

Zur
Gräfl. vom Hagen'schen
Majorats - Bibliothek



MÖCKERN
gehörig.

N^o 1415

21
we

14
DISSERTATIO
IN AVGVRALIS IVRIDICA

DE
A B V S V
RERVM MERAE FACVLTATIS
IN FORO GERMANICO
PRAESERTIM FEVDALI

QVAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
WILHELMO HENRICO
DVCE SAXONIAE IVLIACI CLIVIAE MONTIVM ANGARIAE
WESTPHALIAE COMITE SAYNAE ET WITTGEN-
STEINII RELIQUA

PRAESIDE
DN. IO. GEORGIO ESTOR
CONSILIARIO AVLICO PROF. IVRIS ORDIN. TRIBVNALIS SERENISS.
SAXONIAE DVCVM QVOD IENAE EST FACVLT. ICTORVM
ITEMQVE SCABIN. COLLEGII ADSESSORE
PATRONO AC PRAECEPTORE PIE COLENDO
PRO GRADV DOCTORIS
D. NOV. A. O. R. CIOIOCC XXXIX.
H. L. Q. C.
ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT
AVCTOR
IO. ARNOLDVS DIETERICVS SCHOOFF
SVSATO WESTPHALVS.

IENAE LITTERIS IO. FRIDERICI RITTERI.

V I R O
AMPLISSIMO ET CONSULTISSIMO
D O M I N O
DN. IOANNI LAURENTIO
SCHOOFF
I. V. D.
POTENTISSIMI REGIS BORUSSIAE
ADVOCATO ORDINARIO
NEC NON
FISCI ECCLESIASTICI
PAREN.



PARENTI OPTIMO

SYMMA OBSERVANTIA AETERNVM COLENDO

HAS

PRIMITIAS STUDIORVM SVORVM

QVALESCVNQVE

DAT

DICAT

CONSECRAT

FILIVS DICATISSIMVS

IO. ARNOLDVS DIETERICVS SCHOOFF.





CAPVT I.

PRAECOGNITA DOCTRINAE DE RE- BUS MERAE FACVLTATIS EXHIBET.

SYNOPSIS DICENDORVM.

§. I. **V**T, quid sint res me-
rae facultatis, eo me-
lius intelligatur, eruenda
est doctrina de libertate ho-
minis, ac, vt haec bene ca-
piatur, praemittendum erit
dogma romanorum de statu
hominum, qui definitur an-
te omnia, et diuiditur.

§. II. III. IV. Exponitur, quid
sit libertas, adferuntur quo-
que eius diuisiones. Illu-
strantur, quae dixi, ope phi-
losophiae stoicae, secundum
quam romani libertatem de-
finire solebant. Adducun-
tur testimonia auctorum ve-
terum. Quid sibi velit FLO-
RENTINVS per libertatem
et verba, vis et ius, quibus

in sua definitione libertatis
est vsus. Quid sit libertas
absoluta? quid restricta?
Id quod adhuc illustratur.
Notantur illi, qui FLO-
RENTINVM reprehendunt.

§. V. Adplicantur dicta ad
doctrinam de rebus merae
facultatis.

§. VI. Prout homo aut viuuit in
statu naturali, sic gaudet
libertate naturali, adeoque
et facultate agendi secun-
dum legem naturae; aut
ille degit in ciuitatis statu,
tunc libertas eius agendi
circumscribitur in multis
casibus lege ciuili.

§. VII. Idque diuersis modis,
qui recensentur.

A 2

§. VIII.

- §. VIII. Ex his comprehendere potest, cur ortae sint apud romanos res iuris, et res quaedam remanserint merae facultatis. Exponitur, quid intelligatur per res iuris?
- §. IX. X. Referuntur varii modi, quibus res merae facultatis degenerant in res iuris.
- §. XI. Cur rebus merae facultatis praescribi nequeat, rebus vero iuris praescribatur? adducitur ratio, et illustratur e doctrina de voluntario.
- §. XII. Alia ratio ex dogmate romanorum, cur rebus merae facultatis non praescribatur?
- §. XIII. Id quod adhuc illustratur e doctrina romanorum de praescriptione actionum.
- §. XIV. Additur sententia Cocceiana, de praescriptione, in rebus merae facultatis exule.
- §. XV. Quoniam res merae facultatis sunt tales actus, qui nullam inducunt praescriptionem, quum possidendi animo tales actus non exercentur; in aprico est, quod nec ad introducendam consuetudinem valeant, nec usus earum solitarius tribuat possessionis ius.
- §. XVI. XVII. Tunc tamen actus merae facultatis desinunt esse inuvalidi, sed validi fiunt, quam primum prohibitio alterius accedit, et prohibitus in ea acquieuit.
- §. XVIII. Quaeritur: an res merae facultatis referantur ad res incorporales? Id quod affirmatur.
- §. XIX. Quid nonnulli Icti per res facultatis mixtae intelligant?
- §. XX. His, loco praecognitorum, praemissis, enarratur adhuc historia doctrinae de rebus merae facultatis, et iureconsultorum variae opinioniones adferuntur, eum in finem; ut quilibet de hoc dubio et difficili argumento nunc rectius et accuratius possit iudicare.





§. I.

OCENT iureconsulti veteres, hominem secundum statum suum esse considerandum, et hunc, voce a physicis petita, aiunt esse spatium quoddam morale, in quo homines constituti, variis gaudent iuribus, et ad diuersa vicissim obligantur officia. Istum statum in naturalem et aduentitium diuidebant. In statu naturali hominem considerabant, sicut is per natiuitatem ipsam in eo constitutus inuenitur, ac libertate sua fruatur. Haec, prout e lege 4. D. de statu hominum patescit, ipsis erat naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur, §. 1. Institut. de iure person.

§. II.

Intelligebant iuris periti per libertatem, non internam, sed externam, qua actiones externae per motuum libere exercentur. Hanc libertatem considerabant iterum vel tanquam absolutam, vel vt restrictam. Illam vocabant libertatem, quae nullis legibus est circumscripta aut coercita. Sed quum nullus existat homo, cuius libertas in statu, quo viuit aduentitio, nullis vnquam legibus fuisset vineta; restricta libertas in iure potissimum veniebat consideranda. Quamobrem FLORENTINVS, stoicorum philosophiam sequutus, in definitione libertatis, quam modo proposui, hanc esse facultatem agendi dixit, si nimirum libertas humanae voluntatis absolute consideretur, et quidem talem esse

hanc facultatem inquit iureconsultus, vt possit aliquis agere id, quod sibi libet.

SCHOLION I.

Optime haec illustrat **ARRIANVS** ad **EPICETVM** libro IV. cap. I. p. m. 437. Ἐλευθερός ἐστιν, ὁ ζῶν ὡς βέλεται, ὃς ἔτ' ἀναγκάσαι ἐστὶν ἢ τε κωλύσαι, ἢ τε βιάσασθαι: liber est, qui vivit, vt vult, qui nec cogi, nec impediri, nec cui vis adhiberi aut violentia potest.

Hanc de libertate stoicorum ideam etiam explicuerunt **CASPAR SCIOPPVS** in *elementis philosophiae stoicae moralis* capite CXXX. p. 83. 84. **NICODEMVS FRISCHLINVS** in *paraphrasi* in **A. PERSIVM FLACCVM**, *satyra* V. p. 52. sqq. **EILHARDVS LVBINVS** in *commentario* in **A. PERSII FLACCI satyram** V. p. 803. sq. Ita enim **PERSIVS satyra** V. v. 83. sqq. canit:

An quisquam est alius liber, nisi ducere vitam

Cui licet, vt voluit? licet, vt volo, viuere: non sum

Liberior Bruto? Mendose colligis, inquit

Stoicus hic

Hoc reliquum accipio: licet illud, et, vt volo, tolle.

Vindicta postquam MEVS a praetore recessi,

Cur mihi non LICEAT, iussit quodcunque voluntas,

Excepto, si quid Masuri rubrica vetauit?

Vbi dicit, omnia libero facere licet, vnico, ne in **MASURII SABINI**, iureconsulti, rubricam, hoc est, leges peccet, excepto, vt notauit **ADRIANVS TVRNEBVS** libro IV. cap. IV. *aduersariorum*. Distinguebant stoici inter libertatem naturalem seu animi, et inter corporis libertatem, vt docuit **ISAACVS CASAVBONVS** in *libro commentario in Persii satyras* p. 416. Animi autem libertas in sapientia stoicis consistebat, **IDEM** l. c. p. 420. Consuli quoque merentur **IUSTVS LIPSIVS** in *manuductione ad philosophiam stoicam* libro III. dissertatione XII. tomo IV. operum p. 783. **TH. ALDROVANDINVS** ad **DIOGENEM LAERTIVM** libro VII. segmento CXXI. nota 433. p. 441. **HVGGO GROTIVS** in *notis* ad caput III. v. 16. *genesios* p. 5. *operum theologiarum*, et **CONSTANT. LANDVS** tomo III. *thesauri iuris Ottoniani* col. 1396.

SCHOLION II.

FLORENTINVS haec libertatem inquit, quam in hominem finit cadere naturalis aut ciuilis ratio. Est autem ambiguum libertatis vocabulum, quoniam duplex fingi potest libertas: vna absoluta, altera restricta. Absoluta est facultas eius, quod cuique facere liber. Restricta vero addit: nisi quid vi aut iure prohibeatur. Distinguenda igitur

igitur a libertate licentia, siquidem omne ius humanum in statu naturali circumscibitur ratione, et in ciuitate legibus regitur. Quapropter talis libertas heic intelligenda erit, quae naturali rationi vel legibus est conformis, L. XV. D. *de condit. instir.* Quisquis suam potestatem, vt eum oportet, in statu naturali finit ratione, aut secundum leges in ciuitate regit, is tantum potest, quantum vult, prout loquitur L. ANNAEVS SENECA epist. XC. Ideo GERARDVS NOODT in *commentario ad D.* libro I. titulo V. p. 15. libertas, ait, cuiusque, qui se hominem dici vult, est ius cuiusque naturale, siue cuiusque naturalis facultas, id est, facultas, quam quisque habet a natura humana, iubente omnes, vnicuiusque actiones in naturae quidem statu intra naturalem rationem, in ciuitate vero intra leges eius consistere.

§. III.

Ex dictis patet, quod facultas heic moralis intelligatur, quae ius agendi denotat. Naturalis dicitur facultas, eorum puta negotiorum, quae in hominem, vt hominem, cadunt, et quam ad legem naturae dimetiri solemus. Equidem id, quod cuique facere libet, de libertate etiam absoluta dici potest; attamen illud, quod lubet, restringitur per obligationem naturalem, seu iuris naturae necessitatem, vel per vim, seu per necessitatem facti. Si hominem in statu ciuili intueamur, tunc libertatem eius restringi videas legibus ciuilibus, vt probe obseruauit IO. SCHILTER in *manuductione philosophiae moralis ad iurisprudentiam* capite III. §. 17. p. 132. sq.

§. IV.

Verum quum videret FLORENTINVS, quod nemo facile existeret in vilo statu, qui eiusmodi libertate agendi, quodcunque velit, gauderet; ideo statim limitandam duxit suam de libertate definitionem per adiectas voces, *legibus et vi.* Nam quod iure aut vi iniusta prohibetur, non est libertatis obiectum. Et forsitan FLORENTINO, ac stoicis eadem mens hac de re sedit,

fedit, quae CICERONI, cui in *paradoxis* capite V. placuit, vt libertatem vocet potestatem viuendi, id est, agendi, vt velis.

SCHOLION.

Nostri instituti ratio nunc non fert, vt FLORENTINI definitionem, quam de libertate formauit, iam sub incudem reuocemus. Primus, qui hanc definitionem impugnauit, est ACCVRSIVS, prout GUILIELMVS MARANVS in *paratitlis pandectarum* libro I. tit. V. et NICOLAVS HIERON. GVNDLING in *digestis* libro I. tit. V. §. XXVII. bene obseruarunt. Nam, FLORENTINVM heic libertatem definire, aiunt eius aduersarii, quae etiam seruis competit. Ast libertas non extinguitur, quum legum serui sumus, quo esse possimus liberi, L. XIII. D. *qui testam. fac. poss.* Hoc enim non est hominis seruitus, sed rationis et legum, quae vna vera et homini salutaris libertas, non comminuit eius facultatem. Sic libera est testamenti factio, quamuis secundum legem testamentum fieri debeat. Compara EMVNDVM MERILLIVM in *commentario ad institutiones* p. 34.

