Q

matri-

matrimonio litigat, leuorem probationem sufficere putant, si hanc ipsam nulli temporis fatali adstringunt, si pro eo testes admittunt, quibus in nullis aliis iudiciis fides haberetur, si e contrario aduerfarium consuetae probationis aliqua specie, iuramenti scilicet delatione interdicunt, si nec a iudice post susceptam probationem vulum iusurandum praecipi posse statunt, si, quod mirandum, sententiam aduersus matrimonium latam nunquam in rem iudicatam transire docent, adeoque huiusmodi lites perpetuas et immortales facere cupiunt, quas singulas sententias iam CAROL. FRIDER. WINCKLER in disputatione inaugurali Göttingae anno 1745. de caufarum matrimonialium nimio fauore foris proscribendo habita, late impugnauit, id fane ab animo integritatis et iustitiae studioferri nequit! Puder confiteri, ex his opinionibus, iustitiae inter omnes pari adeo adversis, quamvis quaedam ex vsu recesserint, tamen multas remansisse, et adhuc hodie in foro regnare, sed speramus fore, vt quemadmodum legislatores Saxonie haec tenus innumeratas, quamvis inueteratas sententias, si aquitati vel sanas rationi contrarias animaduerterint, e foro proscripterent, sic eandem fortunam iniusto caufarum ecclesiasticarum fauori non defutaram.

Ecce vero nouam, si Deo placet, iuris regulam: *Iura prionera esse debere ad liberandum ab obligatione, quam ad eam confirmandam,* BRVNNEM, ad l. 47. D. de O. et A. qua ipsa nihil aliud dicitur, quam iudicem non alterutri litiganti aequalem et parem iustitiam praebere, sed eum prae altero vincere debere, qui a postulato debito vel obligatione liberatus esse cupiat. En verum partis studium, fere vt illud, de quo primo loco diximus. Fautores huius sententiae nituntur PAVLI verbis l. 47. D. de Obl. et A. Arrianus dicit, multum interesse, queras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur? Vbi de obligando queritur, propensiores esse debere, si habeamus occasionem, ad negandum. Vbi de liberando, ex diuero, vt facilius sis ad liberandum. At vero haec non ita intelligenda sunt, vt instituta vel ad alterum obligandum vel ad se liberandum petitione, in illo exemplo ab auctore, in hoc vero a reo plus probationis desideretur, verum

verum hoc solummodo, neminem praesumendum esse se alteri obligasse, et eapropter eum, qui hoc factum esse dicat, id ex natura propositionis affirmativa probare debere, id quod verba: *si habeamus occasionem*, indicant. Ut taceamus, esse antiquae Germanorum fidei contrarium, qui, quam obligationem uno verbo contraxerant, ab ea neque extra iudicium, neque per illud liberari cupiebant. Si quis autem aequitatis fumus oculis obiciatur, is per iustitiae aerem facile dissipari poterit, quae iudicem admonet, utrumque litigatorem simile iudicium ab eo expectare. Erenim, controuerfa a partibus coram eo agitata, aut reperitur, alterum alteri obligatum esse vel minus. Si illud, omnis obligatio adiunctam debet habere necessitatem eam adimplendi, *LAVTERB. Coll. pand. L. XLIV. t. 7. §. 3.* fin hoc, absoluatur is, qui dicebatur obligatus esse, non ob iudicis proclivitatem ad liberandum, verum, quia adversarius, ipsum obstrictum esse, non demonstrauerat. Vnde itaque, vanam esse illam regulam et aequo iure non tolerandam. Quid cogitaremus, si aliquem iuris naturae doctorem dicere audiremus, homines ab obligationibus, quas hoc praecepit, magis absolvendos esse, quam iis vincendos? Cur non eandem rationem in iure ciuili habendam putemus, quando duo vinculum obligationis sibi necesse libera virtusque voluntate fulcepere? Fortassis omnis illa regula ex veterum stipulationibus aut reliquis iuriis stricti contractibus descendit, ex quibus praeter id, quod ipsis verbis continetur, iudex condamnare non poterat. Quorum cum panciores esse solerent, quam bonae fidei contractus, in quibus absolutio, iudice aequitatem sequente, facilior esset, hinc fortassis illa peruerfa, non satis intellecta, regula nata conspicitur.

Praetermittimus iam *reliquas causas* vel personas, quas *favorabiles* in iure dicunt, ut dotes, pias causas, et personas miserabiles, in quibus omnibus eadem ratio ac in superioribus cernitur, scilicet, iniquum videri, priuilegia, quibus forte gaudent, fauoremque, quo falsa ceteroquin iustitiae puritate non indigni videntur, adeo dilatare, ut et in litibus eorum ditimendis aliquam vim habeant,

Q. 2

Hoc

Hoc vnum modo addere liceat, nos satis mirari non posse, quando vel in Ictorum libris legatur, STRYCK *de caut. testam.* c. 14. §. 10. vel quotidie in foro circumferatur: *semper magis pro conseruandis ultimis voluntatibus, quam contra eas iudicandum esse.* At vero, huic rei duplex dubitatio obici possit videtur, vna a veritate, altera ab iniquitate defumta. Et quod ad illud attinet, iterum videntur leges in eam rem adductae male intellectae esse, atque libera testandi potestas cum ultimarum voluntatum iam conditarum interpretatione misceri atque confundi, quorum hoc ex illo plane non sequitur. Igitur, quando vel lex 12. tabularum vnicuique liberam de re sua testandi potestatem reliquit, vel VLPIANVS l. 4. D. *de adim.* vel *transf. leg.* hanc voluntatem perpetuo ambulatoriam vsque ad extremum vitae halitum appellat, vel denique Imperator CONSTANTINVS l. 1. C. *de SS. eccl. nihil est,* ait, *quod magis hominibus debetur, quam ut supremae voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit filius, et licitum, quod iterum non reddit, arbitrium;* vbique nihil aliud intelligitur, quam vnicuique, si ultimam voluntatem confiscere velit, id omnino licere, nec eum impedendum esse, sed nusquam dicitur, si quis testamentum fecerit, quod vel difficilem intellectum habeat, vel solemnitatibus ac validitate careat, tunc indicem sententia sua testamento opem ferre debere aduersus heredes ab intestato. Ultima voluntas perfecta conseruanda est, non imperfecta, clara non obscura. Potius iura ultimas voluntates secundum regulam nulla alia de causa tot tantisque solemnitatibus adfrinxisse videntur, quam vt non quotidianum sed aliquo modo difficile esset, cuiusque bona proximis heredibus, etiam non suis, adimere. Et in hoc quidem latet, quam modo opponebamus, iniquitatibus dubitatio. Quid enim? Sumite aequitatis trutinam, et in una paterna ponite proximorum agnatorum, faepius nihil in defunctum peccantium et nonnisi adulatorum et sycophantarum malis artibus remotorum, spem hereditatis ipsis secundum leges ab intestato debitae, ac in altera paterna hominis extra omnem familiam lucrum imperatum capiae alienae hereditatis, a natura et legibus ipsi haud destinatam; et iam perpendite, a quo latere maior aequitas pendeat? Profecto omnes nobiscum consentient, magnum

num illic aequitatis superpondium iacere, adeoque eum testatorem eiusque ultimam voluntatem nullo fauore dignam existimandam esse, qui, cum potestate haberet, bona sua vnicuique prout vellet relinquendi, modo ex lege praescripta ageret et clare loqueretur, tale tamen reliquit ultimum arbitrium, quod vel ob omissas folennitates, vel propter ambiguum sermonem post mortem exitum habere non potest. Quae aequitas forte alias gentes, v. g. Danos, Suecos et Anglos, nec non ciuitatem Hamburgensem ac Lubecensem mouit, ut hereditates praeter liberos, parentes ac fratres etiam reliquis agnatis cognatisque, prohibita testamenti factio, conseruandam voluerint, p. MÜLLER ad STRUV. S. I. C. Ex. 32. f. 3. not. D.

## X.

Ad doctrinam de iureiurando flores sparsi.

(d. a. 1789.)

**P**ostquam inter homines eo peruererat, vt inuicem se fallerent, datamque fidem frangerent, nec vera, sed in ciuium perniciem falsa dicerent, inueniendum erat aliquod nouum veritatis ac fidei adminiculum, a sancta religione petitum, ipsa sapienter ad negotia humana deducta, et per rerum diuinarum cogitationem verbis ore prolatis fide publice conciliata. De hoc igitur iureiurando quamvis multi interpretum multa scriperint, inter quos praeter SERAPHINVM de SERAPHINIS, SETSERVM, STRYCKIVM, LAVTERBACHIVM, WERNHERVM aliasque praeprimis celeberrimum IVL. FRID. MALBLANGCIVM, iuris antecessorem Altorfinum meritissimum nominemus, qui libro elegantissimo, quem doctrinam de iureiurando inscripsit, huic clarissimam lucem affudit, tamen adhuc quaedam relicta esse videntur, que tanquam flores re-cens collecti, huic amoenissimo horto adspargi possint. Id nunc nos tentabimus observationibus quibusdam propositis, quae partim varios pragmaticorum errores vin-cerent, partim theoreticorum aliquot opiniones illustrarent, et inter se conciliarent.

OBSERVATIO I.

*Error pragmaticorum primus: Deum iureiurando tan-quam testem veritatis inuocari.*

Saepius offendere nos solet, quando apud plerosque vel theologos vel iurisperitos, dum de iurisurandi reli-

religione dicunt, legimus audimusque, eo ipso Deum et testem veritatis et viorem seu vindicem perjurii invocari. Sunt tamen, qui posterius abiciunt, sola diuini testimonii idea retenta; alii testimonii denunciationem omittunt, sed viorem perjurii ex notione iuris iurandi abesse posse negant. Inest quidem cum maxime iuris iurando sanctissima religio, aut potius iuramentum totum veneranda religione continetur, vel, ut laudans MALBLANC lib. cit. Lib. I. §. 5. dicit, cum tota religionis indeole arctissime cohaeret, ita ut sine contemplatione nullum foret. At nihilominus, que isti sententiae insunt, notiones iuris iurando plane non accommodatae videntur. Et quod ad vocabulum quidem *invocationis* attinet, hoc ferri poterit, modo iustum cum ipso sensum, nempe: Deum profiteri ac venerari, atque de eo digne cogitare et nonnisi magnifice sentire, coniungas, non autem solam notiōē petitionis ac rogationis, quam vulgo cum voce germanica arruſen male nectere solent. Nam diuerſa sunt iurare et orare seu Deum quicquam rogare, et invocatio proprieſie dicta ait PIET. MÜLLER ad STRV. S. I. C. ex. 17. §. 2. not. C. et iuramentum multis parafangis inter se differunt cf. infra Obs. 5.

At vero notionem *testimonii* a natura ac indele iuramenti omnino abesse debere putamus. Piaculum quidem fore, omniscientiam summam, iustitiam ac omnipotentiam diuinam in dubium vocare; atque adeo harum ipsarum virtutum cogitatio a sacramento abesse nequit, STRYCK Melet. iuram. nul. I. c. I. §. 7. sine quibus virtutibus ipse Deus non esset Deus. At vero quomodo testimonii dictio cum maiestate diuina conuenire possit, animo concipere haud possumus. Hominem infinite infra summum numen positum, a quo factus creatusque est, a quo regitur, cuius solo beneficio spirat, tam audacem esse posse, ut ab hoc summo nomine, quod ab eo non nisi venerandum ac adorandum est, testimonium postuleat, quis hoc non miratur? Homines ab hominibus quando cum aliis in lite versantur, testimonium petunt, quo veritas eluceat, et nos vere putamus, ipsis testibus, dum iurato deponunt licere, ex sua parte denuo summo numini testimonium super suo testimonio denunciare? Quid igitur indignius Deo cogi-

tari potest, quam id, quod quidam pragmatici dicunt; veritatem per iuramentum non ita perspicue exhiberi, quemadmodum fiat per testes, qui ipsi viderint, aut per instrumenta, quibus ad sensum res demonstretur? HAHN ad WESENBECK, *Lib. XII.* t. 2. no. II. WERNHER *Obs. T. I. ob. 151. no. 35.* Quis itaque non videt, inconvenie ac maiestati diuinae inconvenienter dici, Deum in rebus humanis testimonium perhibere? Et qua quaeratione summum numen testimonium, ad quod a tot iurantibus provocatur, feret, cum hodie nullo cum homine amplius immediate loquatur? Decetne affirmare, hoc testimonium diuinum semper mutum et taciturnum fore? Profecto Deus seit, num iurans vera pronunciet an falsa, sed non ut testis, verum ut Deus atque vi omniscientiae suae,

Nolint, qui contra sentiunt, provocare ad apostolum Paulum, qui saepe Deum testem veritatis inuocabat, ut ep. ad Rom. cap. I. v. 9. ep. II. ad Corinth. c. I. v. 23. ep. ad Philipp. c. I. v. 8. ep. ad Galat. c. I. v. 20. et ep. I. ad Theſſalon. c. 2. v. 5. At vero distinguamus inter obtestationes vel exhortationes et iuramenta, inter quae magnum est discrimen, vt a) SETSER de iuram. L. I. c. 15. n. 8. seqq. ac WERNHER *Obſerv. T. I. P. IV. ob. 151. no. 146.* nec omnis asseueratio quamvis fortissima est iusurandum, quod probat I. H. BOEHMER. J. E. P. L. II. t. 24. ſ. 3. seq. vnde male iudicat PONTIFEX cap. 26. X. de ureur. defendens bonam causam falso arguento. Verum cum Paulus animos lectorum imprimis de animo suo erga eos persuadere cuperet, obtestationes addebat provocando ad omniscienciam diuinam, vt eo maiorem fidem ſibi compararet, quea ipsi frequentes erant, et qualis etiam reperitur in epiftola ad Timotheum prima c. 5. v. 21. Sed obtestationes et asseuerationes quamvis fortissimae, non sunt iuramenta, cf. GE. HENR. AYRER academias Georgiae Augustae quondam ornamentum, diff. de abuſu iuram. e rep. proſer. ſcīt. I. ſ. I. pag. 16. seq. Idem etiam conſtitetur PYRFENDORFIUS de I. N. et G. Lib. IV. c. 2. ſ. 3. nec non I. NIC. HERTIVS ad h. l. eti alter imprecações et detestaciones partem iuramenti, alter quasi

quasi iuramentum, vterque minus recte appellat. Paulus igitur illis locis nec vere iurabat, nec presumendus est, aduersus Christi praeceptum, tam crebro iurare, hoc est, iuramento abuti voluisse, BOEHMER l. c. §. 7. Similiter nec ad omniscientem diuinam prouocare, est iurare, vnde qui in communii vita quicquam assegerant sub verbis: Gott weiß! a nemine nisi in ore plebis rite iurare dicuntur; potius et haec est obtestatio, non iuriandum, cf. I. H. BOEHMER. *Iur. Eccl. P. et L. II.* t. 24. §. 4. 6. 7. Denique dicant nobis illi, qui in vniuersa iuriisurandi definitione iuocationem Dei ut testis veritatis necessariam putant, quomodo hoc accommodare queant ad illud iuramentorum genus, quo iurans in futurum vel aliquid facere vel non facere permittit, quo minime de veritate vel falsitate cuiusdam rei, verum de eo, quod aliquando demum fiet, agitur? Ac sane, quis dubitet, eum qui ita iurat, tunc faltim in animo habere, ea, quae promittit, teruare, non testimonium veritatis praestare.

Ex quo recte nobis inferre videatur, a notione iuramenti omne testimonium diuinum abesse debere; in qua fuius opinione, siue, vt forte quibusdam videatur, haeresi nos non solum versamur, sed antecessores habemus praeter reliquos, tum lCtum celeberrimum IVSTVM HENNIGIVM BOEHMERVM l. c. §. 6. 7. tum magni nominis Theologum BYDDEVUM *Theologia mor. P. II.* c. 3. sett. 5. §. 10. in not. et si hic alio subtili arguento vtitur, scilicet, quia summi numinis sit, de singulorum iuramentorum vel veritate vel iustitia iudicare, adeoque Deum nec simul testimoniū esse posse, id quod repetiti laudatus AYRER l. c. cap. 19. Ipse SAM. A PVFFENDORF quanpis in eodem errore verletur, Deum iureiurando testimoniū inuocari, tamen *de iur. nat. et gent. L. IV.* c. 2. §. 2. fatetur, hoc minime eum sensum habere, quasi iuramentum sit testimonium Dei, aut quasi Deus ipse de iurantis veritate attestetur, potius temerarium esse, expectare aut postulare, vt veritas vel falsitas iuramentorum miraculo quodam praefentaneo demonstretur, aut Deum teneri ad libidinem hominum quasi iudiciarium aliquod munus exercere.

## OBSERVATIO II.

*Error pragmaticorum secundus: Deum iureiurando vindicem falsitatis inuocari.*

Etsi inter alios supra iam nominatos etiam modo allegatus PVFFENDORFIVS l. c. item magnus I. H. BOEHMERVS l. c. §. 2. nec non quem saepe laudauimus, AYRERVS l. c. sett. I. §. 1. allique inter necessitates iurisurandi enumerant etiam hoc: vindictam diuinam in iurantes poscere, adeo ut posterior notam quasi characteristicam iurisurandi in eo ponere soleat, tamen a nobis impetrare non possumus, quin ita cogitat itidem inconcinnum, atque summo numini plane indignum existimemus. Etenim si hanc sententiam afflumendam crederemus, iuramento eam vim attribuere necessarium esset, vt, eo inter homines praestito, diuinum numen confessim consilium capiat, cum in assertorio iam tunc periurum, tum in promissorio futurum fallacem suo tempore pro merito puniendi, adeoque dictum mendacium vel non seruatam fidem vlcscendi. Quis vero summo numine hoc dignum vel adaequatum putet? quippe quod ipsum pro summa iustitia sua peierantem absque peculiari dunc demum capto consilio certissime puniturum erit. Hoc est, quod Imperator ALEXANDER l. 2. C. de rebus creditis et iureiur. ait: iurisurandi contemta religio satis Deum vltorem habet, quodque repetit HARMENOPVLVS Promt. L. I. t. 7. de qua re eo minus quisquam erit, qui dubitare possit, quo magis pro certo haber potest, periurum omnium peccatorum fere maximum esse. Credamusne igitur, diuinum numen de hoc nefando crimine ab hominibus peierantibus maiorem vindictam sumturum, quando hi eam prius disertis verbis prouocauerint, minorem, prouocatione omissa? Potius, quemadmodum is non iurat, qui in quotidiano sermonе aliquid attestatur additis verbis: straf mich Gott, siue die Rache Gottes verfolge mich, ita nec necessarium esse potest, in formula iuramenti vindictie diuinae mentionem facere. Manebit peieraturum certissima facinoris poena, nec impunitus erit, si mentitus est, aut quando fidem sefllit sub contemtu aeterni numinis et iactura be-

nefi-

nefiorum ipsius religionis, sive vindictae diuinæ peculia-  
ribus verbis se obtulerit, sin minus.

Videtur autem iste mos prouocandi in iuramentis ad testimonium vindictamque diuinam, si recte suspicamur, ex antiquorum populorum opinione fluxisse, qui tum apud ethnicos, tum tempore superstitionis apud Christianos, immediatam aliquam summi numinis in quolibet iureiurando praesentiam ac singularēm interuentiōnem, et quasi occultam participationem atque intentum de speciali vindicta aduersus peierantes sumenda, animum credebant, ita ut in qualibet iuramenti præstatiōne quasi tres personæ concurrere viderentur, unam eius, cui iurabatur, alteram ipsius iurantis, tertiam summi numinis tanquam iudicis, vindictam minitantis. Sic etiam MALBLANC. L. c. L. III. §. 25. 34. ac 35. et L. II. §. 20. obseruat, veteres ac inter hos etiam Iraeletas in iureiurando aliquod immediatum Dei iudicium statuisse, ad quod unicuique prouocare licuerit. Ex hoc igitur quasi riuo tot veteranum ac recentiorum errores in hac doctrina promanarunt. Quid? quod per fractam iurantium fidem ipsi dei. iniuria aliqua affici atque violari viderentur, in primis illud numen, eius aram peierans tetigerat, vt est apud TACITVM Annal. L. I. c. 73. et SALLVSTIVM Hist. fragm. L. I. §. 16. nec non apud VIRGILIVM Aeneid. L. XII. v. 201.

*Tango aras mediosque ignes et numina testor,*

cf. IO. BAPTIST. HANSEN de iureiurando vet. c. 2. p. 13. Id quod forte originem a Numa Pompilio traxit, qui primus in republica Romana subditorum animos hoc imbuferat, iureiurando omnem ciuitatem regi LIV. Hist. L. I. c. 21. Vnde profecto non mirum, quod, ipsos deos testes iuris iurandi, ac vindices periurii esse creditum fuerit. Sic etiam CICERO L. III. de off. c. 10. dicit: Cum iurata dictenda est sententia, meminerit, Deum se adhibere testem, quod tamen ipse TULLIUS non approbaſſe videtur, dum addit: id est, vt arbitror, mentem suam. Idem probat solemnitas foederis, iicti inter populum Romanum et Albanum apud LIVIVM L. I. c. 24. vbi legatus iurans sic ait: „Audi tu lupiter, audi tu pater patrare populi Albani.“

ni." Iouem videtur propterea innocasse, quoniam inprimis vltor scelerum, adeoque etiam fractae fidei periurisque esse credebatur, **ROSINVS** *Antiquit. Rom. L. II. c. 5.* Pari modo recte **MALBLANCIUS** *I. c. §. 3. et 34.* sentit, atque veteres Romanos miraculorum et physicum Deorum circa iuramenta influxum statuisse, nec non eandem opinionem ad causas etiam priuatorum transfluisse, et sub iuramenti religione aliquod immediatum Deorum iudicium repreäsentasse existimat, quo poenam promtam expectare deberet is, qui falso iurasset, volutatem ex poena alterius is, cui fides habita non esset. Haec fortassis etiam causa est, quod teste **HANSENUS** *I. c. c. 1. 3. p. 87. ad ARISTAEUM ET L. II.* Dii praesides iuris iurandi vocantur. Similiter veteres diis suis singularem aliquam iram circa iuramenta, quam conciperent erga peierantes, attribuebant, id, quod patet ex **LIVIO** *L. II. c. 45.* ubi centurio iurans, se viōtem ex acie rediturum, iratos Deos innocabat; atque adeo eandem iram eos quoque etiā innocentes persequi credebant, in quorum caput peieratum esset, ut patet ex loco **PLINII secundi** *L. II. ep. vlt. cf. BRISSON. de formul. P. R. L. VIII. c. 3.* quasmuis essent, qui sapientius cogitarent, ut **CICERO** *L. III. de off. c. 29.* qui istam Deorum iram, fere non nisi in iuramentis conspuam, vehementer risit, dicens: „*Ius iurandum non ad iram Deorum, quae nulla est, sed ad iusitiam et fidem pertinet.*“ Inde quoque euenit, quod idem **TYLLIUS** *Epiſt. ad fam. ep. 12.* miretur, alterum velle Iouem Lapidem iurare, cum Iupiter nemini iratus sit. Atque adeo veteres in ea superstitione erant, ut si quis non obstante iuramento fidem refellerit, eum Deos in primis deformitate aliquaoris corporis punire nec non louem fulmen in eum mittere solere crederent, ut ostendit dictus **HANSENUS** *I. c. 2. p. 11. seqq.* In primis hoc patet ex duobus carminibus **HESIODI;** quorum unum hoc est:

Clades mortalibus unde

*Adveniunt, quoties fallaci peltore iurant;*  
alterum id:

*Iuramento quaedam est sine nomine proles,*  
*Trunca manus et trunca pedes;*

cf.

cf. GROTIUS *l. c. cap. 13. §. 1.2.* Similem de praesentia Dei in iureirando vindicta opinionem Israëlitis fuisse, ostendit MALBLANC *l. c. L. II. §. 18.* quod tamen forma illius reipublicae cum inde fluentibus principiis excusat. Eadem forte causa est, cur in veterum Germanorum iudicis purgationes per iuramentum inter iudicia Dei referrentur, in primis quando in praesentia sanctorum reliquiarum praestarentur, *I. II. BOEHMER I. E. P. T. V. L. V. t. 34. §. 12.* ita ut in dictis purgationibus ipse Deus quasi assidere ac nonnisi miraculose agere videretur, HEINECCIVS *ELEM. IUR. GERM. L. III. t. 6. §. 133. not.* Hinc etiam evenit, ut sacramenta saepissime iudicia Dei vocarentur, *II. FEUD. 27. 3.*

### OBSERVATIO III.

*Error pragmaticorum tertius: iusurandum esse cultum diuinum.*

Etsi veneratio summi ac diuinorum eius virtutum devota professio, denique cogitatio, Deum salutis humanae unicum auctorem esse et statorem, a iuramento abesse nullo modo potest, atque nemo nisi qui Deum colat, in iureirando recte versari poscit, tamen ipsum iuramentum pro cultu Dei haberet, et sic appellari, non potest. Errant igitur, qui tales in iureirando quaerunt; cui sententiae inter varios Theologos et ICtos, quos *I. H. BOEHMER. I. E. P. L. II. t. 24. §. 8.* nominat, etiam fauet SCHILTER *Inst. iur. can. L. II. t. I. §. 5. et 40. CARPZOV. P. I. const. 16. def. 69. no. 8. SETSER. de iuram. L. I. c. I. no. II. atque PET. MÜLLER ad STRVY. S. I. C. Ex. XVII. §. 7. et 57. not. a.* At vero cum Deum colere nihil aliud sit, quam vel cogitare (qui est cultus internus) vel agere (qui est externus) ea, quibus nostram erga supremum numen venerationem profiteamur, veremur, ne si hanc notionem ad iusurandum transferre velis, operam sis perditurns. Profecto nimis lata est definitio saepe laudati BOEHMERI *l. c. in differt. praelim. Vol. III. §. 1.* quando sub cultu diuino ea omnia comprehendit, quae Christiani, fide in Christum muniti, ex far-

ctiss.

Cessimis diuini numinis praeceptis peragunt. Etenim  
 quamvis nemo colat, nisi imbutus diuinis praeceptis, ta-  
 men non omnia, quae secundum ea fiunt, sunt cultus di-  
 vinus. Alias enim eriam, nihil iniusti facere, misericor-  
 diam erga pauperes exercere, inimicis condonare et alia  
 similia ad cultum diuinum referre deberemus. Hunc au-  
 tem in primis veneratione et adoratione confici ethnicis  
 quoque vni alterius eo clarius visum est, quo quisque mag-  
 is a superstitione vulgari alienus esset. Notatu dignissi-  
 ma sunt CICERONIS verba Libro secundo de natura deo-  
 rum. *Cultus deorum, ait, optimus est, sanctissimus ac*  
*plenissimus pietatis, ut eos pura, integra atque incorrupta*  
*et mente et voce veneremur.* Habes hic et cultum inter-  
 num et externum. Plenius rem explicat DIET. GOTTH.  
 ECKARD ad SCHILTERVM l.c. §. 6. n. 7. dum cultum  
 diuinum tum intellectu et voluntate, tum actu externo con-  
 tineri dicit, id est, supremi numinis summas perfectissimas  
 que virtutes agnoscendo, eius praeceptis parento ac vene-  
 rationem ipsius publice ostendendo. Quamvis itaque haec  
 omnia etiam in eo conuenire possint, qui iurat, modo alias  
 piis sit et religioni ex animo addictus, tamen in ipso  
 actu iuris iurandii non est aliquis cultus diuinus. Nec omnis  
 de Deo cogitatio locutione nec de eius veritate habita fides,  
 aut sanctissimorum eius attributorum sola agnitus cul-  
 tus diuini nomine insigniri potest. Ad hunc piura requi-  
 runtur, praeprimis vero quoad externum, eiusmodi actus,  
 qui videntibus pluribus ea de causa suscipitur, ut peragen-  
 tis veneratio atque deuotio erga summum numen ostendatur;  
 aliud est in iuramento, quippe quod humani negoti-  
 ii causa peragitur, Dei commemoratione non nisi secun-  
 dario infecta. Saepe laudatus BOEHMERVS qui l.c. no-  
 strae sententiae accedit, plura adhuc affert argumenta, ae-  
 que non inualida, in primis vnum, ut philosophi dicunt,  
 a posteriori, nempe, quod alias Christus et apostoli fre-  
 quentiam iuramentorum non prohibituri fuisse. Esti  
 enim peruersa sit eorum opinio, qui Seruatorem apud  
 MATTHEVM cap. 5. v. 34. in discipulis suis omnem  
 omnino iuramenti praestationem reprobasse opinantur, po-  
 tius ex recta et ab ipso Pontifice recepta cap. 26. X. de  
 iure iur. sententia Christus non nisi iuramenta extra necel-  
 sitatem et more gentilium peragenda inhibuit, STRYCK.

