

B. h. II, 289.
h. 56, b.

(X 1876339)



Q. D. B. V.
DE

JURECONSULTO SINE LEGE LOQVENTE,

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDERICO VVILHELMO,
MARCHIONE BRANDENBURGICO, ELECTO-
RATUS ET PROVINCIARUM HEREDE, &c. &c.
IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA
disputabunt,

PRÆSES

JAC. FRIDERICUS LUDOVICI,
Jurium Licentiatus,

BIBLIOTHECA
PONICKAVIANA

ET

RESPONDENS

JOHANNES CHRISTOPHORUS AGRICOLA,
Buchonicus,

D. XXI. August. An. M DCC.

H. L. Q. C.



HALÆ MAGDEBURGICÆ,
Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ.

29. 18.





B. C. D.

DISSERTATIO JURIDICA,
De
**JURECONSULTO SINE LE-
GE LOQVENTE.**

Summaria.

Sedes Brocardici: Erubescendum esse Jcto sine Lege loquenti in Nov. 18. c. 5. §. 1. Sequestratur quæstio, cur Justinianus Leges tam sæpe mutaverit. §. 2. Quanam vera mens fuerit Justiniani §. 3. Quam male illa explicetur. Illustratur exemplis Auditorum, qui Præceptoribus suis alienam mentem affingunt, Epicureorum, Sadduceorum. §. 4. Brocardica DD. ex Novella illa male intellecta provenientia, §. 5. quorum absurditas monstratur, §. 6. Omnes casus in Legibus non possunt decidi, sed interpretatio est admittenda, §. 7. Explicatur titulus Disp. Jureconsultus, Jurisprudens & Jurisperitus quomodo differant. Controversia exinde inter Taborem & Conringium orta. §. 8. Nos his vocibus promiscue utimur. Tres Jureconsultorum classes, Docentes, Judicantes & Patrocinantes. §. 9. Per vocem Legis denotatur jus scriptum & non scriptum. §. 10. Nec non Statuta Provinciarum. An liceat condere statum & LL. Provinciales juri Romano adversas? Notantur hac occasione aliquot absurda assertiones Arthuri Duckii. §. 11. Observantia judicialis tamen sub voce Legis non comprehenditur, ubi de opinionibus communibus.

A 2

§. 12.

§ 12. Aliud est contra legem, aliud sine lege loqui. An qui dicit, non omnia juris Rom. capita esse recepta, contra legem loquatur, §. 13. An & quatenus liceat etiam de lege recepta judicare, §. 14. An Judex, qui se in conscientia de injustitia Legis convictum dicit, contra Legem judicare possit, §. 15. Phrasis: sine Lege loqui, dupliciter accipitur. Formatur Status Controversie, §. 16. Docentes quatenus Legum verbis uti teneantur. Defenditur Cicero adversus Ernstium, §. 17. Legum vis non in verbis, sed sensu consistit, §. 18. Non tamen debent pro verbis Legum perspicuis obscura substitui, §. 19. Docentes quatenus numerum Legum allegare debeant, §. 20. Non debent allegari Leges civiles in jure publico, §. 21. An melius sit ipsas Leges explicare, quam systemata. Distinguitur. Absolute loquendo melius est, ipsos fontes interpretari sine glossa. Prohibitio Justiniani de non scribendis Commentariis, §. 22. Ex hypothese & indole Legum Romanarum, Compendiorum explicatio præferenda. Adesse tamen debet selectus Compendiorum & Systematum. Absurda methodus quæ per causarum genera procedit, §. 23. Judex debet scire Leges, §. 24. Eius officium consistit in decernendo & sententiam ferendo. Non tenetur allegare Leges utrobique, §. 25. Quomodo intelligendum sit braccardicum, quod sententia rationem non habens, sit nulla, §. 26. Advocati an teneantur allegare Leges, §. 27. An in Libellis, §. 28. Si Actor allegavit Leges in Libello, Reus autem in Litis contestatione ad eas non respondit, an hic propterea aliter litem contestari teneatur, §. 29. An Leges alleganda in positionibus, §. 30. An in Articulis probatorialibus, §. 31. Notatur Wesenbecius, putans, jus probandum esse, si alter id neget, §. 32. An in Interrogatoriis ea, quæ juris sunt, immisceri possint, §. 33. An Deductiones allegatis Legum superstruenda, ubi simul de inutilitate allegatorum, §. 34. Consuetudo & Statuta provincialia ac localia allegari & probari debent, §. 35. Conclusio Dissertationis, §. 36.

§. 1.



Imperator Justinianus

cum post confectas ipsius jussu & auctoritate per Tribonianum ejusque socios Institutiones. Pandectas & Codicem repetitæ prælectionis, novas subinde constitutiones promulgaret, quæ sub *Novellarum* titulo Corpori Juris Romani adjectæ reperiuntur; inter alias *Nov. 18.* hujusque *cap. 5.* sequentibus verbis auspiciatur: Consideremus autem aliquid ad solam naturam clemens. Multi namque molesti sunt nobis semper, precesque crebræ & flentes filii. Et semper equidem clemens aliquid definimus: sed quia non hoc cum lege agimus, erubescimus: ideoque causæ etiam legem adjicientes, ipsi quidem populos removebimus: dabimus autem omnibus habere ex lege remedium. En sedem brocardici maxime famosi: ERUBESCENDUM ESSE JCTO, SINE LEGE LOQVENTI.

§. 2. Non inquiremus in præsentibus, quo fundamento nitantur, quæ ex *Agathia & Procopii Historia arcana* adducit *Hugo Grotius in spars. flor. ad Jus Justin. in præfat. tot. libri & præc. in præf. ad Nov.* dicens: Nusquam verius, quam tunc quidem, fuisse illud *Virgilii*:

Fixit Leges pretio atque refixit,

plerasque enim Legum mutationes aliquod sibi lucrum aut Justiniani, aut certe Triboniani habuisse propositum. Item: Summum liberrimumque imperium, quo usus fuerit Justinianus, ei facultatem dedisse, non solum ad res magnas agendas, ad recipiendam Africam & Italiam, ad urbes, castella, pontes aliaque opera struenda plurima, sed ad jus novum condendum, & mutanda ejus juris quæ vellet, & quoties vellet, pro ingenio suo perquam mutabili capita. Porro: Tribonianum, quo maxime ministro ad jus condendum usus Justinianus, hominem fuisse juris quidem omnis callentissimum, sed simul eundem, tanquam lucri cupidissimum, eruditionem sumfisse avaritiæ suæ

obregumentum, mutavisseque leges suo arbitrato, interdum & ita scripsisse perplexas, ut interpretationem posset pro rebus natis quo vellet trahere. Quibus addi quoque posset, quod idem Grotius passim aliique Viri eruditi notare consueverunt, Justinianum Theodoræ suæ nimiam potestatem in rebus imperii adeoque & circa Legum lationem & mutationem concessisse, v. *Grot. l. c. in præf. ad Cod.* ut forsam idem obtigerit Justiniano, quod de Comite Mansfeldiaco, Burchardo, refert *Sincerus Germanus à Lapide in Mercur. German. p. m. 278.* qui in tabulis publicis An. 1330. hoc proœmio usus est: *Wir Burchard/ Graff zu Mansfeld/ mit Vorworten Unserer Betgenossen Frau Liebden: Conf. Nov. 8. c. ibi: Et hic quoque participem consilii sumentes eam, que à Deo data est nobis, reverendissimam conjugem; Abstrahamus, inquam a curiosa hujus rei investigatione, an in ipsa veritate fundata sit, annon, quod prius quidem non exiguam probabilitatem præ se ferre videtur. Sufficiat nobis in præsentia hæc solum addidisse, quod, ubi antea liberi naturales ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem habebant, v. l. 8. C. de natur. lib. Justinianus in d. Nov. hac etiam in parte ipsis prospicere voluerit.*

§. 3. Ergo mens Justiniani hæc fuit: Se quidem non fore difficilem, ut supplicantium liberorum naturalium lacrimas dementer respiciat, eisdemque & ab intestato successionem in bonis patris naturalis certo casu & quadantenus concedat, interim tamen se recordari anteriorum Legum, suo ipsius jussu in Codicem repetitæ prælectionis relatarum, in quibus contrarium dispositum reperiatur. Non ergo aliter rem confici posse addit, nisi ut nova Lex promulgetur & per illam Constitutionibus suis prioribus derogetur, (nam *alleg. l. 8. C. de nat. lib.* ipsum etiam Justinianum Autorem agnoscit.) Præviderat scilicet ipse Imperator, Leges suas maximis mutationibus obnoxias fore, adeoque potestatem mutandi sibi vel in superfluum in Edictis compilationem & confirmationem Digestorum ac Codicis concernentibus sedulo reservaverat.