§. V.

Quidquid demum sit, hoc est certum, quod doctrina de libertate naturali magnam lucem praebet dogmati iureconsultorum, quod de rebus merae facultatis fouent. Tametsi enim hominem, in mero statu naturali viuentem, haud facile deprehendes, sed apud nos in statu ciuili eum semper degentem reperies; non tamen videbis, quod in statu ciuitatis omnes ac singulae actiones, aut actuum cunctae species, legibus ciuilibus sint circumscriptae ac determinatae. Potius hoc est verum, quod in statu ciuitatis in multis rebus locus hodiernum sit relictus libertati naturali.

§. VI.

Sane multa lege ciuili nulla coercentur, quae alias iure naturali, ac libertate connata, licent. Ergo libertas, quae tota, ac quanta quanta est, mere ciuili dici potest, apud nos, in ciuitate viuentes haud datur. Li-
quet

quet hoc ex facultate aedificandi in suo, et quod ire liceat in via publica. Eiusmodi actiones, quoniam a mera naturali liberalitate agendi, vel non agendi, pendunt; idcirco res merae facultatis, scilicet naturalis, vocantur, quum nulla lege ciuili restrictae leguntur. Vide IO. SCHILTERVM *exercitatione ad pandectas* IV. §. XX. p. 53.

§. VII.

Interim non nego, quod, dum summus imperans eiusmodi libertatem suis saltem ciuibus relinquit, aliis, qui ipsius imperio haud sunt subiecti, eandem denegare possit. Apud Hispanos lex est, ne quis, nisi Hispanus in America negotietur. Quod sane intuitu Hispanorum res merae facultatis est. Nam etsi quis per longissimum tempus ab istiusmodi actu abstinuerit, ius tamen non amittit, vt bene monuit dn. AVGVSTINVS LEYSER in *meditationibus ad pandectas* Specimine CCCCLXII. meditat. II. p. 232. Similiter pacto res merae facultatis introduci posse, existimat LVDOVICVS ENGEL in *collegio iuris canonici* libro II. titulo XXVI. n. 9. p. 433. veluti in pacto de retrouendendo, seu redimendo, sub conditione adiecta: quando-
cunque placuerit.

§. VIII.

Sicuti autem quaedam res dicuntur merae facultatis; ita dantur etiam quaedam res, quae non sunt merae facultatis, sed RES IVRIS, videlicet positivi, dicuntur, et suam originem trahunt partim a speciali principis constitutione, partim a potentia summae potestatis in republica, quo pertinent licentia nundinas exercendi, vectigalia exigendi, et pleraque regalia, quae princeps cum ciuibus suis communicauit.

B

§. IX. Re-



§. IX.

Recte itaque deriuant iurisperiti res iuris e prui-
legio, praescriptione aut simili. Quodsi enim facultas
hominis agendi per circumstantiam aliquam extrinse-
cam impeditur, tunc illa facultas in ius degenerat, et
praescriptionis legi, a qua antea libera erat, subiici-
tur. Id quod tribus praecipue modis accidit, praeiudi-
cio seruitutis nimirum, possessionis ac actionis. (Schol.
§. XCVIII.).

§. X.

Per seruitutis praeiudicium res quaedam desinit
esse res merae facultatis, si imminet periculum vel amit-
tendae vel imponendae seruitutis, v. c. si quis potesta-
tem habet ducendi aquam per alterius fundum, quo-
tiescunque libuerit; ibi praeiudicium seruitutis versa-
tur. Ergo illa facultas ducendi aquam non merae fa-
cultatis est, sed iuris. Praeiudicium possessionis me-
ram facultatem in ius commutat, vbi alterutra pars
possessionem vel deserit, vel, quam non habuit, acqui-
rit. Ita si quis possideat molendinum, sed hoc impetu
aquae, vel vetustate collabatur, facultatem habet, illud
restaurandi. Verum dum differtur restauratio molen-
dini, et alius interim occupat aquam, vel eodem, vel
superiore loco, ac per longum tempus possidet; tunc
hoc casu prior posteriorem prohibere amplius nequit,
sed hic ius prohibendi facite consequutus videtur con-
tra priorem. Denique actionis praeiudicium rem me-
rae facultatis in ius commutat, vbi lex actionem alicui
tribuit. Actio requirit personam, contra quam agi-
tur. Incertitudo rerum et possessionis omni iure odio-
sa est. Ideirco actiones intra XXX. vel XL. annos
sunt instituendae. Quare iuri luendi pignus, reemen-
di

di rem venditam praescribitur. Confer PETRUM FRIDERVM, quem a patria Mindanum appellant, libro II. de *processibus et mandatis* capite XXXVII.

§. XI.

Hoc eo fine monendum duxi, quo appareat ratio, cur secundum iuris ciuilis tradita res merae facultatis non amittantur, vtut quis illis non vtatur per tempus plane immemorale, vti hoc concluditur e L. 45. D. de *usurpationibus*, L. 2. D. de *via publica*. Contra vero id certum est, quod res, quae iuris vocantur, non vtendo plane amittantur. Huc pertinet ius ad eundi hereditatem, L. 7. §. 2. D. L. C. de *heredit. petit. ius nundinarum*, L. 1. D. de *nundinis*. Quodcunque enim libertati naturali est relictum, ac de illo nihil disposuit ius ciuile, tum huius constitutio tales res non afficit. Quae autem a iure ciuili profecta sunt, ea vtique afficit illius dispositio. Nam qui ius aliquod a summo imperante siue tacite, siue expresse impetrauit, atque hoc intra certum tempus a lege ciuili determinatum, non exercuit; profecto de illo creditur, quod eo iure noluerit vti, sed potius illi renunciauerit. Egrege hanc praesumptionem firmat doctrina philosophorum de voluntario interpretatiuo, quod explicuit PAVLVS SLEVOGT de *voluntario* §. 38. p. 771. sq. *disputationum academicarum*.

§. XII.

Vt iam non dicam de alia adhuc caussa, quae veteres iureconsultos permouit, vt statuerent, in rebus merae facultatis seu liberi arbitrii locum non habere praescriptionem. Scilicet secundum romanorum doctrinam, actus vitae ciuilis omnes, ad duo capita referri possunt. Vel

B 2

enim



enim tales sunt, qui sola facultate agentis et voluntate contenti, ab vno plene ac legitime queunt expediri: vel ad sui implementum et exercitium voluntatem alterius requirunt et concursum. Hos iterum duplicis generis esse voluerunt. Nam aut praeter agentis voluntatem, alterius consensum quidem postulant, ita tamen, ut alter non possit cogi ad consentiendum, quales sunt contractus omnes, matrimonium et similia: aut ita concursum alterius desiderant, ut nisi sua sponte concurrat ille, auctoritate publica ad hoc cogi queat. Huc pertinent cuncta negotia, quae per actionem possunt expediri. Vide *PETRI DE TOVLLIEV collectanea iuris* §. 13. p. 115.

§. XIII.

Notandum quoque est e romanorum iurisprudentia, quod temporibus antiquis omnes actiones fuerint reuera perpetuae et immortales, et actioni soli in rem, concurrentibus tamen requisitis usucapionis, potuerit praescribi. Dein vero romanis placuit, ut cunctae actiones certo tempore, videlicet XXX. vel XL. vel L. annis exstinguerentur. Hunc modum vocabant praescriptionem, quo aliquis esset sollicitudinis et litium finis. Inde nunc sequi putabant iureconsulti veteres, quod ea omnia, quae per litem vel per actionem expediri possunt, sint praescriptioni obnoxia. At vicissim ea, quae absque alterius coactione, sine lite vel absque actione peragi et exerceri possunt, praescriptionis legem haud agnoscere contendebant romani, sed pro rebus merae facultatis habebant. *PETRVS DE TOVLLIEV l.c.* §. 14. p. 115.

§. XIV.

§. XIV.

Aliter hic incedere videas dn. SAMVELEM L. B. DE COCCEII libro XLI. titulo III. quaest. XIII. p. 452. *iuris controuersi*, vbi probe fecernendas esse tradit res, quae non tangunt alterius ius, sed nostrum, et in quibus nihil transferri ab vno in alium potest, vti nuda facta, in se spectata, sine re, v. g. edere, ridere, quae ab alio non possideri, et sic nec vsucapi possunt. Dein res merae facultatis illas etiam dici res existimat, quae in alium transferri possunt, et ab alio possideri, atque praescribi. Verum quia animus possidendi abest, ideo non praescribuntur. Inde concludit, quodsi res merae facultatis de mero actu naturali intelligantur, tunc frustra quaeratur: an vsucapi vel praescribi possint? Sin vero de tali re agatur, cui ius aliquod adhaeret, quod in alterum transferri potest, in rebus merae facultatis vsucapio vel praescriptio obtineat, vbi nimirum quis ius quasi possederit.

§. XV.

Firmum igitur est, quod illis rebus, quae sunt merae facultatis, id est, libertatis adhuc naturalis, non praescribatur. Certum pariter est, quod istiusmodi actus merae facultatis nullam inducant consuetudinem, ceu recte obseruauit LVDOVICVS ENGEL in *collegio iuris canonici* libro I. tit. IV. num. 9. p. 67. Vbi enim nulla obligatio, quam vocant, putatiua ad agendum, aut necessitas aliquid faciendi, sed pro cuiusuis arbitrio huiusmodi actus vel fieri, vel omitti potest; ibi nulla consuetudo potest introduci, et nulla locum habet praescriptio. Sic vbi quis domum suam altius nunquam aedificauit, non erit contra eum praescriptum, sed pro

lubitu semper altius aedificare poterit, nisi vicinus prohibuerit volentem, et is acquieverit. Nam quod nemo animo possidendi exercet, et nec praescribit. Eodem modo, sicut dominus, qui re sua per longissimum tempus, immo infinitum, non vitur, haud amittit eam non vitendo, quoniam de eius dominio constat. Simili ratione, si quis ad molendinum quoddam diu frumenta pertulit, non statim sequitur, ut molitor sibi acquisiverit ius per hoc longum tempus, quia caruit animo possidendi aliquod ius negatiuum, ne alter fruges suas ad aliam molam vehat. Secus autem se res haberet, si molitor iste ius sibi arrogauerit, et alterum prohibuerit, ne molat alibi. Hoc enim casu, ubi alter acquieuit, per prohibitionem adeptus est molitor quasi possessionem iuris negatiui, ne videlicet alter alibi molat sua frumenta, et hac ratione praescribit. Confule dn. SAMUELEM L. B. DE COCCEII in *iure controuerso* libro XLI. titulo III. quaestione XIII. p. 452.

§. XVI.

Ergo solitarius vsus, licet hic fuerit longissime exercitus, in rebus merae facultatis non tribuit possessionem. Quare opus est, ut accedat prohibitio, et alter in ea acquiescat, tunc utique possessio acquiritur. HUGO GROTIUS *de iure belli et pacis* libro II. capite IV. §. 15.

§. XVII.

Porro res merae facultatis etiam tunc ordinaria praescriptione amitti crederem, si nempe prohibitio non vsu praecessit, vel, ut CAIUS in lege 6. pr. D. *de seruitut. praedior. urb.* loquitur, ubi aduersarius simul libertatem vsuceperit, hoc est, dominum, qui ius suum exerce-

exercere voluit, prohibuerit, dominus autem in ea prohibitione per legitimum tempus acquieuerit. IO. HENRICVS DE BERGER in *oeconomia iuris* libro II. tit. II. §. 22. not. I.

§. XVIII.