Melet.

*Melet. iur. I. c. II. §. 9. seq.* tamen, cum Christiani ad cultum diuinum magis excitandi quam ab eo alienandi sint, iam ex hoc patet, iuramentum ad cultum diuinum haud esse referendum. Simili modo veteres Christiani, quamvis iuramenta non in totum prohiberent, tamen ipsa omni modo, quantum fieri poterat, evitare studebant, atque sequiori tempore saltim clericis interdicebant, denique Pontifices cap. I. X. de feriis actum jurandi ab operibus die dominica suscipiendis, quae tamen imprimis cultui diuino destinata est, excludebant, quae singula clare ostendunt, aliam olim fuisse in hac re fententiam, quam recentiorum quorundam interpretum hodiernam. Quid? quod fententia, quam impuguamus, ortum traxit nonnisi ex doctrina cleri olim pontificii, cuius intererat, si plebs iuramenta pro cultu diuino, de quo tunc omne iudicium penes ipsum erat, haberet, eo speciosiori sub obtentu etiam omnes circa iusurandum lites ad se rapere; I. H. BOEHMER I. c. §. 9.

His omnibus addi potest, si iurare idem fit ac Deum colere, primum hoc inde sequi, christianum qui ab insideli iusurandum poscat, peccare, dum postulet peruersum Dei cultum, qui tamen summo numini nonnisi displicere potest, deinde et illud, cum omnis cultus diuinus secundum regulam in aedibus sacris sit peragendus, iurisiurandi praestationem e curiis esse proscribendam.

#### OBSERVATIO IV.

*Error pragmaticorum quartus: iureiurando preces ad Deum fieri.*

Quemadmodum igitur iuramenta ad cultum diuinum haud pertinent, sic aequo minus pro precibus habenda sunt, id quod saepe laudatus I. H. BOEHMER. I. c. L. II. t. 24. §. II. similiter obseruauit. Nihil enim est, quod iurans sibi a diuino numine dari roget, potius aut de conservanda sibi diuina gratia, si vera dicat, aut de se abdicando ab ipsa, si peieret, cogitat, ut mox videbimus. Quod ad invocationem nominis diuini attinet, iam supra ostendimus,

mus, sub hoc vocabulo non tam preces ad Deum fusas, eiusus implorationem, quam potius summi numinis adorationem ac eius summae maiestatis confessionem intelligendam esse. Quodsi igitur sub nomine iouocationis ipsas preces intelligere velis, verum est, quod PET. MÜLLER ad STRUVII S. I. C. ex. XVII. §. 2. not. β. dicit, eam a iuramento multis parasangis diffare.

Vti igitur per iuramentum a Deo nihil precamur, ita nec dirae illae execrationes pro precibus haberi queunt, quibus olim iurantes quaevis mala sibi imprecabantur, vt POLYBIUS narrat, HANSEN l. c. c. 20. ROSIN l. c. L. X. vel quemadmodum apud nos iudei iurare solent, de qua re infra obseruatione 10. dicetur.

#### OBSERVATIO V.

*Error pragmaticorum quintus: per iuriurandum Deo quicquam promitti, vel votum fieri iurantemue eo obligari.*

Sunt, qui in illa quaestione celebri: num iuramentum iniquum vel iniustum seruandum sit, dum ex una parte iurantes a vinculo erga homines liberant, ex altera parte aliquam ex eo obligationem erga Deum fingunt, seu quod idem est, eos in foro ciuilis non teneri, in foro conscientiae, vt vocant, teneri existimant; putantes, per quodcumque iuramentum diuino numini quicquam promitti, atque adeo singula iuramenta esse pro votis, Deo factis, habenda. Sic ALEXANDER III. episcopo scribit c. 6. X. de iure iuri. Si quis de foliendis usuris iurasset, eum domino iuramentum reddere debere, hoc est, fidem, Deo datum, exfoluere. Nefcio, hocce capitulum an vero propria opinio summum alias GROTIUM seduxerit, vt de I. B. ac P. L. II. c. 13. §. 14. scriberet, si verba iuramenti non respicerent hominem, ius ei conferendo (quod fieri solet iuramenti assertoriis) aut respicerent quidem, sed aliquid esset, quod ei posset opponi, (in iuramentis vel contractis vel super re illicita praefitis) tunc eam vim esse iuriurando, vt iurans nihilominus Deo obligetur, et isto iura-

iuramento stare debeat; et mox: et si personae ius deficiat, tamen cum Deo negotium esse, ea que de causa iuramentum voti nomine nuncupari. Adhuc clarius ib. §. 16. Si iuramentum, ait, intercessit, etiam si personae nihil aut minus debeat, Deo fides erit praefenda. Nos vero GROTIUS auctoritas non prohibet, hanc sententiam falsam et erroneam nominare, cum iuriurandum neque votum sit, neque eo quicquam Deo promittatur. Iuriurandum est actus inter homines non inter hominem et Deum; homo homini aliquid promittit, non Deo; homo hominem, index subditum de veritate interrogat, non Deus. Si contrarium sentiremus, opus est profecto, in absurdum errorem incidere, puta: inter diuinum numen atque terrarum incolas, inter creatorem et creaturas quasi aliquem contractum vel pactum celebrari, qualis extra rem publicam iudaicam singi nequit, et praeter istum errorum in aliud absurdiore adhuc, sed inde necessario sequentem, immersum iremus, nempe in hunc: Deum ac homines mutuo sibi obligari, quo nihil ineptius nobis dici posse videtur, cum summum numen quidem praeceptis ac beneficiis nos obligatos faciat, non ipsum nobis obligetur. Pontificibus quidem non una causa erat, obstrucionem aliquam erga Deum iuramentis affingere, ut locus esset, et occasio, sibi omne iudicium circa eorum obligationem vindicare, et quae seruari vellent, iis per censuras ecclesiasticas efficaciam comparare. At hoc in nostra religione cessat, vnde multi et inter hos i. H. BOHMER I. E. P. L. II. t. 24. §. 12. et Infl. iur. can. L. ac t. eod. §. 2. viderunt, nullam esse intentionem iuranti, Deo aliquid promittendi, sed ei tantum, cui iurat; nec profecto obligatio erga Deum suscipitur, dicendo: si fidem fefeller, nullis diuinis beneficiis vtar, vid. infr. Obs. 7. Forte GROTIUS induxerunt verba Christi apud Matth. V. v. 34. Dicitum est maioribus: non peierabis, at iuriurandum praestitum Deo seruabis. Verum his non indigitatur suscepta aliqua erga Deum obligatio, aut promissio, verum hoc: numen diuinum velle, et praecipere, ut qui semel iurasset, ei iuramentum deferere non licet, eumque pecare erga Deum, qui suum iuriurandum homini non seruauerit.

R

Cum

Cum itaque per iuramentum nulla Deo fiat promissio, facile patet, id nec pro voto posse haberri, quippe quod totum in ista promissione ab iis interpretibus quaeri solet, qui ipsi vim et obligationem aliquam tribuunt. Etenim, ingenui profitemur, nobis ineptum et impium videri, quando adhuc in ea religionis nostrae puritate, suppressis iam tot superstitionis prouentibus debellatisque innumeris opinionibus, quas vel maiis intellectu legum mosaicarum disciplina, vel formidolosa difficultas in abiendiis hierarchiae romanae principiis pepererat, singularem aliquam ex voto obligationem erga Deum docere velimus, cum tamen supremum numen nulla re indigeat. Nam alia erat ratio votorum in republica Israelitarum, quam ipse Deus instituerat, cui immediate praeverat, et quibuscum ante et post exitum ex Egypto varia pacta more humano inierat, quibusque in primis permiserat, victimas sibi et alia sacrificia offerre, aut alias oblationes gratias fore edixerat; alia ratio iis temporibus, quibus pontifices dominatum in animos hominum exercebant, ad quem multum conducebat, ex legum mosaicarum similitudine vota inducere, par ipsis vinculum affingere, et promissionem ipi numini factam, ab hoc vero acceptatam esse, plebi superstitiones persuadere; que omnia in religionis nostrae priuora dogmata minime cadere videntur. Similem, nisi eandem de votorum erga Deum iniquitate ac inualiditatem sententiam egerunt AYERVS de abusu iuram. p. 14. et MICHAELIS im Moäisch. R. p. 144. nec non MALBLANC l. c. L. I. §. 10.

Sed haec non sunt huius loci, eo tantum consilio prolata, ut eo magis appareat, saltim a iuramentis omnem de promissione Deo facta cogitationem esse depellendam.

#### OBSERVATIO VI.

*Error pragmaticorum sextus: in definiendo iure iurando.*

Vix dici potest, quantum in describenda iuris iurandi natura interpres varient, quamvis omnes in eo conueniant, ut singuli sanctae religionis mentionem iure adiungant,

ciant, et quantum singuli in eius vi atque potestate errant, Et primo quidem duo veneranda ex antiqua senectute capita se ostendunt, nempe CICERO qui *L. III. de off. iusurandum* appellat affirmationem religiosam, Deo adhibito teste, et ARISTOTELES, qui *Rhetor. ad Alexandr.* c. 18. ita dicit: ὅπος εἴ τι περὶ θεοῦ μαρτυρίας φέρει διάνδετος. Ille nimis breuis vti et Pontifex, qui *cap. 26. X. de iure iur. dicit*, iuramentum esse confirmationem veritatis. Plerique interpretum fusiores quidem sunt, attamen non magis recte definunt. Ita IAC. FRID. LVDOVICI *Doctr. Pand. L. XII. t. 2. §. 1.* religiosam rei cuiusdam affiruationem, in cuius maiorem fidem Deus vt testis veritatis et vindicta perfidiae inuocatur. Similiter IUST. OLDEKOPPIVS de *iuram. in alt. anim. nec non WESENBECCIVS ad Pand. L. XII. t. 2. §. 2.* iusurandum definunt inuocationem veri Dei, qua petamus, vt sit testis nostrae affiruationis et feuere puniat fallientes, quocum etiam collineat LÜDER MENKEN *Systemate pand. Schoeniano L. XII. t. 2. §. 1.* I. HENR. DE BERGER *Oec. iur. L. IV. t. 25. §. 1. et I. FRID. SEYFARTH *Reichs-proc. c. 15. §. 1.**

Pari modo I. CAR. NAEVIVS de *iuram. P. I. c. I. §. 1.* actum religiosum, per quem ad confirmandam rem dubiam Deus testis et vindicta inuocetur. Nec vera est IO. SAM. STRYCKII *descriptio*, qui *Melet. iuram. mel. I. c. I. §. 6.* religiosam assertione ipso Deo adhibito teste et *melet. IV. §. 10.* testimonium veritatis, cui ob incredulitatem alterius addimus inuocationem nominis diuini et contestationem sanctam ad faciendam fidem, appellat. Cui quodammodo conuenit IO. BALTH. WERNHER *Obs. T. I. P. IV. obs. 151.* qui religiosam alicuius rei affiruationem, qua quis asserit testem et perfidiae vindicem inuocet, nominat, quemadmodum HAHNIVS ad WESENBECC. *I. c. 1.* dicit attestacionem cum inuocatione Dei coniunctam super rebus licitis ad confirmationem veritatis. SERAPHINO de SERAPHINIS de *priuileg. 19. no. 21.* est affiruatio affirmativa vel negativa, habens vinculum religionis. I. L. STOLZE in *libello*, Beuthiell. d. Eidschüre a. 1741. c. 2. §. 6. vocat obligationem ad officium aliquod inuolabilem coram vero Deo, qui pro iustitia sua tanquam vindicta in ultionem fractae fidei vocetur. IEREMIAS SET-

SERVVS autem *de iurament.* L. I. c. I. no. II. putat iuramentum, quod Deo immortali interposito tum teste tum iudice suscipiatur, esse speciem quandam religionis et cultus diuini, quo officiatur is, in cuius nomine iuratum sit. H. GROTIUS de I. B. ac P. L. II. c. XIII. §. IO. ceteris in eo par est, ut per sacramentum Deum et testem et vindicem inuocari existimet, atque I. H. BOEHMER I. c. §. 2. sic dicit: *Iuramentum est nihil aliud, quam assueratio religiosa, in cuius maiorem fidem Deus omnipotens et omniscius inuocatur in vindicem, cui accedit eius filius GEORGIUS LYDOVICVS qui Princip. iur. can. L. III. sest. I. §. 332.* Vis et potestas, ait, iuriurandi consistit in inuocatione Dei in testem et vindicem; cf. eiusd. diff. de solennib. *iuram.* §. 3. atque saepe nominatus GEORG. HENR. AYRER diff. cit. sest. I. §. sic loquitur: Nobis iuriurandum est actus, quo verbis nostris, prouocando ad Dei vindicem maiorem studemus conciliare fidem. Vix eadem definitio est WOLFG. ADAM. LAVTERBACHII Coll. pand. L. XII. t. 2. §. 3. quod sit actus religiosus, quo quis in alicuius enunciationis fidem inuocat Deum tanquam testem, vltorem ac vindicem, si fallat. Nec obliuiscamur GEORG. ADAM. STRVIII, cui S. I. C. Exerc. XVII. §. 2. iuriurandum est religiosa rei alicuius adseueratio legitime facta per invocationem Dei-in testem. Denique IO. AVG. HELLFELDT *Iurispr. for.* L. XII. t. 2. §. 789. iuriurandum describit, quod sit actus, quo Deus super aferro quodam inuocetur, vt vindex sit, si iurans sciens sefellerit.

Igitur in his singulis definitionibus ineft quidem communis notio religionis, quam si tollas, omne vinculum iuramenti rumpetur; etenim sanctitas iuriurandi cum sanctitate religionis ita connexa et copulata est, vt utraque diuelli non possit potius haec quasi anima sit illius. At vero plerique, qui iuramentum mox dictis modis descripserent, istam connexionem in loco incongruo queasuerere, vt ex iis intelligi potest, quae prioribus quatuor obfervationibus disputauimus. Rei quidem proximius accedit, ast eam nondum tangit PVFFENDORFIUS de iur. nat. et gent. L. IV. c. 2. §. 2. dum dicit: Est autem iuriurandum assertio religiosa, qua diuinæ misericordiae renun-

renunciamus, aut diuinam poenam in nos depositimus, nisi verum dicamus. Eo etiam reddit definitio AMADEI ECKOLDI, antecessoris olim inter nostrates, *Comp. Pand. L. XII. t. 2. §. 3.* quod sit assertio rei legitimae, in cuius maiorem fidem et confirmationem Deus ipse testis vocetur, et iurans se ultro obliget ad poenas aeterni existi, si fallat. Eadem fere habet FRANTZKIVS *eod. L. et t. no. 5. ac STRVVIUS. l. c. §. 9.*

#### OBSERVATIO VII.

*Vera ac genuina iurisiurandi notio.*

Diximus, triumuiros, quos ultimo loco nominavimus, rei proprius reliquis accessisse. Prefecto deme ab his definitionibus que ibi ex causis in prioribus quinque observationibus ab his dictis, relinqu nullo modo queunt, habebis veram iurisiurandi notionem internam, et sic defensio, vt sit affleneratio solennis conceptis verbis coram iudice declarata, de certitudine vel facti cuiusdam vel praesertim seruandi, addita clausula, se, si contra sciat aut faciat, nolle, vt id numen, quod vt verum Deum colit, sibi propitium sit; aut brevius: *iurisurandum est solennis affleneratio, quae sit factura beneficiorum religionis.* Ea vero affleneratio duplex est, ita, vt iurans vel nunc quedam vera esse, vel promissionem, alteri nunc factam, in futurum veram fore, afflueret. Qui itaque iuramentum solenne praesstat, id praecepit agit, vt profiteatur, se gratiam eius numeris, quod colit, ab eo tempore perditurum, quo fallax fuerit, i. e. in assertorio protinus tunc, quando verba juramenti pronuncians, a se affirmata animo sciat falli esse negataque vera, in promissorio autem ab eo demum in futurum tempore, quo ipse promisso non stare incipiet. Quod idem est, ac si diceret, se in posterum in caritatum esse beneficiis ex religionis suae principiis expectandis, metum potius sibi fore certarum promeritarum poenarum. Quid enim? si verum est, quod STRVVIUS *S. I. C. Ex. XVII. §. 12.* dicit etiam eos, qui in quotidiana vita non iurant, sed priuatum obtinentur, modo id fiat sub formulis religiosis, amissionem vitae aeternae implicite suscipere, cur non multo magis eum, qui publice sub religione

R 3

religione

ligione iuramenti solennis se obligat, eodem modo expli-  
cite se deuouere putet? ita ut si sciens fallat, proprio  
iudicio aeterna beatitudine cariturus sit. Sic etiam PET.  
MÜLLER ad STRVV. l. c. p. 1046. dicit: omne sacra-  
mentum comprehendere deuotionem iurantis ad aeternum  
exitium, si falsum adseuerat. Ex hoc itaque facile videri  
potest, quanta debeat esse vis, quanta potestas iuris-  
urandi in animis hominum, et quid certius, ac, nullum  
iurantem peieraturum fidemque falliturum esse, modo de  
iuramenti notione recte sentiat, cum nullus sit mortalium,  
qui absque religione esse velit, et absque diuinis benefi-  
ciis. Haec igitur, quam diximus de iureiurando cogita-  
tio omnia ac singula comprehendit, quae iurantem ad  
seruandum fidem excitare possunt. Cum enim praefumen-  
dum sit, omnem, qui iurat, imbutum esse aliqua religio-  
ne, quam veram esse credit, et aliquod diuinum numen  
venerari, a quo sustentetur, regatur et adiuuetur, necel-  
lario sequitur, ipsi dirum aliquid et crudele videri debere,  
ab eius fauore, propensione et auxilio in aeternum abesse,  
imprimis cum hanc ipse sibi legem per spontaneam abdi-  
cationem dixerit, tum ex ipso summi numinis diuni  
manifesto contemtu, tum ex certa persuasione, Deum per  
sanctitatem suam, summam iustitiam, omniscientiam ac  
omnipotentiam sui contemtores non posse non punire. Et  
hoc est, quod dicitur: *coram Deo sua per Deum iurare.*  
Cum itaque in ipsis iurantis voluntate sit, se a gratia  
ac beneficiis diuini abdicare, necellario fluir, nullum esse  
iuramentum, quod non fiat vel per Deum, quem iurans  
agnoscit, vel per eiusmodi aliquid, vnde beneficia religio-  
nis ad se deriuari posse credat, vnde recte PVFFENDOR-  
PIVS l. c. §. 4. alii que dicunt accommodandas esse formula-  
tas ad persuationem seu religionem, quam circa Deum  
fouet is, qui iurat, ac frustra aliquem adigi ad iuri-  
urandum per Deum, quem non credit, adeoque nec metuit.  
Eadem de vera iuris iurandi notione sentiunt leges Imperii  
P. III. t. 38. iis litigantibus praescripta, qui iu-  
ramentum per mandatarium praestare cupiunt. cf. mox  
*Obs. 8.*

OBSER-

## OBSERVATIO VIII.

Error pragmaticorum septimus: circa iuriurandum in alterius animam,

Errare videntur pragmatici, quando fere in unum omnes oreque communi iuriurandum in alterius animam penitus damnant, in primis sub metu futuri periurii. Multum enim dicunt esse periculi, ne temere iuret, qui iuret in alterius animam, SEYFARTH Reichs Proc. c. 15. §. 41. Horum antesignanus videtur IUSTVS OLDEKOPPIVS esse, qui peculiarem de ea re libellum scripsit, receptum inter GERARDI FELTMANN opera T. II. qui ipse eius aduersarius factus. Ita vero OLDEKOPPIVS contra iuramentum in alterius animam scribit, l. c. no. 64. ut permissionem eius neque esse fundatam iure diuino, neque naturali et gentium, neque ciuili, neque canonico, sed de iisdem potius contrariari, contendat. At vero quemadmodum prohibito iure diuino nullo modo ostendit poterit, ita quoad ius ciuale et canonicum OLDEKOPPIVS manifesto falsa dicit. Pronocemus ad l. 13. §. 13. D. de damn. inf. et ad cap. 3. X. de iuram. cal. nec non ad cap. vlt. eod. in 6. In priori VLPIANVS: si alieno nomine, inquit, caueri mihi damni infecti postulem, iurare debeo, non calumniae causa id eum, cuius nomine postulo, fuisse postulatum. Vix se probare poterit interpretatione I. H. BOEHMERT I. Eccl. Prot. L. II. t. 7. §. 5. qui ex verbo mihi colligit, hic procuratorem non in mandantis, sed in suam propriam animam iurasse. Lex manifesto dicit, procuratorem, qui mandantis nomine aduersario item de damno infecto intenderat, iurare debere calumniam mandantis. Quid hoc aliud est, quam in eius animam iurare? Quod autem idem procurator ipsa lite aduersarium ad cautionem damni infecti sibi condemnari volebat, id iure postulabat, tanquam dominus litis; cf. BERGER Oec. iur. L. IV. t. 25. §. 1. not. 2.

Nec verba ex capitulo ultimo in 6. allegata: Nullam tibi iudex iuriuriam fecisse censetur, qui procuratorem tui aduersarii, constitutum ad causam, habentem super hoc

R 4

speci-

*speciale mandatum, admissit ad praestandum in ea calumniae iuramentum, ullam dubitationem relinquunt, quicquid OLDEKOPPIVS l. c. n. 312. contradicit. Denique EVGENIUS III. verba citato capitulo 3. iuramentum calumniae quandoque per ipsas principales personas quandoque per oeconomos praecipimus praestari, tam clara sunt, ut nihil supra, nec I. H. BOEHMERI l. c. interpretatio aliquid efficere posse videtur, qui oeconomum in propriam animam iurasse putat.*

Quid autem dicamus de legibus Imperii, quibus iuramentum calumniae per procuratorem fieri diserte permititur? Rec. Imp. d. a. 1654. S. 43. Cammerger. Ordin. P. III. t. 38. Concept d. C. G. Ordin. ibid. secundum quas adhuc hodie in Camera Imperii, apud Senatum aulicum, in Tribunali Wismariensi, ceterisque iudicis Sueviae, Bauariae, Bohemiae, Palatinatus, Hassiae, terris Moguntinis, Francofurti aliisque prouinciis Germaniae in primis iuramentum calumniae per procuratorem praestari, SAYFARTH teutsch. Reichs-Proc. c. 15. f. 41. narrat, quamvis non negandum sit, eandem consuetudinem multis in locis, vt in Saxonia nostra, ob frequenter abusum non male abolitam esse.

Profecto in hoc iuramento praesentior de periurio metus, quam in reliquis, adesse non videtur, potius, si dicendum quod rei est, forte hic adhuc rarius peierabitur. Quemadmodum enim ii, quorum animi teneri religionis sensu ducuntur, difficilis de credulitate aut de ignorantia, quam de veritate, quando ipsis negotiis interfueret, iurant, ita etiam procurator, cui in alterius animam iurandum est, admodum caute prouidebit, ne conscientiam suam laedat, cum cogitare debeat, se falsa religione iurare non posse, nisi vel certo sibi persuasum habeat, vel saltim ex sufficientibus rationibus credit, ea non falsa esse, quae vera esse nomine alterius iuramento contendit. Id ipse pontifex EVGENIUS III. sensile videtur, quem huius iurisitandi auctorem dicunt, cum in allegata lege 3. X. de iuram. cal. monachis. Cisterciensibus permittit, iuramentum calumniae per oeconomum quidem unum iurare, sed non per alium oeconomum, nisi qui

cau-

causam omnino non uesciat. Inde in ipsa formula conceptionis verborum der vorhaltung, secundum quam hodie in camera Imperii mandatarii iurare solent, haec verba inueniuntur: Ihr werdet schwören in krafft vorbrachten specialgewalts einen eyd zu Gott und auf das heilige evangeliun in eurer partheyen und principalen, auch eure eigne seele, so viel ihr davon nachricht habt, rel. quo admoneri videntur, etiam ipsorum mandatariorum conscientiam, non mandantum solum in actu iurandi verlari. Quod vero ad ipsos litigantes attinet, hi cogitare debent, se, dum mandatarius celata ipsi dolose veritate peieret, duplicitate peccare, atque peririum ab hoc commissum, sibi ipsi imputandum esse; vnde est, quod in formula eiusmodi mandati specialis ibentur haec expresse inserere: sibi gravitatem et consequentiam iuris iurandi cognitam esse, atque se bene scire, qui ad id praestandum obligatus alia eloquatur, alia animo teneat, eum aeterias summi numinis poenas luitrum esse, atque idem singula, quae mandatarius fit iuraturus, tanquam a se iurata accepturum esse. Vnde, qui formulam iuramenti, quam ipse debebat iurare, per alium, nempe per mandatarium faciat recitari, sine dubio ipse iurat, WERNHER Obj. T. I. P. IV. obj. 151. no. 52. PYFFENDORF I. N. et G. L. IV. c. 2. §. 16. HERTIVS ad h. I. Neque putandum est, iuramentum in aliis animam in nostris foris plane exulare. Etsi enim Constitutione Saxonica 12. P. I. et lege iudicaria Tit. XVIII. §. 10. prohibitum est, ne per causae patronum, quamvis speciali mandato instructum, iuretur, tamen non solum secundum legem curiae lenensis permisum est, iuramenta, si non sunt litis decisoria, ac iusta causa adsit, per procuratorem praestari, SCHILTER Exerc. ad pand. exerc. XXIII. §. 31. sed etiam superflunt alia eiusmodi exempla. Ut enim taceamus, hoc saepissime in curia feudali tum in femitis feudo inuestientis, tum in aliis valallis, quibus impeditis dominus gratiam praesentia facit, id quod moris est in tota Germania, SECKENDORF Fürstenstaat. L. II. c. I. §. 4. SETSER de iuram L. II. c. 27. no. 15. SEYFARTH teutsch. R. Proc. c. 15. §. 41. Chrysachs. Lehnsmand. de ao. 1764. tit. III. §. 2. quid aliud est quam in alterius animam iurare, quando in litibus uniuersitatum tria vel quatuor membra earum id sacra-

sacramentum iudiciale iurare coguntur, quod toti vniuersitati, h. e. saepe 30. vel 40. personis delatum impositumque est, vel quando ex pluribus litis confortibus unus decimorum octauum aetatis annum egressus pro se et loco minorennum iurat?

#### OBSERVATIO IX.

##### *De formula iuramenti, der Eydeshnotul.*

Formula iuramenti, die Eydeshnotul, duplamente intelligitur; vel enim simplex est, ac solam eam orationem continet, quam iurans totam pronunciat ac singula eius verba, praeante iudice repetit, vel composita, ex duabus partibus constans, quarum priorem germanice vocamus, die vorhastung, quaeque pronunciatur a iudice vel ministro eius eo, qui iuriandum a iurante praefente exigit, der den eyd abnunnt, et nil nisi aliquam allocutionem continet, quo iurant, quid ipsi nunc promittendum iuriandumque sit, indicatur, quam sequitur altera pars, qua ipse iurans nunc audita se diligenter obseruaturum, conceptis verbis illo praeante solemnitatem iurat. Haec posterior iuris iurandi formula vocari solet die pflicht selbst, sive die Pflichtenotul, ac locum habere solet in eo promissorio, per quod, qui nouum munus vel officium subeunt, sub eius auspicio inaugurarri mos est, vel in fide a vasallis domino praefanda; qualis formula videtur potest apud SEYFARTH teutsch. R. Proc. c. 15. §. 41. exultat vero in assertorio vel iudiciali. Et primo quidem sciendum est, non solum quod secundum formulam aliquam, sed etiam quod, alio eam prius recitante, iuratur, haud nouum morem esse, sed antiquissimum. Illud vocabatur *verbis conceptis iurare, hoc praeire*, vt late demonstrat B. BRISSONIVS de formulis P. R. L. VIII. c. 14. Praeibatur autem antiquitus iurantibus non solum, vt MALBLANCCIO l. c. L. III. §. 28, videtur, a pontifice sed etiam ab aduersario, vt docemur a PRISCIANO L. XVIII. c. 8. vbi dicit: *In verba iurare aliquis est iurare hoc, quod ille praeit sive dictat, sive praeiurat per se ipse aut per alium, cf. HANSEN l. c. cap. 5, BRISSONIVS l. c. cap. 12. et 14.* fine dubio ea de causa, ne quid mutetur a iurantibus,

SETSER

SETSER de iuram L. I. cap. 15. no. 4. Huc pertinere  
videtur illud SALLI ITALICI L. X. v. 1448.