§. 4. Esto igitur, Justinianum censuram mereri, quod tam crebras Legum mutationes suscepit; non tamen in eo aliquid

quid admisit, dum se erubescere dicit, si sine Lege loquatur. Ex duobus quippe malis, id quod lenius est, comparative pro bono haberi solet, atque sic supposita flexibilitate ingenii Justiniani melius fuit, abrogatis Legibus prioribus novas iterum, quam plane nullas habere. Sed videndum nunc, quid ex verbis Imperatoris Leguleji nostri derivare conentur. Scilicet evenit illis, quod haud raro evenire Auditoribus nonnullis solet, qui non rite intellecta Doctoris sui mente, ejusmodi doctrinas ipsi affingunt, de quibus ne unquam quidem cogitare incepit. Epicuri Discipuli, docente Gassendo, indolentiam seu voluptatem animi, in qua summum bonum consistere afferebat Epicurus, voluptatem corporis interpretabantur, atque propterea promeritum titulum Epicuri de grege porcorum sibi acquirebant. Antigonius, Præceptor Zadoci, auditores hortabatur, ut ne essent sicut servi, qui Domino intuitu mercedis serviant. Hoc dictum Zadocus ita corripit, ut post hanc vitam neque præmia bonis, neque pœnas malis instare, sed animam cum corpore interire statueret, unde Sadducaei orti, Act. 23 v. 8. conf. Hornii Histor. Philos l. 4. c. 2. Non aliter comparatum est cum illis, qui nil omnino nisi CLARA LEGUM VERBA crepare assueverunt. Justinianus vult impedire, ne incertitudo juris oriatur: ipsi contra eidem affingunt, ac si omnem interpretationis habitum abrogare voluerit, imo ne hic quidem subsistunt, sed ulterius progredientes etiam hoc ex verbis Imperatoris exsculpunt, quod nec ipsis Legum verbis mordicus inhærire sufficiat, sed eadem præposito Legis, ubi habentur, numero muniri necessario debeant, nisi gravem injuriam Corpori Juris inferre, & a norma approbatorum (si verum est,) Jctorum recedere tibi præsumas.

§. 5. Ortum inde duxerunt non pauca brocardica, quæ tamen melius brocardica Doctorum, quam ipsius iuris dixeris. Quod Lex, inquit, non dicit, nec a nobis dicendam est, seu juxta alios carminice:

Quod Lex non cantat, nec nos cantare debemus.

Si enim, addunt, lex voluisset, utique expressisset. Item ingeminant:

Quod lege certa radicatum est, non potest per hominem eradicari & vice versa,

versa: Quod in Lege non cavetur, in practica non habetur: Quod expressum non est, pro omisso habetur: Erubescimus sine Lege loqui: Doctor absque Legibus, est tanquam Comes sine comitatu & fides absque operibus: Via sigillam est ex textibus fundari: Qui sine lege loquuntur, nimis alte volant sine pennis, adeoque non mirum est, si velut Icarus cadunt: Pessime erramus, si juri scripto mordicus non inhaeremus: Navigans cum textu juris, securus navigare dicitur, cujus generis flosculi alii & infiniti apud DD. passim reperiuntur.

§. 6. At ego non sum credulus iis. Concedo JCtum Legum notitiam habere debere, omnem vero ejus prudentiam nudis Legum verbis includendam esse, nego: & quod magis JCtum semper numerum Legum crepare debere, pernego. Quis enim hac ratione magis JCtus esset, quam idiotæ? horum scilicet discursus haud raro per allegata Legum (quarum tamen vix decem aut pauciores adhuc in recessu habent) interrumpi & simul in adstantibus maxima admiratio tam raræ eruditionis excitari solet. Dicam quod sentio. Non absimiles ejusmodi homines videntur judæo cuidam, spectrum (an revera tale fuerit, nescio) per signum crucis fugare volenti, cui respondebat spectrum: *Adesse vas signatum quidem, sed vacuum.* Puto, si studium juris ultra Legum verba non progreditur, brevi tempore pfittacos etiam se juris utriusque Cultoribus aggregaturos esse, imo certissimum existimo, hac ratione ex Jurisprudencia ferreum lignum, id est, Jurisprudenciam sine Jurisprudencia futuram esse. Habitus enim interpretandi essentiam JCti constituit ejusque definitionem ingreditur, qui tamen ista methodo prorsus evanescit & supprimitur. Ergo, quo felix faustumque sit, habebimus JCtos, qui nec interpretari nec applicare possunt.

§. 7. Nihilominus tamen, cum Julianus hanc sententiam foveat: *Neque Leges, neque Senatus Consulta ita scribi posse, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur: Sed sufficere & ea, qua plerumque accidunt, contineri, & ideo de his, qua primo constituantur, aut interpretatione, aut constitutione optimi Principis certius statuendum esse: item: Eum qui jurisdictioni præ est, (cum in aliqua causa sententia Legum manifesta est) ad similia procedere atque ita dicere*

cere

ere debere, l. 10. 11. 12. ff. de Legib. Cui consentaneum est, quod Ulpianus asserit: Quoties Lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bonam occasionem esse, cetera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri, in l. 13. ff. eod. exinde manifestum videtur, in omnibus omnino casibus verba aut numeros Legum per rerum naturam haberi non posse, adeoque hanc interpretationem ante allati brocardici: *Erubescendum esse 7 Cro sive Legum numero 5 verbis loquenti*, non posse non genuinis Jurisprudentiæ principiis adversariam esse.

§. 8. Digna itaque materia nobis visa fuit, quæ debita cum diligentia perlustraretur. Sed cum Vocabula in Titulo Dissertationis posita aliquantulum generalia sint, operæ pretium erit ut antequam ad rem ipsam veniamus, paulo distinctius eadem explicemus. Initium fiet à voce *Jurisconsultus*. Hic autem non exigua inter *Jurisconsultum*, *Jurisperitum* & *Jurisprudentem* à nonnullis afferri solet differentia, scilicet *Jurisconsulti* olim proprie erant, partim qui jus publicè profitentes aliàs etiam *Antecessorum* nomine salutabantur, partim illi, qui Judicibus affidebant, & interdum quoque *Comites Legatorum* audiebant. *Jurisperiti* autem erant Pragmatici qui & *formulari* & *Leguleji*, nec non *Causidici*, (*Causenmacher*) vocabantur, propterea quod in formulis componendis negotiosi & quasi mercenarii erant, v. l. 6. & 7. C. de postul. Cic. lib. 3. de Orat. Eckold ad ff. de orig. jur. §. 4. inter *Jurisprudentem* porro & *Jurisperitum* hæc discriminis intercedit. *Jurisperitus* est, qui novit, an & quæ Leges in Republ. latæ sint, ac potest illas ad unguem recitare, non secus ac Monialis Psalterium suum, nescit tamen, an ex usu Reip. sint illæ Leges, nec ne; *Jurisprudens* è contrario ulterius progreditur, an conducant statui Reip. præsentis Leges, an vero eidem noxiæ sint, inquirat, dijudicat, & quales Leges in quaque Rep. ferri oporteat, probè perspectum habet. Unde cum *Excell. Conringius* quondam *Taborem*, Professore Argentoratensem, non inter *Jurisprudentes*, sed solum ad *Jurisperitorum* classem referret, hic propterea maxime infensus factus *Conringio*, ipsam distinctionem rejiciendam esse contendit, *Conringiumque* ejus defensorem *Novatoris*, *Stellionis*, (& si quid
B gravius

gravius,) titulo haud semel insignivit, v. *addit. ad Conring. Tract. de orig. jur. Germ. it. Aviani illustr. Controv. Acad. Syllogen*, quoad ipsam distinctionem quoque *Eckolt. l. c. §. 5.*

§. 9. Nos in praesenti huic controversiae non immorabimur, sed cum Conringius in *praefat. Tr. de fin. imp.* concedat, eum quoque, qui secundum jura recepta causas & negotia hominum disponere & judicare novit, eatenus prudentem vocari posse, in praesenti populariter loquemur atque propterea vocabula Jurisconsulti, Jurisprudentis & Jurisperiti synonymice accipiemus. Magis autem ad scopum nostrum pertinet, Jureconsultos cum *Guido Panzirolo de claris Legum interpret. l. 1. c. 2.* in tres classes distinxisse, eorum scilicet, qui *docent*, qui *judicant* & qui *patrocinantur*. Unde vides, nos in rubrica Dissertationis sub voce jureconsulti intelligere *Doctores* seu *Professores*, *Judices* atque *Advocatos*, de quibus in sequentibus sigillatim agendum erit.

§. 10. Vocem *Legis* quod attinet, ipsis Justinianeis novis jam innotuit, quod in *scriptam* & *non scriptam* seu *consuetudinem* dispesci soleat. Utraque vero, quia ratione obligationis & effectus non differt, in praesenti a nobis indigitatur. Et quia Legum maxime diversarum mole Patria nostra misere onerata reperitur, omnes illas indigitamus, quatenus scilicet in hoc vel illo negotio receptae fuerunt. Si ergo e. g. causa matrimonialis ventilatur, ad jus Canonicum recurrere solent, & tunc sub voce *Leges* illud intelligitur. Idem est in causis quae ex jure Romano, Germanico, Longobardico, aliisque decisionem sumunt.