Inter praemonita de rebus merae facultatis referenda omnino est quaestio: vtrum res merae facultatis rebus corporalibus, an vero rebus incorporalibus sint accensendae? Et quilibet primo intuitu animaduertet, quod omnino pertineant ad res incorporales. Etenim res merae facultatis, quod ex iis, quae mox dicturus sum, manifestum erit, ex factis et actibus consistunt. Quapropter extra omne dubium est positum, quod res merae facultatis spectent ad res incorporales. Huius rei testem audire potes, si velis, IOANNEM SCHILTERVM l. c.

§. XIX.

Id adhuc sine obseruatione non est dimittendum, quod quidam res merae facultatis ita dictas arbitrentur, quia ipsis opponatur facultas mixta, id est, quae partim in agente est, partim in eo, qui publica auctoritate ad cogendum est instructus, qualis est iudex. Igitur dicunt, vbi actus simul vtrumque desiderat ad sui implementum, ibi adsunt res mixtae facultatis. Qui vero actus sola et vnica agentis facultate et voluntate peragi plene ac legitime possunt, illos vere et proprie actus merae facultatis esse vocandos contendunt. Vide PETRVM DE TOVLLIEV p. 116. *collectaneorum* §. 14.

§. XX.

His rite praemissis, nunc tempus est, vt, quid proprie sint res merae facultatis, in sensu iuris romani, dispici-

dispiciam. Mirum in modum heic variare video iuris
 ciuilis interpretes, et fere omnes inter se pugnantes hoc
 in argumento apparent. Longum eorum catalogum
 texuit PETRVS DE TOVLLIEV in dissertatione de
 luitione pignoris et rebus merae facultatis, quae pro-
 stat inter collectanea eius edita a IOANNE WOLBERS
 p. 106-163. vt fere videatur iurisconsultos in defini-
 endis rebus merae facultatis inter se periculum virium
 suarum facere voluisse.

SCHOLIION.

Etenim aliter eas definit HUGO GROTIUS *de iure belli et pacis* li-
 bro II. capite IV. §. 15. ; aliter VLTRICVS HVBER in *praelectionibus* ad
 titul. D. *quibus modis pignus vel hypotheca soluitur*; aliter ARNOLDVS
 VINNIUS libro II. capite VI. *quaestionum illustrium*; aliter GEORGIUS
 ADAMVS STRVV exercitatione ad π. XLI. §. 22. num. 3. ; aliter IO.
 SCHILTER exercitatione ad π. IV. §. 20. p. 53. aliter PETR. DE TOVL-
 LIEV l. c. §. 25. p. 122.; aliter DAVID MEVIUS parte I. decif. LX.; ali-
 ter HENR. DE COCCEII in dissertatione de *rebus merae facultatis*;
 aliter NICOL. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER in *analectis ad*
 STRVVI *syntagma iuris ciuilis* libro XLI. tit. III. §. 22. ac in emendatio-
 nibus ad hunc locum p. 50. et, qui eum sequuntur, MICH. HENR.
 GRIBNER tomo IV. *opusculorum iuris publici* sectione IV. vbi de iure
 suffragandi, vsu intermisso, non pereunte, agit, §. 18. nec non AVGVSTI-
 NVS LEYSER l. c. medit. I. p. 232; aliter IVSTVS HENNING BOEH-
 MER in *iure ecclesiastico protestantium* libro II. tit. XXVI. §. 33.; aliter
 MATTHIAS BERLICH parte II. *conclusionum practicarum* III. n. 8.;
 aliter WOLFG. ADAMVS LAVTERBACH in *collegio theoretico practico*
 libro XLI. tit. III. §. 18. p. 701.; aliter AMADEVS ECKOLT in *com-
 pendiaris pandectarum tractatione* libro XLI. titulo III. §. 10. p. 583. Alii
 denique aliter.



CAPVT II.

CAPVT II.
DE
THEORIA ET PRAXI RERVM MERAE
FACVLTATIS AD NORMAM IVRIS CIVILIS.

CONSPECTVS CAP. II.

- §. XXI. **D**efinitio nostra de rebus merae facultatis. Significatio vocum, rei, merae et facultatis. Hanc doctrinam de rebus merae facultatis, Icti eliciunt per consequentiam e L. 2. D. de via publica. Dubia de vera lectione huius legis a LEVNCLAVIO nota. Certa haec redditur et stabilitur fide Βασιδικόν.
- §. XXII. XXIII. XXIV. Quae ut eo melius intelligatur, statim adferuntur divisiones rerum merae facultatis. Sunt vel vere tales, vel in relatione quadam. Quod illustratur et demonstratur. De usu seruitutis iuneris: mutatione patriae: exercitio opificii: emtione ac inhabitatione aedium: facultate molendi et pascendi: mutatione ad conuiuium: matrimonio cum persona diuersae religionis.
- §. XXV. Aliud discrimen adfertur, inter res, quae non tangunt alterius ius, et eas, quae in alium possunt transferri.
- §. XXVI. Alia adhuc distinctio inter res facultatis publicae vel privatae. Quid per illas intelligant?
- §. XXVII. Quid res privatae facultatis significant? Quid de discrimine inter facultatem facti et iuris sit statuendum?
- §. XXVIII. Reditur ad definitionem. Quae nunc exponitur. Quid notet vox actus?
- §. XXIX. Quid sit facultas libera? haec oritur vel e libertate connata, vel e lege.
- §. XXX. Huius rei probatio ex articulo V. §. 35. instrumenti pacis Westphalicae.
- §. XXXI. Aliud adhuc adfertur exemplum de facultate salinas possidendi.
- §. XXXII. Cur vox facultas in definitione fuerit adhibita.

C

§. XXXIII.



- §. XXXIII. XXXIV. XXXV. Quid sibi velint vocabula quaecunque et voluntas, quae in definitione leguntur. Id quod demonstratur et illustratur. De iure suffragii in comitiis imperii: de libera electione caesaris in Germania: de molae et cauponae exstrukione ac de piscatione.
- §. XXXVI. Quare vox vnice conspiciatur in definitione?
- §. XXXVII. XXXVIII. Cuius ratio apponitur. De facultate utendi via publica: de iure aedificandi in suo: de latrina struenda.
- §. XXXIX. XL. Vbi facultas agentis vnice non adest, ibi cessat res merae facultatis esse. Firmatur demonstratione, ab aditione hereditatis petita, et iure res suas vindicandi: iure coquendi et vendendi cereuisiam.
- §. XLI. Prohibitio facit, ut facultas vnice non amplius supersit,
- §. XLII. Nec non legis dispositio facultatem tollit.
- §. XLIII. Quod demonstratur exemplo de iure stolaee inter euangelicos et catholicos, controuerso.
- §. XLIV. Facultas vnice agentis cessat etiam, si obstant boni mores, quo minus nunc aliter agas.
- §. XLV. An etiam decorum eadem effectu gaudeat?
- §. XLVI. XLVII. An gerere gladium vel pallium sit merae facultatis? De camerae imperialis dispositione hac de re. Quid vsuueniat in academiis, in conuentibus prouincialibus? BOEHMERI sententia hoc de argumento.
- §. XLVIII. XLIX. Nostra sententia de vsu gladii vel pallii, si res ex analogia iuris ciuili sit decidenda.
- §. L. Num quae debentur ex contractu, ad res merae facultatis sint referenda? v. g. ius luendi pignus: repetitio depositi: ius retroemendi: actio ad retrovenditionem.
- §. LII. Recte heic versatus est DE COCCHEI, cui adserimur, et quaestionem, §. L. propositam, affirmamus, quia non adest hic facultas vnice agendi, ob legis dispositionem generalem. Venditio et emtio vini iure ciuili est res merae facultatis.
- §. LII. LIII. LIV. Quod demonstratur. De iure coquendi cereuisiam et conficiendi

- ciendi vinum adustum in du-
 curu Meclenburgico.
- §. LV. LVI. LVII. LVIII. Se-
 cundum ius civile res merae
 facultatis est, molere fru-
 menta sua extra territorium.
 Quod illustratur.
- §. LIX. LX. Item facultas ex-
 struendi molendinum. Id
 quod probatur.
- §. LXI. Ex analogia iuris civi-
 lis sequitur, ut ius furni sic
 res merae facultatis. Illu-
 stratur.
- §. LXII. Mutare faciem fundi
 sui, est res merae facultatis;
 adfertur res iudicata: an
 intuitu operarum et census,
 des opfergelds, mutatio do-
 mus in horreum licita sit?
 De agro in pratum conuer-
 tendo.
- §. LXIII. De parochò et ludi-
 magistro ad epulas nuptiales,
 vel baptismales, invitando.
 Est et hoc merae facultatis.
- §. LXIV. De venditione qua-
 rumlibet mercium, et qui-
 dem aromatum, librorum,
 cetera.
- §. LXV. Vtrum divertere ad
 alicuius hospitium; alere
 canes venaticos; piscari:
 venditio cerevisiae in maiori
 mensura; ius pascendi;
 et lignandi, sint res merae fa-
 cultatis? Dissensio Papinia-
 ni et Marciani hoc de argu-
 mento expenditur.
- §. LXVI. Conclusio huius capi-
 tis. III. quaestiones, ad
 quas totam hanc rem redegit
 HAHNIVS.

§. XXI.

EGO quidem secundum ea, quae huc vsque dixi,
 et, ex praescripto regularum logices, res merae
 facultatis, seu meri arbitrii sic definirem, quod
 sint actus ad quorum exercitium quaecumque, facultas
 libera et voluntas agentis vnice requiritur.

SCHOLION I.

Vocabulum REI a iureconsultis ideo heic fuit adhibitum, quia vox
 rei in iure transcendit omnia vocabula, vt modo pecuniam, modo sub-
 stantiam, modo bona et quidquid in patrimonio nostro vel extra illud
 est, nec personis aut actionibus annumeratur, ambitu suo comprehen-
 dat, L. 5. D. de V. S. Dein rei appellatione, et caussae et iura continen-
 tur L. 23. D. de V. S. 10. GOEDDAEVS in commentario de verborum
 significatione p. 128. vbi vocem rei plus quam viginti significationes reci-



pere testatur, ac tam late patere, ut ad omne ens et non ens referri queat. ISIDORVS libro V. *originum* capite XXV. quae leguntur inter DIONYSII GOTHOFREDI *auctores latinæ linguæ* col. 931. *res, inquit, sunt, quae in iure nostro consistunt.*

MERVM notat purum, solum et simplex, teste BARNABA BRISSONIO *de verborum, quae ad ius pertinent, significatione*, libro XI. h. v. et SEXTO POMPEIO FESTO *de V. S.* p. 99. editionis Scaligerianae. Hinc mera voluntas idem est, ac si diceres voluntas nuda, soluta et libera, L. 75. D. *de legatis*. l. L. 18. D. *de adimendis legatis*, NONIVS MARCELLVS *de proprietate sermonum*. Confer IO. PINCIERII *parerga otii Marburgensis philologica* libro IV. cap. XLIII. p. 623. sq. S. POMPEIVS FESTVS *de veterum V. significatione* libro VI. col. 1170. editionis Aldinae, *merum*, inquit, antiqui dicebant *solum*.

FACVLITAS idem est ac copia et potestas faciendi. V. S. POMPEIVS FESTVS l. c. col. 1151. facultatem quasi facilitatem dictam putat, quam postea de rebus quoque adhibuisse Latinos testatur. Libera moris facultas occurrit in L. 8. §. 1. D. *de poenis*. Et quod alii res merae facultatis vocant, HVGGO GROTIVS *de iure belli ac pacis* libro II. capite IV. §. 15. *iura libertatis*, alii vero *res meri arbitrii* appellant. Nam *arbitrium* interdum significat cuiusvis voluntatem, id est, quod in mera voluntate positum est, et *arbitrium plenum voluntatis* indicat. Vide L. 7. §. 1. D. *de rebus dubiis*. L. 28. D. *de adoptionibus*.

SCHOLION II.