*Dicitaque iurant  
sacramenta deis*

ac manifestius adhuc patet ex duobus Plautinarum comoediarum locis, a BRISSONIO l. c. cap. 10. adductis. Similiter TACITVS *Histor.* L. IV. narrat: victos a victoribus adactos esse, ut in verba eorum, quae proponerent, iurarent. Sed postea mos inualuisse videtur, qui apud nos nunc est, ut iudex formulam praeeat, quod intelligitur ex dicti PLINII secundi Panegyrico Traiani cap. 64. quem ad consulem in sella curuli sedentem iurasse dicit, hoc iuriandum praebente et solennia verba praeunte. Ceterum idem MALBLANCIUS l. c. recte ostendit, aliud fuisse *praeire*, aliud *praeiurare*, quod posterius tantum siebat in iuramentis multorum, quorum primus *praeiurabat*, reliqui accedebant solenni voce: *idem in me.*

Quod itaque ad hodiernas iuramentorum formulas attinet, tria imprimis circa eas consideranda sunt, *primum*, quid de illa, quam diximus, solenni allocutione iurantis et jurandorum facta iudicandum sit? *secundo* num in ipsa formula vox *iurare* necessaria sit? *tertio*, quae nam clausulae religiosae adhibendas sint? Et quod illud quidem, videtur dicta in ipsius iurisiurandi primordio facta jurandorum notificatio, die *Eydeworhaftung*, compendi causa efficta fuisse, ne scilicet iurans diutius digitos ergere et tam longam verborum seriem praeente actuariio repetrere teneatur, vnde melius et naturae obligationis ex iuramento accommodatus in iis collegiis fieri putamus, vbi alleiores recipiendi totam iuramenti formulam, quanta sit, ipsi in prima persona, ut grammatici dicunt, dictante scriba recitant; quemadmodum id v. g. videmus in Capitulo Merseburgensi ac Scabinatu Lipsiensi. Sed quoniam quilibet mos inueteratus non facilis est sublatu, ita nunc satis erit, de medela interimistica cogirare. Omnis difficultas in eo latet, quod in ipsa iurisiurandi clausula iurans,

omnia

omnia ea, quae modo promiserit, se sub fide religionis sanctae seruaturum esse, eorumque tenacissimum fore, iuret, et tamen nihil antea promiserit, aut stipulatus fuerit, nullamque fidem dederit, sed solummodo ex scribae vel actuarii oratione et allocutione audierit, quid sit, quod a se promitti expectetur. Inde iis iudicibus, penes quos eiusmodi mos iurantem alloquendi inualuit ita consilendum est, ut finita actuarii ad iuraturum oratiuncula, hunc, antequam ipsum sacramentum praefest, data dextra stipulari ac promittere faciat, fe ea nunc pronunciata a scriba audiuisse, eaque sedulo et diligenter obseruaturum, ut post hanc demum stipulationem vere ac iuste iurare possit, verbis: alles, was ich geredet und gelobet habe, will ich stet fest und unverbrüchlich halten, so wahr ic. Ea res in ordine letorum Lipsiensem anno h. s. octogesimo primo multum difficultatis, et proinde nouam etiam legem peperit. Cum enim quidam publicus impostarum receptor, praeserto in munera initio solenni sacramento, sicutum Principis defraudasset, singula Saxonie dicasteria eum, non obstantibus seueris de hoc criminis legibus, capitali supplicio propterea affici haud posse putabant, quoniam pars eorum, quae lex in iuramento requirebat, non in ipsa praestiti iuris iurandi formula, verum in ita eius allocutione, der Vorhaltung contineretur; id quod fereissimum Electorem mouit, ut dicasteris modum in similibus causis pro futuro tenendum praescriberet; cuius rescripti, quod singularia quaedam circa iuramentorum formulas continent, partem quae hoc pertinet, in appendice sub O. apponamus.

Veniamus ad alterum, quanam verba in formulis iurandi ex necessitate vel abesse vel adeisse debeant. Et hic ante omnia nobis obuenit ipsum verbum *iurandi*. Iam vero ex adducto rescripto patet, ferenissimo legislatori non necessarium videri, eo vt: quod tamen procul dubio ita intelligendum, ut ipsa vox *iuro* abesse possit, non quasi hæc necesse sit, alia aequiuocata. Etenim nemo inficias ibit, aliquo verbo opus esse, quo iurans assuerationem eius rei, de qua agitur, significet. Siue itaque iurans dicat: *ego iuro*, siue *ego dico*, *assuero*, *pronuncio*, *fateor*, *proficio* et sic porro, siue etiam hoc vel illud *verum est*, addita

addita clausula conuenienti religiosa, perinde erit et quodlibet verum iuramentum. Ex quo simul elucet, eum non minus vere iurare, qui, ut confulimus, post auditas a praecente futuras obligationes et factam manu stipulationem ita dicit: was ich geredet und gelobet, will ich — — halten, so mahr. — quamvis ipsum verbum *iura* non insit.

Tandem, quoad ipsas clausulas, quae a religionis sensu ducuntur, et quae ipsam iuramenti naturam ac substantiam efficiunt, eas confitat, nullius legis praecipue determinatas, sed pro variorum iudiciorum *more* ac arbitrio varias et arbitrarias esse solere, quarum plures afferunt IUSTERN. MÜLLER in *Obs. Pratt. ad Leyseri Meditt. ad Pand. T. II. Fase. I.* Nec porro dubitari potest, eas, pro diuersis iurantium religionibus varias quoque esse debere, vti v. g. in iudicio Camerae Imperii circa Menno-nitas obseruatorum, qui loco iuramenti praefundi, verbis: *heyl Männer Wahrheit*, fidem dant, cuius violatio tanquam periurium puniri solet. In eo tamen nobiscum vnuquisque conueniet, singulas ita esse comparatas oportere, vt exprimant iurantis sensum et cogitationem, tales, qua feso a beneficio, quae a sua quisque religione expectat, in primis vero ab aeternae beatitudinis spe, si fallax sit et periurus, abdicet, vt supra ostendimus. Ad quam rem non opus est enumeratione attributorum diuinorum, sed verba quedam solemnia, *ιαφανά* et ex intimo corde descendentia, arque ex sancta religione, veneratione ac fiducia erga Deum, quem iurans colit, promanantia, quae quo simpliciora ac breviora sunt, eo pleniora sanctitatis ac fidet videntur. Hinc errant iudices, quando, vt pii videantur, in iuramentorum formulis verbis, quantum possunt, cumulanda purant, eas v. g. ita concipientes: *ego iuro per Deum omnipotentem ac omniscium hoc verum et corporale iuramentum, cum tamen satis fuerit dicere: ego iuro, vel: ego dico.* Nam essentia iuramenti inest clausulae finali. Vnde recordamur, Ordinem nostrum a. 1784. in Actis praefecture R. legisse et probasse, quod testis testimonium dictum hac formula confirmauerit: *Was ich vorstehend ausgesaget, und mir deutlich vorgelesen worden, ich auch wohl verstanden habe, ist die reine wahrheit, und habe ich etwas unrechts dazu nicht geset-*

zet; So wahr ic. Et in hac quidem clausula finali, quibus verbis, a religione sumtis, vtendum sit? quando quaerimus, dolendum est, nihil certi de ea re dici posse. Omnis aetas, omnis religio, ac omnis terra, quin singula sere iudicia propriam verborum formulam sibi excogitarunt, ac more rituque longo receperunt, quibus urantur expriment animi sensum, qui tamen ut supra Obs. o. et 7. vidi-  
mus, vnum omnium erat, se tam certo vera dicere, nec fallaces fore, quam certo cuperent Deo cari esse. Hinc adeo variae harum clausularum conceptiones reperiuntur.

Quamuis enim supra ostendimus, vniuersiusque iu-  
ramenti eam vim esse, vt peierans ex voluntate sua gratia  
divina ac religionis beneficiis carere se velle ipse profite-  
tur, tamen ut hoc verbis explicitis dicat et exprimat,  
haud necessarium ducitur, verum pro ratione hinc inde  
recepta, implicita quoque sufficiunt, modo sint accommo-  
data et solemnia, cetera enim relinquuntur iudici admone-  
menti et explicanti. Hinc veterum sapientiores iurabant:  
*ita me dii ament!* PLAVTVS Bacch. act. IV. se. 8.  
v. 51. seq. BRISSONIUS de formul. P. R. L. VIII. c. 4.  
vel: *ita velim mihi Deos proprios;* vti dicimus  
ex CICERONE de diuinat. c. 13. ad quae verba ASCONI-  
VS: *genus iurisiurandi id est, quod dicimus: tantum mihi*  
*diuinitus faueat, quantum verum est illud, quod dico.*  
Hodie vt plurimum solemus iurare sub formula: *Ita me*  
*Deus adiunet!* quae breuis est, atque concinna, ve-  
raeque iurisiurandi notioni accommodata. Qui enim di-  
uini numinis auxilio destitutus est, is sane et eius gratia-  
caret et facrofanciae religionis beneficiis. Interdum ad-  
dunt: *et sanctum eius euangelium,* germanice:  
und sein heiliges Wort, cui alii vel substituunt vel  
addunt: *Saluatorem nostrum, Iesum Christum,*  
qui sub his verbis intelligitur.

## A.

Bon Gottes Gnaden Friedrich August, Herzog zu Sach-  
sen, Jülich, Cleve, Berg, Engern und Westphalen ic. Churz-  
fürst ic. Hochgelahrte liebe gerente. Wohin ihr, über die  
bey gelegenheit des rechlichen erkenntnisses in einer wider  $\text{G}^{\ast}$

Z 8 \*

\*\*\* Q\*\* untergeschlagener cassengelder halber, anhangig gewesener untersuebung, in ansehung der verpflichtung des inquisitoren, angezeigten zweisel, um deren willen in gedachter untersuchungssache auf die in der constitution vom anvertrauten guthe und dem erläuterungsmmandate vom 17ten decembre 1767. gesetzte strafe nicht gesprochen worden, eure meynung erfahret habt, und welcherley formalien von euch bey der verpflichtung auf vorerwähnte gesetze in absicht auf die darin bestimmte ordentliche strafe der veruntrautung anvertrauten guthes für nothwendig erachtet worden; solches haben wir aus eurem unterthänigsten berichte vom 4ten may 1783. mit mehrern vernommen ic. Wir befinden hierauf für gut, daß

1) jeder verpflichtungseyd der die betheurung: So wahr mir Gott helfe durch Jesum Christum; enthält, wenn auch derselbe die worte: Ich schwör, nicht in sich fasser, für einen würllichen eyd, und dahero jeder mittelst vergleichnen eydes verpflichteter diener, so wie insbesondere jeder auf die constitution vom anvertrauten gute und deren erläuterungsmmandat auf gedachte weise verpflichteter einnehmer für richtig verpflichtet geachtet werden solle:

2) Dass, weil gewöhnlicher maassen, nach abgelesener vorhaltung, von dem schwörenden das angelobniß vor ablegung des eydes abgenommen wird, die in der maase, dass der schwörende die erfüllung der ihm mittelst der vorhaltung vorgesagten, in dem übertragenen amte zu beobachtenden, obliegendenheiten, unter beziehung auf sothane vorhaltung mittelst des eydes: Was ich geredet und gelobet ic. versichert, bezwerftellige verpflichtung für richtig anzusehen, und deshalb weil das angelobniß sich aus der über den verpflichtungssatum gefertigten registratur nicht so deutlich ergäbe, nicht für fehlerhaft geachtet werden soll, . . . Datum Dresden den 22. August 1786.

#### O B S E R V A T I O X.

*Quaedam de formulis iurisiurandi iudeorum.*

Superius breuitatem formularum iurisiurandi commendauimus, quippe qua quasi augustiores ipsaque iuramenti

menta venerabiliora fieri videntur. Interim non negandum, laepe leges etiam proceram iurisjurandi formulam, infertis subinde diris execrationibus vel permittere vel postulare, in primis quando iurantes absque talibus non moueri nec a peririo arceri posse index sibi perfusum habet. Huc in primis referenda est formula iuramenti a iudeis praestandi, qualis praescribitur legibus Imperii, adhibitis simul externis quibusdam solemnitatibus, *Cam. G. O. t. 23. p. 1.* desumpta procul dubio ex iure veteri Saxonico, *Weichbild art. 137.* quia compertum erat vid intro, huius generis homines fere nullum iuramentum erga christianos praesertim pro vero ac inuolabili habere, nisi quod colummodo sub certis sibi excogitatis formulis adhibitusque ceremoniis effati fuerint.

Interim sciendum, hunc durum iurandi modum, iudeis impositum, ultra Camerae iudicium non evasari, *HOMMEL Rhapsod. no. 13.* praemissim vero in Saxonia vrbeque nostra vsu substitutam esse aliam formulam leuiorem, tempe hanc: Ich schwore bey dem gott meiner väter abraham, isaac und iacob, der himmel und erde geschaffen und moi sein heiliges gesetz auf den bergen sinai gegeben, daß — — so wahr mir Gott helfe, der Gott meines väters, abraham, isaac und iacob und sein heiliges gesetz. cf. *HOMMEL Rhapsod. obs. 644. no. 6.* Quod ad ceremonias attinet, multae referri solent a iudeis adhibendae, in primis de necessitate standi nudis pedibus in corio suino, *LIMNAEVS Iur. publ. L. III. c. 2. no. 40.* STRYCK de cant. iuram. *L. II. seft. 1. c. 2. n. 105.* item tenendi in manibus libros Mosis, *Thora dictos,* et quidem verum aliquod exemplum, in ipsis synagogis visitatim, de quo in dicta quoque lege Cameræ quaedam habentur. At prius minime probandum, potius crudele videtur et iniquum, teste eodem *HOMMELIO I. c.* quia ipsorum religioni adueratur, vnde eam consuetudinem iam glossatores reprobant ad ius saxonicum, *Land. R. L. III. art. 7.* et *Weichbild art. 137.* Neque in allegata ordinatione Cameræ desideratur, neque apud nos secundum regulam visitatur, potius haec tantum, ut iudeus tecto capite iuret, cui dextram imponit, laeue femori linistro iuncta, quod posterius iam apud Israelitas docente scriptura sacra moris erat. At vero experientia docuit, iudeos saepissime hanc iurisudi-

randi

randi formulam quotiescumque cum christianis agunt, contemnere, atque ex nullo alio iuramento se obligatos putare, nisi quod praesisterint adhibita alia quadam formula certis sub ceremoniis, quamvis hucusque sedulo celatis, quas praecepta synagogarum adattunt vel probant, quo in primis tum electio certi exempli libri *Thora* adhibentur, tum appellatio nominis diuini *Adonai*, tum alia pertinent. Et eiusmodi quidem solennitates eo certius adhibendae vindentur, quo magis notum est Iudeos in duas quasi classes vulgo diuidi, quarum altera vnicce legum codici, qui Talmud vocatur, parent et ab eo Talmudistarum nomen affixanti sunt, altera Caraibum nomine venit, qui libros Mosis atque Prophetarum, veteri testamento comprehensos, diuina auctoritate scriptos arbitrantur eorumque praecepta sequuntur, et quibus hac de causa major fides quam illis habenda est. Praeterea multi Iudeorum iuramentorum christianis praestitorum fidem omnino non habendam esse, propterea sibi persuadent, quod in liberis veteris testamenti locus est, quae verae solum religioni addictos fallere aut data fide frustrare prohibentur, inter quos illas modo referuat; qui ipsarum praecepta sequuntur; cui illud quoque accedit quod aliqua precum publicarum formula quotannis solenni peccatorum redimendorum festo die (das große Beisühnungsfest) recitare solita quae Col Nidre vocatur, videntur, quo veniam peccatorum christianis et Ethnicis, qui sub voce Chojim comprehenduntur, praefitis a Deo petunt, quoque illam peccatorum speciem facilissime tolli posse arbitrantur. At vero, quamvis iudicii inferiori haud permisum sit iurisurandi Iudeorum formam haec tenus in foro receptam sponte aggrauare, tamen hoc, data occasione, ipso principi licet, judicante HOMMELIO l. c. no. 20. Minimimus autem haud ita pridem, anno scilicet 1786, in Saxonia speciei cuiusdam, cum iussu principis in aliquot iudeos de criminibus quibusdam commissis inquireretur, ipsis vero dictato purgatorio, vehemens de periuro committendo metus subfset, tunc igitur Elector Serenissimus, consultis adeo antea theologis, peculiarem iuramenti formulam concipere, certasque ceremonias adhibere iussit, quae iuraturos ex ipsa religione iudeorum obstringerent. Quae res, cum scitu non indigna videretur, non dubitauimus,

mus, et mandatum electorale et ipsum procedendi modum sub litt. B. adiicere. Neque dubium videtur, alios etiam iudices praeprimis in causis arduis criminalibus eadem ratione, interrogato tamen antea principe, procedere posse, vti saepius ab Ordine ICtorum Lipsiensi anno 1786. ad praefecturam Budissensem, Senatum Lipsiensem et nuperrime anno 1789. ad Senatum Dresdensem contra iudeum aliquem iudicatum est, quam posteriorementem tentationem huic obseruationi sub litt. C. addere placuit. Praeter illum vero in Saxonia Electorali circa iuramenta Iudeorum constitutam formulam aliae ciuitates alias adoptarunt, quarum duas V. C. IOANNES CHRISTOPHORVS GEORGIVS BODENSCHATZ in Comm. Unterricht über den Juden = Eid; Erlang. 1791. 4. affert, quarum altera in terris Culmbacensisibus introducta est; circa modum vero procedendi quanquam omnes ut plurimum in eo conueniunt, vt non solum metus peririi eiusque poenaे iuramento iniiciatur, verum etiam solemnis apprecratio a parte iudicis aut potius Rabbinorum adhibetur, et aliquot Iudeorum tanquam testium praefentia exigatur, in eo tamen aliquantum discrepant, quod alii trino alii decem testium numerum requirant, alii vero librum Thora iuraturi manibus iniiciant, alii minus, pluresque solemnitates adhibere velint; quam ob rem, vt omnis haec materia absoluatur, ex allegato Bodenschatzii libello copiosorem illum procedendi modum et duas iuramentorum formulas sub litt. E. et F. huic obseruationi iungere, haud inutile duxi.

## B.

Friedrich August II. Thurnfürst II. Wester hochgelahrter, räthe, liebe getreue. Aus unserm wegen derer wider verschiedene hiesige juden bey euch anhängigen untersuchungen, unterm 20sten August pr. an. an euch ergangenen rescripte seyd ihr erinner, wasmaassen wir an unsere landesregierung zu erörterung derer von einigen juden wider die bey derer insculpaten eidestleistungen zu gebrauchen vorgeschriebenen ceremonien und formeln gemachten einwendungen verfügung ergehen zu lassen, der nothurst besunden.

Nach-

Nachdem nun ermehrte Landesregierung, auf eingeholtes anderweitiges bedenken der theologischen facultäten zu Leipzig und Wittenberg, ihr ohnmaßgebliches gerachten darüber, mit einreichung eines entwurfs derer bey Abnahme eines eydes von ihnen, um diesen eyden nach den grundsägen ihres glaubens vollkommenen Glauben bezeugen, zu beobachtenden ceremonien und zu gebrauchenden eydesformeln, auch derer an euch hierbei zurückkommenden zwei voluminum actorum, geziemend erbfuer hat, wir auch soithanen entwurf, nach der epeylichen anfuge genehmiger haben; als begehren wir hierdurch an euch gütigst, ihr wollet nunmehr dem gemäß die eyde von denen iuden, welchen dergleichen bey euren untersuchungen zuerkann sind, nach maasgabe obgedachten rescriptis vom 20. august an pr. mit möglicher beschleunigung, ohne attention auf fernere einwand, abnehmen, vorhero aber die bey dem entwurfe vorgeschriebenen beschwörungen und in der eydesformel vor kommenden hebräischen wörter, durch eine dieser sprache und absonderlich der aussprache solcher wörter, wie sie unter den heutigen iuden üblich, genugsam kundige person, genau, deutlich, und also, daß diejenige gerichtsperson, welche sothane beschwörungen und die eydesformel vorspricht, dieselben mit volliger richtigkeit, und wie sie dem schwören den iuden verständlich sind, vorsagen könne, mit lateinischen buchstaben aufzehen lassen, und das hierunter allenhalben weiter nöthige gebährend versägen, übrigens von dem erfolg solcher eydesleistungen zu unserer landesregierung anzeigen erstatzen. Daran geschiehet unser willen und meynung, und wir sind euch mit gnaden gewogen. Geben zu Dresden am 5ten August. 1778.

An die zu untersuchung derer wider die iuden  
zu Dresden angebrachten unterschleife und anderer umgehährnisse verordnete

Commission.

## Entwurf

derer bey abnahme eines iudenehydes zu beobachtenden ceremonien und zu gebrauchenden eydesformeln:

- 1) die abnahme eines iudenehydes muß an einem montage oder donnerstags in einer woche, da nicht iudische seyertage auf diese tage fallen, geschehen.
- 2) Es müssen wenigstens 3 iudische mannspersonen, von denen jeder über 13 iahr alt ist, als zeugen dem eyde bewohnen. Diese zeugen werden von dem richter erwählt und dazu erforderl, welcher so viel mäglich solche aussuchet, denen der schwörende iude wohl bekannt ist, und die mit denselben keine verbindung haben, sonst aber in einem guten rufe stehen.
- 3) Es wird sehr dienlich seyn, wenn der gegenheil oder ankläger dabei ist, damit durch dessen gezevart das gewissen des schwörenden desto eher gerührt werde, ins massen solches auch bey den iuden gewöhnlich ist.
- 4) Es muß in erlangung einer Tora von den iuden ein richtiges, von iuden in druck geggebenes und in ihren schulen gültiges chammesch zum iudicio ausgearnwortet, und solches, so oft dabei geschworen wird, jedesmahl auf behörige Weise für richtig und coscher agnosciret werden.
- 5) In diesem chammesch wird die stelle II. buch mose am XX. v. 7. wo die worte stehen:  
 Du sollst den nahmen deines gottes nicht mißbrauchen, denn der herr wird den nicht ungestraft lassen, der seinen namen mißbraucher,  
 aufgeschlagen.
- 6) Alsdenn muß der Richter folgende adiurationes, oder beschwörungen dem schwörenden iuden vorsagen:
- a) Jude, ich beschwore dich bey dem adonai elohi israel, daß du wahrhaftig sagest, ob dieses chammesch sey ein coscher chammesch, so in eurer schule gültig ist?

Er antwortet: Omen!

b) Jude,

b) Jude, ich beschwöre dich ferner bei dem adonai elobe israel,  
dass du wahrhaftig sagst, ob du gegenwärtiges ges-  
richt für deine wahre obrigkeit hältst, die macht und  
freiheit hat, dir einen end abzufordern?

Er antwortet: **Omen!**

c) Jude, ich beschwore dich ferner bey dem abomai clohe  
israel, daß du wahrhaftig sagest, ob du diesen eyd,  
den du jeho thun willst, für einen rechtmäßigen eyd  
achtest, den du nicht gezwungen, sondern freiwillig,  
mit guten willen und wohlbedachten muthe ablegest?

Er antwortet: „Omega!“

c) Jude, ich beschwore dich bey dem adonai elohu ißrael,  
dass du aufrechtig sagest, ob du diesen dem lebendigen  
gott ißrael antreß zu thueren eyb sowohl halten  
woltest, und dich dazu schuldig achtest, als wenn du  
solchen in deiner schule ablegen soltest?

Er antwortet: Amen!

c) **Jude**, ich beschwöre dich bey dem adonai, adonai el  
könne verloren, daß du dich nicht etwa auf irgend  
einige betrugsmitte hierbei verläßest, sondern daß  
du vielmehr bey dem hanue des allerhöchsten ange-  
lobest, dir diesen eyd nicht lösen zu lassen, noch  
dir einbildest, daß derselbe an eurem iom kippur  
durch das kol = nide gebet und durch das gebet  
vorinne du dein sündenbekämpfniß ablegezt, wieder  
vernichtet und aufgeldsetz werde, sondern daß  
du dich von diesem deinem eydschwur weder am gro-  
ßen versöhnungstage durch das gebet kol = nide, noch  
durch einen menschen aus der welt, er sey wer er will,  
für gelöst halten willst?

Er antwortet: **Omen!**

7) saget er zu denen übrigen anwesenden füden:

f) Endlich beschwore ich auch euch, ihr als zeugen versammelte judeu, bey dem adonai elohi israel, daß  
S 3  
ih

ibr insgesamt wahrhaftig saget, ob ihr nicht wider gegenwärtigen iuden, wenn euch bekannt ist, daß er anjezo einen falschen eyd thun würde, solches anzeigen oder auch, wenn sich künftig veroffenbarern sollte, daß er jetzt einen falschen eyd gethan hätte, deshalb auf erfordern zeugniß ablegen, und im legitern Falle denselben unter euch als einen meineidigen achten wollt?

Sie müssen antworten: Omen!

- 8) Hierauf wird der schwörende iude um seinen vollen namen auf folgende art befraget:

Zude, ich beschwöre dich nochmals bey dem adonai elohe iisrael, daß du wahrhaftig sagest, mitwas vor namen und zunamen du ins und außer der schule gesnennet wirst.

- 9) Wenn der iude hierauf die gehörige antwort ertheilet hat, kann der richter den schwörenden iuden durch einen rabbinen oder sonst einen jüdischen gelehrten, der ad hunc actum allezeit von der obrigkeit bestellter werden muß, nochmals nach seinen religionsgrundslägen und in seiner sprache vornehmen und vor dem meineide verwarnen lassen.

- 10) Alsdann wird dem iuden der eyd auf folgende Art abezommen:

- a) muß der iude die oberwähnte stelle aus dem 2ten buch mose cap. 20, v. 7. laut herlesen, dem der richter eine kurze ermahnung; daß er wohl bedenken möge, wie schrecklich er sich gegen den wahren gott, den adonai elohe iisrael versündigen würde, wenn er ihn fälschlich zum zeugen anrufen und dessen heiligen namen zu verheilung seines betrugs misbrauchen wollte, daß die vorgelesenen worte ohne ausnahme sagten, der herr werde den nicht umgestraft lassen, der seinen namen misbrauche; er solle sich also auf keine ausflüchte oder entschuldigungen, als ob er keinen rechten eyd schwore, verlassen, hinzusetzen kann.

b) Muß

- b) Muß der iude die rechte hand auf die obgebahte aufgeschlagene stelle im chammesch legen, das gesicht gegen morgen wenden, und dem richter die worte des eydes nachsprechen; wobei  
 c) dem richter freistehet, daß er die in der vorgeschriebenen eidesformel vor kommenden hebräischen wörter, welche nicht namen gottes sind, daferne ihm die richtige aussprache des hebräischen zweifelhaft wäre, bloß in der beigesfügten deutschen übersetzung gebraucht. Dagegen alle namen gottes hebräisch vor gesaget und von dem iuden nachgesprochen werden müssen.  
 ii) Endlich muß der iude, der geschworen hat, nebst allen übrigen gegenwärtigen iuden dem richter annoch nachsprechen;

Omen Neomen!

Eidesformel.

Im namen des einigen und hochgelobten gottes, vor welchen ich allhier stehe, schwere ich N. N. oder was ich sonst vor einen namen und zunamen haben und gebrauchen kam und mag, ein sohn N. N. eine scheuah gewisab (einen leiblichen eyd) zu dem adonai, dem einigen wahren gott, der himmel und erden und auch mich erschaffen hat, nicht nach meinen sinn und nach meiner auslegung, auch nicht nach der auslegung eines andern iuden, sondern einzig und allein nach dem sinne und auslegung dererjenigen, welche mich schwören lassen, daß ic.

Hier wird die sache, weswegen der iude schworet, mit deutlichen worten und umständlich eingerückt,

so wahr mir helfe adonai elohim elohe israel. Auch schwere ich bey dem adonai, dem gott meiner väter, abraham, isaac und iacob, daß ich von dem jetzt geleisteten eyde, mich durch niemand, er sey wer er wolle, losprechen lassen wolle. So wahr mir helfe adonai elohe israel, omen!

Habe ich aber jetzt falsch geschworen, so rufe ich dich an, adonai elohe israel, in dessen gegenwart ich geschworen habe,

be, daß du keinen tschuba (buße) von mir annehmest, vor  
solche große atbira (Übertretung) wie auch keine meghilla ver-  
eupora an jom tippur (keine versöhnung, noch vergebung am  
verjährungsstage) oder zu anderer Zeit, weder durch das kol-  
widre gebet noch auf andere weise wiederfahren läßt; mich  
nicht theilhaftig werden läßt alles des guten, welches du  
deinen, die dein gesetz und gebote halten, verheissen hast,  
sondern dagegen über mich schickst alle maccos (plagen) und  
kellos (flüche), welche du auf alle reichaim (gottlose) vor-  
mahls gelegt hast und kommen lassen, auch noch jezo le-  
gest und kommen läßt. Ich müsse ausgerottet werden aus  
meinem volke und keinen chelek (teil) haben am meichias  
(messias) und am olem habbo (künftigen leben) omen  
seomen!