§. 11. Et quoniam Jus Romanum subsidiarium saltem est, ad quod in causis civilibus deficientibus Constitutionibus Provincialibus & Statutis demum recurritur, uti dudum probarunt *Conringius in tr. de origine juris Germanici*, & novissime *Illustris Dn. Strykius in Dissertatione peculiari, quae usui moderno praemissa reperitur*; proinde & has ipsas Constitutiones atque Statuta *Legis* nomine significamus. Dudum quippe explosa est absurda illa Scriptoris Angli, *Arthuri Duckii*, sententia, qui in libello suo *de juris Civilis Romani autoritate & usu l. 2. c. 2. §. 18.* asserere non veretur: *Tantum esse juris civilis Romanorum in Germania auctoritatem, ut licet in omnibus*

omnibus aliis regnis Dominiisque concessa fuerit jure Romano potestas condendi statuta juri civili derogantia, Principes tamen & civitates Germaniae non possint statuere contra prohibitionem juris Caesarei; quam persuasionem facile dediscere potuisset, si modo indoles & mores Germaniae ipsi paulo magis noti fuissent, quam quidem fuerunt. Sed & eundem sibi ipsi hac parte contradicere ostendit *Conring. de Orig. jur. Germ. c. 33.* interim, quantum assertionibus *Duckianis* alias quoque tribuendum sit, exinde ulterius patet, quod pro indubitabili veritate vendicare non dubitet, *l. 1. C. 2. n. 5. & 6.* ipsos quoque *Turcas* juxta *Codicem Justinianicum* causas suas decidere solere; Testatur enim *Magnif. Dn. Pauli in Tr. de veris jur. & jurispr. princ. p. 2. qu. 19* plane contrarium, scribens, se aliquando *Metropolitam Tyberiopoleos*, ante aliquod annos *Regiomonti* exulem, nomine *Arsenium*, virum eximia probitatis, rerumque istarum aprime gnarum ea de re interrogasse, sed responsum tulisse, quod, de modernis ad minimum temporibus id falsum sit. Quod mihi, addit *Dn. Autor*, probabile est, quia quae de *Turcarum* procedendi modis *Busbequius*, alique multi oculati Testes referunt, *Justinianicum Codicem* prorsus non redolent. Videas tamen nihilominus flosculum illum *Duckianum* in *Commentariis & Collegiis* à non paucis *Doctoribus* adhuc diligenter *Studio* inculcari & exinde maximam *juris Romani* auctoritatem derivari, talem scilicet, cui nec *populi maxime barbari* se subtrahere ausi sint. At si in quaestionibus de observantia *Legum Romanarum* in *Germania* testimoniis *Grönevvegii*, *Batavi*, aliorumque exterorum tanquam dubiis & incertis fidem denegamus, & recte quidem; Cur solum *Duckium*, non minus extraneum, tanquam testem omni exceptione majorem adoramus & ex ejus assertis auctoritatem *juris Romani* in *Patria nostra* stabilire conamur? Certe, rationem diversitatis haecenus deprehendere non potui.

§. 12. *Observantiam tamen judicialem*, (per quam intelligimus modum pronuntiandi juxta certam aliquam opinionem, in casu, ubi *DD.* circa *Legum* interpretationem inter se dissident, v. *Illustr. Dn. Stryk. in Disp. de Sylo Curiae c. 1. n. 53 54.*) ex numero *Legum* hic plane eliminatam esse volumus. Est quidem in se

verissimum, quod *Conring. de orig. jur. Germ. c. 34.* dicit, non so-
 lum in Italia, Hispania, Gallia, alibique, sed in Germania quo-
 que morem illum nunc valere, quod apud quam multos, aliis
 frustra reclamantibus, sententiæ juris Doctorum, qui hisce pro-
 ximis aliquot seculis floruerunt, pene vim Legis obtinere soleant:
 (unde ortum habet percontatio Partium, an opinio aliqua firmata
 sit assensu eines oder etlicher bewehrten Rechts-Lehrer/) iudice satis
 sese officio suo fecisse existimante, si in iudicio premat vestigia
 multorum aut saltem celebrium aliquot juris Romani interpre-
 tum. Interim tamen exinde nondum deduci potest, in univer-
 sum omnes adstrictos esse, ut eundem errorem sedulo imitentur.
 Ex mero abusu puto introducendum esse, *inquit Excell. Dn. Thomas,*
in Diss. de jure consuet. & observ. §. 60. quod pronunciata in Colle-
 gio aliquo uniformiter se habentia dicta fuerint jus consuetudina-
 rium, puta cum Præsides Collegiorum, quorum sententiæ value-
 rant, dum major pars Collegii iis adhærebat, sentirent, mutatione
 personarum superveniente sententiam adversam jus majoris par-
 tis (ex votorum pluralitate) obtinere, igitur cum aliud non pos-
 sent, clypeo illo pseudo juris observantiæ judicialis usi sunt, cui
 major pars vel ex intempestiva reverentia vel ex metu justo po-
 tentiæ subinde cessit. *cons. etiam §. antec. 59.* Rem ulterius de-
 claremus. Cum in plurimis juris articulis deprehendatur di-
 versæ sententiæ, quarum utraque suos invenit amafios eosque
 non paucos, ita ut ambæ opiniones *communes* vocari mereantur,
 unde *Hieronymo de Cavallos Speculum aureum opinionum communium*
contra communes natum est; non video quid obstare possit, quo-
 minus quocunque tempore aliam atque aliam ex illis assumere
 liceat, quamdiu neutra à Principe nec approbata nec reprobata
 fuit. Et hoc ipsum in Praxi, in foris, in Collegiis, Facultatibus,
 Scabinatibus, observari videmus. Unde allegato de Cavallos
 tam acerbæ querelæ *in præmio tractatus* exciderunt, scilicet *jus no-*
strum in mera caligine & obscuritate versari, cum nulla sit opinio certa
& verissima, quæ non possit pluribus contrariis opinionibus & fundamen-
tis contrariari. Et sic, addit, *omnia negotia magis ex Judicum arbi-*
trio, quam ex certa juris dispositione terminari: & modo in uno eodem-
que

que negotio, nunc pro auctore, nunc pro Reo sententia fertur, sine variatione juris atque facti, sed solum ex eo, quia his Judicibus placet hac opinio & aliis displicet, &c. v. Conring. l. c. in fine. Quam utile ergo esset, nosse exactius, quam opinionem quæque in imperio Facultas juridica & Scabinatus in pronunciando sequatur! ita enim Advocati in Terminis irrotationis Actorum semper exiepere possent ea loca, unde contrariam sententiam metuerent; Sed cum quælibet Facultas & Scabinatus modum pronunciandi per seculum aliquoties non raro mutet, hoc quidem votum mere frustaneum erit.

§. 13. Dum porro in Titulo Disputationis de Jureconsulto sine lege loquente mentionem facimus, ideo & circa hanc loquendi formulam nonnulla adhuc observanda veniunt. Primo quidem excludimus eos, qui contra Legem loquuntur, ille enim sine dubio in officium Jcti impingunt. Ita si Doctor in Collegiis doceret, in Germania quatuor aut pauciores Testes, sufficere ad Testamentum condendum: Fœminam firmiter obligari ex fidejussione, nec non filiumfam. ex mutuo accepto, &c: Pariter, si Judex in ejusmodi casibus testamentum validum, fœminam item & filiumfam. firmiter obligatum esse pronunciaret, aut Advocatus defenderet, omnes & singuli contra officium suum peccarent. Quotiescunque enim certum est, Legem aliquam ab ipso Principe latam aut ad minimum tamen receptam esse, toties quoque vera sunt brocardica Juris, quæ vulgo circumferuntur: *Jureconsultum esse Ministrum Legum*, item: *Nostrum nos esse de Legibus judicare, sed secundum Leges*. Unde sententia contra jus in thesi, seu constitutionis, ut DD. loquuntur, pronunciata, ipso jure nulla esse dicitur in l. 2. C. *Quando provoc. non est necesse*. Aliud vero dicendum, sic de receptione tam clare non constet. Sic e. g. an actiones pœnales juris Romani ad duplum, triplum, quadruplum &c. receptæ sint in Germania, inter DD. adhuc disputatur. Ergo si aliquis defendit, eas non esse receptas, non agit contra officium Jcti, nec sententia, quæ Actorem ejusmodi actionem intentantem repellit, contra jus constitutionis lata esse dici poterit. Certum enim est, universum Jus Romanum non esse receptum: ergo ubi receptio in

hoc vel illo casu ex praxi judiciorum liquido comprobare nequit, nil adest ab utraque parte, nisi opinio Doctorum, quæ tamen per ea, quæ §. 12. diximus, speciem Legis non constituit. Adeoque negantium rationes, si non plus, saltem idem ponderis habent, quam affirmantium. Nam:

Doctores certant, & adhuc sub iudice lis est.