Doctrinam de rebus merae facultatis iurisconsulti per consequentiam e lege 2. D. *de via publica* fabricarunt, prout liquet e IO. BRVNEMANNI *commentario ad pandectas* libro XLIII. tit. XI. lege 2. p. 1198. Ut haec lex extra omne dubium non sit posita. Namque, si fides habenda IO. LEVNC LAVIO libro II. *notatorum* col. 1524. tom. III. *thesauri iuris Ottoniani* n. 95. *viam publicam populum amittere posse non utendo* in Florentino codice legitur, et negatio a Graecorum etiam interpretatione abest. SIEG. REICH. IAVCHIVS vero in *meditationibus de negationibus pandectis Florentinis adiectis*, capite I. p. 4. adfirmat, negationem, id est vocem *non* L. 2. *de via publica* adiciendam esse, atque Graecos negationem in ecloga capite XIII. secutos fuisse, nec non HALOANDRVM, idque recte. Nam libro LVIII. titulo VIII. *Βασιλικῶν* tomo VI. p. 778. lex 2. quam dixi, ita legitur: *ἡ δημοσία οὐδὲ τῆ ἀρχονία οὐκ ἀπώλλεται; via publica non utendo non amittitur.*

§. XXII.

Sunt autem res merae facultatis vel vere tales, vel quoad quandam relationem tales. Nam si quis seruitute itineris

neris



neris gaudet, tunc seruitus siue actus itineris, quatenus exercetur, non est res merae facultatis, quoniam ipsi intra decennium praescribitur. Rebus enim merae facultatis (§. XI. sqq.) plane nunquam praescribi potest. Quatenus vero hoc vel isto tempore, id est, hac vel illa hora exercetur, tunc utique est res merae facultatis, hoc est, seruitus itineris ratione temporis, quo ea quis vitur secundum legum praescripta, ad res meri arbitrii recte refertur, saltem in relatione horae huius et illius. Etenim, si quis seruitute itineris gauderet, et ea secundum legum praescripta vteretur, sed inter horam primam et secundam intra viginti annos eam non exercuisset; ipsi tamen licebit, ea vti hora alia. Igitur hoc respectu est res merae facultatis, et hoc intuitu nulla praescriptio tunc locum habet. Patriam mutare et domicilium intuitu eorum, qui liberi sunt, non homines proprii, est res merae facultatis. Confer HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG *de Hofmarchiali iure* capite XXIV. p. 137. Datur ergo distinctio inter res merae facultatis absolute et relatiue tales.

§. XXIII.

Ita opificium suum exercere, aedes emere ac inhabitare, est quidem res merae facultatis, sed non absolute talis. Etenim doctores, professores, aduocati, aliique litterati, prohibere possunt fabros, malleatores, aliosque, qui cum strepitu vel foetore artem suam exercent, ne in vicinia aedes inhabitent, et litteris operam dantes turbent. Vide SAMVEL. STRYK *de iure sensuum* dissertatione III. cap. II. n. 10. et ANTONII FABRI *staatsrantzeley* tomo II. p. 622. vbi responsum Ienense, Lipsiense et Vitenbergense hoc de argumento exhibet.

5600

C 3

Ergo



Ergo opificii exercitium, emtio et inhabitatio aedium diuerso saltem respectu est res merae facultatis. Sic opificii exercitium, vbi artificum numerus est clausus, res merae facultatis non est. Musicam exercere, alta voce legere, in se res est merae facultatis. Si autem vicinus studiosus turbetur in studiis suis, tunc id res merae facultatis esse desinit, et prohibendi ius locum inuenit, teste IO. HENR. DE BERGER in *oeconomia iuris* libro III. tit. V. §. 25. nota 3. p. 694.

§. XXIV.

Molere in hoc vel illo molendino referunt vulgo ad res merae facultatis. (§. XIV.). Quapropter, si quis moluerit per tempus immemoriale in quodam molendino, non tamen cogi posse talem arbitrantur DAVID MEVIUS part. I. dec. LX., IO. PHILIPPI in *usu practico Instit.* p. 319. WOLFGANGVS ADAMVS LAVTERBACH in *collegio theoretico practico* libro XLI. titulo III. §. 18. alii. Id quod appellant rem merae facultatis, absolute talem. Pecora sua in agris suis pascere, res merae facultatis est. Alterum ad conuiuium inuitare, res est merae facultatis. Matrimonium cum persona diuersae religionis inire, inter res merae facultatis refert AVG. LEYSER l. c. p. 263.

§. XXV.

Porro distinguunt res merae facultatis in res, quae non tangunt alterius ius, sed nostrum, et illas, quae in alium queunt transferri, ac ab eo possideri (§. XIII.).

§. XXVI.

Dein res merae facultatis discernunt eas, quae sunt facultatis publicae et priuatae. Publicas vocant, quae iure naturali et publico competunt, id est, quae

quae circa res communes et publicas fieri, vel non fieri possunt, ut ire per viam publicam, vel non ire, L. 2. D. *de via publica*. Alii etiam publicas appellant res merae facultatis, quae a publica fiunt potestate, ut sit actus publicae facultatis, exercere quendam actum imperii, aut eum omittere.

§. XXVII.

Priuatæ autem facultatis res dicunt, quae iure privato ad singularem hominem deferuntur, et in priuata agendi facultate libera consistunt, nullam tamen causam obligandi habent. Ut facere aliquid in suo, vel non facere, vel etiam ex mera gratia alicui aliquid permittere. Ceterum distinctio inter facultatem facti et iuris huc non quadrat. Vide GE. ADAM. STRVV in opusculo *de eo, quod iustum est circa res merae facultatis*, capite II. §. 2.

§. XXVIII.

Dixi, quod res merae facultatis sint ACTVS. Namque res merae facultatis sunt res, quae in facultate consistunt. Res autem facultatis est, quidquid per facultatem potest fieri. Ergo adesse debet effectus facultatis. Hic est vel praesens vel futurus, hoc est, actus futurus aut praesens. Actus quoque heic non est consequens rerum, sed facultatis. Frustra igitur esset, qui obiiceret, quod res merae facultatis non sint actus ipsi, sed effectus actuum. Nec est, ut generis loco ponatur vocabulum *res*, quia quaestio hic est de definitione *rei*.

§. XXIX.

Facultas libera indicat, vel naturalem libertatem, vel ciuilem. Siquidem aliae res merae facultatis, vel e
connata



connata libertate proficiscuntur, (§. VII. seq.) vel e
 ciuili libertate originem trahunt. (§. IX.)

§. XXX.

Exemplum rei meri arbitrii, e lege publica profi-
 ciscentis, prostat in tabulis pacis Westphalicae, articulo VI.
 §. 34. Quamuis enim inter catholicos et euangelicos
 status anni MDCCXXIV. sit pro regula in excolendis
 sacris; voluerunt tamen paciscentes, vt maneat res
 merae facultatis, sacris in vicina ecclesia vti, quando ec-
 clesia loci, in quo viuit aliquis, diuersam ab eius reli-
 gione fouet. Ergo praeter statum anni decretorii heic
 constituta legitur res merae facultatis, quae consistit in
 libertate ciuium catholicorum et euangelicorum in qua-
 dam prouincia habitantium, quae diuersam a sua pro-
 fitetur religionem, tametsi hi anno MDCCXXIV. publi-
 cum vel etiam priuatum religionis suae exercitium nul-
 la anni parte habuerint in vicinia, vbi et quoties volue-
 rint, publico religionis suae exercitio interesse. Recte
 igitur CASPAR ZIEGLER *de iuribus maiestatis* libro I.
 cap. IX. §. 4. et AVGVSTIN. LEYSER l. c. medit. XX.
 hanc facultatem, religionem suam in vicinia exercendi,
 pro communi cunctorum germaniae ciuium iure repu-
 tant. Atque heic habemus rem merae facultatis e lege
 publica, nulli vnquam praescriptioni obnoxiam.

§. XXXI.

Sic Halae Magdeburgicae lex est, ne quis, nisi
 ciuis, salinas habeat, quod actus est merae facultatis,
 intuitu ciuium Halensium, quorum vnus, licet per lon-
 gissimum tempus ab eiusmodi actu abstinerit, ius ta-
 men agendi non amittit. Habes itaque actum merae
 facultatis e facultate ciuili oriundam.

§. XXXII.

§. XXXII.

Noli autem dicas, vocabulum *facultas* heic male adhiberi in definitione, quum istud sit vox definiti, quae explicari debet. Nec obest, quod nullus character, declarans hoc vocabulum, heic inueniatur, adeoque idem per idem definiatur. Verum enim vero iam iam dixi (§. XXVIII.) quod heic potissimum sit dispiendum, quid sit res facultatis, non autem, quid sit facultas. Nec est, quod loco vocis facultas dicas: competens dispositio. Sic Stanislaus competentem dispositionem ac voluntatem ambiendi regnum Poloniae habebat. At vero, quum ipsum deficeret facultas, huius regni haud est potitus. Dein praeter liberam facultatem, requiritur voluntas agentis seu arbitrium, hunc vel illum actum peragendi vel omittendi.

§. XXXIII.

Praeterea fieri potest, vt quis aliquem actum omitat, quod ipsi licet ob libertatem naturalem. Ita suffragium in comitiis imperii germanici ferre vel non ferre, pro re merae facultatis habet MICHAEL HENR. GRIEBNER loco supra citato. Vide AVGVSTIN. LEYSERVM l. c. medit. XII. p. 241.

§. XXXIV.

Eum in finem adhibui in definitione vocabula, *qualecunque* et *voluntas*. Constat inter omnes, quod electores e proceribus germanicae nationis quemdam in caesarem eligere possint. Licet vero per longissima tempora non alium, quam principem e gente austriaca elegerint, adeoque ius suum, ex alia familia caesarem eligendi, omiserint; attamen onus et necessitatem per hoc sibi non imposuerunt.

D

§. XXXV.



§. XXXV.

Hinc, si quaestio sit: an quis ideo possit alium a nouae molae exstructione in flumine publico prohibere, quia ipse in eodem flumine molam a longissimo tempore solus possedit? item num quis cauponae publicae exercitor alium vetare queat, ne nouum diuerforium in vicinia instituat? Recte IO. SCHNEIDEWINVS ac PETRVS DE TOVLLIEV ex dogmate romanorum eam negant. Quia vsus vnus in rebus merae facultatis, non praeiudicat reliquis. Idem dicunt de venatione in publica silua et piscatione in tali aqua. Quoniam iure romano in saltu publico venari, et in parte fluminis publici piscari, res est merae facultatis. Quodsi vero aliquis, solus per longissimum tempus piscatus venatusue sit, casu id factum esse creditur. Ergo hic alios a piscatione ac venatione, in eodem loco instituenda, non potest prohibere.

§. XXXVI.

Vox *vnice* in definitione excludit non solum omnia iura cogentia et prohibentia, sed etiam remouet tempus in lege determinatum, ergo etiam praescriptionem.

§. XXXVII.

Nam, si quis in peragenda quadam re liberae facultatis mihi contradicat, et ego in hac prohibitione acquieuerim; tum cessat res esse merae facultatis (§. XVI.); quia voluntas agentis *vnice* non amplius adest.

§. XXXVIII.

Sin vero facultas libera et voluntas agentis *vnice* adsunt; tunc utique hunc actum pro lubitu suscipere possum, nec ad eius exercitium vlla actione, vel iurisdictionis

ditionis contentiosae auxilio, indigeo. Nam actio est ius persequendi. Nemo autem persequi potest id, quod iam habet. Sic, ut utar via publica, pendet vnice a facultate libera, et voluntate alicuius. Similiter aedificare in suo, etiam cum vicini incommodo, seruitutem rei suae imponere, a communione recedere, sunt res merae facultatis.

SCHOLIUM.

Non tamen aedificare licet, ut isto opere nouo damnum inferatur vicino. Quapropter latrinam aliquis suae domui addere non poterit, si vicinus inde sentiat damnum. Tum ergo ius contradicendi hic habet. Id quod ex sequenti responso liquet:

Ob man Trümbachischer seits von rechtswegen schuldig erkannt werden könne, zu gestatten, daß durch ein hauß, welches in einen garten gesetzet ist, alwo keine haustätte vormahlen gewesen, dem Trümbachischen garten und der daran stehenden wand schaden, und im garten ein unangenehmer geruch verurfsachet werde?