Bey dem gebrauche dieser formel wird nach der vor-  
schrift sub 10. §) wo die hebräischen wörter behobalten  
werden die reutische überleitung, oder wo reutische wörter ges-  
brauchet werden, das hebräische weggelassen.

## C.

— — Auch ist gerichtswegen daran, daß von inquisi-  
toren diese eyde in der sol. — angezogenen maasse geleistet  
werden möchten, mittel erstattung unerhörigsten berichts  
anzutragen ic. v. R. W. Rait. — Dass aber iuden durch  
die von einem christlichen richter ihnen gemachten anermah-  
nungen und verwarnungen, und durch die ihnen nachzulassen  
gewöhnliche art des schwurs sich zum bekennniß der wahr-  
heit nicht für verpflichtet halten theils hässige in der erfah-  
rung liegende beispiele, theils selbst die gegenwärtige sache  
und besonders die von inquisitoren gebrauchten vertheidigungss-  
mittel mit der größten wahrscheinlichkeit abnehmen lassen;  
anerwogen letzterer selbst, daß iuden falsche zeugnisse  
wider ihn abgeleget und beschworen, darzuthua, und hier-  
durch seine unschuld zu behaupten suchen, sondern auch, daß  
er für seine person den meistwo für eine handlung acpte,  
welche einen geringen geldbetrag werth sey, nicht allein das  
zeugniß sol. — wornach er §, dergleichen für eine vergüs-  
tung von 100 rthl. zu begehen angelommen, und dessen un-  
wahrheit nicht dargehan werden mögen, sondern auch in-  
inquis

inquisitens anerbieten, eine urkunde als fälsch und unrichtig mittels eydes zu erhärten, deren richtigkeit und ächtheit nachher erwiesen worden, als welches aus denen begelegten klagsachen des von L. zu ersehen, außer andern fol. — angezogenen sehr triftigen argumenten fast in unbezweifelte gewiheit sezen — — dahero möglichst maassen zu verbüthen, daß inquisitien nicht die leistung des ihm nachgelassenen rehigungswesens auf eine solche weise gestattet werde, wie er dessen gewissen in keinen zwang setzet; dieses auch mit den rechten um so mehr zu vereinharen, da nicht nur nach dem gnädigsten befehle vom 30. Apr. 1783. §. 17. der eyd das verbrechen nicht tilget, sondern, auch, da inquisitien der reinigungsend nachgelassen bleibt, nicht zu behaupten, daß mit demselben harter versfahren werde, wenn er angehalten wird, auf solche weise zu schänden, wie es für sein gewissen nach den grundsäzen seiner religion verbindlicher ist w.

## D.

1) Jude! ich beschwore dich bei dem Adonai elohe Israel,  
daß du wahrhaftig sagest: Ob deine Tephillin (Gebet-  
riemen) und Tallis mit seinen Zizis (ein Haupttuch  
mit acht Faden) koscher seyn! darauf spricht der Jude:  
Omen. (Ja.)

2) Jude, ich beschwore dich bey dem Adonai elohe Israel,  
daß du sagest: Ob dieses gegenwärtige Sepher Thora  
(Gefetzrolle) das rechte sey, welches ihr unter ein-  
ander in eurer Schule zu heiliger Lesung der Perschios  
(Sabbatlectionen) gebrauchet, und darauf ihr Juden  
untereinander Schebaos (Eidschwüre) thut? Jude:  
Omen.

3) Jude! ich beschwore dich bey dem Adonai elohe Israel,  
daß du wahrhaftig sagest: Ob du gegenwärtiges Ge-  
richt für deine wahre Obrigkeit halten woltest, welche  
Macht und Freiheit habe, einen Eid dir abzufordern?  
Jude: Omen.

S 5

4) Jude!

4) Jude! ich beschwöre dich bey dem Adonai elohé Israel,  
daß du aufrichtig sagest: Ob du diesen Eid, den du  
jeho thun willst, für einen rechtmäßigen Eid achtest,  
den du nicht gezwungen, sondern freiwillig, mit gutem  
Willen, und wohlbedachtem Muth ablegest? Jude:  
Omen.

5) Jude, ich beschwöre dich bey dem Adonai elohé Israel,  
daß du aufrichtig sagest: Ob du diesen dem lebendigen  
Gott anjezo zu leistenden Eid gegen einen Christen,  
sowohl halten wollest, und dich dazu schuldig achtest,  
als wenn du solchen gegen deines Gleichen ablegen solls-  
test? Jude: Omen. Und endlich

6) So beschwöre ich euch, hier als Zeugen versammelte  
Juden bey dem Adonai elohé Israel, daß ihr allzumal  
wahrhaftig saget: Ob ihr wider gegenwärtig Juden  
(wenn er einen falschen Eid thun sollte,) allesamt zusam-  
men, ihn als einen Meineidigen verwerfen, und unter  
allen Cheremos (Flüchen oder Bannflüchen) aus euer-  
ren Schulen verbannen woller? Die Juden sagen:  
Omen.

E.

### Erste Eidesformel.

Ich schwöre bey dem heiligen Nahmen des allmächtigen  
Gottes, und nach der Meinung meines Herrn Ober-Rabbi-  
ners, auch nach der Meinung meines Gegenparts, ohne List  
oder verborgenen Betrug, oder eine mit erbichtete Erlaubniß,  
sondern die klare Wahrheit,

(Hier wird die zu beschwörende Sache eingerückt.)

darauf lege ich ein tüchtiges Jurament ab. Wenn ich falsch  
schwöre, so sollen auf mir alle die in den Büchern Mosis be-  
merkte Flüche kommen, und die ganze Welt soll davon be-  
freit seyn; schwöre ich aber recht und wahrhaftig, so sollen  
mir und der ganzen Welt alle die in den Büchern Mosis  
versprochene Segen angedeyhen. Omen!

I. sonde (p.

F.

F.

### Sweite Eidesformel.

Im Namen des einzigen Gottes, der da heilig ist, der  
sei gelobet in seiner herrlichen Gegenwart. Ich N. N. ins-  
gemein N. genannt oder mit was ich sonst für einen  
Namen und Zunamen kann und mag genennen werden, ein  
Sohn des N. schwore zu Gott dem Allmächtigen, dem Gott  
Abraham, Isaak und Jacob, dem Gott, welcher genannt  
wird Adonai Elohim Jezoos, El Schaddai, Chieh acher Chieh,  
bei dem großen göttlichen Namen, dem (Schem Schelboaz-  
ja, dem wesentlichen Namen Gottes, das ist Jezovah) der  
Himmel und Erden und alles, was darinnen ist, erschaffen  
hat, und bezeuge bei allen (Mallachim) Engeln durch Er-  
laubniß des Gerichtes von Oben durch Erlaubniß des Ge-  
richts von Unten, (hier wird eingerückt, was geschworen oder  
versprochen werden soll.) Ich nehme es auf mich in des  
Gesetzes Hamm. und in den Hamm Josua, des Sohnes Nun,  
und in den großen Hamm mit der Gegenwart Gottes. Ich  
rufe zum Zeugen den allmächtigen Gott, und will die drey  
Hamm auf mich nehmen, daß ich wahrhaftig schwöre, ohne  
Falschheit, ohne einige böse Gedanken, die ich gedenken könnte,  
nach meiner Lehre, daß ich mich könne los sprechen las-  
sen von diesem Eide. Ihr Gerichte von Unten mit der Ge-  
genwart Gottes, ihr sollet seyn meine Zeugen, daß ich auf  
mich nehme das Gericht vom Himmel, wo ich falsch schwö-  
re, oder falsche Gedanken in meinem Herzen habe, nach meis-  
ner Lehre, so will ich von Gott keine (Caporo) Vergebung  
haben, und keine Vergebung noch Aufsöhnung am Tage der  
Versöhnung weder in dieser noch in jener Welt. Und soll  
mir keine (Tschubu) Verlehrung helfen, sondern Gott soll auf  
mich schicken alle (Ketolos) Flüche von Bileam, und wün-  
sche mir an, daß der Gott, so leben und Tod, Segen und  
Flüche, Gutes und Böses in seinen Händen hat, auf mich  
bringe alle 49. Flüche im zien Buch Mosis, auch alle 98.  
Flüche, so Mosis imzten Buche hat. Es kommen auf mich  
alle (Maccos) Plagen von (Mizrajim) Egypten, ich ver-  
sinke gleich vor dem Herrn auf der Stelle, wie Cora, Da-  
than und Abiram in die Erde versunken sind. Es komme auf  
mich der (Zorass) Aussatz, wie auf Miriam, wie auf Naes-  
mann,

manu, daß er an mir mein Lebtage nicht geheilet werde, wenn ich falsch schwöre. Es sollen alle (Ruchos rads yes schedim) böse Geister und Teufel in mich kommen, wenn ich vor dem Herrn ein verlogen Wort rede oder geredet habe. Es soll mein Haus und Güter Weib und Kinder gestraft werden mit Schweiß und Pech, wie Sodom und Gomorra gestraft worden. Meine zu hoffende (Ebelef heolan habbo) Portio in der zukünftigen Welt soll verloren seyn. Ich soll ewig in der (Gehinnom) Höle sein und brennen, und nicht bei der (Techyas Hammessin) Auferstehung der Toten auferstehen. Ich soll in allen (Eberumos) Flüchen der Welt sein. Und, wenn nicht alles, was ich geredet, (Enes) Wahrheit ist, so soll alles das Böse auf mich kommen, wie ich gesagt habe. Dieses alles behaupte ich mit den Namen Gottes ohne (Messias modoo) Widerrufung meiner Aussage, ohne alle Ausflüchte, so man erdenken kann. Als mit Gott (Yomai Elohe Israel) der Herr Gott Israel helfe, der Himmel und Erden, und alles, was darinnen ist, erschaffen hat.

Darauf schließet der Jude mit einflügeligen Zurnüsse aller gegenwärtigen Juden seinen Eid also: Omne! Omne! Höre Israel, der Herr unser Gott ist ein einziger Gott. Gelobet sei der Name der Ehre und sein Königreich in alle Ewigkeit!

#### OBSERVATIO XI.

*De consensu gentium circa iuramentorum efficaciam in genere.*

In celeberrima illa, atque multoties agitata quaestione: vtrum iuramenta nouam obligationem negotiis quibus adhibentur, addant? sive: num per se et tanquam iuramento aliquam ad obstringendum alterum efficaciam habeant? id quod, illustriores ICti, in primis PVFFENDORFIVS de I. N. et G. L. IV. c. 2. §. 6. STRUVIVS S. I. C. Ex. XXVII. §. 21. AYRER da abusu iuram. fest. II. §. 4. ac nuper saepe laudatus MALBLANCIUS I. c. L. I. §. 10. ne-

negant, alii aliter sentiunt. Parum abest, quin nobis tota  
res ad verborum controvferiam redire videatur. Nam qui  
iliud vinculum tollunt, primum id solummodo iure ciuii  
negant, inter gentes admitunt, deinde iure ciuili quoque  
in promissorio libenter concedunt, **MALBLANC.** l. c. p.  
10. At nec in genere de efficacia iuramentorum assertorio-  
rum dubitari posse videtur. Profecto si hanc funditus su-  
stuleris, iuriurandum inter actus omnino frustraneos nu-  
merare necesse forer, quod tamen assimi nullo modo pot-  
erit, etiam si in republica eorum abusum et frequentiam  
hinc inde impedientiam esse, facile concesserimus.  
Quodsi igitur verum est, quod **CICERO** *Quæst. Tuscul.*  
*L. I. c. 13.* ait: *omni in re conuenio omnium gentium*  
*lex naturae putanda est,* nec nobis forte vitio vertetur,  
si communem gentium de vi iuriurandi opinionem paucis  
ostendamus.

Ipsi scriptores sancti multate gente *Iudaica* exem-  
pla praebent. Sic iam Abramus et mox Isaacus foedus  
cum Abimelecho sancitum, Esauus venditionem iuris pri-  
mogeniturae fratri factam, atque Iacobus pactum cum  
auunculo Labano initum solenni sacramento confirmarunt,  
**Gen. c. 21. v. 23. 25. et 35. c. 26. v. 31. c. 31. v. 54.**  
sive dubio propterea, quoniam crederent, maiorem iuratae  
promissioni quam simplici vim et obligationem inesse, alias  
enim nulla eius rei caula excogitari posset. Sic idem  
Abramus a seruo suo per iuramentum stipulabatur, vt fi-  
lio vxorem duceret ex ea gente quam veller, **Gen. c. 34.**  
**v. 9.** certo confisus, eum sic demum obligatum, fidem  
non falliturum; quod idem sine dubio Ezra et Nehemia  
crediderunt, dum populum israeliticum de vero Deo col-  
lendo sub fide iuramenti obstringerent, **Ezra X. 5. Nehem.**  
**V. 12. et X. 29.** vt alia complura exempla ex S. S.  
praefitorum iuramentorum promissiorum taceamus, cf.  
**MALBLANC.** l. c. **L. II. c. 17. et 20.** Sic *Graeci*, quo-  
rum sapiens Pythagoras ipsos Deos iuriurandi auctores  
esse docebat, et raro quidem iurari, sed si quis semel  
iurasset, sacramenta seruari præcipiebat, **PVFFEND.** l. c.  
**L. IV. c. 2. p. 2.** nec non *Aegyptii* iuriurandum maxi-  
mum inter omnes fidem, atque ultimum ac firmissimum  
fidei mutuae ac veritatis pignus appellabant, **HERTIVS**

ad

ad PVFFEND. de I. N. L. II. c. 2. §. 1. ac iurisurandi religionem sic contemplabantur, vt, si quis quaedam iurato promitteret, is indubiatum argumentum haberet, ea seruandi. Pari modo *Scythes*, quamvis CVRTIO L. VII. §. 8. contradicente, ad confirmandas promissiones iurisurando multum tribuebant; LVCIAN. *Dial. de amic.* Quid de Romanis dicam? Audiamus CICERONEM qui de off. L. III. Nullum, ait, maiores nostri vinculum adstringendam fidem iureiurando artius iudicarunt. Percurramus omnes iuris civilis libros, innumera de iuramentis, de eorum natura, modo, utilitate necessitateque inuenies; cf. AYRER 4. c. seti. I. §. 7. Credamusne, haec omnia sic praecepta fuisse, vt eodem tempore omnis iurisurando efficacia ac obligandi vis adimeretur? Nec minus, quamvis veteribus Germanis sola verborum fides dataque dextra sumnum promittendi vinculum putaretur, tamen sequiori aevo iuramento, in primis consacralibus adhibitis, plurimum tribuebant, id, quod leges Alemanicae, Longobardicae, Saxonicae et Sueuicae abunde testantur, SCHILTER *Exerc. ad pand. L. XXIII. §. 6.* seq. NAEVIVS de iuram. P. I. c. I. §. 3. Inprimis *Saxones* dicuntur ex lege a CAROLO MAGNO accepta iuriurando tantam auctoritatem dedisse, vt si forte aduersarius rem alterius manu sinistra teneret, dextra vero elevata, se eam non habere juraret, hoc posterius pro vero putarent, BARCLAIVS *Comment. ad tit. de iure. in Ottonis Thes. T. III.* Verbo, quaecunque gens falli posse credebat a simpliciter promittente, (et omnes fere putabant) ea iuramenta introducebat, perfusa, iurato obligatum maiori vinculo ad seruandas pollicitationes teneri, unde CICERO pro Balbo et LAERTIVS in vita XENOCRATIS tanquam aliquid singulare narrant, huic soli, tanquam viro prae ceteris sanctae et grauiter viuenti, iuramentum in testimonio dicendo remissum esse. Audiamus igitur GROTIUS qui de iure B. et P. L. II. c. 13. §. 1. haec dicit: *Apud omnes populos et ab omni aevo circa pollicitationes, promissa et contractus maxima semper vis fuit iurisiurandæ.*

OBSER-

## OBSERVATIO XII.

*Iuriiurando efficacia iure naturae conciliari tentatur.*

Sententia, quam ex interpretibus attigimus: sacramenta iure gentium vim habere ac potestatem, ipsa aliqua praerogativa esse censetur, quod eadem ipsi nec iure naturae desit. Quod si enim ex naturae praeceptis viuis quisque obligatus est ad promissa quaelibet implenda, factentibus omnibus, ac in primis PVFFENDORFIO L. II. c. 7. et 25. scilicet quia promisit, hoc est ex nudo facto promissionis, supposito promittentis vero ac libero consentiu, legisque permisso, de hac vel illa re licite promittenda; inde sequetur et hoc, ipsum ei quoque promissioniflare debere, quae non nuda sit, verum aliqua affluatione quasi vestita. Si quis igitur Caius promittat, se Titio die aliquo futuro centum daturum propterea, quoniam diu amore atque existimatione ipsius ducatur, sine dubio tenebitur. Fac autem eundem Caium antequam dies veniat, a Titio ex periculo liberari, adeoque illum huic eosdem centum denou huius beneficii causa promittere, viuisquisque videt, Caium ex dupli promisso teneri, nempe ex primo simplici, sola animi liberalitate impellente, ex altero, iterum maiore cum contentione facto, ac his verbis facto, se id tam certe impleturum esse, quam certe illi gratum animum debeat, ostendereque velit. Similis ratio iuramenti promissori nobis videtur. Qui enim aliquid promittit, adiecta solennitate verborum: Ita me Deus adiuvet! is primum simpliciter promittit, se aliquid daturum facturumue, secundo idem enixe et cum aliqua contentione promittit, addens, se promissionem factam illam primam tam certo seruaturum, quam certo nolit ab auxilio diuino desistitus esse. Videmus itaque in omni iuramento esse aliquam duplice promissionem, unam, quae continetur nuda ac simplici promissione, alteram, qua isti certissime satisfactum iri, adiecta religiosa affluatione iterum pollicemur. Vbi vero duplex promisso adeat, ibi etiam duplex vinculum obligationis adesse debere, per se patet. Haec sunt fere ea, quae PVFFENDORFIVS cum commentatore suo l. c. §. 6. dicit: *per iuramentum obligationis per se validae velut accessorium quoddam virtutum*

*lum*

tum superuenire, vel per assuerationem religiosam nouum promissioni accedere autoramentum, quo eo magis a perfidia absterrei debemus. Idem PVFFENDORFIUS edit, principalem obligationem atque vinculum obligacionis iuratoriae saepe (plerunque dicere debebat) uno sermonis complexu comprehendit, dum dicamus: Ita me Deus adiunet, ut ego centum dabo. Bene quoque rem exprimit WERNHER Obj. T. I. P. IV. obj. 151. no. 163. Dum iuramus, ait, supponimus aliquid, ad quod afferendum vel praestandum iam ante obligati sumus; quo minus vero alter de fide nostra dubitet, vis religionis efficit, quae stringit quasi animos atque ad satis/accenatum alacriores multo reddit. Quid clarius est, quid manifestius, quam, adversarios a nobis non re sed verbis tantum abesse? Cum enim accessioriam iuramento obligationem concedunt, haec profecto non potest esse principalis ipsa, nec eadem cum hac, sed alia quaedam peculiaris, ac diuersa; et sic euicimus, ex iureinrando veram et peculiarem obligationem descendere. Nec sane mente concepi potest, quid absoni et inconcinni in hac causa sit? Non enim ipsi promissioni vel pacto nudo, extra ius Romanum, nec contractui per se suam obstringendi vim detrahimus, sed tandemmodo hoc volumus, ne inuidiosa sit et iuramenti et aliis obligationis penes se impatientia. Celeberrimus MALBLANC, qui, quod ab eo dissentimus, nobis condonet, subtilius adhuc disputare videtur saepius laudato libro elegantissimo, L. I. §. 10. qui, cum iusiurandum promisorium priori obligationi per se validae nihil, nec addat neque detrahatur, sequi dicit posse, id eo tantum fine ad obligations per se validas accedere, ut iurans, perfecto iam iure debens, iniecto conscientiae ac religionis viuculo ad implementum obligationis eo magis impellatur. At vero cum haec ipsa impulsio fiat confenuit, utriusque, tam iurantis, quam iusiuandum exposcentis, atque ad eam necessaria sit illa assueratio religiosa, qua iurans profitetur, se sub expectatione beneficiorum suae religionis impulsum iri ad standum priori obligationi, quis non videt, in eo ipso aliquam obligationem, nisi principalem, accessioriam tamen contineri?

Quid?

Quid? quod ipse adeo concedit, saltim inter gentes ac societas nexus ciuili solutas secum iniicem pacificentes, iuramentis promissoriis eum vim eamque potestatem esse, vt, quoniam vis externa, qua cogi deberent ad satisfaciendum pactis saepe difficultis sit, saltim conscientiae vinculo impellerentur. Nec aliter intelligi possunt, quae GROTIUS de I. B. et P. L. II. c. 13. §. 14. dicit: *Haud dubie ius homini ex ipso iuramento quaeri, tanquam ex promisso vel contractu, dicamus potius, ex utroque. Ex his fatis patet, esse iuris iurandi aliquam obligationem, praeter ipsius promissionis, cui accedit vinculum, quam obligationem conscientiae appellare possumus, hoc est, qua quis se alteri obstringit sub interventu religionis, hoc sincere declarando, se sanctissimis beneficiis diuinis, sibi quam maxime necessariis, citius caritatum, quam datum fidem fracturum esse. Horrendum dictu! sed validum tamen ac potens ad obligandos iurantium animos, vt, quod antea iam deberent, nunc eo magis sub hac quasi imprecatione ac fortius debeant, necessitate sibi ipsis imposta, alterutrum eligendi.*

Fere, vt in contractu pignoratio iuris ciuilis fieri solet, quo debitor pecuniam ex mutuo iam debebat, sed nunc etiam debet interposito pignore, et magis debet, quia ipsi aut pecunia ex promisso soluenda, aut in futurum re op-pignorata carentum est.

Praeter hanc est alia quaedam adhuc obligatio, haud minus ex iure naturae deducenda, qua iurans erga se ipsum obstringitur. Cum enim rectae rationis dictamen vinum quemque iubeat ipsum se conferuare, ac conditionem suam meliorem reddere, atque eadem lex naturae nos doceat, numen diuinum contemtores fuos acerbis poenis affligere, ex eo simul patet, cuiuslibet iurantis esse etiam in se ipsum aliquam obligationem, quae eum ad seruandum iuramentum compellere poslit, nempe hanc, ne iustis certo futuris poenis se exponat, eaque re conditionem suam deterioriem reddat. Sed ea quaestio non ad controuersiam nostram pertinere videtur.

T

OBSER-

## OBSERVATIO XIII.

*Defensio Innocentii III. et Bonifacii VIII. tentata.*

Sunt, quibus Pontifex INNOCENTIVS III. atque BONIFACIVS VIII. maximopere vapulant, ille, quod famosissimam iuris canonici thesin: *quod omne iuramentum, quod seruari possit salua salute aeterna, seruari debeat, primus in cap. 28. X. de iureiur. posuerit, BONIFACIVS vero, quod eandem in cap. 2. eod. in 6. et cap. 2. de pacto. in 6. repetierit.* Neque negari potest, pontificiae religioni addictos hoc dogma semper considerasse tanquam fundamentum non leue hierarchiae et artificium sumnum, quo clerus Romanus magnam iurisdictionis civilis partem ad se rapere, ac imperium in animos sibi parare posset parassetque, inprimis cum iurantes censuris ecclesiasticis ad servanda singula iuramenta compellere studeret, neque villam facile exceptionem admitteret, potius opinionem praetexens, iuramentis vota Deo fieri, de quorum adeo obedientia iudicium sit ecclesiasticum. Manifestum erat, ex hoc dogmate si in viuierum proponeretur, multas periculosissimas ac rei publicae pernicioseissimas sententias gigni, in primis vero hanc: ea quoque iuramenta servanda esse, quae vi essent metuque extorta; non minus ac ea, quorum causa se quis ad facta illicita obstrinxisset. Maneamus aliquantum in his capitulis, et nouam iuris pontifici mutationem paulo accuratius penitus. Dicit INNOCENTIVS, secundum ius civile mulieres non esse in obligatione, quamvis in alienationem fundi dotalis a marito factam ipsae consenserint, quod omnino ius Romanum contra naturalem aequitatem induxerat, ac eiusmodi consensum uxorum prohibuerat; *pr. I. qu. alien. non lic. l. un. C. de rei vx. att.* Dicit porro BONIFACIVS, filiam post dotem acceptam, si paternae hereditati renunciet, eam ex hac abdicatione iure ciuili non teneri, *l. vlt. D. de suis et legit. l. 3. C. de collat.* Vterque addit, ex ea iuris ciuilis ratione haec tenus saepè factum esse, ut eiusmodi vxorum alienationes rerum dotalium ac paternae hereditatis adeo iuramento sponte suscepto confirmarentur. Quale quidem iusurandum in foro ciuili nihil mutabat, quippe quo, quod semel inualidum et interdicatum.

Etum esset, impotens ac prohibitum manebat, quantumvis  
 iuramento addito, STRYCK de *succff. ab int. Diff. VIII.*  
 c. 10. §. 22, at hoc iniquum pontificibus, et iniustum vi-  
 debatur, iusurandum in hac re plane inutile futurum, cu-  
 ius in testimonio dicendo aut aliud quicquam asserendo  
 hand leuis vis censebatur. Nec profecto diffitendum, ex  
 hac, quae tunc frequentissima erat, consuetudine, actus  
 ciuiliter *utiles* aequi ac iniusti iuramento consimandi,  
 aut porius, primum iurandi, mox sub specie forensi, inua-  
 liditatis a iuramento ipsoque contractu recedendi, multum  
 iniquitatis, magnum religionis, quea tota in iuramentis  
 cernitur, contemnit, diuinorum beneficiorum despctum  
 ac singularem iurantium levitatem apparuisse. Huic tur-  
 pitudini INNOCENTIVS et BONIFACIVS obuiam ire, hauc  
 temeritatem iurandi reprimere studuisse videntur, at-  
 que pio sinceroque animo efficere, ne homines tam  
 frequenter ad iuramenta accederent, aut si iurare place-  
 ret, id sine contentu Dei et euerione religionis fieret.  
 Hoc facere conabantur imponendo iurantibus iurisurandi  
 seruandi necessitatem. Igitur fane non video, quantum  
 malii in istorum capitolorum praecēptis lateat? Modo ab  
 abufo et a malo fine, ad quem hoc bonum consilium po-  
 stea perductum est, forte etiam ab impuro fonte, ex  
 quo promanabat, recedamus. Quamvis enim non appro-  
 banda sit pontificum opera et conatus, quo iudicium su-  
 per iuramenti et foro ciuili ad episcopale trahere, et iu-  
 ramenti obligationem censuris ecclesiasticis stabilire tenta-  
 rent, c. 13. X. de iud. c. 2. X. de iure iuri. in 6. tamen  
 nec id, quod dicitur in capitulo 9. X. de arbitr. iurantem  
 iuramento suo se ipsum personaliter obligare, nec ea,  
 quae in supra allegatis capitulis de seruando iure iuriando,  
 quod non vergat in dispendium aeternae salutis praecipi-  
 untur, digna sunt, vt tam male habeantur. Iniurii fumus  
 in pontifices, illorum capitolorum auctores, quando, quod  
 modo commemorauimus iuris canonici brocardicum, tau-  
 quam aliquam thesin generalem allegamus, exceptionibus  
 tamen omisssis, quibus ei constringitur. Non dicunt pon-  
 tifices, omnia ac singula iuramenta, quae salua salute  
 aeterna seruari possint, tenenda esse, sed diserte excipi-  
 un. 1) vim 2) dolum 3) praecidicium tertii, d. cap. 28.  
 d. cap. 2. adeoque minime fratuunt, iure iuriando vel a

T 2

prae-

praedonibus extorto, vel a dolosis hominibus per calidas persuasiones elicito, vel quod de aliis nocendo iuratum sit, stari debere, imo vero talia iuramenta sunt inualida, non libere nec a consentiente praestita, aut legi diuinae humanaeque, quae hominem ab homine illaefum cupit, penitus aduerserit, adeoque ob haec vitia nulli obligationi obnoxia, fere ut iure ciuili actus possessionis in genere efficiaciam atque emolumenum quidem praebent, at vitio acquisitionis vi, clam aut precario factae inhaerente, plerumque vi atque effectu destituantur.