§. 14. Illud adhuc notari meretur. Videmur nobis contradicere, dum supra §. 8. cum Conringio Jurisprudenti potestatem concessimus, dijudicandi, an Leges latæ ex usu Reip. sint, annon, hic vero Doctorem tantum secundum Leges, non autem de Legibus judicare debere asserimus. Sed respondetur. Doctor aut Professor juris dupliciter potest considerari, vel quatenus ex Cathedra Studiosos Prudentiam juris docet, vel quatenus deinde tanquam Membrum Facultatis Juridicæ lites partium ad Facultatem transmissas sententia prolata dirimere tenetur. Posteriori casu solum secundum Leges, nunquam vero de iis judicat, id est, dicit, saltem casum præsentem, in actis ventilatum ita comparatum esse, ut Lex eidem commode applicari queat, vel non. Priori autem casu de Legibus quoque judicare, id est, iniquitatem vel duritiam ipsarum modestè tamen ostendere ipsi concessum est, modo hic non subsistat, sed simul etiam, quid nihilominus in praxi observetur, subjungat, ne Auditores postmodum ad judicia admoti, intempestivam reformationem suscipiant. Breviter, inculcare haud raro debet Legem illam famosam: *Lex dura, ita tamen scripta*, quæ est Ulpiani in l. 12. §. 1. ff. qui & à quib. manum. Suppono tamen Legem aliquam juri divino aperte non repugnare. Si enim hoc, aliter dicendum erit.

§. 15. Sed quid, si Judex se in Conscientia convictum esse putet, Legem aliquam injustitia laborare, annon tunc contra eandem pronunciare licitum erit? Hic certe doleo, me plane nullum ad manus habere ex illis, qui de casibus conscientie integros Tractatus scripserunt, neque etiam à me impetrare potuisse, ut unum alterumve ex Bibliothecis Virorum Eruditorum peterem. Ergo hic forte subsistendum atque iudicium suspendendum erit? Minime vero, cum enim ipsi quoque simus ratione præditi, cur non proprio

Mar-

Marte, ut ita loquamur, iudicium ferre tentaremus? Adde, quod ex Casuistis illis parum aut nihil discamus, altero quaestio- nem aliquam affirmante, altero eandem negante, prout tempe- ramenta ipsorum inter se diversa fuerunt, ut ita non absurde di- cere possis, *de gustibus etiam conscientiarum non esse disputandum.* Adde illustrationis loco Controversias hodiernas de rebus indif- ferentibus, ubi a'ter hic, alter ibi impingit, & quisque se in con- scientia convictum esse censet. Si ergo ad propositam quaestio- nem respondendum est, eam adhuc negari debere existimo ex ratione in §. *preced.* exposita. At vero dicis: ita Judex contra conscientiam agere tenetur, quod ipsum, etiamsi conscientia ef- fet erronea, peccatum gravissimum involvit; Respondeo: Non tenetur. Invitus officium suum continuare non cogitur, sed si illud deponit, non deficit alter. Ergo ante omnia causam ad Principem deferre, rationes suas deducere & correctionem Le- gis flagitare necessum habet. Si annuit Princeps petitis, lapis of- fensionis remotus est. Sin minus; deponat officium & abeat in pace. Melius est, si Deus ita voluerit, in paupertate vivere conscientia quieta & tranquilla, quam maximas cum perpetuis conscientiae tremoribus opes possidere. Addi merentur, quae *Illustr. Dn. Rhet. Inst. jur. publ. l. 1. Tit. 1. § 41.* in hanc rem disserit: *Certe, inquit, majorem perniciem publico accersunt, qui solida scien- tia juris ignari ductu conscientiae erroneae statuunt, quam qui per sordes aut gratiam male judicarunt, artem aequi & boni callentes. Hi quippe pertinaces non sunt, & si in uno peccarunt, in altero peccare erubescunt, illi vero injuste tenaces sunt, & saepe pessima conscientiae velamento aliis ad impudentiam usque contradicunt.* Vides ergo nec ob hanc causam admitti posse, ut Judex sub praetextu conscientiae contra Legem judicet.

§. 16. Porro ipsa Phrasis: *Sine lege loqui* duplicem habet signi- ficationem. Vel enim *sine sensu & mente Legis*, vel *deinde sine ipsis verbis & allegationibus Legum* juxta sensum tamen earum aliquid asse- rere indigitat. Fundamentum hujus distinctionis innuit *Ulpia- nus in l. 6. §. 1. ff. de V. S.* qui verbum: *Ex Legibus*, sic accipiendum esse dicit, *tam ex Legum sententia, quam verbis.* Cui accedit

Mo.

Modestinus in l. 13. §. 7. ff. de Excus. Tut. verba Legis à mente Legislatoris sat evidenter distinguens, ubi etiam *conf. Gothofr. in not.* Jam paulo accuratius statum controversiæ formabimus. Quæritur: *An Jctus semper ipsa Legum verba eorumque numeros allegare obstrictus sit, vel annon sufficiat, si modo sensum legis exprimat?* Prius affirmant plurimi indistincte, nos autem posterius sine priori illo ut plurimum sufficere demonstrabimus, simulque ubi & quando ipsos Legum numeros apponere è re esse possit, subinde adjungemus. Atque adeo ut ordine procedamus, juxta methodum *supra §. 9.* indigitatam primo de Jctis *docentibus*, dein de *judicantibus* & tandem de *patrocinantibus* breviter pro ratione instituti agemus.

§. 17. Per *Docentes* intelligimus, qui in *Academiis* & *Gymnasiis* Jura profitentur. Et hic quidem non inutile prorsus esse putamus, si potiores definitiones & axiomata ipsis quoque Legum verbis Juris Cultoribus proponatur, necessitatem vero aliquam subesse nondum assequi valemus. Optime *Neander de Jusf. & Jur. §. 71.* Jus omne, *inquit*, constat verbis & sententia, & ubi hæc inter se discrepant, sententia potissimum attendenda, quia verba sunt tantum instrumenta ad hoc inventa, ut mentem animique sensum exprimant, & dependent à mente, non mens à verbis. Optime etiam *Cicero in Orat. pro Cæcinnâ*: Si verba, dicit, inter nos aucupabimur, ne domi quidem inter servos domesticum imperium ullum habebimus, si servulis hoc nostris concesserimus, ut ad verba nobis obediant, non ad id, quod verbis illis intelligi possit, obtemperent. Exemplum dedit famosus ille *Eulenspiegel* qui ad verba, non ad mentem respiciens, cum Dominus illi inter alia mandasset, daß er den Braten fein kühle braten sollte / assaturam in cella absque igne & carbonibus præparabat. Eadem fuit mens laudati *Ciceronis*, dum in *Oratione pro Murena* Servio Sulpitio & M. Catoni maximam de se ipsis præsumptionem & fastum exprobat, dicendo: *Si mihi homini vehementer occupato, stomachum moveritis, triduo me Jurisconsultum esse profitebor.* Neque enim, ut putat *Henr. Ernstius in Scætera Jurispr. & Jcti C. 2. §. 106, seqq.* Intentio fuit Viri, ut ex scriptis ejus patet, prudentif-

dentissimi, quod vellet incogitantia aut importunitate homines offendere planeque seducere, Jurisprudentiam item invisam & suspectam juventuti, aut sui saltem similibus, reddere, simulque Jctos gravissimos lædere, ut jacturam nominis atque existimationis faciant; Sed Legulejismum solummodo reprehendit, & eos carpit, qui verba & syllabas pro more Processus Romani aucupabantur, aliosque formularum illarum non adeo peritissimos, tanquam idiotas & rudes homunciones alto supercilio despiciebant. Ergo dum *Ernstius* ad verba, non vero ad mentem Ciceronis respexit, & hanc tamen plane non intellexit, frustra quoque tot folia chartarum invektivis acerbissimis in Virum suo tempore excellentissimum maculavit.

§. 18. Scilicet, Sensus cujuscunque Legis est non nisi unus verba autem sunt multiplicia, atque idem sensus variis modis verbis etiam prorsus varietatis efferri potest. Quid ergo curamus verba, si modo sensus salvus manet. Unde communiter, quoque dicunt: *in verbis sumus faciles, modo in ipsa re conveniamus.* Et in jure valde exosi sunt, qui mentem Legis negligentes, verba captant & exinde aliquid, quod contra omnem Legislatoris intentionem pugnat, derivare nituntur, ita ut *juris calumniatores* atque *verborum captatores* (Germanice *Wortflauber*) appellitentur. Meretur casus *l. 19. ff. ad exhib.* ut apponatur. Dixerat *Paulus*, ad exhibendum agere posse omnes, quorum interest. Hic non nemo ex verbis: *quorum interest*, argumentum delumebat, petendi ab adversario editionem rationum suarum, quærebatur, quid Juris? Respondit *Paulus*: *Non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.* Nam illa ratione etiam *Studiosum alicujus doctrina posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior & melior futurus esset.* Possemus rem plurimis aliis tam exemplis, quam testimoniis probatissimorum Autorum illustrare & confirmare, nisi veritatem hac parte ita liquidam esse putarem, ut jure quicquam ab aliquo obmoveri non possit.