Ob nun wohl an dem ist, daß, wenn ein heimliches gemach von des andern wand drey schube weit abstehet, der nachbar solches leiden müsse, wie dieses das Sachen-recht im weichbild art. 122. ausdrücklich besaget: backöfen, heimlichkeiten und schweinkobeln sollen drey fuß von dem zaun stehen, gestalt auch hierauf täglich gesprochen und also diese verordnung genau beobachtet wird, DE BERGER in oeconom. iur. p. 313. MENCKEN in theor. et praxi ff. L. 3. tit. 2. §. 7. in fin. absondrlich da selbiger die gemeine rechte beytreten, inmassen diese einem jeden auf dem seingigen, wenn auch schon daselbst kein hauplatz ist, und der ort vorhero nicht bebauet gewesen, seines gefallens, auch mit des nachbars ungemach, zu bauen gestatten. L. 24. §. vlt. L. 26. D. de damno infecto. L. 1. §. 12. L. 21. D. de aqu. et aqu. plu. arc. L. B. DE LYNCKER vol. I. responf. LXXXII. num. 18. RICHTER dec. VI. h. 4. 6. 7. nicht zu gedennen, daß der unslarb aus den streitigen heimlichkeiten auf den Meißnagischen grund und boden fällt, und durch den Trümbachischen garten nicht geleitet wird, disßins ein recht, söthane heimlichkeiten zu verbieten, nicht erscheine, anerwoogen derjenige, welcher seines rechts sich bedienet, über niemanden ein unrecht dadurch verhänget, L. 9. §. 1. D. de condict. causa data; gestalt dann auch wegen des entstehenden gestancks und verdrüßlichen aussicht, eine beschwerde nicht geföhret werden möge, wwie dieses CARPZOV dec. CVIII. des mehrern zu erhärten versucht, außfolglich kein mittel desfalls übrig zu seyn scheine, als daß zu vermeidung der unangenehmen aussicht, ein gegen-haus errichtet, und also die schencke hinvviederum auf der Trümbachischen seite verbauet werde.

D 2

D. u. u. d.

D. a. u. d., dem beschebenen anziehen nach, der Trümbachischen gartenwand und den bäumen durch die neuerlich gefertigte priueten, ein würcklicher schade zuwächset, gleichwohl die rechte ausdrücklich verordnen, daß ein nachbar dergleichen schaden zu leiden nicht schuldig sey, L. 17. §. 2. D. si seruit. vindic. Derwegen nach maßgebung sothanen gesetztes ein schädliches priuet allerdings weggebracht werden muß, LEYSER in medit. ad ff. spec. CVII. medit. VI. p. 432. vol. II. Add. LVDOVICVS VITALIS libro II. lectionum variarum apud EVER. OTTONEM tomo II. thesauri iuris col. 667. 668. wozu noch kommt, daß ein nachbar, wegen eines garstigen gestauks, dergleichen heimlichkeiten zu dulden nicht gehalten ist, L. 2. §. 29. D. ne quid in loco publ. L. 3. §. 5. D. si seruit. vindic. STRYK de iure sensuum disert. V. cap. III. n. 19. 20. CAEPOLLA de seruitur. capite LXV. n. 7. Hiernächst die in den zweifelsgründen angezogene verordnung des Sächsischen rechts dasigen orts in einige betrachtung nicht kommen mag.

So ist man Trümbachischer theils wegen des schadens an der wand und an den bäumen, theils wegen des garstigen geruchs die in frage gekommene priueten zu leiden nicht schuldig.

Vides igitur, quod libertas aedificandi in suo, sit res merae facultatis non absolute, sed diuerso respectu talis. (§. XXII.)

§. XXXIX.

Vbi contra facultas libera et voluntas agentis vni-
ce non adest; ibi res aliqua merae facultatis esse definit.
Sic adire hereditatem, est ius; omni autem iuri praescri-
bitur, L. 3. et 4. C. de praesc. XXX. vel XL. annor. Er-
go hereditatis aditio non est res merae facultatis, quid-
quid etiam contradicat PETRVS DE TOVLLIEV l. c.
§. 53. seqq. Vbi enim ratione actus alicuius adest
tempus determinatum in iure, ibi actus ille non am-
plius est vnice in facultate libera et voluntate agentis.
Recte igitur dn. ANDREAS FLORENS RIVINVS in
thesibus iuris controuersi §. 95. p. 27. statuit, quod, si
heres testamentarius per annos triginta cessauerit, in
hereditate adeunda, non possit eam adhuc adire; sed
per heredem legitimum praescriptionis triginta anno-
rum titulo excludatur.

§. XL. Res

§. XL.

Res suas a tertio possessore vindicare, non est res meri arbitrii; quia rei vindicationi triginta annis praescribitur, ne videlicet dominia rerum sint in incerto, et lites de iis immortales fiant. Eo pariter refert dn. IO. BALTHAS. L. B. DE WERNHER in *enunciatis iuris*, enunc. CIV. p. 220. ius coquendi et vendendi cerevisiam; quippe quod solo non usu amitti statuit. Idem sentit NIC. CHRIST. L. B. DE LYNCKER vol. I. resp. LXV. n. 56. 76. 77.

§. XLI.

Quam primum in rebus, quae sunt merae facultatis, accedit alterius prohibitio, itemque coactio ab una, et patientia ab altera parte; tunc sane illa res vni- ce in voluntate et facultate agentis non amplius consistit. (§. XIV.) Et sufficit vnicus etiam actus prohibiti- uus itemque coactiuus ad praescriptionem iuris prohi- bendi et cogendi, dummodo ea actu contrario non fue- rit interrupta. Dein satis est, vt alterum, simile factu- rum, prohibuerit, aut coegerit, et hic in ea prohibi- tione conuicuerit. IO. HENR. DE BERGER in *oecon. iuris* l. c. NICOL. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER vol. I. resp. XV. n. 100.

§. XLII.

Vbi etiam legum dispositio obstat, quo minus rem, alias merae facultatis, peragam; ibi cessat talis res esse actus merae facultatis. Nam legis prohibitio impedit, quo minus ex praescripto facultatis liberae et voluntatis meae vnice agam.

§. XLIII.

Sic iura stolae, per iuris canonici tradita, obserua-



mus in germania. Nec adparet e tabulis pacis Westphalicae, vel ex alia lege imperii, quod huic dispositioni fuerit abrogatum. In saluo igitur sunt talia stolae iura tam catholicis, quam euangelicis clericis. Non igitur, video, quo iure collegio sacerdotum Magdeburgicorum iura stolae negentur, quae ipsis praestanda sunt a parentibus catholicis, qui in coenobio, quod in suburbio Magdeburgico diuae Agneti sacrum est, liberos baptizari et matrimonia consecrari, curant. Etenim, si vel concederem CASPARI ZIEGLERO *de iuribus maiestatis* libro I. cap. XIV. §. IV. HENRICO HENNIGES in *meditationibus ad instrumentum pacis Westphalicae*, art. V. §. XXXIV. lit. I. et AVG. LEYSERO l. c. medit. XX. quod publicum religionis suae exercitium notet usum sacrorum, hoc est, praeter frequentationem conuentuum sacrorum ordinariorum, etiam baptismum, iusta funebria et reliqua, quae ad iura stolae referuntur, complectatur; attamen haec doctrina extra omne dubium nondum est posita. Et, quidquid demum sit, hoc profecto certum est, quod eiusmodi facultas religionem suam exercendi, ex praescripto iurium communium de iuribus stolae omnino sit capienda, praesertim dum legibus germaniae publicis his nequaquam derogatum legitur. Licet quoad reformatos clericos intuitu ciuium euangelicorum aliter sentiat NIC. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER vol. I. responso LXXXI.

§. XLIV.

Nec dubium est, quod boni mores efficiant, ut, quod alias meri esset arbitrii, nunc tale non sit, sed, ut plane mulctentur illi, qui tale quid contra bonos mores admittunt. Nam voluntas agentis vniuersae hic non adest.

Multa



Multa huius rei exempla praebent academiae, ubi haec vel illa actio legibus academicis expresse haud est prohibita, nihilominus tamen punitur, quoniam bonis moribus aduersatur.

§. XLV.

At vero quid de decoro sentiendum? Num et hoc libertatem actionum restringit, facitque, ut hoc illudie res merae facultatis non sit amplius? ita si aduocatus gladio accinctus vel pallio indutus compareat, hoc in genere et primo obtuitu videtur esse res merae facultatis. Equidem, ubi dispositio expressa hac de re prostat, quiuvis facile animaduertit, quod tunc frustra id rebus merae facultatis accenseas.

§. XLVI.

Nam camera imperialis annis *CLIOCLXXV. CLIOCLXXVIII. et CLIOCLXC.* per decretum commune, *gemeinen bescheid*, sanxit, ne camerae aduocati et procuratores causas orarent, non nisi palliati, absque gladio. Pariter camerale lege cautum esse dn. GE. MELCHIOR DE LVDOLF in *colloquiis familiaribus de statu cameralis iudicii* p. 80. testatur, ne personae camerales, dum in peragendo munere suo occupantur, alia gestent indumenta, quam nigra. Extra functionem muneris publicam vero gaudent libertate gestandi ad morem seculi, pro cuiuslibet ea in re arbitrio vel delectamento, parsimonia maiore vel minore. At in forensi actu, ut dixi, non aliis vestibus quam nigris, et similis coloris pallio indutum esse oportet quemlibet.

§. XLVII.

Interim, ubi talis lex non adest, sed, solo usu vigente, palliatos vidimus huc vsque professores, curiae
item

item prouincialis adfessores eiusque aduocatos, aliosue, vtrum tunc res sit merae facultatis gladium vel palliatum prodire? Narrat AVGVST. LEYSER l. c. medit. XXI. p. 248. quod in academia Iulia ante viginti circiter annos, ex quo id scripsit, professor quidam ad senatum academicum vocatus, noluerit suffragium ferre, quod collegam quendam sine pallio adfidere cerneret, nefasque hoc duceret. Ita constat praesidem collegii moleste tulisse, quod collegii adfessor, palliatus quidem, sed tibialibus rubris indutus, comparuerit in confessu. His rationibus permotus statuit dn. IVSTVS HENNING BOEHMER vol. II. conf. CCI. p. 268. sqq. quod actiones confessoriae et negatoriae, ob deficiens ius prohibendi, vel cogendi, in rebus merae facultatis locum non habeant. Idcirco, quum ordinis equestris personae negarent, quod ciuici ordinis homines in conuentu prouinciali, gladio accincti comparere possent, sed pallio induti praesto esse deberent, hi-autem pallii vsum rem merae facultatis esse contenderent, iureconfulti Hallenses quaesiti responderunt, quod ordo equestris ciuici generis hominibus, ad conuentus prouinciales ablegatis, vsum gladii prohibere non posset, nisi ipsi nobiles palliati vellent incedere in conuentibus prouincialibus. Compara CHRISTIANVM THOMASIVM *de iure consuetudinis et obseruantiae* §. 38.

§. XLVIII.

Et existimarem vtique tale quid esse rem merae facultatis. Iam enim non est quaestio: quid agendum ex regulis prudentiae, sed quid sit iuris? Hoc certum est, quod, si vnus heic se solum distingueret ab habitu reliquorum collegarum, is quoque suus ab omnibus haberetur,

beretur, qui cuncta, instar obfirmati, arrogantis, difficilis atque morosi animi, ad arbitrium suum referre vellet. Varius in eiusmodi rebus est seculi gustus, et variat saepe, ita, ut quod hodie pro decenti habetur, olim indecens fuerit, prout variis exemplis firmat dn. GE. MELCH. DE LVDOLF I. c. Gießae valde indecorum ante xx. annos erat, si bonarum litterarum studiosus coram rectore et senatu absque pallio compareret, quod nunc quiuis pro indecoro et ridiculo sit habiturus, si quis studiosus iam palliatus in academico senatu conspiceretur.