Quid? si verum est, quod I. H. BOEHMER *I. Eccles. P. L. II. t. 24. §. 29.* afferit, constitutionis *II. Feud.* 53. et authenticarum *sacramenta C. si aduersus vend. aucto-*  
*rem Fridericum Primum*, id, quod etiam ostendit IO. HIE-  
*RONYM. HERRMANN His. corp. iur. Justin. c. 3. §. 41.*  
*necessario sequitur, eo tempore, quo INNOCENTIVS III.*  
*dicto capitulo 28.*, quod idem BOEHMERVS *I. c. §. 35.*  
*in annum 1206.* adeoque post FRIDERICI I. obitum  
*collocat*, episcopo Beluacensi de mulierium iuramento-  
*rum*, alienationes rerum dotalium confirmantium, validi-  
*tate rescriberet, iam iure ciuili omnibus sacramentis iustis*  
*a puberibus praestitis vim atque auctoritatem attributam*  
*fuisse.*

Summa itaque orationis nostrae haec est, pontifices non male egisse, quod in genere iurantibus necessitatem seruandi iuris iurandi impofuerunt, culpandoz tamen esse in eo, quod hoc dogmate ad stabiliendum ecclesiae dominatum vni sunt. Sic fere sentit AYRERVS, qui, quamvis ipsi sententia de obligatione ex iuramento non placeat, tamen mox *I. c. sest. I. §. 4. p. 28.* eam opinionem non prorufus damnandam existimat, dummodo caueatur ab erroribus inde prouenientibus. Est vero hoc dogma cum ipsa natura iuramentorum, cum communi ciuitatum commodo atque adeo cum ipsa religione arctissime nexum. Qui iurat, alteri fidem dat, se promissa ita seruaturum esse, vti velit, Deum sibi propitiun fore, eoque ad fidem sibi habendam inducit eum, qui perfauatum habere nequit, esse aliquem ciuium suorum, qui non solum fidem nudit verbis datam, sed etiam religione confirmatam fallat, qui non

non homines tantummodo, sed etiam Deum flocci pendat, atque tum ciuibus suis tum venerando summo numini, quod verum esse credit, illudat. Quis igitur est, qui non iuris pontificii auctores probabiliter excutandos putet, quod iurantibus sancta diuini numinis beneficia, quorum iacturam iusurandum fallendo facturi sint, ipsis conseruanda duxerint, aut, quod idem est, eos a perniciofissimo per iurii scelere alienare voluerint, quod nunc leges ciuiles recte imitantur.

#### OBSERVATIO XIV.

*Nec iure Romano omnis ex iureiurando actio denegata.*

Plerique negant, in primis STRYVIUS Ex. XVII. §. 21. et 50. BERGER Oec. iur. L. IV. t. 25 §. 2. not. 3. STRYCKIVS Vs. mod. L. XII. t. 2. §. 17. aliquique, et ex recentioribus MALBLANCIUS de iureiur. L. III. c. 7. §. 79. At vero id nihilominus affirmari posse, nobis saluo meliorum iudicio videtur. Stante republica mirum est, quantam obligandi vim iuramento inesse Romani crediderint, cuius rei plura exempla tam publica quam privata extant. Illustre est Reguli, qui cum decem aliis Carthaginem redibat, efi dira morte expectata, eam solam ob causam, quia iurassent se reddituros, ut docet CICERO de off. L. III. c. 29. et pro Roscio cap. 16. cf. H. GROTIUS de I. B. et P. L. II. c. 13. §. 15. Eadem vero iurijurando iura Romana, ciuilem obligacionem non omnino denegasse, varie doceri potest. Primum de iuramentis affortoriis voluntariis, tam judicialibus quam extrajudicialibus, res extra omnem dubitationem posita videtur, ex quibus, si affirmativa essent, actiones §. II. Inß. de act. si negativa, exceptions §. 4. I. de except. dababantur. Illic Imperator diserte ait: *Si quis postulante aduersario iurauerit, deberi sibi pecuniam, quam piteret, neque ei solvatur; praetor iustissime ei accommodat talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an iurauerit?* cf. l. 5. §. 2. l. 9. pr. §. 7. l. 4.

*t. 4. §. 1. 3. D. de iure iuri.* Nec obici nobis potest, hic solummodo de iuramento extra judiciali agi. Etenim haec eo tantum confilio allegauimus, ut pateret, non contrarium esse analogiae iuris Romani ipsi iuramento eiusque praestationi aliquam obligandi efficaciam concedere; cf. HELLFELD *Pand.* §. 798. HEINECC. *Iust.* §. 217. *not.* vnde ipse STRYCKIUS de *usu actionis.* *lett.* 2. *membr.* 3. §. 35. fateri cogitur, praetorem ex iuramento tanquam pacto legitimo actionem dedisse, quod nec minus confirmat HEINECCIVS *t. c.* Etenim fieri non poterat, ut actio daretur, nisi ipsum iuramentum antecessisset, quippe quod fundamentum erat actionis, quia ex non debitore debitorem fecerat. Quodsi igitur iure Romano agi poterat ex iuramento praesito, videmur quod volehamus effe-  
cisse, scilicet iuris iurandi obligationem ad actionem profe-  
rendam isto iure efficacem fuisse, nec ab oeconomia iuris  
Romani alienum esse, si praetorem etiam ex promissorio  
actionem dedisse suspicamur. Et quamvis dicas, illic ta-  
citam aliquam inter partes conventionem et transactionem  
interuenisse, aequae ac in judiciali delato, tamen nec haec  
debet in iuramento promissorio, in quo vnu aliiquid promis-  
tit, alter promissum accipit, saltem haud contradicit; vnde CI-  
CERO pro Q. Roscio c. 16. generaliter, *omne iuramentum pacti-  
one verborum contineri,* dicit. Profecto, cum iure Romano  
pactis nudis nulla vis obligationis esset, eodem aut iuramento  
promissorio rei licitae omnem utilitatem detrahamus ne-  
cessa erit, quia demta promissione religiosa assueratione,  
nil nisi pactum nudum remansurum est, suffragante THEOD.  
REGN. DE BASSEN de *iurei.* *vet.* *iupr.* *Rom.* c. 7. §. 2.  
aut, illi non omnem actionem denegatam fuisse, suspicam-  
dum erit.

Quid vero? si ab vna ipsius iuramenti promissoriis  
specie ad reliquas eiusdem generis adhuc facilior sit con-  
clusio, num ne tunc sententiae nostrae proprius accedere  
putamur? Atqui vero hanc Romanorum sententiam haud  
fuisse, ex eo clarissime patet, quod luculentum exemplum  
habemus iuris iurandi promissoriis, quod habeat efficaciam  
et actionem contra iurantem, nempe in operis ac muneri-  
bus a liberto praestans patrono. Cum enim Romani  
fo-

solerent manumissionis pretium in accipiendo a liberto operis quaerere, neque tamen possent eas ab ipsis sponte expectare, potius hi, quod in seruitute sub spe libertatis promiserant, liberi facti impune non seruarent, nec e pacto nudo libertorum actio dari posset, solebant eos iuramento adstringere. CAIUS Inst. L. II. §. 4. claris verbis ait: *Item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione alio \** promittente contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iurauerit — in quo non tam verborum solennitate, quam iurisiurandi religione tenentur. Tale iuramentum in ipsa adhuc seruitute praestitum non obligabat, quippe cum in seruum nulla omnino obligatio cadet, l. 22. D. de R. l. 107. D. eod. sed a liberto iuratum, omnino efficaciam habebat ad agendum, l. 7. pr. D. de oper. libert. l. vlt. D. de liber. c. Sic etiam PAVLVS l. 7. D. de oper. libert. dicit: *Vt iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet. Plane queritur, si quis liberto suo legauerit, si filio suo iurauerit, se decem operarum nomine praesliturum, an obligetur iurando?* et Celsus Iuuentius obligari eum, ait. Hic bona fide iurabat, postquam libertus factus erat. Aliud est exemplum apud PAVLVM in l. 36. D. de manumiss. testam. vbi seruus testamento manumisitetur, si iuratus fuerit, se filio testatoris decem operarum daturum. Hic iurabat quidem, scilicet dum adhuc in seruitute esset, sed liber factus non iurabat; respondebat Ictus, eum non teneri operarum nomine, quia, nisi post manumissionem iuret, non obligetur. Ex quo efficitur, eum si libertus iurasset, vt ille superior, ex hoc iuramento obstrictum futurum fuisse. Erat itaque iusurandum liberti de munieribus et operis patrono praestandis eiusmodi quasi

T 4

pactum

\* In hoc Caius verbo mendum esse, iam viderunt ALEXANDER et SCHVLTINGIVS ad hunc locum, quoniam manifestum sit, sermonem hic esse de una tamen persona, non de duabus. Quapropter ille totum verbum expungit, hic legit alii. Nobis videtur alius (genitius) reponendum, quod facile mutari potuit, cum scribae, vt et hodie fit, vs in fine verborum scriberent per 9. ex quo procul dubio factum o. Itaque sensus est: unum eundemque loqui et promittere sine interrogatione alterius.

pactum legitimum, quod uno tantum loquente obligati-  
nem efficeret, simile in hac re dotis dictione, v. *Prolyst.*  
*meam de dotis dictione* (*Opp. T. I. p. 371.*), quo exemplo  
videmus, praetorem ab actione, etiam ex iurefirando  
promissorio vtro et absque delatione praestito, aduersus  
iurantem danda non abhoruisse. Nec profecto causam  
differentiae inter utrumque iuriandum assequi possumus.  
Inde haud improbabili conjectura ducimus, moribus Ro-  
manis iuriurando promissorio, si ab exceptionibus desiftas,  
in vniuersum vim obligandi non defuisse. Certe ALEX-  
ANDER Imp. l. 1. C. si aduers. vend. meminit venditionis  
a minore factae, ac iuramento confirmatae, a qua  
recedere, quia peririum foret, ipsi non permisit, cf.  
VINN. *Sel. quaeft. L. I. c. 15.* Sane quam odiofa fue-  
rit Romanis iuramenti promissori retractatio ex eo patet,  
quod Imp. ANTONINI eum, qui jurasset, se intra certum  
tempus soluturum neque soluisset, fustibus castigandum  
duxerant, l. 13. §. vlt. D. de iurefir. ipsique dixisse:  
~~praeponens uti opus.~~ Sic quoque ARCADIVS ac HONORIVS  
multas poenas iis minitantur, qui pacta promissa, vel  
transactioes iuramento confirmatas non implendo aut  
alio modo retrahere consentur; l. 41. C. de transact. Quis  
denique iure Romano saltim sequiore aeuo de obli-  
gatione iuriurandi promissori dubitet, qui celeberrimam  
Imp. FRIDERICI Authenticam *Sacramenta puberum* C.  
si adv. vendit. confixerit, qua omnia omnino iuramenta  
promissoria super contractibus non retractandis facta in-  
violabiliter cultodienda edxit, solis vt par erat iis exceptis,  
qua per vim iustumue metum essent extorta, cf. su-  
pra Obs. 13.

Nec enim et nos contendimus, in omnibus negotiis  
absque exceptione iuriurando hanc vim fuisse, vt, si fe-  
mel iuratum esset, ei necessario staretur; sive: per iura-  
menti praestationem omnia pacta aut facta iure vel natu-  
rali vel ciuili prohibita, valida facta fuisse, quod contra  
l. 5. j. 1. C. de legib. et l. 7. §. 16. D. de part. asseri-  
nequit; nec pudet credere, eodem iure, ante supra com-  
memoratam Friderici legem per iuramenta nullam validi-  
tatem iis negotiis accellisse, quae iure interdicta essent,  
ac pro nullis declarata, quia in legibus vii per priuati  
pactum

pactum, ita et per iuramentum nihil immutari poterat. Vere itaque Pontifices INNOCENTIVS et BONIFACIVS cap. 28. de iureiur. cap. 3. eod. in 6. et cap. 2. de pact. in 6. dicebant, si qua mulier in alienationem fundi dotalis consenserit, aut filia post dotem acceptam paternae hereditati renunciet, eas iure ciuili non obligari, quamvis iuramento adiecto; nam vtrumque fieri legibus idiferte vetitum erat, pr. I. quib. alien. lic. l. vn. C. de rei vx. ocl. l. vlt. D. de suis et legit. l. 3. C. de collat. Iuris Romani itaque ea ratio erat, qualis secundum ius naturae proponi solet: iuramenta de rebus licitis obligare, de illicitis minus, HEINECCIVS Jur. Nat. p. 165. unde facile concedimus, verum esse, quod STRYCKIVS Vs. mod. ad. L. XII. D. t. 2. §. 17. dicit: iure ciuili iuramentum negotio per se ad agendum inhabili effectum producendae actionis concedere non posse.

At in reliquis tamen praetorem dedisse ad consequendum id, quod iurans promiserat, partim certum, partim probabile est; certum quoad delatum extraiudiciale, probabile, quoad confirmatoria ac promissoria licita. Et in his quidem, vii iam supra coniecumus, quasi ex pacto legitimo: in confirmatoris denique actionem vtilem contractus, qui confirmatus est. Id clare patet ex l. 13. §. 3. D. de iureiur. qua VLPIANVS ait: *Si quis iurauerit, vendidisse me ei rem centum, ex emto agere poterit, et clariss adhuc ex eodem VLPIANO l. 9. §. 3. eod. Debet perinde haberi quod iuratum est, atque si probatum esset: id circa utilis actio mihi competit.* Nec male SCHWENDENDORFER Exposit. aff. for. c. 3. m. 41. §. 1. dicit, eandem actionem ipsam ex contractu, cuius veritas iuramento confirmata sit, dari, sed esse eam adiectiuae qualitatis, v. g. actionem venditi ex iuramento.

Denique in iuramentis extraiudicitalibus praetor dabat actionem nominatam ex iureiurando, quod patet ex §. II. I. de aff. l. 9. §. 1. *De iureiur.* Plerique interpres addunt *in factum.* Quemadmodum enim praetor, vbi nec actio directa nec utilis sufficeret, solebat actionem in factum dare, §. vlt. I. de aff. L. Aquil. quae quasi supplementum est omnium reliquarum actionum, l. 1. pr.

*l. 2. 3. II. D. de praescr. verb. et subsidiaria vocatur, LAVTERBACH Coll. Pand. L. XLIV. t. 7. §. 31. sic etiam in hac re euenit, vnde cum, qui rem aliquam suam esse iurasset, neque vellet rei vindicationem utilem instituere, sed tantum ad recuperandos fructus experiri, ei actio in factum data est, l. II. §. I. D. de iureiur. vt et HEINECCIVS Inst. de aſt. §. 1159; atque STRYCK. l. c. et BACHOV. ad Treutl. Vol. I. disp. 21. th. 8. litt. d. habent. An vero haec de iureiurando actio in albo praetoris nominata fuerit, an vero ex verbis edicti: Si quis actionem a me postulabit, eam prout res est, dabo, aut vero ex his: pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduersus leges, plebiscita, SCta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, seruabo, cf. HEINECC. ad Edict. perp. Opp. poſtum. p. 297, et 335. id pro certo affirmare non audemus.*

Summa ergo hactenus dictorum eo reddit: ex nostra sententia iure Romano eatenus datam esse ex iureiurando actionem, quatenus non iuratum esset super negotio, cui aut ius naturale aut ciuile *l. 5. §. I. C. de legib. refitaret*, vel morum humanitas obeset; ex qua posteriore causa IVSTINIANVS Nov. 51. fuitulit iuramentum, quo ante ipsum mulierculae profitutiae se obstringere debebant, se ab hoc vitae genere non desisturas esse. Ex his igitur prono alueo fluit, separanda esse ea negotia, quibus iura refitabant, ab iis, quibus non affitabant, v. g. pacta nuda, operae a libertis promissae, haec enim et familia iuramento confirmari, et ex hoc tum obligationem nasci, tum actionem aduersus iurantem dari confueuisse, nobis persuasum habemus,

Dum vero in superioribus contendimus, iure Romano iuriurandum etiam nude promissiorum obligatione ciuili non caruisse, speramus, non aegre laturum IVL. FERD. MALBLANCCIVM, qui in libro, quem saepius iuste extulimus, *L. III. c. 7.* a nobis diuersam sententiam tuetur, si ipsius argumentis vt conuincamur, a nobis impetrare non possumus. Nam etsi omnino non negamus, viuiscuiusque eiusmodi iuramenti eam naturam esse, vt cum obligatione principali eundem ortum atque interitum habe-

habeat, i. e. resoluto pacto vel contracta, cuius confirmandi causa iuratum fuerat, neque ex illo neque ex iuramento amplius actionem dari, at vero ex hoc sequi non videtur, tam diu, donec sit principale pactum iuramento vestitum, ex hoc neque exceptionem neque actionem competere. Deinde quod iuriurandum, ad pactum nudum accedens, nullam efficere potuisse obligationem sibi persuadet, in quo ipse rei cardo versatur, id ut ipsi concedamus, sensus animi repugnat. Profecto, quos allegat **VLPIANI** ac **VLPIANI** locos 4. 6. et 7. §. 16. de **pactis**, si an hoc probent, valde ambigimus, cum in illo de conventione aliqua vel pacto, quae lege confirmetur, adeoque de pacto legitimo, in altero vero de pactis prohibitis agatur, quae et ipsa de iuramentorum obligatione superius decimus. Quae vero de iure iuriurando libertorum circa operas patrono praestandas profert, ea, quamvis valde ingeniosa, tamen sat potestatis ad persuasionem nostram eo minus habent, cum **ICtus** Caius verbis ab utroque nostrum laudatis, **Inst.** L. II. t. 9. apud **SCHVLTING**. Ipd. **Auteius** p. 155. clare dicat: *Contrahitur obligatio, se libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum, iurauerit, in qua re liberti dicti non tam verborum solemnitate quam iuris iuriurandi religione tenentur.* Deinde haec **VLPIANI** ad editum verba l. 2. §. 1. D. de oper. libert. praetor pollicetur se iudicium operarum datum in libertos et libertas non tantummodo de iis, quas patronus sibi stipulatus erat, intelligenda putamus, sed etiam de acquisitionis per liberti iuramentum voluntarium, qui modus eo tempore maxime frequens erat, ut patet ex l. 7. §. 1. 2. 3. l. 8. l. 10. §. 1. l. 30. l. 37. pr. D. eod. Si itaque praetor iudicium dat etiam aduersus eos libertos promittentes, qui sola iuriurandi religione tenebantur, hoc est, contra eos, qui, nisi iuraissent, non obligarentur, adeoque sine stipulatione, euicisse videatur, Romanos ipsi iuriurando promissorio vim et obligationem ad agendum aduersus iuriurantem tribuisse. Nec nobis probabile est, praetorem liberum nunc hominem ad operas praestandas, nec ex pacto neque ex stipulatione promissas ex sola causa, quia libertus esset, adegisse, quod ex legibus a **Malliancio** allegatis vix elici poterit, quippe quae nonnisi operas promissas atque impositas supponunt: verum

verum dominus cum manumitteret, futuro liberto fidem  
habebat de operis mox sibi vel iureiurando vel stipulatione  
promittendis, ex quibus modis, vt ipse *L. III. §. 80.*  
concedit, patronus tutor et acceptior fuisse videtur, vnde  
adeo saepenumero seruum ante manumissionem iuramento  
quasi praeleminari adegerunt, vt liber factus iuraret, *I. vlt.*  
*pr. D. de lib. cauf. I. 7. §. 2. D. de op. lib. I. 36. D. de ma-*  
*nuniss. testam.* vt supra vidiimus, cf. *OISELIUS ad Caium*  
*L. II. t. 9.* Et quamvis labenter concedamus, illud prae-  
liminare iuriandum nullam actionem produxisse, quapro-  
pter *VENVLEIUS d. I. vlt.* dicit, seruum illum iurantem  
non aliter, quam liberum obligari; tamen exinde satis col-  
ligi potest, ipsum ex iuramento altero, quod conscientia  
prioris ductus post manumissionem iurasset, obligatum fuisse.  
Et profecto neque iuramento, neque stipulatione opus fuisset,  
si praetor sponte potuisset libertis operas, patrono fa-  
ciendas, iniungere; quamvis non negamus, eius fuisse,  
promissas immodicas temperare, *I. 2. pr. D. de oper. lib.*  
Neque concedere possumus, eiusmodi operas sola liberti  
promissione acquiri potuisse, cum nudorum pactorum nulla  
esset obligatio; verba vero *VENVLEII*, aut iuret aut pro-  
mitteret, diff. *I. vlt. pr. D. de liber. cauf.* ac legis Iuliae et  
Papiae *I. 37. pr. D. de op. lib.* verosimile est, de vtroque  
libertorum modo se ad operas obligandi, quem supra vidi-  
mus, quique toto Digestorum de operis libertorum titulo  
exponitur, cf. *CVIAC. paratitl. ad eund. tit.* nempe vel per  
iuramentum, vel per stipulationem, intelligenda esse. Nam  
promittere simpliciter apud ICTOS dicitur pro *stipulando pro-*  
*mittere*, *PAVLVS Sent. L. V. t. 7. §. 2. §. 17. I. de inuti-*  
*lib. stipulat.* cf. *BRISONIUS de V. S. h. voce.* Ex his omni-  
bus patet, certissimum esse, ex folius iuramenti praestiti  
pacto, obligationem libertorum ad operas vel dona mune-  
raque iure Romano deriuatam esse; itaque in eo solo dis-  
crepamus a Viro celeberrimo, quod hic rem tanquam exce-  
ptionem a regula ponit, nos vero ex hoc exemplo, affum-  
atis argumentis, ad efficaciam iuris iurandi apud Romanos in  
aliis quoque negotiis concludi posse opinamur. Saltim, quae  
est summa sententiae nostrae, in praetoris potestate fuisse  
arbitramur, ob aequitatis rationem in causis etiam iure ci-  
vili non expressis dare actionem ex iureiurando contra eum,  
qui

qui iurando aliquid promisit, ad quod ex sola promissione stricto iure non teneretur.

At vero dubitabitur forte, quomodo haec cohaerere possint cum eo quod supra vidimus, pontifices questos esse de contemptu iuramentorum iure ciuili vistato, quibus quamvis feminae, se aut ad consensum in alienationem dotis a marito factam aut ad abstinentiam ab hereditate paterna obstrinxissent, pactisque ea de re initis insurandum addidissent, nihilominus impune recedere possent; atque hoc ipso pontifices commotis esse ad obligationem omni iuriurando afferendam. Sed bene cohaerent. Nam primo semper in arbitrio praetorum erat, vellente ex iure iurando re prius cognita actionem dare nec ne? ac forte ipsis durum videbatur, feminas iuramento teneri, per quod persuasum parentum vel maritorum dote sua vel paterna hereditate exuerentur. Deinde, vt saepius monitum, distinguendum est inter ea, quae lex Romana prohibebat interdicebatque, ac ea, quae permetteret quidem, sed obligationem et actionem inde negabat. Ad haec referenda in primis sunt pacta nuda, ad ista exempli loco dictae species, de quibus pontifices cap. 28. X. de iure iur. nec non cap. 2. ead. in 6. et cap. 2. de pali. in 6. loquuntur. Etenim non solum rotum est, initio Augustum lege Iulia de fundo dotali, quae pars erat legis Iuliae de adulterio, BACH. Hist. iur. L. III. c. I. §. 2. interdixisse, ne fundus dotalis Italicus inuita vxore alienaretur, sed etiam Iustinianus l. vii. §. 15. C. de rei vx. a. d. itam prohibitionem latius produxit, atque vetuit, ne fundus dotalis non aestimato datus, vbiunque situs, alienaretur, neque id fieret consentiente quamvis vxore, quae idem Imperator repetiit pr. I. quibus alienare lic. verbis: *Lex Iulia alienationes rerum fundalium Italicarum prohibebat — remedium impo- suimus ut etiam in eas res, quae in prouinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, addita simul ratione, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem eorum sub- stantiae conuertatur.* Erat igitur lex prohibitoria, de cuius transgressione pacta iniiri non poterant, l. 6. C. de pali. nedum ex iuramento confirmari. l. 7. §. 16. D. eod. Hoc eo luculentius inde apparet, quod Imperator loco allegato verbis mox sequentibus exceptionem addit: si qua alia pacta circa

circa dotem condantur, huic legi haud contraria, ea custodi-  
di possit ratus; ex quo sua sponte fluit, pacta huic legi  
adversa minime esse feruanda. Eadem ratio est alterius  
speciei, qua pontifices se ad iuramentorum vniuersalem effi-  
caciām finciendam compelli passi sunt, nempe de abdicatio-  
ne filiarum ab hereditate paterna ex causa dotis. Sanxit  
enim Imp. ALEXANDER l. 3. C. de collat. si in quodam in-  
strumento dotali pactum eiusmodi sit: *ut filia contenta sit*  
*dote, ac nullum ad bona paterna regressum habeat, id iuris*  
*auctoritate improbari*, id, quod diu ante auctoritate pru-  
dentum introductum videtur, unde non mirum, quod PA-  
PINIANVS l. 16. de suis et legit. in simillima causa pari mo-  
do responderet: *eam scripturam ius successionis non mutasse,*  
rationem addens: *quoniam priuatorum cautione legum au-  
toritati non noceatur*, vt recte habet editio Haloandrina,  
quemadmodum in vniuersum constat, iure Romano de repu-  
dianda viui hereditate, in primis inter liberos et parentes, pa-  
cisci non licuisse, l. 94. D. de acquir. her. l. 35. C. S. I. de  
inoff. testam. Quodsi itaque verum est, ut est certissimum,  
ius ciuile non permettere, id quod ipsum nominatum vetat ac  
interdit, pactis priuatorum mutari, adeoque legi prohibi-  
tuae recta via obuiam iri, l. 26. 27. D. de V. O. facile est  
videre, cur ante pontificum decreta feminis isto modo pa-  
ciscientibus non obstaret praestitum iuramentum, quippe cu-  
ius antiquo iure, vt denio damus, non ea vis erat, vt per se  
obligationem pareret, nedium pacta ipso iure illicita confir-  
maret; neque etiam praetoris erat, actionem ex aliqua re-  
dere, quae tota iuri ciuili aduersaretur, verum diuersa ratio  
erat in iis actibus, qui quidem non per se illiciti essent et  
prohibiti, sed tantummodo non obligatorii, adeoque iura-  
mento, et ex hoc concedenda a praetore actioni locum  
relinquerent.

## XI.

## De iure projectorum.

## §. I.

## Descriptio ac diuisio projectorum.

**N**e lectores nostri in intellectu argumenti, in fronte disputationis indicati, diu haerent, statim, quid sit, explicabimus. Est vero ius projecti, aedium postessori competens, facultas habendi aliquam particulam aedium sularum extra muros quidem, sed his ipsis tamen ita adiectam et annexam, ut non residat in area aliae extra domini muros parte, sed praeter unum latus, quo cohaeret cum pariete, de cetero pendeat in aere. Diuiditur in ius maeniana habendi, quod proprie per eminentiam ius proficiendi vel projectum dicitur, atque ius suffrundia habendi, quod proprio nomine ius protegendi vocatur, STRUV S. I. C. ex. 13. §. II. Vtrumque differt a iure immittendi, id quod manifesto docet TAVOLENSIS I. 242. §. I. de V. S. dum, „Inter projectum, inquit, et immisum hoc interesse ait LABEO, quod projectum esset id, quod provehere, retur, ut nusquam requiesceret, qualia maeniana et suffrundia essent; immisum autem, quod ita fieret, ut ali, quo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immittuntur“ cfr. CAEPOLLA de serv. prae. verb. c. 61 §. I. seq. nempe ut hoc tangat vicini aedes, illud non tangat, ad quod posterius genus etiam stilicidia pertinent, quae quamvis non perpetuo requiescant, tamen intermissis vicibus solum petunt. Hoc discrimen inter immissa et projecta si obseruaueris, PET. MÜLLER ad Struv. S. I. C. ex. 13. §. II. nec accurate nec sati iuridice loquitur, quando

do seruitutem proiiciendi dicit esse ius, quo vicinus in suum aliquid immitti tenetur, quod tantummodo prouehatur sine tegumento, non etiam requiescat, vt sint maenia na seu fuggrundia, protegendi vero esse seruitutem, ex qua tignum immittatur tegendi tantum gratia ad arcendum vel solis aestum vel imbrium iniurias; meliora tamen docens ad eiusd. *Exerc.* §. 18. vbi rectius putat, projectum atque protectum ita differre, vt hoc tegendi causa, illud in aliud usum proiiciatur. Similiter maxime errat CÆPOLLA l.c.c. 31. dum seruitutem proiiciendi eam appellat, quando vicinus in vicini aedem quicquam proiicere queat, siue aquam, siue stercus siue vrinam, nam haec sunt singulae seruitutes tale quid immittendi, quarum quaelibet peculiare inde nomen accipit. Quapropter Cæpollam iam reprehenderunt HILLIGERVS ad Donellum L. XI. c. 4. notat. sub F. et CORRASIVS Misell. L. III. c. 25. no. 8. sq. Projectum igitur commune nomen vnius generis tres partes sub se comprehendit. Maenia na vocantur etiam solaria, l. 12. §. 5. C. de aedif. priu. item proscenia, spectatoria, Conſt. Leonis CXIII. proſer- cula, ponticula, CÆPOLLA deſeruit. praed. c. 44. §. 3. et c. 64. §. 1. graece τεραῖαι, ex lectiōne vulgari L. II. C. de aedif. priu. vel θύειαι ex lectiōne CUIACII obſ. L. I. c. 30. a verbo ἐγενάσσει i. e. expellere, proiicere, germ. Aer ker, Auslucht, Ausgebau, Balcon, Altan, quae duea posteriores voces, vt infra videbimus, antiquis maenianis accommodatores censendae sunt; fuggrunda vero vel fuggrundia, vel fuggrundae, protecta, l. 5. §. 6. D. de his, qui effud. aut protectiones, graece γεωμονία, BRISSON. l. c. verb. Juggrundia, germanice Wetterdaecher, Fuer daecher, STRUV l. c. Nec erraueris, si dicas, a maenianis fuggrunda sic differre, vt illa absque tegumento haec ipso tegumento fint ad arcendum folis aestum vel imbrium iniurias, MÜLLER ad Struv c. 1.