§. 19. Limitanda autem venit assertio nostra eo casu, si verba Legum essent clara atque perspicua, illa vero, quæ eorum loco substituuntur, duplicem significatum admitterent & cavillationibus Rabularum præcipue occasionem suppeditarent. Tunc enim merito ipsa Legum verba retinentur. Non quidem ideo, ac si Legislatoris potestas nos ad hoc obligaret, (Leges siquidem non verbis, sed rebus sunt, aut minimum debent esse impositæ, v. text. notab. in l. 2. C. Commun. de Legat.) Sed quia contra officium Doctoris peccat, qui ex viis planis atque simplicibus in devia & salebrosa loca Auditores suos deducit.

§. 20. Videamus jam, an Docens numeros Legum semper allegare obstrictus sit. Et distinguendum putamus. In jure enim Romano, quod ordinarie & præcipue in Academiis docetur, (quam recte, nunc non dispiciemus,) duplicis generis præcepta occurrunt, quorum quædam ex jure naturæ repetita, tam clara sunt, ut Rusticus ea meditatione sua assequi valeat, quædam autem ex mera Legislatoris voluntate proficiscuntur, e. g. numerus septenarius testium in testamentis, Jura singularia mulieribus, filiis familias aliisque indulta, &c. Jam quantum ad priora attinet, assertum a nemine unquam homine negatum allegatione Legis alicujus Romanæ stabilire velle, necessitas plane non postulat, dubito etiam adhuc an utilitas? Unde non aliter nisi tanquam imbecillitas judicii excusari potest, sicubi nonnulli *titulum 7. de ingenuis* ideo adhuc usum in praxi habere asserunt, quod in ejus *principio* aureum illud dictum habeatur: *calamitatem matris ei nocere non debere, qui in ventre est, & per consequens prægnantem torqueri non posse.* An enim putas, ullos populos unquam ita fuisse barbaros, qui prægnantem torturæ subjecerint, etiamsi Institutiones Justiniani nunquam viderint? Non autem hic captari debent verba mea. Non taxo, si quis explicando *titulum* illum illustrationis gratia casum de prægnante non torquenda subjungit, sed hoc solummodo absonum esse censeo, si quis exinde usum Juris Romani inferre velit. Porro pacta & contractus esse servandos, damnum datum esse resarciendum: furiosum & infantem non posse obligari, & id genus alia, a nemine jure

jure in dubium vocari possent, etiamsi textus juris Romani deficeret. Plane eos, qui ne quidem consuetam formulam, *in nomine Domini nostri Jesu Christi Amen*, valere censent, nisi per allegatum *princ. procem. Instit.* aut *Novella cujusdam* sustineatur, deliquium judicii passos adeoque misericordia dignos esse existimo. E contrario autem, ut de posteriori casu pauca quoque addam, quoties dispositio aliqua meri juris positivi est, non modo utile, sed & necessarium, esse puto, ut præcipui textus, ubi sedes materiæ reperitur, Auditoribus suppeditentur, ut ipsi eosdem evolvere & sic de veritate doctrinæ convinci possint. Rationibus enim & demonstrationibus hac parte res non perficitur. Unde enim fuit, quod septem Testes in testamentis esse, & actus subscriptionis non interrumpi debeat? Adeo ut hic optime applicari possit vulgatum illud, quod *Julianum* Autorem habet in *l. 20. ff. de LL. Non omnium, quæ a majoribus constituta sunt rationem reddi posse*, præcipue postquam integros veterum *JCtorum* Codices amisimus & solum centonibus Tribonianis contenti esse debemus.

§. 21. Hoc tantum addo in præsentia materia, *JCrum* cavere debere, ut in modo allegandi intra limites Jurisprudentiæ privatæ maneat, & ne in controversiis, quæ ex jure universali unice decidendæ, leges Romanas earumque Commentatores crepet. Et ne putes, me sine fundamento hæc asserere, adeas quæso *Excell. Dn. Thomæsum*, qui in *præfat. ad Monzamb. num. 17.* hunc inter nævos Jurisprudentiæ nostræ publicæ tanquam primum recenset, *quod explicatio questionum juris publici sæpe non ex ipsis Legibus publicis, sed ex jure Justiniano desumatur*, quod exinde provenisse censet, quia *Jsti* diu præter Jus Justinianum nihil didicerunt. Ipse *Monzambano de Stat. imp. Germ. in Epist. ad fratrem* ob hanc causam Scriptoribus juris publici nostri exprobrare permotus fuit, *quod ubique febriculosam juris civilis notitiam ostentent*, ac quicquid uspiam legissent audissentque, in scriptis suis compingant, ut adeo nihil ibidem deprehendatur, quod vel meliorem Politices solidioris cognitionem saperet. Condonanda ergo perversa illa methodus ruditati veterum temporum, ubi *DD. legibus, Canonibus,*

Glossatoribus & nescio quibus ignotis & exteris Autoribus, Antonio del Re, Franc. de Tontuti, Hect. Capycio Latrone, Job. Baptista Larrea, Franc. de Amaya, Job. Bapt. Costa, Fr. Nigro Cyriaco, Hier. de Palma, Franc. de Caldas, Ant. de Padilla, Bonifacio de Vitallinis, Berr. Bacilis, Alphonso, ab Azevedo, Gabedo, Lamberto Goris, Job. Igneo, Symone Publicio &c. &c. Scripta sua illuminare assueti erant, conf. Speciminis loco Tractatus Myleri ab Ehrenbach / qui ejusmodi allegatis, quantiquanti sunt, sciant, ita, ut si allegata illa demere velis, ex tot ipsius Scriptis vix unum remansurum sit, quod ad formam justi Tractatus accedat. Ergo is, qui de controversiis publicis judicare intendit, non quidem sine legibus loquatur, sed tamen & illas adhibeat, quibus in ejus generis dissensionibus vis decisiva competit, quales sunt Aurea Bulla, Recessus imperii, Capitulationes, &c.

§. 22. Commodum hic invenit locum quaestio: *Annon melius esset in Collegiis Juridicis ipsum textum Auditoribus explicare, quam eosdem ad compendia, quae extant, remittere?* cui connexa est alia: *An utile sit, Compendia & systemata juridica conficere?* Hic, si rem absolute & abstrahendo a certis circumstantiis consideramus, ad quaestionem respondemus, explicationem ipsius textus explicationi certorum Compendiorum & Systematum omnino praefereendam esse. Per explicationem enim systematum & Compendiorum Auditores nimium a scrutatione fontium abducuntur, iisdemque simul praedictum autoritatis instillatur, ut postea, etiamsi ipsum textum evolvant, cum tamen non possint non aliter intelligere, quam a Doctore suo eundem explicari audiverunt, praecipue postquam Papisticus & papizans clerus ad stabiliendam eo magis suam autoritatem quartum Decalogi praecipuum eo usque extendit, quod nec Auditoribus sine violatione illius praecipui a traditis Doctorum recedere liceat. Et puto in aliis etiam Facultatibus, praecipue vero in Theologia, maximam ex neglecta ipsius textus explicatione calamitatem provenisse. Nunquam enim tot Sectas nacti essemus, quales quidem proh dolor! hodie deprehenduntur, nisi diversis temporibus Viri intellectu & autoritate pol-

pollentes loco verbi divini opiniones suas Auditoribus inculcassent & hi postmodum ad officia admoti, sententiam Doctoris sui ipsam esse fidem unice salvificam (licet cerebrinam) jurassent. Unde factum, quod loco unius Religionis Christianæ hodie alias longe plures, quarum nomina in vulgus nota sunt, foveamus. Ita quoque est in Jurisprudencia. Unam habemus Legem, sed duas, tres, vel plures etiam ejusdem diversas explanationes in Systematibus & Compendiis propositas, quæ tanquam ipsæ Leges sedulo & haud raro sub fide silentii jurata, inculcantur. Prævidit hæc Justinianus ipse, atque propterea in *Constit. Dedit nobis Deus §. 21.* severe interdixit, *ne quis audeat hominum, qui sunt nunc, aut in posterum erunt, commentarios scribere Legum, item: ne tantillum quidem circa easdem facere permittit, ne scilicet rursus seditionis & dubitationis & infinitæ multitudinis occasio detur.* Item reperitur in *Constit. Dco auctore §. 12.* Sed hæc quidem tanti non fecerunt interpretes nostri, ut propterea manus obstetricantes Legibus Justinianeis adhibere dubitassent, quin potius in majori copia Glossæ, Summæ, Speculæ, Repetitiones, Prælectiones, Commentaria, Notæ, Compendia, Systemata, &c. prodierunt, eademque singulis interdum annis, interdum autem biennio, triennio, &c. prout fata ferunt, non secus ac vestes Germanorum juxta stultitiam Gallicam (nach der Frankösischen Mode) transformantur & mutantur, hodie *Lauterbachiano Compendio* primarum exercente, ut cursum juris absolvisse vix credatur, qui nunquam Collegio ad illud Compendium instituto interfuit.