§. XLIX.

Deinde inter opifices mira saepe exoritur contentio: an hic vel ille pallio rubro vel caeruleo uti queat, contra morem in collegio opificum receptum. Quod utique tamdiu pro re merae facultatis habetur, quamdiu non adest ius prohibendi, vel lex eiusmodi coercens.

§. L.

Supereff controuersia adhuc decidenda, quae mouetur circa ius, quod alicui debetur ex contractu, an scilicet tale ad res merae facultatis queat referri? Quilibet facile hic animaduertit, me in mente habere ius luendi pignus et repetitionem depositi, item ius retroemendi seu ius redimendi, et ad retrouenditionem agendi. Omni nisi defendere conatus fuit PETRVS DE TOVLLIEV, quod ius luendi pignus utique rebus merae facultatis sit adnumerandum. Etenim luitionem pignoris pro solutione debiti habet, soluere autem, rem esse merae facultatis autumat. Dein censet, quod praescriptio non tollat obligationem, sed soli actioni,

E

ex

ex ea competenti praescribatur. Et licet impleta sit xxx. annorum praescriptio; attamen perpetuo vivere ac durare obligationem putat. Ex quo concludit, quod solutio semper possit fieri. Argumenta, quibus haec opinio impugnari potest, strictim percenset FRIDERICVS SCHRAG in *introductione ad pandectas* L. XIII. titulo VII. §. 12. p. 157. ac strenuum vindicem, ut ius luendi pignus inter res merae facultatis permaneat, egit IO. VOET in *commentario ad pandectas* libro XIII. tit. VII. §. 7. p. 684. sq.

§. LI.

Sed bene monuit HENRICVS DE COCCEII in *dissertatione de rebus merae facultatis* §. 9. sqq. quod lutionem pignoris frustra accenseamus rebus merae facultatis; quia oritur ex conuentu, seu pendet a contractu, atque ideo, sicut aliae actiones, ex contractu descendentes, praescriptioni tricennali est obnoxia, L. 3. C. de praescript. XXX. vel XL. annor. L. 1. C. de annali exceptione. Quemadmodum ergo ius luendi pignus ex contractu pendet; ita pariter res se habet cum depositi repetitione, teste dn. AVG. LEYSERO l.c. mediet. XVI. p. 245.

§. LII.

Quum ad rem merae facultatis requiratur vnice voluntas et facultas agentis; inde sequitur, ut secundum romanorum tradita, emtio vini ad actus merae facultatis omnino sit referenda. Ergo emere potest quiuis vinum pro suo arbitrio et lubitu. Ast si quis diu apud aliquem vina sua comparasset: ane hic ex eo possessionem est nactus, et ius prohibendi, ne vina nunc alio loco, quam apud ipsum emat, sibi adquisiuit? Id quod vno ore negant iurium interpretes. Pariter in ducatu Meclen-

Meclenburgico, quum ciuitates negarent, quod nobilibus competat ius coquendi cereuisiam et confiendi vinum adustum, atque vendendi; hi tale pro merae facultatis habuerunt, atque antiquissimam possessionem acriter defenderunt. Vide *iustissimam decisionem imperatoris in causa Meclenburgica* classe II. tit. X. p. 79. et *des Mecklenburgischen adels und dessen wohlbergebrachtes braurecht, bier und brandewein in ihren districthen zu debittiren*, 1706. foli dn. IO. DAVID KOEHLER. *de origine et incrementis iurium et privilegiorum nobilitatis Meclenburgicae* §. 23. n. 16. p. 47.

§. LIII.

Hanc ob causam summa imperii dicafteria decreuerunt, in lite *der Hohenzollern-Hechingischen unterthanen wider ihre landesherrschaft* et *der Isenburgischen unterthanen wider Isenburg*, de libertate vini pro lubitu emendi, quod subditi libertate naturali hac in parte omnino gauderent.

§. LIV.

Similiter vinum in proprio fundo natum, regulariter a quouis libere potest vendi, ex mente dn. IO. BALTH. L. B. DE WERNHER in *enunciatis iuris* enunc. CVI. p. 221. IO. HENR. DE BERGER in *supplemento II. ad electa disceptationum forensium* p. 238. sqq.

§. LV.

Ad actus merae facultatis quoque spectat, secundum romanorum principia, molere frumentum extra territorium, teste PETRO FRIDERO libro II. *de processibus et mandatis* capite XXXVIII. n. 8. p. 218. Adde CASPARVM MANZIVM in *decisionibus palatinis* quaestione



stione XVII. p. 104. sq. & HERM. ANT. MAR. DE
 CHLINGENSPERG l. c. capite XX. p. 113. sq. Quum
 igitur molitores quidam H. C. litem mouerent molitori
 cuidam ditionis H. D. de facultate molendi frumenta ci-
 uium oppidi regionis H. C.; iudicatum fuit a ICtis
 Erfurtenfibus, quod ius molendi extra territorium
 fit res merae facultatis; ideoque molitores ditionis C. non
 possint prohibere molitorem e regione D., vt ciuium
 oppidi S. frumenta moleret. Tenorem sententiae, an-
 no. c l o l o c c x x x i v. latae, cum lectore communicabo,
 qui hic est: *in sachen I. H. B. und I. P. B. beyder mülller
 zu S. imploranten an einem, entgegen und wider den R. R. S.
 zu S. Imploraten am anderen theil, erkennt - - - vor recht:
 daß, gestalten sachen nach, die Imploration nicht statt hat,
 und herr Implorat davon zu absolviren; Es könten und wol-
 ten dann die Imploranten, daß ihre mühlen gegen die inwoh-
 ner zu S. das zwangrecht, daß sie nirgends anders, als in
 ibren mühlen mahlen zu lassen befugt, rechts beständig her-
 gebracht, gegentheils gegenbescheinigung, und andere recht-
 liche nothdurft vorbehältlich, binnen ordnungsfrist, annoch
 erweißlich beybringen, damit würden sie billig gehöret, cet.*

§. LVI.

Verum haec sententia ob appellationem ab acto-
 ribus interpositam, vires rei iudicatae non est naeta.
 Quum igitur coram regimine Marburgensi haec caussa
 nunc ventilaretur, factum est, vt interueniret procura-
 tor fisci contra molitorem D.; cuius caussam defensorio
 nomine agebat is, qui rei partes in sententia, quae le-
 gitur §. LV., sustinebat, et simul cuncti e gente, cui iu-
 risdictio patrimonialis in S. competit, interuenerunt pro
 libertate molendi, contra actores, quos supra nominaui.

Inter-

Interea regimen per rescriptum, quod vocant inhibitorium, iussit, daß der müller sich des abholens der mahlfrucht bey verlust seines fuhrwercks zu enthalten, die einwohner zu S. auch nicht weiter auffer land mahlen, sondern der dieffseitigen landes-mühlen sich bedienen sollen, den 22ten Merz 1736.

§. LVII.

Ratio huius rescripti primaria supponebat ius re-torsionis, ob quod princeps permittere non possit, vt sui ciues molerent frumenta in illa prouincia, in qua vetitum esset extra territorium molere.

§. LVIII.

Displicuit hoc rescriptum interuenientibus; idcirco ab eo prouocarunt ad tribunal adpellationis. Ibi, transmissis actis, a iureconsultis Rinthelensibus ita fuit pronunciatum: daß es bey dem verbot vom 22ten Merz 1736. so lange das H. D. verbott dauret, billig verbleibet. Es könten und wolten dann appellanten binnen 4. wochen sub poena praecclusi bescheinigen, daß die müller zu S. zum öftren im jahr flucht halten müsten, und nicht mahlen könten, sie adpellanten auch nebst den übrigen einwohnern zu S. keine andere bequeme gelegenheit, als auf der S. oder anderen D. mühlen zu mahlen hätten, damit würden sie, des appellaten gegenbescheinigung und andere rechtliche nothdurft vorbehältlich, billig gehöret, cet. publ. die 12. Iul. 1738.

§. LIX.

Sicut ergo libertatem molendi frumenta sua, vbi libuerit, defendit MEVIUS parte I. decisione LX.; ita quemuis molendinum in fundo suo, etiam iuxta flumen publicum exstruere posse, docent multi iureconsulti,



inter quos nominare sufficit IO. PHILIPP. RICHTERVM decisione VI. n. 3., NIC. CHRISTOPH. DE LYNCKER vol. I. responso 65. n. 35. et in *resolutione* LCCXIII., DAVID. MEVIUM parte IX. decisione 72., dn. IOAN. BALTH. L. B. DE WERNHER parte II. *observatione forensi* CCCLXXXII., CASP. HENR. HORNIVM classe V. responso II. et in appendice II. ad *iurisprudentiam feudalem* responso XXII.

§. LX.

Quocirca erectio molae inter res merae facultatis numeratur. Idem de molis pneumaticis seu alatis sentiunt non infimi subfellii doctores. Vide PETR. FRIEDERVM de *processibus et mandatis* libro II. capite XXXVIII. n. 7. p. 217., GEORGIUM BEYERVM in *specimine iuris germanici* libro II. capite VII. §. 4. et eundem L. B. DE WERNHER in *supplementis* ad dictam *observationem*.

§. LXI.

Ius furni itidem rebus merae facultatis adscribitur. Et licet ad commercii usum fuerit concessum; nullum tamen ius vel prohibendi vel cogendi per se id inuolueret contendit dn. BALTH. L. B. DE WERNHER *enunciato iuris* CCXLV. p. 432. Quare in fundo suo quilibet furnum exstruere potest, ex mente multorum iurisperitorum, quos laudat NIC. CHRIST. L. B. DE LYNCKER vol. I. responso XXXII. n. 7. et 27. Nec haec libertas ideo restringitur iure civili, quod quis per tempus immemorabile in alterius furno panem coxerit. Tempus enim per se nullam inducit obligationem, vel quasi possessionem, L. 88. §. 5. D. de *legat. 2.* L. 2. §. 1. L. 15. de *presario* L. 2. D. de *via publica*; quamuis actus
conti-

continui, nunquam interrupti et vno tractu peracti probari queant. Quod eo extendunt, vt licet aliquis furnum feudi iure possideat; iure tamen prohibendi destituatur, prout existimat HENRICVS ROSENTHAL in *synopsi iuris feudalis* capite V. conclus. XXV. n. 3.

§. LXII.

Formam fundi sui mutare, rebus merae facultatis accensent. Quocirca quum rusticus quidam W. *ein anspänner*, in villa sua rustica duas possideret domos, ac vnam conuerteret in stabulum; hoc reliqui rustici pagi W. fieri posse negabant. Interueniebat quoque nobilis, cui iurisdictio in pagum competeat, atque parochus, et quidem ille, ne quid in operis, *den handfronen*, detrimenti pateretur; hic vero, ne ipsi imminueretur census, *das offer-geld*. Nobilis enim aiebat, quot domos quis haberet, tot operarios, *handfröhner*, ipsi submittere deberet. Contra parochi ius prohibendi in eo nitebatur, quod quaeuis domus ipsi ad censum, *den offer-groschen*, exsoluendum, esset obligata. Verum quamdiu hi non demonstraerunt, quod eiusmodi praestationes sint onera realia, tamdiu ius prohibendi omnino cessabit. Sic ex agro pratum fieri potest, ex silua ager, e prato hortus. Secus tamen est, si alter ius aliquod habeat, quod per eiusmodi mutationem imminuitur. Quare in praeiudicium decimarum, in fructibus consistentium, ager non potest mutari in pratum. Si quis iure pascendi in silua gauderet, tunc quidem excisio lignorum, sed immutatio in agrum permessa non esset. Vide L. 13. §. 1. D. de *seruitut. praed. rusticor.* L. 9. pr. D. si *seruitus vindicetur.* BENEDICTVM CARPZOV parte II. *const.* XLI. definitione I. AVGVST. LEYSERVM
I. c.

I. c. med. XXXVIII. p. 261. Compara quoque IO. GE. ROB de pascuis ad culturam non redigendis cap. II.

§. LXIII.