His addi potest tertium projecti genus, quod apud Romanos incognitum suisse videtur, hodie tamen in multis vrribus non infrequens est, ac in primis in aedificiis vetustis per plura tabulata extrectis ceruit, quorum quolibet alteri super impositum paulisper in publicum prouehitur imminetque; ita a reliquis projectis diuersum, vt hic nihil

hil separatim appensum videoas vel adiectum, verum ut  
haec praeminentiae species totum externum aedium latus oc-  
cupet atque paries vnius quidem sit latitudinis, sed ad  
eathetum non extructus; ita, ut quot tabulata tot singula  
opera esse videantur. Maeniana et fugrunda consideran-  
da veniunt vel quatenus in publicum proiecta sunt,  
vel quatenus, verius vicinum priuatum; *Auctor the-  
atr. seruit. Tit. V. §. 6.* ex quo potremo profluit  
seruitus proiecti vel protegendi, quam inter urbanae  
PAULUS l. 1. pr. D. de seruit. prae. verb. l. 20. eod. \*) ac  
VLPIANVS l. 29. §. 1. D. ad L. Aquil. ipseque imperator  
§. 2. l. de act. refert, LABEO vero l. 17. §. 1. ex ea causa  
actionem negatoriam dat, simulque cum Cassio, laesum ex  
interdicto vti possidetis, experiri posse putat, l. 3. §. 5. D.  
uti possidetis. Etsi enim olim Romani ita plerumque aedes  
suas extruere solebant, vt quasi insulae essent, et circum  
quaque spatium relictum, ERNESTI Clav. Cic. v. *injula*, ta-  
men id insequenti tempore non semper factum censemus,  
sed contiguae plerumque fuisse videntur, id, quod inter  
alia intelligitur ex l. 47. de dam. inf. vbi de porticu vnius  
aedificii, in quam ex alterius suprema aedium parte  
aditus pateret, Rem ipsam clare docet PAVLVS  
supra iam allegata l. 20. D. de serv. prae. urb.  
dum, moenianum in alienum immisum habere, in-  
ter seruitus refert, quae in superficie possidendo retineantur.  
Quemadmodum enim vicinique secundum re-  
gulam aer in suo ab imo usque ad altum liber esse  
debet, l. 8. 9. C. de seruit. et aqua, ita ad hanc liberta-  
tem impediendam pacto aut praescriptione opus est. Simili-  
lum projectorum in vicinum fundum imminentium, pecu-  
liari pacto in venditione aedium cui adhaerent exempto-  
rum, meminit LABEO in l. 80. §. 1. de contrah. ent.  
vend. Quod vero ad maeniana in publicum imminentia  
attinet,

<sup>a)</sup> In vtraque hac lege manifestum est mendum. Et in pri-  
ma quidem sine dubio loco immittendi, protegendi,  
prohibendi, legendum immittendi, protegendi,  
proiecti; ac in altera ambiguum esse nequit, translo-  
cationem factam esse, ac transmutationem, et loco verborum  
si maenianum in tuum immisero aut filicidium  
in tuum proiecero, repontendum esse: si maenianum  
in tuum proiecero aut filicidium in tuum im-  
misero.

attinet, de iis multae leges loquuntur, in primis eae, quae coangustationem platearum per ea factam cohibent; uti suo loco videbimus. Eodem etiam pertinet l. 2. §. 6. D. ne quid in loc. publ. vbi VLPIANVS ponit, esse aliquem, qui in maeniano suo velum habeat, alteri solem intercipiens. Quae lex non de duabus aedibus contiguis, ac de seruitute urbana, verum de maeniano in publicum prajecto intelligenda est, qua de causa ICTUS dicit, eum, cui velum istud incommodum esset, non posse experiri ex causa seruitutis, sed non nisi interdicto ne quid in loco publico facias, inue eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur.

## §. II.

### *Excursus de parapetais ad l. 14. C. de oper. publ.*

Inter nomina, quibus maeniana insigniri solent, sedulo omisimus *parapetasia*, quae vox in modo dicta lege occurrat, quaeque in basilicis *nugantosia* vocantur; etenim an cum maenianis vna eademque sint, maximopere dubitamus. Apponamus eam ARCADII et HONORII Imp. legem: „Aedificia, quae vulgo *parapetasia* nuncupantur, „vel si qua alia opera moenibus vel publicis operibus ita „sociarent, ut ex his incendium vel insidias vicinatas reformidet, vel angustent spatia platearum, vel „minuatur porticibus latitudo, dirni ac prosterni praecepimus.“ Ex his quidem apparet, parapetaiorum eam naturam fuisse, vt sociata quidem fuerint aedificiis, nec non inter cetera, quae hic recensentur incommoda ipsorum et hoc fuisse, vt plateae coangustentur, quod utrumque commune habebant cum maenianis; at nihilominus tamen imperatores parapetasia ab aliis operibus distinguunt, quae non minus moenibus sociata cohærent, ex quo apparet, parapetasia ac maeniana vna eademque esse non posse; nec parapetaiorum nomen, tanquam generale vel maenianis vel fuggrundis applicandum esse; quo nomine reprehendendus est Vir alias stupendae eruditio*nis IAC. GODOFREDVS ad l. 39. C. Th. de op. publ.* atque eundem errorem erravit siue ITTERVS siue TABOR in continuatione Lexici Brissoniane h. v, id quod iam vidit ac me-

meliora docuit CAR. DU FRESNE *Glossar. med. aevi*,  
*hac voce*, ostenditque utrumque opus a se invicem multum  
differre, atque parapetafia magis fulciendarum aedium cau-  
sa adiecta fuisse. Profecto quae incommoda in dicta lege  
parapetafis annumerantur, non singula de maenianis di-  
ci queunt. Vix enim intelligi potest, quomodo ab iis vi-  
cini incendia vel infidias timere possint, nedium porticum  
latitudo deminutionem. Quid? quod haec lex etiam prop-  
terea ad maeniana plane pertinere non potest, quoniam  
ea iam seculo quarto urgente data est, quo tempore nulla  
adhuc Imperatorum lex aduersus coangulationem plate-  
rum per maenianam extabat, quippe quae primum lata est  
a LEONE, nempe centesima decima tertia inter eius no-  
vellas constitutiones; usque ad hoc tempus vero liberum  
erat, quantocunque spatio in publicum proiicere.

### S. III.

#### *De origine maenianorum.*

De origine maenianorum duos locupletes autores ha-  
bemus alterum POMPEI. FESTVM, alterum ASCONIVM  
PREDIANVM, quorum ille h. v. sic ait: „Maeniana a Mae-  
„nio sunt appellata. Is enim primus ultra columnas ex-  
„tendit tigna, quo amplientur superiora.“ ASCONIVS  
autem in *duinationem Cicer. cap. 16.* „Maenius, in-  
„quit, cum dominum suum venderet, Catone et Varrone  
„censoribus, ut ibi basilica aedificaretur, excepterat sibi  
„ius unius columnae, super quam tectum proiceret ex  
„prouolaentibus tabulatis, unde ipse et posteri spectare  
„munus gladiatorium possent, quod etiam tum in foro da-  
batur.“ His addendus ISIDORVS qui *L. 15. orig. c. 3.*  
sic dicit: „Maenius, collega Craffi in foro proiecit mate-  
rias, ut essent loca, in quibus spectantes insisterent,  
„quae ex nomine eius maeniana appellata et solaria, quia  
„patent soli.“ In quo posteriori loco verbum *Maenius*  
recte restitutum est a BRISSONIO, singuli haec loca ex-  
hibente de *V. S. voce: maeniana*. Huc collineat id, quod  
LIVIVS libro nono scribit, Catonem duo atria, unum Mae-  
nium, alterum Titium, in publicum emisse. Id autem  
factum fuisse necesse est, circiter tempore belli Punici se-

U 2

cun-

cundi, cuius anno nono nullae adhuc basilicae in urbe erant, ut LIVIVS L. 6. narrat; cf. DONAT. Romal. II. c. 27. Ex his igitur satis patet, singularem fuisse maenianorum originem, eaque tunc non adiecta fuisse integro alicui aedificio, verum columnae tantum, quam solam possessor, post futuram venditarum aedium destructionem, sibi reseruauerat. Scimus enim Romae plurima aedificia nixa fuisse columnis pretiosissimis saepe marmoreis, quarum vni Maenius nouum aedificii genus apposuit. Quis igitur non rideat CAEPOOLLAM de seruit. praed. vrb. c. 61. n. 1. qui cum glossatoribus maeniana a moenii dicta putat.

#### §. IV.

##### *De causis et usu maenianorum iure Romano.*

*Primus* igitur ac originarius usus maenianorum is era, vt inde prospectus esset in publicum, in primis vbi ludi gladiatorii habebantur, quemque adhuc Imp. Caligulae tempore fuisse in SVETONII vita Caligulae c. 18. deprehendimus; *Alter* usus eo continebatur, vt aedium possessores sole vti et apricari possent. Etsi enim Vrbis incolae plurimo anni tempore magna aestate premerentur, tam sucesfū temporis eo peruentum erat, vt crescente in dies mollitie etiam tempore hiemali sole vti, voluptatem putarent, vnde admodum credibile est, etiam possessores aedium, ludis non propinquarum, antiquorum maenianorum exemplum propterea imitatos esse, vt locum habarent, vbi tempore opportuno temperato sole ardore delectari possent. Id non modo ex ISIDORI verbis, antecedente §. adductis: „maeniana dicta sunt solaria, quia soli patent“ sed etiam ex dicta LEONIS constitutione intelligitur, qui rationem ponendi modi distantiae maenianorum ab alterius aedibus, inter alias hanc ponit, quod, qui in iis essent, facilius conspici possent.

Idem quoque confirmat VLPIANVS, tum quando l. 17. D. de serv. praed. vrb. refert, si quis seruitute, ne luminibus officiatur, oneratus sit, ei nec licere arborem ita ponere, vt solario dominantis solem impediret, tum, quando l. 2. §. 6. D. ne quid in loco publ. monet, nemini liberum

berum esse, in suo maeniano velum habere, quod vicini luminibus oblitus. Et profecto parum abest, quin hunc alterum usum infrequentis tempore prae priore eminuisse credamus, seruatim tamen singulis nominibus, id quod coniucere licet ex saepe allegata constitutione Imp. LEONIS, vbi haec habet: „de subdialibus ambulationibus, et quo-  
modo aliquis forte vocet, profectiis spectatoriis, quae ad  
„apricandi usum et eum quidem solum excogitata sunt, at-  
„que a sole nomen acceperunt, solaria enim appellantur, —  
„In prosceniorum vero, de quibus agitur, operibus, aut  
„quomodo multi dicere malint, maenianis, quo minus in  
„quamcumque partem conspicutus nihil obstat.“ Alia ea-  
que *tertia*, prioribus haud inferior, causa aedificandorum  
maenianorum a forma aedificiorum Romanorum priuato-  
rum extruendorum repetenda videtur, quae quoad aream  
tam modico spatio comprehendebantur, vt aucto imprimitis  
ciuium luxu illorum complexus ac ambitus ad fatis com-  
mode ac splendide habitandum non sufficeret, ita vt non modo  
ad tollendum in altum confugere opus esset, de qua re  
VITRUVIVS L. II. c. 8. dicit: „In ea maiestate urbis et ciui-  
um frequentia, innumerables habitationes opus fuit ex-  
„plicare. Ergo cum non recipere posset plana area tantam  
„multitudinem, ad auxilium altitudinis aedificiorum res ipsa  
„coegerit deuenire: ita, vt, quod primum necessitas docuit,  
„postea eximiam magnitudinis Romanae partem efficeret;“  
LIPS. de magnit. urb. R. L. III. c. 4. verum etiam mirandum  
haud videatur, quando Romani etiam muros aedium in ea  
parte, vbi licet, quasi protruderent, nouam ipsis partem  
addendo, vel vetus aedificium quodammodo amplificarent,  
FESTVS l. c. Hoc idem VITRUVIUS l. c. confirmare  
videtur, vbi populum Romanum egregias habere habitatio-  
nes, et contigationibus et maenianis, dicit. Eandem  
sentientiam seruat HILLIGERVS ad DONELLVM L. XI. c.  
4. litt. D. sub fin. Unusquisque igitur videt, si quis, ex  
quamcumque causa fieret, eiusmodi proiectum in vicini ae-  
des protrusum habere cuperet, ei seruitate proiecti opus  
fuisse, qua si aedificans carebat, praetor actionem contra  
eum dabat: *ipsi ius non esse parietem ita proiectum in ae-*  
*des vicini eo inuito habere, l. 17. D. fiseruit, vind.*

## §. V.

*De structura ac forma maenianorum Romanorum.*

Hoc caput propterea placet adiicere, vt eo melius de similitudine vel dissimilitudine hodiernorum maenianorum a pristinis iudicare possumus. Quamvis autem multum omnino certi profiteri vix liceat, tamen dubitari nequit, atque ex antea dictis iam patet, ex tempore Maenii admodum distulisse ab iis, quae frequenti tempore aedificabantur. Etenim ille posuit in sola columna, retenta ab aedibus venditis, lignis vitra extensis, atque prolixiens tectum supra columnam ex prouolantibus tabulatis; cum posterioribus temporibus partes ipsarum aedium, columnis ut plurimum fuitarum, essent. Primus Imp. Zeno *l. 12. §. 5. C. de aedif. priu.* prohibuit ea conftrui ex solis lignis tabulisve, procul dubio ob incendiorum periculum, verum aedificari praecepit, secundum eorum aedificiorum modum ac figuram, que Romanensia dicuntur, que qualia fuerint, antiquitatum studiosi nondum indagarunt. Certe postea mox lapidea, mox lignea facta fuisse, ex ISIDORO discimus, qui, *voce maeniana*, „post haec, ait, „ali lapide ali materia aedificare porticibus maeniana et „foribus et domibus adiecerunt.“ Etenim, materiam ligna significare, ex eo claret, quia, quod ISIDORVS hic dicit, Maenium materiam in foro proiecisse, id FESTVS et ASCONIVS ita exprimunt, eum tigna seu tabulata proieccisse. Addit Imperator: „Quae secundum supra scriptam „formam aedificabuntur, iubemus alta esse ab imo solo pedes quindecim, vt eorum quidem columnas lapideas aut lignas ita soli imponi iubemus, vt non ad cathetum seu perpendicularium stent, sic vt nec murus, vt nec aer, qui est sub illis in superiore parte constitutis solaris obturetur, nec ex hoc angustior fiat angiportus et publicum iter.“ Quae postrema verba, ne iis, quae supra de maenianis in solo non ponendis ostendimus, repugnant, ita fine dubio intelligenda sunt, vt hae columnae subiici quidem potuerint maeniano vel in totum vel pro parte ad eo melius sustentandum, sed vt haec procederent, non ad cathetum in aream, sed inclinatae verius ipsum murum eiusque ipsis in fine inaedificantur.

Non

Non minus ex eadem ZENONIS lege appareat, maenianis scalas (haud dubie intra domum) adiectas fuisse, quibus ad ea adscenderetur, dum eas *L.c.* prohibet a solo angiportus inchoare et ad solaria ducere, id quod aequa patet ex VALERIO MAXIMO, qui *L. IX. c. II et 7.* dum Licinum, repetundarum reum, in conspectu iudicii publici mortem voluntariam sibi consciuisse dicit. Non autem putandum est, maeniana semper supremae aedium parti, siue tecto imposita fuisse, quae est SALMASII *ad Spartan. vita Pesc. Nigri c. 12.* opinio. Certe hoc non nisi raro factum credimus, quia tecta Romanorum teste VITRUVIO de architect. *L. II. c. 8.* ipsoque SALMASIO *d. I.* plerumque ita fabricabantur, ut in fastigium exirent, ab utraque parte inclinata, si vero plana conficerentur, ut plurimum porticus imponebantur, ut est in *L. 47. D. de damn. infest.* quibus forte tunc, vel in priore specie ut plurimum aliis aedium partibus minus elatis solaria appendebantur; cui opinioni conueniunt ISIDORI *L. c. verba:* „maeniana porticibus et foribus et dominibus adiecerunt.“ De utroque solariorum genere intelligi potest VLPIANVS legibus superiori §. 4. allegatis.

Satis procula videntur fuisse ac spatiofa quoad latitudinem parietis, cui inhaerebant, at ipsa ultra duas pedes ab eo non proiecta. Illud inde colligitur, quod in iis solis captandi causa ambulare solerent. Hae itaque sunt istae subdialium deambulationum structurae, de quarum a se inuicem distantia Imp. LEO saepe memoratus, *Nouella CXIII.* nihil ante se legibus pronunciatum esse, dolet; dictus vero pedum numerus inde coniici posse videtur, quod Imp. ZENO lege iam supra laudata in plateis inter aedes priuatas, maenianis definitas, interuum duodecim pedum relinquendum praecepit, eandem autem intercapidem inter plateas solariis instructas decem pedum concessit, cuius mensurae discriminem latitudinem maenianorum efficit.

### §. VI.

*Num maeniana et suggrunda in publico habere, iure veteri licuerit, et quomodo?*

Quo certius est, maenianis in publicum proiectis non posse non in ea domus parte, cui adhaerent, plateas

U 4 tum

tum coangustari, tum iis aliquam partem luminis adimi, eo minus mirandum est, varias hinc inde leges iatas esse, circa modum eorum tenendum. Primum eiusmodi institutum, de quo certi quicquam dici potest, factum a. v. c. 368, regnante Imperatore Valentiniano seniore, sub cuius imperio fuit quidam praefectus verbi, Praetextatus nomine, qui omnia in vrbe maeniana sustulit; vt refert **AMMIANVS MARCELLINVS L. XXVII. c. 9.** addens, eum hoc fecisse inter alia plura utilia, atque nominans ipsum praeclarum rectorem, qui praefecturam urbis sublimius curauerit, sicut **ZOSIMVS L. IV. c. 3.** eum virum omnibus virtutibus excellentem praedicat. Fortassis hoc ipso gloriam suam auxit, quae tanta fuit, vt ei variae statuae ponerentur, v. **IAC. GOTHOFRED. pro/opogr. C. Theod. hoc nomine.** Nec mirandum, hoc officium praefectum urbis suscepisse, cui cura urbis concredita erat. Et quamuis idem **AMMIANVS** istam maenianorum inhibitionem non primam fuisse referat, potius ea fabricari Romae priscis iam legibus fuisse vetita narret, tamen cum ad nostram aetatem non peruererint, forte subito obliuioni datae, tamen Praetextatus merito auctor sublitorum maenianorum extollitur. Certe hanc ei laudem nemo inuidet, qui cogitet omnino optandum esse, ne vila in vrbe maeniana conspiciantur, tum quia plateas angustant, tum quia obsunt decori rectae lineae atque vicinorum in latera aedium prospectui. At vero nihilominus praeter istud, referente **AMMIANO**, maiorum sapiens consilium, etiam Praetextati prudens repetitio haud diu durauit, id quod varia tum **ICtorum responsa**, tum **Imperatorum placita**, quae in Digestis ac Codice reperiuntur iam superius allegata, ostendunt et admodum probable aut potius certum est, ciues viriusque Romae posthaec maeniana mox de novo valde, aut potius ad infaniam usque dilexisse. Cum itaque frequentes imperatores procul dubio desperarent, hunc aedificantium pruritum debellare, sapienter saltim de modo ipsis ponendo, eorumque variis incommodis cohibendis cogitarent. Inter quae cum inprimis angustia platearum conspicua esset, praefertim ab hac malo cavendum putarunt.

Hoc primum egerunt Imp. **HONORIVS** et **THEODOSIVS**, qui a. 423 **L. II. C. de aedif. priu. discernenda** indeq. **admodum** utrumq. aedificatio in primis et in modis esse

esse crediderunt maeniana possessorum priuatorum, qui ex transuerso habent aedificia priuata, ab iis, quibus opposita sunt publica, in primis horrea, atque, ut ista decem a se inuicem pedibus distarent, priuata a publicis quindecim pedibus abscent, praeceperunt; quem modum non solum in futuris extroendis, verum etiam in iam extroctis teneri voluerunt, sub poena et destruendorum maenianorum et ipsarum aedium publicandarum; idque eo iustius fecerunt, cum iam ante multos ab hinc annos ARCADIVS AC HONORIVS omnia aedificia priuata a publicis per quindecim pedum spatium seiuixerint, l. 9. C. de op. publ.

Secutus est Imp. LEO, Nou. Leon. II. 3. qui hoc in primis sibi negotium sumit, ut spatium inter duo solaria aedificii priuati annexa definiat. Definiuit autem decem pedum, ea de causa, quia veteres, ut ipsa aedificia priuatorum eodem spatio a se distarent, iam constituerent; id quod de spatio versus plateas intelligentum est, non autem de latitudine insularum, circum aedificii latera versus vicinum.

Numerum Impp. Romanorum circa maeniana legislatorum claudit Leonis filius ZENO, data clarissima de aedificiis Constantinopolitanis ad incendia amovenda constitutione ad praefectum vrbi, l. 12, §. 2. et 5. sequ. C. de aedif. priu. qua praeter ea, quod, ut iam vidimus, solaria non amplius tantummodo lignis et tabulis confirui patetur, etiam intercapedinis modum preffices definiuit, scilicet, ut inter duas priuatorum aedes ipsas inter sit spatium duodecim pedum, inter solaria vero in publico et aduersus se spectantia decem tantummodo. Addit simul, hoc intersitium quando seruari nequeat, maeniana ita esse construenda, ut non siant *ἐν παράλληλα*, verum *ἐν παραλλαγῇ*, i.e. ut se inuicem non ex recta linea atque ex aduero siue in faciem respiciant, sed ex alternis vicibus et ex obliquo, quodsi vero nec sic legitimum spatium intermedium efficeretur, tunc nulla ex parte nec aduera nec transuersa solaria fabricanda esse. Denique idem ZENO spatium altitudinis ab imo aedis solo usque ad maenianum ascendens, quindecim scilicet pedum, definiuit, conf. supra §. 5.

Restat altera huius paragraphi pars, quam breuissime, reseruatis reliquis ad proxime sequentem, absoluimus. Scilicet iure Romano etiam fuggrunda in publico habere licuisse, inde manifesto patet, quod praetor edicto prohibuit, ne in supremis fuggrundorum superficiebus res casu suo periculosae ibi ponerentur, vbi vulgo iter fiat. Verba editi teste VLPIANO Libro XXII. ad illud l. 5. §. sq. de his qui deiec. haec funt: *Ne quis in fuggrundo protectione supra eum locum, quo vulgo iter fit, inue quo confisetur, positum habeat, cuius, casus nocere cui possit, qui aduersus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo; id quod manifesto supponit, fuggrunda olim in locis publicis eatenus licuisse, quatenus transuentibus non nocerent.*

### §. VII.

#### *De fuggrundis et seruitute protegendi secundum ius Romanum.*

Est rubrica tituli II. Libri XXXIX. Digestorum *de damno infecto et de fuggrundis et protectionibus*, seu, vt ali rectius legunt, *de fuggrundis vel protectionibus*, et tamen, quod maxime mireris, et Triboniano vix condonari poterit, nihil in toto hoc titulo de fuggrundis occurrit, nihil de protectionibus, eti, rem ipsam iure Romano non iucognitam fuisse, tum idem rubrum, tum alia iuris civilis loca ostendunt. Qui Tribonianum excusari posse optant, vnicam in toto titulo legem 47. h. t. inueniente gaudent, atque cum in ea hanc ex Labeonis libris speciem a NERATIO relatam, si quis binarum aedium dominus, utriusque porticum super posuerit, inque eam aditu ex alteris aedibus dato, alteras seruitute oneris porticus seruandae imposita, vendiderit, reperiunt, hic maeniana intelligi putant, vt fecit post Glofiliatores CAEPOLLA de seruit. praed. vrb. c. 43. §. 3. quorum illi ad verba *superposuisse porticum* sic egregie, si diu placet, commentatorur: „id est supra „terram extra domum construxisse ex una parte, quae por-“ticus dicitur maenianum.“ At quis vnuquam ita somniauit?

nianit? Igitur vix dubio caret, Tribonianum oblitum esse, hoc titulo quicquam de suggrundis et protectionibus dicere, quapropter nostrum erit, reliqua iuris ciuilis capita percurrere, ut, num quicquam de ea ipsa re memoriae proditum sit, inuestigemus. Ante omnia vero obseruare licet, nomen suggrundorum in legibus nonnisi semel tantummodo, scilicet apud **VLFIANVM ad Editum l. 5. D. de his qui effud. vel deiec.** reperiri; saepius occurrit nomen protecti. Sunt vero suggrunda iterum duplice consideranda, prout vel in publicum cf. *supra* §. 6. vel in vicini aedificium, pretenduntur; quoru*m* vnum constructum est in supra aedium parte, tanquam pars tecti prossiliens ultra parietis cathetum, ad imbreu*m* reiiciendum, stillicidiumque auertendum, quale projectum describit **VITRUVIUS l. c.** atque projecturas coronarum vocat.

Alterum, quod in specie suggrundum appellatur, inferiori parietis parti annexum, magis facit ad protegendum homines ipsos ab imbris et aetu, in primis id, quod in publico habetur. De utriusque forma nihil constat, nisi quod in summo eorum tegumento aliquantum planum fuisse, ex verbis editi superiore §. adductis liquet, quoniam alias nec quicquam in eo ponit, nec periculum per casum nocendi esse potuisse. Quod ad suggrunda aduersus vicinas aedes directa attinet, haec res integrum pactis priuatorum continetur; unde nata est seruitus protegendi, quam, vt iamdictum, **CAIVS l. 2. D. de seru. praed. urb.** aequa ac projecti inter urbanas numerat, quamque **HILLIGERVS ad Donell. L. XI. c. 4. litt. G.** ex iuris Romani doctrina ita describit, vt sit projecti species, cum tigna emittantur tegendi tamen causa, vt si tectum aedium educatur ac prouehatur in alienum, aut parieti ita affigatur tabulatum et tegumentum protuberans, vt in alienum protendatur; quo cum consentia Auctor theatri seruitutum t. V. §. 6. Quae quamvis ita vulgo doceantur, tamen sine dubio existimandum est, eiusmodi seruitus iure Romano rarissime contigisse, cum vix animo concepi possit, quomodo aliquis aedium possessor ex re sua ducere queat, in eo pariete, qui est inter vicini et suum in latere a se auerso, versus alterius aream protectam, atque in hanc rem seruitutem sibi constituere. Sed,

quo-

quoniam iura saepissime iis quoque prospicere solent, quae rarius eveniunt, et v. g. fieri potest, ut constitutus vel iam antea eundem suum partem versus vicini aedes sine per ianuam sine per fenestram iure aperuerit, adeoque eius interit proximum in vicini solo locum siccum et opacum esse, vel forte ex quacunque alia causa v. g. ob merces suo parietis aut proprii aut communis lateri adiacentes imbreas solempne etiam ab altero latere defendere, retinenda sine dubio est allegata de seruitute proiiciendi doctrina; supercedeamus vero etiam quicquam addere, cum vt singulæ seruitutes, ita et haec sola contrahentium voluntate continetur. Aliud forte exemplum seruitutis protegendi praebuerunt apud Romanos insulae aedium, quarum supra §. 1. mentionem fecimus, quibus forte factum, vt unus possessor in suo pariete suggrundum haberet, super dimidium insulae extensem, ad quam rem, quis non videt, seruitute opus fuisse.