§. 23. Procedunt illa, quæ diximus, si quæstio in §. præc. proposita absolute consideratur. Jam vero, si supponimus circumstantias nonnullas circa jus Romanum occurrentes, facies responsionis prorsus mutanda & ad quæstionem negative respondendum est, ita scilicet, *non esse utile ut ipse Legum textus in Collegiis privatis Auditoribus prælegatur.* Probo assertionem meam exinde, quia nec Tituli Pandectarum & Codicis, nec ipsæ Leges cujusvis Tituli inter se cohærent, unde & a viris Eruditis Leges præcipue Pandectarum *Centonum Tribonianearum* encomio

insigniri solent. At vero, ubi nulla connexio, ibi nulla Methodus docendi. Et posito, extorqueri posse methodum aliquam, ea tamen intricata & difficilis, adeoque scopo genuini docentis contraria futura esset. Adde, quod fundamenta seu principia juris nec in Pandectis, nec in Codice ex professo tradantur, sed utrobique meræ habeantur decisiones particulares casibus tunc temporis obvenientibus pro ratione circumstantiarum applicatæ, ut proinde optime sustineri queat paradoxon: *in Pand. & Codice paucissimas reperiri Leges* (id est, regulas universales) *licet plurimæ ibi reperiantur* (nominatenus tales.) Licet vero principia juris in Pandectis quoque & Codice hic illicve dispersa lateant; quis tamen quæso incipienti hoc onus imponere vellet, ut maximo cum labore & sudore illud erueret, quod nondum intelligit. Dicis: Docens debet eruerere; Respondeo, ita est, sed tunc exinde nascuntur ea, de quibus antea diximus, Compendia & systemata. Neque hoc prætereundum, Studiosum juris maxime confusum iri, si tot innumeros subtilissimos casus sibi proponi audiret, inter quos infinitus numerus eorum est, qui apud nos propter Status, morum & Linguæ diversitatem vix aut nunquam contingere possunt. At vero iusta methodus postulat, ut a facilioribus incipiamus & non nisi quæ utilia sunt, addiscamus. Nec emendatus est hic defectus per confedionem *institutionum*. Quamvis enim ordo Titulorum ibi aliquantulum sit exactior, multa tamen etiam reperiuntur, quæ partim per ipsum Justinianum postea mutata, e. g. Materia successionis ab intestato, &c. partim autem moribus nostris plane non conveniunt, e. g. Materia de servis & liberis, Tutela fiduciaria, Parentum, Patronorum, acquirendo rerum dominio ex parte, stipulationibus, contractibus innominatis, pactis nudis, pœnis delictorum, &c. imo nec omnia in Institutionibus traduntur, quæ tamen ad hauriendam notitiam generalem universi juris requiruntur. Nihil ibi habetur de jurisdictione, de forma Processus, de modo probandi, de Testibus, de Restitutione minorum, & plurimis aliis materiis, quarum postmodum in Pandectis & Codice men-
 tio

tio injicitur. At vero institutiones *toties legitima scientia prima elementa* esse debebant juxta § 4. *prem. instit.* Et quid opus est verbis ubi rerum testimonia adsunt. Si institutiones Tribonianæ sunt elementa totius legitimæ scientiæ, cur tot eruditi & celeberrimi Viri loco earundem commodiora compendia substituere laborarunt, aut saltem notis adjectis quæ utilia sint, quæ non, monuerunt, & ea, quæ deficere videbantur suppleverunt, ita ut haud exiguus numerus ejusmodi librorum hodie extet. Ex necessitate ergo recurrendum ad systemata & Compendia, ex iisque eligenda, quæ facillimam methodum observant, qualia non puto esse, quæ secundum quatuor causarum genera procedunt, licet magnum vulgo applausum invenerint, Annon enim ridiculum est cum *Lauterbachio ad tit. ff. de furt. statuere, quod causa efficiens furii sit jus naturale, gentium & civile, item: quod furti manifesti causa efficiens sit Prætor, quod tamen ita statuendum erat, nisi egregium quatuor causarum ordinem turbare voluisset Autor.*

§. 24. Progredimur ad *Judicem*; Hic, quin Legum peritus & prudens esse debeat, dubium non est, & per consequens, quin cum mente Legis loqui debeat, etiam dubio caret. Notabiles in hanc rem habentur textus in *ordinat. Camer. P. 1. Tit. 7. § 1. & 2.* Von Geschicklichkeit der Personen des Cammer-Richters und der Beysitzer/ ibi: der Cammer-Richter soll seyn eine tapffere Person/ aus dem Reich teutscher Nation geböhren/ derselben herkommen/ löblicher Gebräuch und guter Gewohnheit nicht allein wol kündig und erfahren/ sondern auch verständig die rechtliche Pro: eß zu dirigiren und die Partheyen zu austrag und erörterung treulich zu fordern. Porro: die Beysitzer/ so der Rechten gewürdiget (i. e. ex ordine Civico, qui gradum habent,) sollen tapffer/ gelehrt/ erfahren/ auch tüglich/ verständig/ qualificirte Personen/ aus Teutscher Nation geböhren und derselben Nation Gebräuch und guten Gewohnheiten erfahren/ und die fürbrachte rechtliche Sachen zu referiren geschickt seyn/ auch zuvor und ehe Sie zu Beysitzern angenommen/ in Universtitäten gelesen oder zum wenigsten

sten 2. Jahr lang in Rechten studirt auch in gerichtlichen Händeln advocirt und practicirt haben. Eodem fere recidunt, quæ habentur in *d. Ord. Cam. P. 1. Tit. 13. §. 1.* die Beyfizer des Cammergerichts sollen in keiner Sach / sie seye so gering / als sie immer wolle / allein auff ihr Güttdüncken / oder eines ieden ertwogen Billigkeit / oder eigen fürgenommen und nicht den Rechten gemäß informirten Gewissen sondern auf des Reichs gemeine Recht / Abschied / und den ietztbewilligten und auf diesem Reichstag (A. 1555.) aufgerichteten Frieden in Religion und andern Sachen / auch Handhabung des Friedens und ehrbare / Ländische Ordnungen / Statuten und redliche ehrbare Gewohnheiten der Fürstenthumen / Herrschafften und Gericht / die für sie gebracht werden / wie solches von Alters iederzeit Cammer Richter und Beyfizern aufgelegt und gehalten worden ist / nach Vermög- und Ausweisung ihres Eyds Urtheil fassen und aussprechen. *v. Recess. Imper. noviss. §. 105.*

§. 25. Porro, officium iudicis quod attinet, illud præcipue in duabus hisce partibus, *decernendo scilicet atque sententiam ferendo* consistit. Jam ex allatis constat, prout etiam alias nemo unquam negavit, iudicem tam *Decreta*, die Abschiede / quam *Sententias* die Urtheile / secundum mentem Legum concipere teneri, ad ipsa vero verba & numeros Legum apponendos eundem obstringi, exinde nondum apparet. Contrarium potius haud obscure ex *Ordin. Cam. P. 1. Tit. 10. §. 1.* elicitur, ubi sequentem in modum dispositum; So in den Relationibus und vctis einiger Unfleiß / Unordnung oder unnothdürfftige und überflüssige disputationes, undienstliche Allegationes und Repetitiones, dadurch die Sachen aufgehalten und andere Relationes verhindert / wolten gebrauchet werden / sollen Sie solches nicht gestatten / sondern hierin sich ihres Ampts gebrauchen und in allwege ein solch Einsehen thun / damit in denen Relationibus förderlich fortgegangen / und die Zeit des Raths nicht unnütz und vergeblich hingebraucht werde. *Faciunt huc quoque ea, quæ habentur in Rec. Imp. noviss. §. 16.* Ob er auch. *ibi*: die *Collegia Juridica* sollen bey Abfassung der Urtheil die NB. *ex facto* genommene *Rationes decidendi* allemahl fürz

kürzlich aufzusetzen/ und auf Erfordern des *Judicis a quo* ohne Entgeld auszustellen schuldig seyn. Quod si vero Partium appetitus præcise postulet, ut allegatis Legum atque Doctorum rationes illæ illustrentur, facile quidem iis gratificari poterit, sed ad necessitatem exinde valide argumentari nequit.

§. 26. Manifestum proinde, quomodo accipienda sit regula: *Quod sententia rationem non habens, nulla sit, quam format Gothofr. ad l. 1. C. de Sent. & interloc. omn. Jud.* Scilicet si ipsum textum *d. l. 1.* inspicimus, Imperatores *Severus & Antoninus* de eo casu loquuntur, ubi Procurator Dominus litis factus, nihilominus tamen sententia in Principalem directa erat, quod Jure Romano non licebat. Ergo mens Legislatorum & simul Gothofredi hæc est, Sententiam contra Jura recepta prolatam nullitate laborare, non autem eam, quæ quidem Juris dispositioni convenit, & tantum allegatis destituitur. Unquam enim hoc Imperatoribus in mentem venisse nulla ratione probari potest.