Sacerdotem, ludimagistrum et custodem templi inuitare ad nuptiarum conuiuia, vel ad baptismales epulas, pro re merae facultatis habendum erit, per ea, quae docuit CHRISTOPH. BESOLDVS parte III. *consilio Tubingensi* CXVIII. p. 125. sqq. Adde dn. IO. BALTH. L. B. DE WERNHER *principia iuris ecclesiastici protestantium* capite V. §. 82. p. 67. Dissentire heic videas BENED. CARPZOVIVM in *iurisprudencia consistoriali* libro I. definitione 120., quem confutare studuit AVGVST. LEYSER I. c. medit. XXXIX.

§. LXIV.

Quaslibet merces vendere, res merae est facultatis. Quare si quis per tempus longissimum, immo immorale, hanc illamue mercium speciem solus vendiderit; inde tamen nullum prohibendi ius sibi adquisiuit, ne alii easdem vendere possint merces, L. 45. D. de *usurpationibus*. Quid vero, si collegium opificum tale commercium solum huc vsque exercuerit? Et notum est, quod talia collegia iure aliarum personarum censeantur uti, testante AVG. LEYSERO I. c. medit. XXVII. Idcirco firmum est, quod a quodam mercaturae genere nemo possit excludi, nisi alter gaudeat iure prohibendi, ceu probat DAVID MEVIVS parte V. decisione CLXVIII. et inprimis decisione CCLIX.

SCHOLION.

Vbi vero alicui saltem concessa libertas vendendi aromata, *gewürtz*, vtrum hic saccharum quoque, amygdala atque vvas passas tam maiores, quam corinthias, item oryzam vendere queat? et respondit dn. IO.

BALTH.

tribuat, statuit dn. L. B. DE WERNHER parte II. obseru. CCCLIX. Simile iudicium de caupona tulit. Pariter ille, qui ius erigendae cauponae ab vniuersitate emit, prohibere nequit, ne membra vniuersitatis cereuisiam in maiore mensura, *fäsgen, viertel oder tonnen weise*, vendant, teste eodem parte VI. obs. CCCXIII. Par ratio est iuris pascendi et iuris lignandi, quod et heic exulet ius prohibendi, vt docuit L. B. DE WERNHER in *supplementis* ad part. I. obseru. LXXXVII. Verum enim vero haec thesis extra omne dubium nondum est posita; praesertim quum L. 7. D. *de diuersis temporal. praescript.* ius prohibendi expressis verbis largitur ei, qui in fluminis publici diuerticulo pluribus annis solus est piscatus. Cui obstat L. 45. D. *de usurpat. et vsucapion.*

SCHOLIION.

Sibimet ipsi hic contrarii videntur PAPINIANVS et MARCIANVS, quippe qui alias, data opera, contradicere solitus est PAPINIANO, prout obseruauit EVERARDVS OTTO in *Papiniano* capite XIII. §. 9. p. 298. Nam lex 45. desumpta est e libris responsorum PAPINIANI, et L. 7. e libris institutionum MARCIANI. Quod ita conciliandum putauit GERARDVS NOODT in *commentario ad D.* libro I. titulo VIII. p. 29. vt L. 7. agere credat de eo, qui solus pluribus annis piscatus sit in diuerticulo fluminis publici. Hic vero possit, quamdiu piscatur, alium prohibere, ne ibi piscetur. Quia is locus, quamdiu possidetur, tamdiu sit possidentis, iure occupationis. Sed quam primum deserit ibi piscari; iam alium prohibere non possit. Vt ergo MARCIANO sermo fuerit de exceptione possidentis; PAPINIANO autem in lege 45. de praescriptione longi temporis in locis iure gentium publicis, id est, de obtinenda in his per eam proprietate, omissa possessione. Alii MARCIANVM loqui existimant de eo, qui sibi soli occupandi animo piscatus fuit, vt sibi praeoccupet; PAPINIANO contra in L. 45. sermonem esse de vsu publico eundi et vehendi. Vide PETRVM FRIDERVM *de processibus et mandatis* libro II. capite XXXVII. n. 9. p. 213. PAVLVS EUSIUS in *commentario in pandectas* ad hanc legem 45. p. 370. autumat, quod PAPINIANVS heic de eo agat, qui consueuerat primo piscari, sed postea vsum huius rei deseruerat, id quod palam esset ex adiuncto exemplo de aedificio diruto.

Alias

Alias aliorum, easque varias, de his legibus opiniones, earumque conciliationes recensuerunt GUILIELM. SCHMUCKIUS in *notis ad usum indicis* IACOBI LABITTI, parte posteriore *iurisprudentiali restitutae* ABRAHAMI WIELING p. 52. nec non EVERARD. OTTO in *praefatione* ad tomum V. *thesauri iuris* p. 15. ubi existimat, nullam pugnam inter utramque legem esse, si dicamus, ad diuerticulum fluminis, id est lacum, qui in nostrum agrum intrat, obtinendum, praescriptionem longae possessionis concedi non solere. Si quis vero in diuerticulo solus pluribus annis piscatus esset, et alios, ibi piscari volentes, prohibuerit, hique acquieverint, in posterum eodem iure uti, recte prohibeantur. Et ne ἀσύμβολοι abeamus, nos ope eorum, quas circa finem §. XIV. diximus, omnium optime hanc antinomiam e medio tolli posse, censemus. Hoc saltem obseruato, quod PAPINIANO sit sermo de usufruptione loci publici, quae teste SENECA *epistola* LXXX. haud procedit. MARCIANVS contra loquitur de ipso piscandi iure, id quod e collatione L. 2. 4. et 6. D. *de rerum diuisione* atque L. 7. *de diuersi tempor. praesc.* liquet. Confer AVRELIVM GALVANVM *de usufructu* dissertat. XI. §. IX. p. 97.

§. LXVI.

Ex his, quae dixi, theoria et praxis illarum, prout in libris iurisperitorum iacet, satis pellucet, ut superuacaneum sit his diutius immorari. Propterea ad illa, quae quoad ius germanicum, publicum ac feudale, circa res merae facultatis, iuris sunt, nunc progredior. Saltem adhuc monebo, quod nunc facile resolui possint tres illae quaestiones, quas de rebus merae facultatis formauit HENR. HAHN in *obseruatibus ad WESENBE-CIUM* libro XLI. tit. III. p. 289. n. 10.

- I. Si quis ius aliquod cum aliis, ex mera facultate, exercere potest, an propter alterius prohibitionem, eo priuari possit? (§. XLI.)
- II. An quis per actus possessorios et prohibitorios locum, in quo actus merae facultatis exerceri solent, acquirere possit? (§. XXXV. LXV.)
- III. Vtrum quis lapsu temporis acquirere illud ius debeat, quod ipsi antea ex mera facultate compete-
tebat? (§. XXXVIII.)

CAPVT III.

DE
THEORIA ET PRAXI RERVM MERAE
FACVLTATIS DE IVRE GERMANICO IN-
PRIMIS FEVDALI.

EPITOME CAPITIS III.

- §. LXVII. LXVIII. LXIX. LXX. *Alia ratio in multis erat status romani; alia status germanici. Quod Icti germani considerare et obseruare debent, nisi grauiter impingere velint. Quae de liberis hominibus leges romanae statuunt, cum cautione ad rusticos germaniae, sunt applicanda. Ergo caueas, ne cuncta temere pro rebus merae facultatis habeas, quae ex doctrina iuris ciuilibus tales sunt.*
- §. LXXI. LXXII. *Docetur, cur ius romanum heic temere applicari nequeat, adeoque in eo adhibendo opus sit cautione.*
- §. LXXIII. *Alia adfertur causa, quare ius romanum hic indistincte locum inuenire nequeat? quia multa, iure germanico, ad regalia referuntur, quae, iure ciuili, talia non sunt.*
- §. LXXIV. *Id quod probatur.*
- §. LXXV. *Ius furni ad regalia spectat, item molae: venditio cereuisiae: cauponae.*
- §. LXXVI. LXXVII. LXXVIII. *Ergo vasalli, qui eiusmodi iuribus fuerunt inuestiti, vel consuetudine ea acquisierunt, ius habent prohibendi. Quod demonstratur.*
- §. LXXIX. LXXX. LXXXI. *Dubia nonnullorum referuntur ac refelluntur. An imperantibus competat ius, molendina, quae vocant, bannaria, introducere?*
- §. LXXXII. *Deciditur quaestio de iis, quae inuestiturae titulo alicui concessa, quod pro rebus merae facultatis haberi nequeant, adeoque ius adsit prohibendi.*
- §. LXXXIII. *An dominis iurisdictionis, qui inuestitura vel consuetudine ius protimeseos in annona, aliisque vendendis, acquisierunt, id relinquendum?*

§. LXXXIV.

- §. LXXXIV. LXXXV. LXXXVI. *Cauponaria lucra non sunt res merae facultatis. Id quod demonstratur. Quapropter iuri prohibendi heic locus datur.*
- §. LXXXVII. *Dubium remouetur.*
- §. LXXXVIII. *Ius tabernam exercendi non est res merae facultatis; item ius pascendi oves.*
- §. LXXXIX. *Ius venandi et piscandi non est res merae facultatis, sed ius regale.*
- §. XC. *Praestatio homagii, ante nunquam praestiti, num sit res merae facultatis?*
- §. XCI. *An immunitati a collectis queat praescribi?*
- §. XCII. XCIII. *Lis de gallinis et anseribus praestandis, vel pretio redimendis. An sit res merae facultatis? Item*
- num decimis, exigendis in natura, praescribi possit? de variis libris hac de re.*
- §. XCIV. *Operarum exactio est res merae facultatis. Vtrum pretio huc usque redemptae, postea in natura exigi possint?*
- §. XCV. *An intuitu caesaris res sit merae facultatis, pignora imperii luere?*
- §. XCVI. *Vtrum sit res merae facultatis eorum, qui legatis ratisbonensibus sunt ab epistolis, mandata sua exhibere mareschallo imperii?*
- §. XCVII. XCVIII. XCIX. C. *Deciso quaestionum, quas proposui. Illustrantur dicta ope LEIBNITII. Vfus et auctoritas maxima consuetudinis et obseruantiae in Germania, quippe quae ubique utramque faciunt paginam.*

§. LXVII.

CONSTAT inter omnes, et quotidiana testatur experientia, quod summi imperantes suorum ciuium actiones variis modis restringant, atque illa, quae alias naturalis libertatis sunt, legibus circumscribant ac limitent. Multifariam hoc factum est tam in re publica romana, quam in regno germanico. Notum pariter est, quam, tum in hoc, tum in illa, diuersa fuerit conditio personarum et diuersus status. Vtrumque regnum,



et romanum et germanicum suos habuit seruos et homines liberos. De hoc nemo dubitat, nisi in rebus romanis et antiquitatibus patriis plane sit hospes. Demonstrarunt interea hoc, quantum satis est, dn. IVST. HENNING BOEHMER in dissertatione *de statu hominum priorum a seruis germaniae, non romanis, deriuando*, et IOACH. POTGIESSER in commentariis *de statu seruorum in germania*, nec non dn. PRAESES parte V. *der kleinen schriftten* p. 116. sqq. dn. FRID. CARL. BVRI p. 704. sqq. *der erläuterung des lebenrechts*. Quamuis autem in compluribus germaniae prouinciis seruitus in tantum cessasse, et rusticorum conditio libera videatur; falsissimum tamen hoc esse docuerunt dn. IVST. HENNING BOEHMER *de imperfecta rusticorum in germania libertate*; nec non dn. IO. PETR. DE LVDEWIG in historia academiae Hallensis, quae praemissa est tom. I. *consiliorum Hallensium* §. 80.

§. LXVIII.

Igitur rustici germaniae certo modo, non vere, liberi sunt. Et si quis perfectam libertatem eis attribuere vellet; ante omnia tamen considerare deberet, quod manumissio seruorum germanicorum facta sit falsis iuribus et praestationibus, dominis comperentibus.

§. LXIX.