## S. IX.

*Num hodie licet proiecta in publico habere?*

Vicissitudines legum Romanarum circa maeniana iam supra vidimus, ex quibus obseruari potest, ea iure postremo lege publica non vetita sed cohibita tamen fuisse. Similiter nec hodie leges vniuersales extant, quae maenia vel suggrundia prohibeant. Inde forte evenit, quod quotidie in plerisque Germaniae urbibus, per singulas plateas publicasque vias frequenter maenia, *Alerde* et *Altane*, partim splendide exornata in priuatorum aedibus haerere videamus. Hic autem ante omnia confuetudo consideranda venit, quippe que in ea re omnem paginam facit, et cum legis vicem obtineat, l. 1. C. *quae fit long. conuenit*. etiam illam regulam communem tollit, qua, si quid in publico aedificetur, superioris consensu opus est, l. 2. §. 10. *D. ne quid in loc. publ. w. H. BRÜCKNER diss. de architecto pr. §. 19.* Neque adeo ad veteres, quas supra attulimus, leges de spatio inter aedificia seruando attendere debemus, quippe que moribus antiquatae sunt; cf. Brückner l. c. §. 33. Interim tamen in hac quaestione quam maxime distinguendum est, vtrum aedi-

ficaturus veterem formam seruare, an vero nouam inducere velit, rei publicae magis nocuam. Quemadmodum enim certissimum est, magistratui ciuitatum vicorumue, qui politiam curat, subiectas esse publicas vias ac plateas, non solum quoad publicam utilitatem ac necessitatem, sed etiam quoad ornatum publicum; ita profecto nec dubitari potest, tum, quando noua ciuitas aut pagus extrahitur, potestatem esse et principi et, eo tacenti, magistratui, quemadmodum singulis arearum possessoribus modum aedificandi praescribere \*), ita etiam maeniana et fuggrunda vetare, atque iubere, ut quodlibet aedificium recta linea ab imo ad altum, in primis ad regulam vicinarum aedium extrahatur, ESTOR'S *Nachgelchsamkeit der Deutschen*, T. I. §. 1638. Idem dicendum non solum quando in urbe iam exstructa nouum aedificium in loco, ubi antea tale non fuit, extollitur, sed etiam omni dubio caret, magistratum, cui cura politiae concedita est, interdicere posse, aedificio maenianum vel fuggrundum, quo antea non erat instructum, in publicum addere. Nam facultas aedificandi priuatorum restricta est, quoties interesse publicum laeditur, ENGAU Elem. Jur. Germ. L. II. t. 2. §. 59. et 63. et in vniuersum obtinet regula, publicis locis publicae que utilitati aliquod incommodum aedificando in nostro non licere afferre, T. I. RIESE *diff. de restricta aedificandi libert.* c. I §. 3. Nec porro ambiguum esse potest, etiam in vrbibus antiquis nemini ius esse aedibus suis vel insaurandis vel reparandis maeniana vel fuggrunda addere, quibus antea carebant, quemadmodum in vniuersum iuris Germanici esse putatur, ut, cui regimen politiae demandatum sit, is prospicere debeat, ne aedificantes aedifica ultra priorem, quem tenerunt modum in publicum prouehant, ESTOR t. c. T. III. §. 1619. Quid? quod praetoris Romani edictum: *ne quid in loco publico fiat, quo simul*

\* Eiusmodi exemplum habemus in Saxonia Electoralis postquam anno 1756. ciuitas Werdenfis fere tota incendio consumta erat, in cuius restauracione aedificantibus d. 20. Jul. eiusd. a. a Principe certa regula, Baureglement praescripta similque a collegio accisarum commissarius constitutus est, qui singulorum aedificationem dirigeret, General-Accis Bau-Director.

simil publicis utilitatibus prospicitur et hodie utiliter applicari posse haud ambigimus. Atque in tantum cum BRÜCKNERO l. c. §. 66. consentimus, qui maeniana in publicam plateam sine superiorum permisso haud construi, affirmat. At vero, quando priores alius posse flores iam maenianum fuggrundium videant ac paciente magistratu per XXXX. annos iam habuerunt, quis dubitet, ita per praecriptionem aduersus ciuitates ius esse acquistum, quod et in posterum continuare queunt, nisi mutatio lege publica fiat ab eo, penes quem est legislatio. Quid, quod ne praescriptione quidem opus sed fatis erit, si semel aedium possessori, vel antecessoribus ipsius permisum fuerit, aedificio projecta in publicum adiicere, tunc enim id valebit, quod est in lege: „Si quis nemine prohibente in publico aedificauerit, non esse eum cogendum tollere“ l. 2. f. 17. D. ne quid in loco publ.

## §. X.

*Excursus: quale ius fit aedium possessoribus in circuitu platearum?*

Celebris haec est quaestio, quam cum ob rei connexitatem tum propter decisionis similitudinem adiicere licet. Scilicet plerumque putant, domino aedium ad publicam plateam stantium esse aliquod ius in ipsius plateae eam partem, quae aedificio priuato proxime adiacet, quam credunt in huius vnum conuerti posse. Putant vero plerumque hoc fieri posse, vsque ad eum locum, in quem aedificii similitudinem demittitur, quod sit vel a summo aedium tabulato, vel demum a fuggrundo, multo demissiore. Nam, cum, vt in projectis sic etiam hac in re lege desituamus, necesse est, vt et hic ad consuetudinem et praecriptionem nec non tacitam concessionem deficiente expessa recurramus. Haec enim tria eximere debemus, quamvis alias verum sit, quod CAEPOLLA de serv. praed. urb. c. 41. n. 2. dicit, si nullus modus aedificandi sit statutus, neminem posse de iure aedificare porrigitudo supra solum publicum, quia hoc aequo debeat esse liberum, sicut priuatum, solam consuetudinem et statutum excipiens.

Sta-

Statuta si quae inueniantur, quibus projectis in publicum vel inhibitio decernatur vel modus ponatur, quis dubiter, aedificantes ea sequi debere? in cuiusmodi exemplis tota disputatione nostra finietur. Quod autem ad consuetudinem attinet, quam idem Lib. cit. c. 61, in primis in hac re attendendam esse, late ostendit, nosque iam supra obseruauiimus, quis nesciret, si legitima sit, tantam esse auctoritatem, ut pro lege habeatur, l. i. C. quae fit long. confuet. Vnde cum in multis civitatibus videamus, ita receptum esse, ut aedium possessores soleant parietibus suis versus publicum cellulas ad vendendum aptas, Rahn: Buden, in tantum porrectas, quovsque stillicidium, sive ab ipsarum aedium supremo tecito, sive a suggrundo in folium publicum cadit, apponere et venditoribus locare, hoc ipsis non statim a magistratu, nec sub politiae obtentu prohiberi poterit; quo etiam pertinent scalae, quibus, ut multis in urbibus videmus, publico ante fortes in aedificiis immum tabulatum ascenditur. Idem procul dubio dicendum iusta de praescriptione interueniente, non immemori aliquidem ut CAEOPOLLA lib. cit. cap. 60. §. 1. putat, verum longissimi temporis XXXX, annorum, adversus cijuitatem, qua acquita quilibet tutus erit, quo minus nec ipsa civitas ius suum sub quoconque nomine auferre possit; nisi forte magistratus, qui prohibere velit, iusu Principis munitus fit. Denique quoad tacitam concessiōnem nobis haud male videtur ita concludi posse, ut si quis nomine rei publicae priuatarum aedium posteriori, aut vni ex antecessoribus ipsius permiserit, terrae publicae aērem intercipere, eiusque partem aliquam ita tegere, ut simul ipse posterioris paries ex transverso tegatur, et a sole ac imbris defendatur, eum ipsum eidem et usum areae subiacentis vel ad aperiendum per ianuam parietem, vel qualemcunque in tantum concedere videri, in quantum operi, quod est in dominio posterioris aedium, eiusque sumtibus structum, subest. Vnde sequitur, ei, cui suggrundum habere licet in publico, ipsi etiam permittendum esse, sub eo agere, ponereque quicquid ipsi placeat, in primis sub eo in pariete suo ianuas ac fenestras aperire, id quod leges diserte eo usque patiuntur; quatenus stillicidium et protectum posteriori competit, l. 41. §. 1. D. de Jerv. praed. verb. Et quamquam iure Romano non licaret, ianuas in publicum reiicere, quippe quod aliquando

do soli Valerio Poplicolae tanquam singulare permisum est, ut docuit **CVIACIVS** Lib. XIII obs. 27. tamen hodie consuetudo contraria obtinet, qua in primis ianuas tabernarum suggrundio subiectas in publicum proiectas, eoque ipsi possessori vsum spatii, quod suggrundio tegitur, tacite conceleum conspicimus.

## §. XI.

*Continet aliquot statuta ciuitatum Germanicarum circa  
proiecta.*

Supra iam dictum, si quod statutum in aliqua ciuitate circa proiecta reperiatur, id praecipue sequendum esse. Liceat igitur nobis eiusmodi aliquot enarrare, quibus in Germania circa proiecta quicquam sit praecemptum. Initium faciam a ciuitate Hamburgensi, in cuius statuto maeniana in porrectum latiora quam ad unam vel duas viinas conficerere, maiores sanctissime prohibuere. Ecce itaque verba statutorum Hamburgenium de anno 1602. tit. XX. art. 4. Wer eine Auslucht gegen die Straßen bauen lassen will, dem soll eine Elle auszufahren geboettet werden, und nicht mehr; nach dem Wasser aber sollen zwölf Ellen mit den Löwen auszufahren nachgegeben werden, sofern es das Ort, da gebauet werden soll, bequemlich erledien will. Rücket und fähret jemand fernher heraus, der Zimmermann, Tischler, oder Steinmeier, der die Auslucht gebauet, soll in Peen zehn Reichsthaler verfallen seyn, und hätte er dieselbe nicht zu bezahlen, soll ihm sein Amt so lange geleget werden, bis er die bezahlet, oder er soll in den Kroneren vierzehn Tage mit Wasser und Brot gekrafft werden. Also soll es auch gehalten werden mit den alten Ausluchten, wann die niedergebrochen und von neuen wieder gebauet werden sollen.

Laudanda proecto sunt statuta ciuitatis *Vinariensis* de anno 1702. quae omnia omnino maeniana vetant, imitando, ut supra §. VI. vidimus, Praetextatum praefectum urbi. Sunt autem haec §. XVIII. verba: „Es soll kein Verder, oder Außgebäude hinsförder gesetzt, sondern die fordern Ges, bände gleich aufgezogen werden.“

For-

Fortassis huc etiam pertinent verba statuti Budissen-sis d. a. 1673. inter statuta a. b. Schotto collecta, P. III. art. 2. „Auch soll niemand Überhänge bauen.“

Sequitur ciuitas Francofurtii ad Moenum, cuius plura sunt statuta ad hanc rem pertinentia. Prima est vetustissima constitutio anno 1418. primum edita, et a. 1455. repetita, quam exhibet ORTHIVS comment. ad Reformat. Francof. Continuat. III. p. 437. quaeque ita se habet: “der Rat ist überkommen um frides und gemzinien zu ges willen armen und reicher zu Frankendorf und daß die gassen allhier in ir wydungen forter blyben mögen und gebüdet der Rat allermenniglich, in breiten gassen der unterste überhang soll nicht länger als von einer elue syn und über den nur noch einen machen von drey vrtel, die ercker über solchen überhängen sollen auch nit über drey vrtel seyn, in engen gassen aber sollgar kein überhang gemacht werden one besunder erlaubniß des Rats ic. Werent aber eines der alten wyden überhang mit halgen unterziehen, so soll der hernach von neuem gemachte unterste stock doch nach dr vorgeschriebenen mas gebauet und der alte darnach eingerichtet werden. Der Rat will die übertretende scharf strafen, doch in diesen vorgeschriebenen sachen, mit behaltenis und unschedelich des rathsgericht zu Frankendorf an sinne rechten, als das vor alters herkom-men ist.“ Altera pars est incliti statuti, quod sub nomine Reformationis celebratur, anno 1611. conditum. In hac enim lege P. II. tit. 2. §. 2. sq. non solum in primis tertio projectorum generi, de quo supra §. 7. diximus, in illa vr-be quam maxime visitato, den Ueberhängen, sed ipsis etiam maenianis certa mensura ponitur. Apponamus vero ipsa legis verba:

### Part. VIII. tit. II. §. II.

Die überhänge betreffend, so vor Alters in dieser Stadt gemein, auch gar übermäßig gewesen, (wie zum Theil noch zu sehen) Welches aber neben andern Unconuenientien nicht einen geringen Mißstandt, auch Engung gemeiner Gassen, gehabeyt: Derowegen dann unsere Verfordern solcher Überhänge halber ein sondere Ordnung, wie es damit solle gehalten werden, aufgericht, und menniglich in dieser Stadt, nicht allein denen so bauen wollen, sondern auch allen Werkmeistern, so dazu gebraucht werden, als Steinmeizen, Mäuerer und Zimmerleuten, dieselbig ernstlich zu halten, bey nahm-

nahmhafter Peen eingebunden, wie auch nunmehr, über anderthalb hundert Jahr, solche Ordnung also in Uebung gehalten ist worden. So wollen Wir dieselbig hiermit wiederumb erneuert und bestätigt, Auch gemeiner unsrer Bürgerschaft nochmals deren geboramlieh und festiglich zu geleben, geboten haben.

§. III. Wennlich aber, daß alle diejenigen, so hinter neume Bäum machen lassen, vnd darin sich der Überhänge gebrauchen wollen, den Überhang in zweyten Stockwerk, nedst aber dem Dadersten, anderst nicht, als einer Elen lang (Wroser Stattmaß) vnd dann in dem dritten Stockwerk, nicht über dem zweyten, noch einen Überhang (So er will) doch breiter nicht als drey viertheil einer unsrer Elen lang, gemeiner Straßen zu, mag legen lassen, vnd nicht weiter herauß.

§. IV. Wolten auch dieselben über den dritten Stock, vnd in das Dachwerk, einen oder mehr Ercker (nach Gelegenheit der Behausung) setzen: Das soll ihnen zugelassen seyn. Doch, daß dieselben Ercker solchem obersten Stock gleich stehen, vnd umb nichts fürlauffen. Und soll jetzt erzahlte Ordnung verstanden werden, von denen Behausungen, so in weiten und geranmen Gassen gebauet werden.

§. V. Dann in den andern engen Gassen, sollen gar keine Überhänge, anderst dann mit Vorwissen unsrer Baumeister, vnd unsrer sonderlichen, doch nach Gelegenheit der Bäuw vnd Gassen, gemäßigten Vergünftigung, gemacht werden.

§. VI. So viel belangt die Ausladungen und Ercker, so im mittelsten Stockwerk gegen gemeiner Gassen zu, völken gemacht werden: Sollen dieselben auch nicht anderst, dann mit unsrer sonderlichen Vergünftigung, nach gehabten Augenschein und Ermäßigung der Gelegenheit, auch allein in den weiten Gassen, gemäßiger Weiß, zugelassen werden.

### Tit. III.

§. V. Da einer den vndersten Stock — also bleibien lassen, aber das Ober-Gebäuw im andern oder dritten Stockwerk — aufzubessern wolte, deur soll solches anders nicht gesattet werden, dann so fern, daß er auch dieselben alten Überhänge, unsre Ordnung gemäß, absürgen und einziehen lasse.

Superfunt duea eiusdem ciuitatis leges aedificiariae, quibus in primis per latitudinem viarum, praesertim in easum incendiorum magis prospectum est, vna de anno 1708.  
altera

altera de anno 1719. in quarum illa, quoad nostrae disputationis argumentum, haec inueniuntur;

9. Damit auch in denen engen gassen die häuser durch die überhang nicht alzunahē zusammen kommen mögen, so sollen solche nur in dem ersten stockwerk, und zwar nicht weiter, als ein schuh lang zugelassen; in denen höhern aber gänglich verbotten seyn, mitin solche gerad ohne weitem überhang aufzufüret werden.

In altera vero sequentia,

1. Dass in allen gassen, (wer nicht von lauter steinen bauen will) wenigstens das erste stockwerk von lauter steinen erbauet werde. 2. Sol allezeit in denen weiten gassen, als zezo in specie in denen bey obigem brand ruinirten tōnges- schaurs und fabrgassen, und andern weiten plätzēn, ein überhang, doch nur ein schuh breit, und so fort gerad anzubauen, auch die stockwerk etwas höher, als in denen engern gassen einzurichten, wie weniger nicht die zwercz- häuser erbauer seyn.

3. In denen engern bey solchem brand ruinirten und allen dergleichen gassen hingegen, soll iegt und allezeit ein überhang von einem halben schuh erbauet und nach dem ersten stecken stock alles gerad auf one überhang, und der erste stock höher nicht, als 12 schuh, der zwey 11, schuh, und der drey 10, schuh hoch erbauet werden. 4. Sollen in denen engen gassen zwar zwercz- häuser, umb etwas hinauf ziehen, auch im fall der not herunter bringen und satviren zu können, zu bauen erlaubt seyn, jedoch nicht über 8. oder 9. schuh breit, auch nach proportion noch schmäler; que omnia hodie adhuc obseruari iam nominatus celeberrimus huius Reformationis commentator ORTHIVS l. c. p. 398. testatur.

Denique ad rectam interpretationem Reformationis obseruandum est, cum maenianis, de quibus nos disputamus, nec confundenda esse die Dach- Aerler, quae memorantur §. IV. huius tituli II. nec die Fenster- Ausladungen, quorum mentio sit §. VI. tituli III. quorum neutrum ad stāndum vel fedendum in eo comparatum est, ac illud quidem ultra parietem plane non proicitur, hoc vero intra fenestrarum ambitum continetur, ORTH. l. c. Contin. III. p. 435. 440. et 447. ac forte idem est, quod MEVIVS ad ius Lub. L. III. t. 12. art. 13. n. 5. frunitas appellat, que ante fenestras securitatis causa foras extendi soleant.

In eadem Reformatione Francofurtensi suggronda singulari vocabulo vocantur die Schöpfer, vt docet dictus ORTHIVS

THIVS l. c. p. 461. harum rerum peritissimus. De his itaque extat haec peculiaris constitutio de anno 1545. quod tegi prohibentur scandalis, Schindeln, iubentur autem eo lapidis genere, quod Schiefer appellant „die Schoppen vor den Häusern sollen über 5. schue und 2. zoll weit nicht hers, aus gemacht werden, wer darwider tete, soll alle tag 1fl. zur strafe geben, bis er abe tete. Die alte mit schindeln gedeckte schoppen sollen nicht gebessert werden sondern abgeschnitten; die hölzerne flügel sollen auch abgeschafft werden.“ nec non saepo allegata Reformatio Parte VIII. tit. VI. §. I. sq. Die Schopfen an den Häusern, gemeiner Straffen zu, sollen hinsuro anderst nicht dann von Dielen, mit Schiefersteinen gedeckt, vnd breiter nicht, als Fünff Werchschuch, vnd zweien Zöll. vom untersten Pfosten an zu messen (damit dadurch die Gassen nicht versperret) gemacht vnd zugereicht werden.

§. II. Über die Schopfen, so mit Schindeln gedeckt, sollen fürohin gänzlich, auch sowol in den Vorstätten, vnd zu Sachsenhausen, als in der Alten Statt, verbotten seyn, Auch diejenigen, so noch vorhanden, innerhalb eines Viertheil Jahrs, nach Publicirung dieser unserer Neueren Reformation, abgeschafft, vnd nächstgemeldter unserer Ordnung nach (so fern man dieselben nochmals behalten will) gemacht werden. Miles bey Straff Zehn Gulden, damit die Überbreter verschaffen seyn sollen.

Succedant Statuta Lubecensia, quae omnia noua proiecta, vbi nulla antiquitus fueru, fieri vetant. Sic enim Libri III. tituli XII. articulo XIII. „Es mögen keine neuen Sänge, Wohnung oder Wohnteller, Fenster, Thüren, Schürer, da vormahls keine gewesen, angerichtet werden.“ SCHVRER autem in versione latina, quae est apud MEVIVM ad d. l. redditur proiecta et ab hoc ipso differentia dicti statuti a iure Romano ita annotatur, vt haec in publico, modo nemini nocuerint, tolerata fuerint, ius Lubecense tantummodo noua prohibeat.

Agmen clauderet statutum Heilbronnense in quibus haud minus proiectio in publicum, in platearum detrimentum, prohibita esse dicitur, ESTOR teutsche Rechtsgegl. P. III. §. 4619. At quoniam nobis tam felicibus esse non sicut, eorum copiom adipisci, nec alia huius generis statuta colligere, in his, quae diximus, iam acquirendum putamus.

XIL

Problema iuridicum de abolenda restitutione integrum ex causa aetatis.

(d, a, 1785.)

Etsi iuris legumque Romanarum ea semper habita sit et inuenta praestantia, ut sapientia et salutis publicae adiumento prae omnibus reliquorum populorum institutis excelluisse videatur, vt adeo, si vniuersim dicatur, Germaniae de recepto in ea iure isto non immerto gratulandum sit, tamen nec eorum querela iniusta videtur, qui iniuria factum contendunt, quod totius juris Romani ambitus nostris moribus immixtus, omniaque eius pracepta absque discrimine, fintre aut per se bona utiliaque, aut ad Germanicarum rerum statum accommodata, vel minus, adoptata sunt. Constat inter omnes, aliam rei Germanicae, aliam profecto rei Romanae, sive libera republica, sive sub imperatoribus conditionem fuisse, constat etiam, eodem tempore, quo ius Romanum in his terris caput extulit, praeter hoc magnam etiam iuris pontificii auctoritatem fuisse. Quem porro fugit eadem aetate, recepto licet iure Romano, nihilominus legum quoque ac institutorum patriorum constantem in Germania usum permansisse, illud vero tantummodo super inductum fuisse? Quem denique latet, in primis sequiore tempore, cum patris mores, qui parum aberant quin legum vim haberent, diligenter conscriptos, tum nouas subinde leges ab imperatoribus et provinciarum in Germania principibus conditas esse, quibus Germanorum actiones regerentur? Accedamus ad Saxoniam, et videamus, quantus in hac in primis provincia cumulus sit legum recentiorum, rescriptorum, editorumque, quibus in duobus abhinc retro seculis, praeter praeca-

cepta iuris Romani, canones pontificios, ac vetera patria iura, ex solo quasi beneficio conferuata, necesse fuit, vel noua iura condere, vel Romana emendare et nostris moribus accommodare, ita ut eorum numerus iam tria iusta volumina impleteat, quartum mox expectetur. Ex his igitur variis iuribus, Romano, Pontificio, Germanico, Saxonico nostra hodierna iurisprudentia ita composita cernitur, ut non absimilis videatur aceruo, ex farre tritico et avena commixto, quae frumenta, si singula separatum possideas, commodo tibi forent, coaceruata nullum vsum habent. Hinc etiam minime auctor forem, vel totum ius Romanum, vel omnes canones aut omne ius Saxonum antiquum e foris nostris proscribere, potius digerenda sunt, et ex singulis optimum quodque retinendum. Etenim singulis aliquid, aut multum potius, boni ineft, forte etiam inter extera ius Romanum praefat, at inter se mixta et copulata magis nocent, quam profunt. Nec minus singula aliquid mali adspersum habent, cum nihil pro humana conditione perfectum nascatur; nec dubium est, vniuersiusque legis incommoda haud magis patesceri, quam quando ad alienam rem publicam transfertur. Id bene viderunt ipsius iuris Romani conditores, qui cum ius ex Graecia peterent, non omnes Graecorum leges corradebant totumue ius Graecum in Latium inducebant, sed meliora tantum et salubriora praecepta Romam perferentes, ex his deinceps, reiectis ad rem Romanam parum accommodatis, paucas tabulas conficiebant, Romanorum vitae, institutis, vniuerfaeque rei tam publicae quam priuatae aptas et convenientes. At nostri maiores longe aliter et peius fecerunt, qui ius Romanum non publica auctoritate recipiendum decreuerunt, sed nonnisi priuatorum voluntate et doctrina sensim paulatimque induci passi, simulque et pontificum compilationibus eundem aditum aperientes, eo id mali pepererunt, vt nemo fuerit, qui quod in ipso iure Romano bonum iniquumue ac ridiculum, vel per se quidem tolerabile, et rei Romanae quidem proprium, ait Germanorum conditioni minus aptum effet, discerneret, ac illud adoptandum, hoc reiiciendum suaderet.

Inter ea igitur, quae iniqua minoru ex iure Romano ad nostrum deducta sunt, in primis *restitutionem in integrum*, refero, non eam quidem, quae dolo metue aut alia iusta causa captis indulgebatur, quamque et ego proficiam

ficiam utilissimamque reipublicae ad calliditatem et fraudes malorum hominum opprimendas censeo, sed eam, quae vnicam laesi *aetatem* pro causa habet, quippe quam nostris foris minus aptam adeoque ex iis proscribendam atque si vlo modo fieri possit, publica lege tollendam censeo, nulla antiquae auctoritatis inueterataeque possessionis excusatione admittenda. In qua re quamvis non hoc mihi sumo, vt perfuadere posse confidam, tamen contentus ero, modo fauorem huius doctrinae et cerebrinam aequitatem aliquantum labefactare possim, ac tota fere opera in eo versabitur, vt hanc doctrinam, vii apud nos doceri solet, non modo nec pristinæ rei Romanae satis aptam, sed etiam a conditione rerum Germanicarum plane alienam, atque adeo omni reipublicae noxiā esse, ostendam.

Postquam interpres iuris Romani discrimen inter aetatem impuberum vel puberum, atque inter pupilos minoresque fecissent, similique receptum esset, vt pupilli non facile alios tutores acciperent, praeter testamentarios ac legitiimos, §. 3. *I. de tutel. pr. I. de agnat. tut. pr. I. de Attil. tut.* quibus demum deficientibus praetor eos dabat, HEINECC. *Dig. tit. de tutor. et cur. §. 309.* 314. per se patet, illos quidem saepius deessi potuisse, at defectui legitimorum vix locus videtur fuisse, propterea, quoniam iure veteri omnes agnati, gentiles atque patroni, *t. tit. I. de legit. agnat. tut.* novo jautem cognati quoque ad tutelan legitimam vocarentur. *Nov. 118. c. 4.* Quodisi vero testamentarii atque legitimi vere deessent, certis personis siue officiis siue necessitas imposita erat, pupillis tutores petendi, quales erant in primis mater, ad fines, familiares, proximi heredes, liberti. *tot. tit. Dig. qui petant tut.* HEINECC. *Pand. P. IV. §. 317.* STRUV. *S. I. C. Ex. XXXI. §. 32.* Pari ratione constat, Romanos iniuris puberibus minoribusque curatores non obtrudisse, verum eos nonnisi potentibus datos esse, §. 2. *I. de curat. l. 2. §. 5. 6. D. qui pet. tut. vel cur. l. 13.* §. 2. *D. de tut. et cur. dat.* atque in eorum arbitrio fuisse, velint fibi curatores petere, an minus, STRUV. *Sjnt. I. C. Ex. VI. §. 40.* atque *Ex. XXXI. §. 7. et MÜLLER ad h. l.* Vtrumque iuris illius rationi accommodatum erat, cum forte graue videretur, libero homini, cui nec pater nec lex custodem dederat, talem vltro ac inuitu a magistratu dari, donec deinde causa, quoad prouincias mutare-

taretur, l. 6. *D. de tutor. et curat.* Haud enim in ea sumus opinione, ut magistratibus officium tutoris dandi impositum fuisse putemus. Curatores minorum nonnisi procuratorum loco esse videbantur, *HÆNECC. Inst. S. 265. et 271.* hi vero absque domini voluntate fieri non poterant, l. 1. *D. de procur.* adeoque et ex hac causa minorum consensu ad eum accipiendo eo magis necessarius putabatur, quo ineptius ac ignominiosius videretur, homini ingenuo fanae mentis curatorem obtrudere, eique liberam rerum suarum administrationem adimere, auctore *CAIO ad edictum prouinciale, l. 2. D. si a par. quis manum.* Ex his facile patet, iure Romano fieri non solum potuisse, sed etiam faepius factum esse, vt fuerint et pupilli et adolescentes, in primis vero hi, tutoribus vel curatoribus plane destituti, siue illi a matre cognatisue, siue hi ab ipsis adolescentibus, siue illi ab agnatis non essent rogati. His igitur vel pupillis vel minoribus eo aequius erat, a praetoribus restitutio in integrum auxilio subueniri, quo crebrius eo tempore Romae id genus foeneratorum esset, qui malitia repleti, atque lucri cupiditate incensi, in primis adolescentium lubrico ingenio et imbecilli aetate ita abuti solebant, vt emendo, vendendo, stipulando, mutua dando, pecunias recipiendo aliquis contractibus fraudulenter circumscriberent, bonosque illos inuenes parte facultatum a parentibus acceptareni defraudarent. Contra hos igitur praeprimis inuentum videtur singulare restitutio in integrum beneficium, ad quod, tanquam nauis fracta procellis in portum, sic illi creditorum malitia ac sua animi imbecillitate debilitati confugent. Huius rei fidem facit *VLPIANVS*, qui pr. *D. de min. 25. ann. ait:* *Fragile est et infirmum huiusmodi aetatum consilium, et multis captionibus supponit, multorum insidias expositum, unde auxilium eis praetor hoc editio pollicitus est, et aduersus captiones opitulationem;* unde iure veteri Romano diserte sanctum erat, restitucionem in integrum iis tantum minoribus dandam esse, qui curatores non haberent, l. 3. *C. de restit. in int.*

At haec longe aliter se habent secundum rerum Germanicarum et iuris in his terris conditionem. Etenim apud maiores nostros nullum discrimen inter pupilos atque minores erat, nulla inter tutores et curatores differentia, omnes ante legitimam aetatem constituti uno nomine

nomine unmündige, et qui ipsis praeverant, Normündere, vocabantur, ut praeter alios obseruauit GAILIVS L. II. obs. 96. no. I. et omnium optime ostendit c. w. GAERTNER in diff. cui titulus: *Iure germanico inter impuberes et minores, tutores et curatores non distingui;* nec profecto hodie ea res ob notorietatis vim et legis tutelaris d. 10. Octbr. 1782. editae dispositionem cap. III. vlla probatione indiget. Nunc igitur omnis tutela et cura dauiua est, GAERTNER l. c. p. 36. ac. 40. sq. HELLEFELD Ipr. for. L. XXVI. §. 1303. VVLTEI. ad. ipr. L. de curat. id, quod praeferunt patet ex Recesu Imp. de d. 1577. art. 32. §. 2. quo cautum, ne tutores vel testamentarii vel legitimis tutelam administrare debeant, es sey ihm denn die vermauthung zuvor durch die obrigkeit decernirt und befohlen, et Decilione Et. 41. non obstante resolutione grauaminum de a. 1612. tit. v. Iust. S. §. 7. et 8. nam ex hoc loco nihil aliud patet, quam, in tutela datiuia testamentoarios et agnatos vt plurimum praeferri, cf. GAERTNER l. c. p. 41. Exinde igitur hodiernis magistris necessitas incumbit, vnicuique, quicunque iurisdictioni suae subfit, et adhuc aetatis imperfectioris, vitro et sub poena syndicatus tutores dandi, LAVTERBACH Coll. Pand. L. XXVI. t. 6. §. 7. SCHROEER Inßit. de tutor. et cur. P. I. qu. 15. §. 13. quapropter nullis amplius precibus de dandis custodibus opus, neque iudex expectat, dum rogent cognati familiaresue suis gentilibus, aut ipsi adolescentes fibi tutores dari, nulla ergo de defectu tutorum querela, nisi ex magistratus oscitantia, cuius is poenam, laeso ob istam orbitatem minorenni, huet. Ex his luculentur patet, nostro iure vix ultum imperfectum aetate absque tute esse posse, potius singulis a magistratu ex officio eo consilio datur, vt lubricitati ingenii eius subueniat, vtque in omnibus ac singulis negotiis auctoritatem atque consensum interponat, verbo, vt aut loco ipsis agat, aut coniunctim cum eo. Igitur profecto non video, cur hodie in foris Germaniae restituzione in integrum opus sit, quam vidimus olim nonnisi custodem ac defensorem non habenti datam esse.