§. 27. Superest, ut de *Advocatis* tandem nonnulla addamus. Hic generaliter præmittendum est, non exigi ab illis allegationem Legum vel ex ipso brocardico communiter recepto; **CURIAM NOSSE LEGES**, item ex titulo Codicis: **UT QUÆ DESUNT ADVOCATIS PARTIUM JUDEX SUPPLEAT.** Non dubitandum est, inquit Impp. *Dioclesianus & Maximianus* in *l. un. ad tit. Judicem*, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere & proferre, quod sciat Legibus & Juri publico convenire. Addit *B. Brunnem.* in *Comm. ad b. l. Judicem* quoque Jus municipale vel statutarium, si Statuta in certo volumine sint registrata, vel in loco Judicis obtineant, nec non Jus consuetudinarium, si consuetudo sit notoria, supplere teneri. Subjungit exempla, v. g. si pars allegaret Legem minus facientem ad propositum, Judex certe alia Lege magis accommodata uti potest. Sic si ex actis constet, actorem sine actione agere, Judex ex officio actorem repellere potest. Cæterum, quid circa jus consuetudinarium &

D

locale

locale moneri debeat, si illud notorium non sit, infra videbi-
mus.

§. 28. Hæc ita generaliter. E re autem fore putamus, si
jam singula prœcessus capita breviter percuramus. Fundamen-
tum iudicii est *Libellus*. Quæritur ergo, si aliquis actione emti
agens sequentem in modum formasset libellum: *Titius mihi vendi-
dit e. g. ædes suas jam autem eas non vult tradere, peto, ut ad tradendum
condemnetur*; quæritur, inquam, an Titius contra Libellum tan-
quam ineptitudine laborantem excipere possit? Putamus quod
non. At vero non allegavit Legem aliquam, quæ dicit, ven-
ditorem ad tradendum obligari; At, inquam, nec ad hoc ob-
strictus erat. Curia enim jam novit illam Legem, eamque Ju-
dex supplere tenetur. Optime cum aliis *Bachovius Ecbtius in Tr.
de action. Diss. 1. lb. 37.* Quamvis, inquit, libellus formetur, in-
stat Syllogismi sequentem in modum: *Quod quicumque alteri ex
iusta & legitima causa debet, eum Jus æquum est solvere & condemna-
ri: Atquin Titius mihi ex iusta causa debet; Ergo &c.* Omissa ta-
men propositione, enthymematice concludi potest: *Titius ex
mutuo mihi debet centum: Ergo peto illum condemnari.* Unde non
inepte ita porro inferti posse censeo, quod si ipsa generalis Juris
mentio omitti potest, multo magis id circa allegata Legum lo-
cum habebit. Subjungamus, quæ *Vir Consultissimus, Dn. D. Beyerus
in Volkmanno emendato P. 1. C. 2. n. 9* hanc in rem verbis sequen-
tibus differit: *Er der Advocatus, soll die Gerechtigkeit einer strei-
tigen Sache dem Richter nach dem Grunde der Rechten und Ge-
richts-Brauch vorstellen. Nicht / daß er bey allen unstreitigen
Thesibus eine große Anzahl Leges und Autores allegire / oder / wie je-
ner Unerfahrner glaubte / viel Latein rede / damit die Sache nicht
verlohren werde / denn / bey offenbahren Wahrheiten / (v. g. quod
moriendo velle desinamus, quod dies mortis sit incerta, quod nemo sit
ledendus, quod ea, quæ pietatem & honestatem ledant, facere nos non
posse credendum sit,) viel allegata machen ist nur eine Thorheit.
Inutilia proinde sunt sesquipedalia verba, quibus plerumque ab
initio*

initio Libellorum uti solent; Kläger sagt kürzlich / daß / ob wol
sonst in allen Gött- und Menschlichen / Geist- und Weltlichen
Rechten klärlich und heylsamlich versehen / daß ein jeder dasjenige /
so er einmal wohlbedächtlich versprochen / als einem ehrlichen Bie-
dermann zustehet / fest und unverbrüchlich halten solle / Titius nichts
desto minder etc. Tuto, crede, hæc verba in alium usum reservare
potes.

§. 29. Ponamus jam, Actorem in Libello suo multa jura
allegasse, e contrario autem Reum in Litis contestatione solum-
modo factum negasse & ea, quæ juris sunt, plane neglexisse,
quæritur, quid juris sit, & an Litis contestatio tanquam legitima
considerari debeat, an vero Reo injungendum, ut aliter eandem
perficiat, daß Er anders und besser als geschehen / und zwar auff
alle und iede Puncte der Klage / auch so viel deren Juris, sich einzu-
lassen / zu antworten / und den Krieg rechtens zu befestigen schuldig
sey? Videtur Litiscontestationem legitimam esse, nec Reum,
ut ad ea quoque, quæ Juris sunt, respondeat, obstringi. Li-
tiscontestatio quippe ideo clara & distincta requiritur, ut A-
ctor eo melius videre possit, quid ipsi probandum sit, quid non.
Ergo quotiescunque intuitu alicujus puncti nulla probatio
ab Actore exigitur, ibi quoque Litiscontestatione opus non
est. At vero ad Jura probanda Actorem non obligari, paulo
post videbimus.

§. 30. Idem dicendum de *Positionibus*, quæ ex stylo nonnul-
lorum judiciorum, interdum mediante *juramento dandorum* ab
Actore offerri & a Reo responsio ad easdem prævio *respondendo-
rum juramento* exigi solet, de quibus Commentatores commu-
niter *ad tit. ff. de interrogationibus in jure faciendis* tractare consue-
verunt. Hic non magis, quam in Libellis Jura immisceri de-
bent. Unde in *Ordin. Camer. P. 3. Tit. 15. § 4.* Dispositum, auff
die Articul / (*per quos hic indigitantur positiones*) so Juris sind / dürff-
sen die Partheyen nicht antworten. Positio enim impertinens, &
quæ Juris est, responsione non indiget, quia Juris informatio

bi-

fi
en-
nti
di-
lum
an-
od
en-
ob-
Ju-
Tr.
in-
i ex
na-
ta-
ex
non
uris
lo-
erius
en-
reis
Se-
gen
jes
icht
uod
se
non
eit.
e ab
tio

non a parte petenda, nisi super jure consuetudinario formata, *Gail. lib. 1. Obs. 82. n. 13. seqq.* nam ea, quæ juris sunt, a partium confessionibus non dependent, & frustra Practici in puncto juris alterius confessionem solent allegare, dicente *B. Brunnem. de Proc. Civ. C. 16. n. 10. Illustr. Dn Stryk, in nos. ad Lauterb. tit. de interrog. in jur. fac. Verb. juris communis.*

§. 31. Quæ Reus in Litiscontestatione & Positionibus negavit, Actor probare tenetur. Et in hunc finem offerre solet *Articulos probatoriales*, ut super iisdem Testes examinentur. Quid vero in hisce Articulis comprehendendum sit, partim jam ex hætenus dictis constat, partim quoque ex dicendis adhuc clarius patefcet. Scilicet in eo conveniunt DD. *factum* probari debere, non autem *Jus*, ex quo simul infertur, solas circumstantias facti ad rem pertinentes, non autem Juris dispositionem articulis probatoriis includendam esse. Quod si tamen nihilominus Actor Jus quoque probare suscipit, Judex Articulos eo pertinentes tuto omittere potest in examine testium: vel testes, si a Judice etiam desuper interrogentur, juste se excusare possunt, quod ad eosdem respondere non obligentur. Unde frequenter reperitur in Actis, Testes ad ejusmodi Articulos nihil aliud respondisse, quam hoc: *Das möchte der Richter wissen: Das überliessen sie dem Richter: Sie wären gar zu einfältig oder zu wenig dazu / daß sie davon urtheilen solten / wer recht oder unrecht habe / r.*

§. 32. Ergo dum *Wesenbecius in Paratulis ff. de probat. n. 7.* hæc ita nobiscum adstruit; dicens, *ea quæ juris sunt, non opus habere probatione, cum per se Judici pateant & nota sint;* non video, qua ratione mox eam limitationem subjungere potuerit, nisi cum *Jus negatur*. Negatio enim facti, ab Actore in libello allegati, illud factum reddit incertum atque adeo onus probandi in Actorem devolvit, verum quod jus attinet, illud semper manet verum, five Adversarius illud fateatur, aut diffiteatur. Provocat equidem *Wesenbecius ad l. 5. d. 1.* ubi ita dicitur: *Ab ea parte, quæ dicit adversarium suum ab aliquo Jure prohibitum esse specialiter lege*

lege

lege vel constitutione, id probari oportere; Sed hanc legem potius contrariam ipsi esse existimamus. Non enim dicit lex, quod Actor se fundans in Jure communi, illud probare teneatur, si ab adversario negatum fuerit, (quod alias Actor negato facto facere necessum habet,) sed potius neganti probationem suæ negationis, (quod scilicet Actor non possit uti Jure communi,) imponit. Aliter respondet Habn ad d. l. Wesenb. locum n. 7. quæ responsio cum nostra hac conjugari potest.

§. 33. Contra Articulos ab Actore oblatos Reus *Interrogatoria* certa exhibere solet, ut hæc cum Articulis jungantur & Testes de eo quoque, quod sibi proficuum fore putat, simul examinentur. Hic vero idem obtinet, quod de Articulis modo asseruimus. *Interrogatoria* siquidem, *quæ juris sunt*, (id est, in quibus quaeritur, annon hoc illo modo in jure dispositum sit,) omitti debent, *Brunnem. Proc. Civ. C. 20. n. 56.* Eadem ratio est, quando *interrogatoria* pro diris & execrationibus adducantur, ut loquitur *Mev. P. 4. Dec. 270.* seu quando Leges divinæ & poenæ per easdem in perjuros statuta Testibus in *interrogatoriis* inculcantur. Unde sequentia: *Ob Zeuge bey seiner Seelen Seeligkeit/ ob so gewiß/ als das Höllische Feuer er vermeiden wolte/ ob dasern ihn der Teuffel nicht haben solle/ es also wahr sagen könne: Ob da er also sagte/ er nicht Gottes Fluch/ die Hölle/ zeitlich und ewig Verderben verdienen würde/ &c.* tanquam *interrogatoria impertinentia*, a potestate partium aliena, cum testium contumelia conjuncta, superflua & impia rejecta fuisse asserit *Mev. loc. cit.* Et solent propterea in ipsis Ordinationibus judiciorum aliquando generalia *Interrogatoria* exprimi, ut partibus omnis occasio tam incongrue evagandi præscindatur.

§. 34. Probatione absoluta succedunt *Deductiones*, die *Wechsel- oder Satz-Schriften*. Hic optima quidem sese offert occasio cumulatis Legum & DD. allegationibus *Deductiones* illas maxime extendendi & simul pinguius honorarium consequendi, quoniam ejusmodi flosculis rudes Clientes valde nimis tribuunt; Sed tamen hac ratione sacculos clientum emungere & propriam

crumenam replere Leges publicæ neutiquam permittunt. Was die schriftliche Handlung antrifft / dicitur in *Ordin. Camer. P. 3. Tit. 40. S. 2.* sollen dieselbe Articuls oder Punctis weise einbracht und solch *Articul particulariter* auff die Geschicht oder That / und nicht auff das gemein Recht / gesetzt und gestellet werden / es wäre dann daß einer das gemein Recht / so aus vorarticulirter That fließt / anzeigen wolt / welches dann ihnen unbenommen seyn soll / doch daß Er die Rechte nicht überflüssig und unnothdürfftig allegirte / damit dem Widertheil zu disputiren und zu cavilliren nicht Ursach gegeben werde. *It. P. 1. Tit. 46. S. 2.* Es soll in Taxirung der Advocaten Belohnung nicht allein die Grösse der Producten / sondern auch und vielmehr der Fleiß und Geschicklichkeit eines ieden Advocaten angesehen werden. (Observe hic distinctionem inter quantitatem & qualitatem der Producten.) *It. d. P. 1. Tit. 11. 23. Et passim* disponitur, daß die *Procuratores* in ihren Vorträgen alle undienstliche und unnütze Reden vermeyden / und ihre Sachen züchtig / (en castitatem Procuratorum & Advocatorum juridicam!) fürzlich und mit dienstlichen Worten vortragen sollen. Subjungi quoque meretur egregius locus ex *Ordin. Proc. Magdeb. C. 14. S. 6.* ubi Serenissimus Noster ita: Die Advocaten sollen bey willführlicher Straffe das unnöthige Latein und überflüssige allegiren meyden / und in *supplicationibus, Libellis*, mündlichen einbringen / *Producten* und allen Schrifften / die gemeine *axiomata juris* und bekandte Rechts-Reguln mit keinem *textu juris* oder *Autore* bestärcken und an denen Orthen / da die *allegata* nöthig / ein oder zween Haupt-*Textus* und ein / oder auff's meiste drey *Doctores* oder *interpretes*, die in ihren *Operibus* den *Casum in terminis* irahiren / und sonderlich diejenigen allegiren / welche den *Lectorem* an andere *remittiren* und dieselbe offtermahl in grosser Anzahl benennen / (cujus exemplum notabile potest esse crassus ille *Farinacius, Mascardus*, aliique haud pauci.) Forte regeret *Rabula* quidam: At tamen *Cientes* cupiunt, ut flosculis *Latinae linguae, Legumque & Doctorum* allegatis partum meum exornem, ergo, qui vult decipi, decipiatur: Respondeo, tantum

tum cumulum, qualem tu afferre soles, Cliens nunquam postulabit, imo vero etiamsi postulet, tu tamen contrarium ipsi ob oculos ponere & mediocritatem Aristotelicam observare poteris, ne quid nimis fiat. Cur, quæso, in illis locis, ubi certum quid statutum est, quod solvi debet, sive Deductio aut Recessus longus sit, sive brevis, cur inquam, ibi Advocati brevitati student nec plaustra allegatorum afferunt? Annon & ibi dantur ejusmodi Clientes? Vix credo. Cæterum quod de libris, nimis allegationibus scatentibus dicit *Finckelt. in pras. observ. n. 14.* id quoque de Scriptis, Recessibus & Deductionibus Advocatorum verum est. *Gravant atque onerant allegata talia potius, quam exhilarant atque instruunt lectorem: Et verisimum est, quod insolentior cumulus a legatorum libris infarcitus, nil nisi ostentationem & industriæ locatæ contestationem præ se ferat.* Hinc Lepide *Vitus Winsbemi*us alicubi ita canit:

*Multi multa citant, detorto in retia sensu,
Et laudem tali prænantem nomine querunt:
Auctores videas ipsos, sententia longe
Est alia, & miseri pereunt allegatores.*

§. 35. Dum vero allegationem & probationem juris non necessariam esse asseruimus, intelligi hoc debet *de jure communi certo.* Excludimus ergo primo *Consuetudinem*, quæ ratione quæstionis, *an existat*, facti est atque adeo probatione indiget. Excludimus secundo *Statuta* cujusvis loci particularia, de quibus Judici non semper constare solet. Illustrantur hæc quam optime ex *Ordinat. Cancell. Wolfenbüttel art. 54* quam adducit *Conring. de orig. jur. Germ. c. 33. §.* *Res est clarissima:* ubi ita: *in decisionibus sollen sie sich richten nicht mehr nach Sachsen-Recht / als welches in unsern Fürstenthum / Graff-Herrschaften und Landen nicht stat hat / sondern nach des Heil. Römischen Reichs gemeinen Rechten / Constitutionen und Abschieden; ingleichen nach denen in Unserm Fürstenthum / Graff-Herrschaften und Landen verhandenen oder noch künfftig publicirenden Landes Abschieden / Constitutionen / Ordnungen / Statuten / Gewohnheiten und Herkommen /*
derge

dergestalt/ daß Sie in denen Sachen/ so in gemeldeten Landtags
Abschieden/ Constitutionen und Ordnungen allbereits *determiniret*
werden möchten/ denen Partheyen keine unnöthige *Disputationes*
zu geben/ sondern gemeldete Verordnungen der Schuldigkeit nach
in gebührliche Obacht nehmen/ und darnach die vorkommende *qua-*
estiones, auch NB. ohne anregen oder allegiren des einen oder des
andern Theils/ vor sich selbst/ der Gebühr allemahl entscheiden
und erörtern sollen. So viel aber die jedesmahl *allegirte local* oder
Special Statuten/ Gewohnheiten und Herkommen bewusst/sollen Sie
so weit darnach zu richten schuldig seyn/, wann und so viel deren
„die *litigirende* Partheyen angeben und behaupten werden. Re-
liqua, quæ ad hanc materiam pertinent, jam ante nos expedi-
vit Excell. Dn. Thomas in Diss. de jure Consuet. & Observ. §. 56. cu-
jus verba hic apponemus: *Mibi videtur, inquit, id præcipuum esse,*
ut partes præcipue quoad praxin hodiernam, observent, an extraneus
Judex, quod sæpe fieri solet, pronunciare debeat. Hic enim regulariter
consuetudinem & statutorum loci est ignarus; adeoque curabunt exem-
pla Statutorum aut attestatum Judicis loci adis adjungi. Neque enim
divinare possunt Judices extranei ea, quæ sunt facti. Quod si tamen
aliquis ad consuetudinum vel statutum provocet & alter non contradi-
cat, præsumitur, consuetudinem se ita habere. Idem est, si ex Provin-
cia aliqua ad Cameram vel Judicium Aulicum Viennam appelle-
tur & causa ex jure Provinciali sit decidenda.

§. 36. Hæc sunt, quæ meditati hanc materiam in præsentem
inciderunt. Plura forte dicenda erant, sed tempus non permit-
tebat meditationi huic diutius insistendi. Interim coronidis
loco hæc addenda puto, me non esse hostem allegatorum, ipse
enim in hac Dissertatione & Leges & Doctores allegavi, sed ab-
usum solum detegere & a vero usu separare intentio fuit. Cate-
rum id a nemine juste in dubium vocari potest: *Legem querere,*
ubi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus, dicente Surdo Tr.
de Aliment, tit. 1. qu. 45. n. 58. quem allegat Illustr. Dn.

Stryk in Diss. de impedim. legal.

C. 1. n. 38.

S. D. G.

1077 230