Praeterea ista restitutio quoad impuberes tota *super-nocua* et *inutilis* cum iure Romano fuisse, tum hodie adhuc esse videtur. Quis enim nescit, iura Romana iam diligenter et manifesto hoc praecipere, vt omnis contra-

ctus omneque negotium ab impubere absque auctoritate tutoris gestum, quod ad istum pertinet, omnino nullum et ab omni effectu destitutum esse, siue, ut alio nomine dicamus, pupillum ex eo obligare sibi quidem alios, ipsum autem aliis minus obligari, quod claudicare appellant, pr. I. de aust. tut. §. 9. I. de iustil. stipul. l. 13. §. 29. D. de aſt. emt. vend. Recepérant etiam hoc principium, si quis mero iure ac remedio ordinario utilioreque rauinitus sit, ei haud tribui deberi auxilium extraordinarium restitutionis, l. 16. pr. D. de minor XXV. ann. l. 5. C. ex quib. c. ref. MÜLLER ad STRVV. S. I. C. Ex. VIII. §. 50. similes illis aequis ac prudentibus medicis, qui quando morbum ipsa bonitate naturae aegroti fugari posse vident, a farragine herbarum et pillularum aliaque medicina abstinent. Deduxerant inde aliud axioma restitutionem in integrum non competere, quando negotium a pupillo siue tutoris auctoritate gestum sit; d. l. 16. l. 4. C. in qu. cauf. in int. ref. Si enim, negotio imperfecto, res in priori statu manet, profecto non debet demum eo rursus reduci. Et quid opus, auxilium praetoris implorare contra eiusmodi negotium, ex quo lex civilis nullam aduersus pupillum actionem daret? Ex quibus omnibus manifestum est, praetorum restitutionem in integrum iure antiquo, pupillis datam esse, qui absque tutoribus negotia perniciosa gererent, siue tales haberent, siue non.

Quod vero ad minores attinet, non negandum quidem est, eorum negotia, ab his ipsis sine curatoribus gesta, olim stricto iure valuisse, verum primo hoc iterum locum habebat tantummodo in his, quibus nulli omnino curatores essent, quoniam, vt vidimus, ipsis licitum erat, aetatem suam imperfectam sine his tranfigere, in quorum, vt supra diximus, solummodo gratiam restitutio in integrum inuenta est. Quando vero semel curatores acceperant, nullo contractu tenebantur, in quem hi consenserunt, non interposuissent, l. 3. C. de in int. ref. unde plane supervacuum et antiqui iuri rationi contrarium fuisse videatur, quando postea vel responsis prudentum inducuntur, vel constitutionibus principum sanctum est, vt pupillis minoribus, etiam praesente et contrahente tute vel curatore laeſis, liceret praetorem de in integrum restituendo implorare, quod primum Imp. Antonini et Alexandri

Alexandri tempore factum fuisse videtur, l. 2. 3. C. si tutor. vel cur. quodque commentum a primo praetorum consilio plane alienum erat. pr. D. de min. 25. ann. Nam qui auctore tutor, vel consilium dante et consentiente curatore circumuenitur, profecto non ex lubrico suaetatis ingenio decipitur, sed in consilium vocavit virum prudentem ac iustae aetatis, qui ipsi ex lege vel magistratus decreto cor<sup>m</sup>s rerum suarum administrandarum ea de causa datus erat, ne circumveniretur. Si itaque verum est, quemadmodum euicisse videmur, inducta perpetua et necessaria omnium hominum imperfetiae aetatis tutela totam ex eorum lubricitate ingenii laesionem cessare, consequens esse videtur, illud praetoris Romani de restitutione ob aetatem inuentum neque ex prima eius natura, neque ita, ut postmodum plus iusto dilatata ac transformata est, recipiendum fuisse in fora Germanica. Vnde hodie non abs re statuendum, omnium omnino hominum infra 21. aetatis annum constitutorum contractus, absque tutele initos, ipso iure inualidos esse, quemadmodum et Ordo Ictorum Lips. mensis Iunio 1784. ad interrogationem senatus Pirnensis iudicauit cf. MENCKEN. Dig. L. XXVI. t. 8. §. 9. Fac igitur, aliquando euenisse, vt apud nos aliquis forte tutele esset destitutus, ac eo deficiente ex proprii ingenii infirmitate lapsus, necessarium est, vtrumque provenisse ex ipsius magistratus officititia, ex quo sua sponte fluit, hunc negligentiae sua poenam luere, et pupillum minoremue ubique indemnem reddere debere, et ad hoc actione ciuili compelli posse, quod est fortius ac utilius remedium orani restitutione in integrum. Quodsi tutores habent, et per hos laeduntur, quis nescit, hos ad eandem indemnitatem obligari, ut adeo huius rei causa in eorum bonis tacitum pignus insit. Sunt enim in ea omnes obligatione, ut officio publico, ipsis imposito omni modo ac ita satisfacere debeant, ut pupillorum suorum utilitas in omnibus negotiis, eorum nomine gefris curetur, damnum vero omni modo auertatur. Non opus itaque est, ipsum negotium cum eo, qui bona fide perfecerat, frangere. Adeo tutor actione tutele obstricetus, qui minorem suo tempore indemnem praefabit; haud dignus, qui ob dolum suum aut culpam impunis maneat. At forte erunt, qui contra dicent, fieri posse, ut tutores non idonei sint istae indemnitatii praestrandae! Sed narrant iterum illi ac presupponunt negligentiam magistratum, qui nec tutelem  
Y ido.

idoneum elegerant neque electum datumque ad satisfaci-  
nem adegerant, nec denique quotannis administrationi dili-  
genter inspiciebant. Quod in primis ad satisfaciem atti-  
net, constat, hanc non solum iure Romano plerisque tuto-  
ribus impositam fuisse, pr. I. de *satisdat. tut. l. 1. sq. D. rem*  
*pupilli saluam*, sed etiam iure Imperii per Constitutionem  
de anno 1548. et 1577. tit. 32. diserte praescriptam esse; un-  
de magistratus et hodie hanc legem custodire deberent, aut  
pupillis indemnitate praestanda neglectae legis poenam lu-  
ere, in primis cum nunc pro supremo pupilli tutore habeantur.  
Neque sane hoc aliquid noui est, cum iam iura Ro-  
mana per actionem subsidiariam aduersus magistratus pupil-  
lis ita profixerint, vt omni tempore a laesionibus per tuto-  
rum gesta vel omissa tuti esse possint, quippe qua actione  
magistratus eorumque heredes ad singula ea refacienda  
tenentur, quae ex pupillorum facultatibus ea de causa ab-  
funt, quod vel non idoneum tutorem curatorem acce-  
pere, vel non satis ab eo atque sufficienter exactum est. §.  
2. I. de *satisd. tut. l. 1. pr. §. 5. II. D. de magistr. conv. l.*  
*l. 2. vlt. C. eod. p. MÜLLER ad STRVV. S. l. C. Ez. 31.*  
*§. 81.* Quod si itaque haec actio, vt recte Imperator d. §. 2.  
dicit, pupillis et minoribus *ultimo praesidium* affert, ac si  
hi, quod euicimus, proprii consilii lubricitate, datis hodie  
tutoribus laedi nequeant, nescio profecto, cur opus ad-  
huc sit restitutione in integrum? Potius aut ipsa tutorum  
constitutio superuacanea est, aut restitutione in integrum  
carere potuissimus ac deberemus.

Reftat, vt doceamus, eam adeo *noxiam* quoque esse  
et *damnofam*. Primo nocet reipublicae, quo in primis  
pertinent lites, quae per restitutionem in integrum mirum  
est, quantum hodie augentur ac protrahuntur; (etenim huc  
vsque tantummodo de restitutione ob facta vel omisa extrajudicia  
lia vidimus). Quis nescit, hanc esse hodierni  
fori formam, et infelicitate receptam consuetudinem, vt  
nullius, qui non sit iustae aetatis, contumacia prima vice  
recte accusetur, O. P. S. R. ad tit. IX. §. 4. et ad tit.  
XX. §. 4. Ferri hoc possit, si res esset cum minoribus  
tutores non habentibus, vel si citatio ad ipsum pupillum  
perlata esset; quia, quid sibi faciendum sit, ignorant, et  
ex ingenii infirmitate, num ire ad judicem, item conte-  
stari, probationis articulos tradere, vel similia agere de-  
beant, satis considerare atque perpendere nequeunt. Hic  
pro-

procul dubio fons fuit, unde istud p<sup>r</sup>aeceptum ad fora nostra defluxit. Ast quantus hic illius regulae abusus! quantum praeter rationem ampliata et iniuste porrecta! Si minor tutorem habet, iustae aetatis atque prudentem, qui p<sup>r</sup>aefit rebus pupilli administrandis, qui promiserit, vel fortassis adeo fatisdederit, si hic tutor nomine pupilli item suscepit, si citationes ipsi ad manus sunt, infinitae, si adeo s<sup>i</sup>nceptam item adiuvato solerti atque omnis iuris modique forensis peritisimo mandauit, ac tunc restitucionem in integrum contra fatalium decursum, absque villius caufae allegatione concredi videoas, sane eam non ob imbecillitatem ingenii pupilli, cui vt plurimum de tota ea lite ne verbum quidem innotescit, verum siue ob dolum ac culpam admodum prudentis tutoris, siue ob occidentiam incliti ICti dari dixeris. Nemo autem est in iudicis hodiernis vel paululum versatus, qui ignoret, quantum per eiusmodi restitucionem in integrum aduersus fatalia minorum lites produci soleant. Non iuuat, tutorem sub poena confissi atque coniuncti aut alius p<sup>r</sup>aedicti vocari, nec ei probationem intra certum spatium iniungere, contemnit iussum iudicis, spernit citationem, omnesque a maioriibus sapienter p<sup>r</sup>aefcriptos terminos, tutus sub restitutio*n*is clypeo ab omni contumacia sua*e* oppugnatione, beneque gnarus, quaevis spatio vltro sibi duplicatum iri, eaque de causa ratus non omittendam sibi esse opportunam promouenda*re* litis occasionem. Non hic pupillo subveniri vel minorem restitui proprie dixeris, verum tutorem et adiuvatum, non enim illi ob animi sui levitatem, ac imbecillitatem negligentes ac contumaces fuere, verum ipsorum tutoribus auxilium in solatium incuriae p<sup>r</sup>aebetur, vt securi sint ab actione tutelae contra se quondam instituenda, et ad maiorem porro negligentiam inquietentur. Hoc forte viderunt sapientissimi legislatores, quando, vt saltim hoc tutorum protractione*re* litis studium aliquanto minuerent et cohererent, sanxerunt, tum p<sup>r</sup>aecipiendo, ne contra unum fatale nonnisi semel restitutio detur, tum citando post primam contumaciam sub hac comminatione: in vteriori ipso*rum* inobedientia pupillos eorum non amplius in integrum restitutum iri, l. vlt. C. si *sapientius in int.* O. P. R. t. 9. §. 4. et t. 20. §. 4. Quid igitur? fierine potest, lege permitten*te*, vt licet tutor incurius sit, aut caufae patronus negligens, nihilominus tamen pupillus laedatur? Nec amplius tenaces

fumus constantis huc usque praecepti: Qui non sit iustae aetatis, eum neque ex se, neque ex facto tutoris laedi posse? Res ipsa loquitur! Quae igitur diuersa est ratio vel aequitatis vel iustitiae, vt tute bis vel ter peccante laesio locum habeat, minori nonnisi solatio instituenda aliquando aduersus tutorem actionis tutelae relicto, at vt item perdere non possit, cum tamen in neutra specie imbecillus animus minoris causa sit? Et cur adeo religiosi sumus, quod in duplice negligentia nobis haud durum videtur, id in simplici ad iniquitatem reuocare? cum in vtraque falso reipublicae versetur. Aut quid opus erat, tutorem per minas commonefacere, eum ob instanti pupillo damnum aliquando ac ipso conuentum iri, quem ipsae iam leges docere poterant, se ob omnia, negligenter pupilli nomine gesta, ipsi obligari; et quid e contrario peccauit pupillus, quo indignus restitutionis beneficio redderetur, postquam tutor istae minae additae sunt? Quis ergo non videt, hanc de duplice oscitantia sanctionem ex aequitate et reipublicae utilitate natam esse? Sed cur idem commodum in prima contemnemus? Quis denique non sentit, totam hanc aduersus fatalia minorum restitutionem nihil esse, quam praefidum negligentiae, atque protrahendarum litium somentum? in quo tutores peccandi licentiam, aduocati tutamen segnitiei quaerunt, minores vero auxilium nonnisi per breve tempus inueniunt, tandem et ipsi, lite interim incassum mota, laesi et decepti.

Adde, restituione in integrum non lites solum compendiari, sed nouas etiam, magno reipublicae malo, nasci. Loquimur iterum de minorum negotiis extra iudicibus ex restituione reuocandis. Quis enim est, qui intelligat, si haec postuletur, illam rescissionem alia ratione impetrari non posse, quam noua lite contra eum inota, quorum tutor negotium inierat. Abrogemus igitur istam restituionem, similique haud paucis litibus materiam praescindemus. Neque est, quod quis dicat, eiusmodi liti ad beneficium consequendum, aliam substitui, quando minor completa aetate tutorem ob male gestum negotium sit conuenturus. Nam primum quo uis pignore contendam, tutores, si sciant, pupillis suis nullam aliam reparandarum rerum recipiendam damni viam reliquam esse, quam actionem aduersus se, iis longe cautiis et diligentius prospecturos esse, ac praesertim omnem per contractus laesione sollicite evitatueros, potius nulla alia negotia eorum nomine iniuturos esse, quam quae illis vere proficiua

ficiunt et fructuosa; forte adhibitis, si opus, prudentibus viris, aut interrogato, qui ipsis tutelam dederat, magistratu. Deinde cum omnes tutores tutela finita adultis rationes reddere debeant, hi vero inuestigandis iis et excutiendis, quid durante eo male gestum perperamque actum videatur, monere soleant, nullis hic nouis litibus opus erit, et etiam si esset, possit tamen vnu reus ob omnes per totum tutelae tempus pupillorum detrimento initios contractus conueniri, cum alias ob singulas laefiones singulae restituções necessariae sint, adeo et singulae sites, quarum item vnaquaque procul dubio duplicabitur noua indemnitas actione, ab eo, quo cum olim tutor pupilli nomine negotium inierat, aduersus hunc instituenda.

Porro restituciones in integrum etiam propterea odio dignae sunt, ac damnosae censendae, quod fidem laedunt publicam et integratim vinculum frangunt. Neque hoc leue putandum iis, qui ex stirpe Germanorum oriundi sumus, adeo, vt forte ob eam solum rem omnes eiusmodi restituciones e nostris foris ejiciendae videri possint. Dudum Romae in senatu publice hoc Germanis fidei testimonium datum est: *nullos mortalium fide ante Germanos esse*, TAC. de mor. Germ. c. 24. ipsique imperatores Romani corporis sui custodiā Germanis, quam ciuibus suis concedere maluerunt, quod nullo exemplo constarer, Germanos fidem datam fefelleris, HERODIAN. hist. L. IV. c. 7. L. VIII. c. 7. IVL. CAPITOLIN. vita Maximic. 13. Fidem frangere, omni tempore apud maiores nostros infamia erat, et nota macula nunquam delenda, ita, vt vel vnum verbum prolatum reuocare, contumeliosissimum videretur ac dedecoris plenum. Nos vero, recepto iure Romano, non indignum putamus, publica lege permettere, vt fides contractum a tutoribus initiorum frangatur, modo frangi eam ex re pupilli videatur? Magistratus constitunt tutores, iubent eos bona minorum administrare ac negotia gerere, et iidem magistratus eorundem tutorum gesta negotia rescidunt irritaque faciunt, data aduersus ea restituzione in integrum. Praeterea, quodsi adeo iure Romano in causa mandati, qui contractus initio sola manus datione consistebat, NOODT. ad Dig. L. XVII. tit. I. mandans ex facto priuati procuratoris obligatur, MEVIUS P. II. dec. 95. cur nos Germani patiemur, vt eius, qui publica auctoritate ad gerenda aliorum negotia constitutus est, cuique in hanc ipsam rem publicum testimonium ad fidem ipsi faci-

faciendam dari solet, fides impune frangatur! Quid dicerent maiores nostri, si ipsis licet, hanc nepotum leuitatem videre? In illorum tunc ore erat: En dextra fidesque! Nobis vero ex alienarum legum amore multo potius amabiliusque habemus, sanctam fidem datam non seruari, modo is, qui vigesimum primum aetatis annum nondum integrum compleuit, aliquam spem lucelli capiat, aut fictam saepe et cerebrinam laesionem evitet! Qui tutum et securum se putat ex contractu cum custode minori publice addito, frustra queret ex magistratu: cur ipsis potestatem et auctoritatem nomine pupilli contrahendi dederit? tristis redibit, responsionem ferens: sic velle iura Latii! Ita postumi integritate fidei carent, quam maiores tanquam summum bonum venerabantur. Profecto si sapientissimum sapientissimi Electoris nostri consilium de novo iuris Saxonici codice edendo perficietur, hic implorans mihi videtur per amorem patriae et aequitatis iustitiaeque studium, ne illius restitutioni in integrum ex causa aetatis aditus ad ipsum pateat, sed potius integer es locus ex toto iure nostro exterminetur.

Supereft, vt doceam, hanc restitutionem ipsis illis, quibus per eam subueniri debet, magis nocere, quam prodele. Pauci tam incurii ac in rebus suis gerendis adeo leues sunt, vt si sciant, se cum tutoribus valide et absque restitutionis periculo non contracturos, negotia cum iis ineant, quamvis minoribus manifeste proficia et commoda. Saltim ego multorum memini, qui emtionis, venditionis, conductionis, permutationis aliasque contractus lubentius cum omnibus aliis, quam cum tutoribus pupillorum nomine celebrare amant. Quis enim sacramento contendat, non exituros mox vel alios tutores vel completa minori aetate adultos, qui dicant, laesioinem factam, sibique nunc melius videri, rem ad pristinum statum, forte spe lucri olim cogitati nunc fallente, reduci, quam negotium, omnibus numeris absolutum, integrum seruari? Quid vero inde fieri? Tutores difficile inuenient, qui secum pupillorum nomine contrahat, non poterunt res minorum, quamvis necessitate cogente aut utilitate suadente, vendere, vel nouas eti optima lege emere, non fundos eorum locare, non pecunias bene collocare, non, si opus, mutuo sumere, non super dubia lite transfigere, verbo, nullum erit amplius vel saltim nonnisi difficile cum pupillis ac minoribus commercium, nec vila eorum negotia vtiliter

utiliter geri poterunt, in quibus aliorum fides concurrat. Audiamus lCtum PAVLVM, qui idem restitutiois periculum, ac inde prouenienti minoribus detrimentum vidit, l. 24. §. 1. D. de minor. Non semper, ait, ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, ne magno incommodo huius aetatis homines afficiantur, nemine cum iis contrahente, et quodammodo commercio iis interdicto. Vera sunt, quae dicas, PAVLE, sed eo magis miror, quomodo fieri potuerit, ut haec ipsis minoribus haud proficia restitutio in nostros mores legesque se insinuauerit.

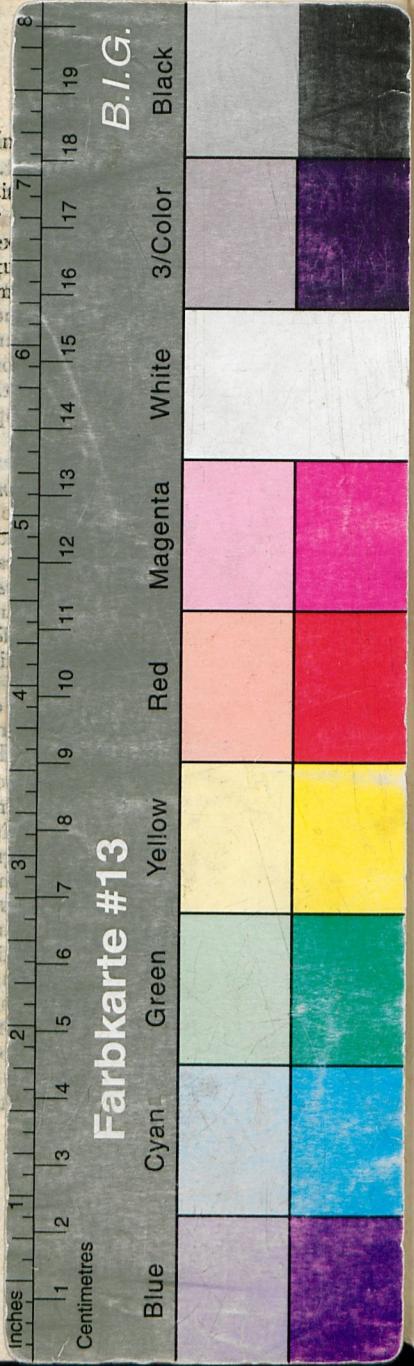
Quid vero? Non iste solum, verum, in uniuersum omnes lCti tam antiqui quam recentiores, detrimentum, quod oppugnata a nobis restitutio reipublicae assert, saltim tacite agnouisse mihi videntur, id quod ex multis ac variis exceptiōibus colligo, quas in hac re effinxere. Etenim praecepta iuris utilia et in commodum reipublicae data non opus habent restrictione. Sic auxilium saepe dictum mox denegant, saltim hodie, venditione per hastam publicam facta, HOM-MEL. Rhaps. obf. 23. et 586. aut pecunia pupillo ex decreto magistratus soluta. §. 2. I. quib. al. sic. l. 25. C. de admin. tut. mox id frustra implorari dicuntur, si quis se maiorem dixerit, l. 2. C. si quis minor. sc. vel quando laetus sit a parente aut patrono, quorum pudor non sit sigillandus, l. vlt. C. qui et adv. STRYCK vs. mod. L. IV. t. 4. §. 12. /q. mox minori recusant contra minorem, locupletiorem factum, l. II. §. 6. D. de minor. XXV. ann. MÜLLER ad STRVV. S. I. C. Ex. VIII. §. 56. not. d. mox artem suam proficieni, LEYSER med. ad Pand. sp. 60. med. 6. /q. vel restitutionem iterum petenti, t. t. C. si aepe rest. in int. mox cœsiare confirmant in rebus mobilibus venia aetatis impetrata, l. 1. l. 2. pr. §. 1. C. de his, qui ven. aed. mox laesioinem, casu vel vi diuina evenientem, l. 7. §. 8. l. II. D. de minor. idem quadam libertatem, t. t. C. si adv. libert. matrimoniumque, MAVRIT. de restit. c. 223. excipiunt, nec minus eum restitu nolunt, qui vel pubes contractum iuramento confirmauerit, aut. Sacramenta puberum C. si adv. vend. vel maior ratiabuerit, l. 1. l. 2. C. si mai. fact. ratiab. vel adulitus per quadriennium tacuerit, l. vlt. C. de temp. in int. rest. ipsam denique restitutionem non ab eo tute, qui contraxit, peti concedunt, WERNHER obf. for. P. obf. 266, no. 2. /q. vt taceamus reliquas exemptiones, quae omnia argumento sunt, iuris interpres, restitutiois iniquitatem agnoscentes, eo omni

omni ratione innisos esse, vt, quantum possent ipsam regulam labefactarent. Alias enim sane non video, cur magis iustum videatur, minorem ex publica bonorum suorum venditione, sola saepe fortuna pretium consituente, quam ex priuata, laedi, et quomodo non aequa ex leuitate animi iuuenilis proueniat, se maiorem dicere ac temere iurare, cur denique probabilius sit, laedi a parente, quam ab alio? Ex hoc igitur noua regula nata est haec: *Restitutionem minoribus tum demum dari, quando non adgit causa denegandi,* STRVV. S. I. C. Ex. VIII. §. 59. quod idem est, ac si dicas: conquaerenda est vndeque occasio, restitutionis malum, quantum fieri potest, delendi.

Non opus est pluribus, nec eorum argumenta reprehendere, qui, sublata restitutione minorum, his pericula damnatione imminere putant, nec etiam repetamus, nos ab eo multum abesse, vt dannemos restitutionem ex causa dolii, metus, absentiae, aliaue, quae praetori iusta visa fuerit, quippe quae singulare maximam aequitatem et iustitiam spirant, ipsis legibus naturalibus conuenientem. Vtrumque enim iam supra occupauimus. Hoc vnum addere licet, si qui fint, quibus vel ipsa iura, vel eorum interpres ex minorum similitudine idem beneficium affinxerunt, vt: vniuersitatibus, ecclesiis, similibus, de iis idem nobis iudicium esse, scilicet, quando curatores, procuratores, syndicosue habent, legitime constitutos, contractus ab his initos validos esse debere; salua aduersus hos actione mandati contraria aliaue, quodsi vero illae indefensae fuerint, eas tutas esse, quoniam ipse contractus haud legitimae adeoque absque obligatione fit celebratus.

vol 11 = 3 deli





CAROLI GODOFREDI DE WINCKLER

IVR. VTR. ET PHILOSOPH. DOCTORIS, SERENISS. ELE-  
CTORI SAXONIAE IN SENATV PROVOCATIONVM A CON-  
SILIIS, ECCLESIAE CATHEDRALIS MERSEBURGENSIS  
CAPITVLARIS, CVRIA E IN SAXONIA ELECTORALIS VPRE-  
MAE, QVAE LIPSIÆ EX LEGIBVS DECERNIT, ASSESSO-  
RIS INTER DOCTORES PRIMARII, DECRETALIVM IN ACA-  
DEMIA LIPSIENSÌ PROFESSORIS ORDINARII, EIVSDEM-  
QVE DECEMVIRI, PRAEPOSITVRAE MAGNAE ASSESSO-  
RIS, FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARII ET  
DECANI PERPETVI

# OPVS CVL A MINORA

EDIDIT

ET PRAEFATVS EST  
FILIVS

D. GODOFR. LVDOV. WINCKLER

PROF. IVR. EXTRAORD.

---

VOLVM. II.

---

LIPSIAE

IMPENSIS G. L. GOETHE

clcccclxxxxvi.