Quapropter grauius illi errant, qui istas leges romanas, quae de hominibus liberis agunt, ad rusticos germanicos incongrue adplicant. Si quis iura romana, quae de ingenuis agunt, ad seruos romanorum temere adplicaret; ille certo deridendum se praeberet. Cur ergo in multis tam inficete adplicantur iura romana, de ingenuis constituta, ad rusticos germaniae?

§. LXX.



§. LXX.

Quemadmodum vero libera facultas seruorum germanorum valde fuit limitata; ita mirum non est, quod multa, quae iure ciuili pro rebus merae facultatis habentur, intuitu rusticorum in germania, pro talibus haberi nequeant.

§. LXXI.

Patet ex his, quae dixi, abusus iuris ciuilis, in argumento de rebus merae facultatis, satis abunde in foro germanico. Sic ius emendi cereuissiam haud dubie, si iure romano de ingenuis sermo est, res est merae facultatis. At, si ex aliquo quaererem: an seruorum romanorum intuitu tale fuerit res meri arbitrii, tunc statim negabit quaestionem. Et ubi, hoc exemplum ad rhombum nil facere, vel concederem; hoc tamen in locatione operarum, *dem mieth-zwang*, in iure molendi, in iure protimeseos, nobilibus competente, intuitu rerum a rusticis vendendarum, non quadrare, haud facile dices.

§. LXXII.

Sufficit ergo iam monuisse, maxima opus esse cautione in adplicanda doctrina de rebus merae facultatis, in causis rusticorum contra dominos, (*die gerichtsherrn*) et principes vel ordines imperii.

§. LXXIII.

Praeter seruitutem, quae olim in germania viguit, obtinetque adhuc in tantum, pro graduum diuersitate et varietate prouinciarum, alia adhuc se offert causa, quare dogmata romana de rebus merae facultatis cum grano salis sint adhibenda. Etenim manifestum est, quod germanorum reges, et postea horum exemplo princi-

principes et ordines imperii res, e quibus vtilitas aliqua in ipsos redundare potuit, sibi vindicauerint, atque has, nomine a longobardis petito, regalium nomine sibi attribuerint. Consentit IO. NICOL. HERT de *superioritate territoriali* §. 44. Adde IO. ADAM ICKSTATT de *possessione regalium in specie regalis venandi subditum aduersus principem nihil releuante* §. 104. Hinc in liquido est, cur in Bauaria absque principis consensu non possint erigi opificia, quae vocant *ebehaften*, quo spectant cauponae, fabricae ferrariae, *schmieden*, balneae et molendina teste HERM. ANT. MAR. DE GHLINGENSPERG l. c. capite XIX. n. 12.

§. LXXIV.

Ex innumeris diplomatibus, chartis atque instrumentis, quaedam, spicilegii saltem gratia, indicabo, et eo lectorem ablegabo, nimirum ad *traditiones Fuldenses*, quas IO. FRID. SCHANNAT edidit, et *donationes pias*, quas AVBERTVS MIRAEVS collegit, et exempla innumera, quae IO. FRIDER. PFEFFINGER lib. III. titulo XVIII. *Vitriarii illustrati* p. 1366. sqq. volum. III. atque libro I. titulo XV. p. 1130. sqq. volum. I. congeffit. Ne dicam de egregio diplomate, quod hac de re legitur in dn. PRAESIDIS *observationibus feudalibus* p. 50. Sufficiunt heic ea diplomata, quae leguntur tomo I. *annalium Paderbornensium* NICOLAI SCHATEN p. 345. 346. 311. 296. 435. 441. 451. 452. 453. 454. 468. 471. 477. 479. 481. apud AVG. CALMET *preuves de l'histoire de Lorraine* tomo I. p. 264. LVCAM D'ACHERY, *spicilegii* tomo II. p. 270. et alios.

§. LXXV.

De iure furni, quod inter vtilitates eiusmodi, vel
regalium

regalia fuerit relatum, testimonium perhibent charta apud dn. PRAESIDEM p. 50. *obseruationum feudalium*, HADRIANVS VALESIVS in *notitia galliarum* p. 17. praefationis, et FRID. CAR. BVRI p. 608. n. 7. *der erläuterung des lebennechts*, nec non quae habet CAROLVS DV FRESNE in *glossario* sub voce *furnaticum*. De molis testatum charta apud NICOL. SCHATEN l. c. p. 488. et alia apud IO. NICOL. HERT l. c. §. XLVII. vbi ventus molarum datus legitur anno CIOCCCXCIV. nec non FRID. CAR. BVRI l. c. p. 614. n. 55. De vini et cereuisiae emtione, regalibus adscripta, loquuntur instrumenta apud CHRISTOPH. LEHMANN. libro IV. cap. XXII. et libro V. cap. CXXI. *der Speyerischen chronick*. De iure vendendi cereuisiam, cum necessitate emendi, agunt IO. SCHILTER in *praxi iuris romani* exercitatione XVIII. §. 4. et IO. NIC. HERT l. c. §. 54. Cauponas sibi attribuisse principes et vasallos, patet e NICOL. HIERON. GYNDLINGII *digestis* libro IV. tit. X. §. 5. p. 422. adde dn. FRID. CAR. BVRI l. c. p. 615. n. 63. ideo insignia, diuersoribus praefixa. Vide ANTON. DADIN. ALTESERRAM *de ducibus et comitibus Galliae prouincialibus* libro III. capite XIII.

§. LXXVI.

Quum itaque vtilitates eiusmodi sibi caesares, regionum domini, horumque vasalli olim adscripserint; profecto ii, qui vel per litteras inuestiturae talia comoda feudi iure habent, vel vi consuetudinis huc vsque exercuerunt, optimo maximo iure prohibent illos, qui intuitu horum iniuriam ad libertatem prouocant.

§. LXXVII.

Etenim, quod per litteras inuestiturae alicui concessum est, illud instar regalis, et, vt loquuntur, priua-

G

tiae



tiue datum est. Siquidem alias frustranea eiusmodi concessio foret. Quis quaeso arbitrabitur, quod alicui quidquam salarii concedatur, si eo cum effectu uti non posset? Sane nemo id facile statuet. Nec ad instituta germanorum veterum quadrat L. 20. D. *de reg. iur.* Idcirco dici nequit, quod caesares, et regionum domini eiusmodi utilitates dederint in rusticorum suorum detrimentum et iniuriam. Ideo L. 4. C. *de emancipat.* et L. 27. §. 4. D. *de pactis* in interpretandis litteris, inuestiturae nulla habetur ratio. Potius iureconsultus sibi heic ob oculos ponat cap. 5. X. *de rescriptis* et cap. 28. §. 3. X. *de officio ac potestate legati.*

§. LXXVIII.

Quare cum moribus germanorum aperte pugnet is, qui ius cogendi et prohibendi, tanquam actibus merae facultatis contrarium, censeret odiosum, adeoque restringendum. Nam tanta est morum et consuetudinum, tam in iure communi, quam in legibus imperii, vis et potestas, ut, legum instar, sint maxima cura custodiendi, et semper in decidendo eorum habenda ratio. Vide dn. GE. MELCH. DE LVDOLF *observationem forensam* XXXIII. p. 94. n. 5. Quis quaeso statuet, illa, quae legibus imperii constituta leguntur, esse odiosa, adeoque restringenda? Certe nemo hoc facile dixerit. Iam vero in illis nihil tantopere commendatum, et toties repetitum inuenitur, quam custodia morum et consuetudinum germanicarum.

§. LXXIX.

Equidem me non fugit, quod IO. PHIL. KNIPSCHILD *de ciuitatibus imperii* libro I. cap. XXII. §. 64. IO. NICOL. HERT I. C. §. 54. et si qui alii sunt, contendunt,

dant, quod noua eiusmodi generis iura, quae libertatem naturalem aut restringunt, aut plane infringunt, sine populi consensu, nisi fas et aequum laedere velit, summus imperans hodie introducere nequeat. Eadem doctrina est DAVIDIS MEVII parte I. decisione LX. Idem multis rationibus firmare anxie studuit GOSWIN. AB ESBACH in *notis et additionibus ad CARPZOVIUM* parte II. const. IV. def. XI. p. 154. - 157.

§. LXXX.

Nec quenquam latet, alios secus sentire, atque regionum dominis hac in parte, ius prohibendi attribueret. Etenim CASP. ZIEGLER *de iuribus maiestatis* libro I. cap. V. §. 48. „quidquid, ait, natura nec iussit, nec prohibuit, sed indeterminatum reliquit, id a magistratu pro lubitu praecipit, aut prohiberi potest. „ Haec ille.

§. LXXXI.

Nec dubium est, quin sicut imperantibus summis, ita et regionum dominis, nisi quid pacti obstat, ius competat, ciuium suorum agendi facultatem restringendi. Hinc de molis SAMVEL STRYK *de iure aemulationis*, capite III. n. 17. „subditi, inquit, ex aemulatione et petulantia praeteritis moletrinis domesticis, „aliena adire non possunt, KOEPPEN decisione XIX. „n. 10., RVTGER RVLANT *de commissariis* parte IV. „libro II. capite XIII. n. 13. Malitiis enim ac inobedientiae subditorum, nullum probabile interesse habentium, minime est indulgendum, ne proteruia haec „tandem in contemptum et seditionem rumpat. „ Immo patet e constitutione Mauricii, Hassiae landgrauii, anno 1610. c. xv. promulgata, et e sanctionibus Hanoicis et Isenburgicis, quod hi regionum domini, molen-



dina bannaria vbique introduxerint. **Ve** nunc fileam alia argumenta, quibus ius prohibendi, effectum superioritatis territorialis esse, contendit dn. **IO. WILHE. WALDSCHMIDT** de molendinis bannariis §. 7.

§. LXXXII.

At vero, missis his, iam mihi est quaestio de iis, quae vel beneficio inuestiturae, vel longa consuetudine et exercitio, a maioribus tradito, aliquis habet: an talia, inquam, pro rebus merae facultatis, censenda sint? Quod ego negauerim, per ea, quae §. LXXVII. dixi, partim, quia tales vtilitates pro regalium specie habitae, partim, quod ea, quae consuetudine sunt introducta, cuius relinquenda sunt. Ius locandi operas suas, iure romano, ad res merae facultatis haud dubie referes, uti leges hoc expresse sanciant, quas adduxit **IO. PHILIPPI** in *usu practico Instit.* libro I. tit. III. §. II. ecloga XXXI. p. 108. et tamen hic ipse, pro libertate rusticorum mire alias laborans, statuit, quod domino praerogatiua competat, hoc est, quod, dum rustici et eorum liberi, operas suas certa mercede locare cupiunt, potior sit dominus eorum.

§. LXXXIII.

Dein, licet in thesi, rustici hodie cogi nequeant, ut annonam, quam sunt vendituri, prius domino nobili, aut principi offerant, ut existimat **GEORG. ADAM STRVV** de *annona* p. 76. recte tamen dn. **AVG. LEYSER** specimine CXCVI. corollario II. p. 497. id hinc inde receptum esse ait, adeoque obseruandum. Nec tali iure priuandi erunt, qui vsu id vel inuestitura, acquisuerunt in vendenda subditorum pecude, cibariis et similibus. Vide **CASPARVM L. B. SCHMID** in *commentario ad ius*

ius municipale Bauaricum tit. XXV. art. IX. circa finem,
 CASP. MANZIVM l. c. quaestione XII. p. 87. sq. HERM.
 ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c. capite XXI.
 p. 113. sq.

§. LXXXIV.

Ius coquendi et vendendi cereuisiam, si rem se-
 cundum principia iuris romani consideres, est res me-
 rae facultatis. (§. XL.). Licet vero in germania et
 in saxonia praesertim, cauponaria lucra in ciuitates
 transferret Henricus auceps, teste NICOL. HIERON.
 GVNDLINGIO in *historia Henrici aucupis* p. 120. et hoc
 exemplum alii principes interdum post longum tempo-
 ris interuallum essent sequuti, vt liquet e dn. PRAE-
 SIDIS *originibus iuris publici Hassiaci* capite VI. §. 65.
 p. 107. dn. GEORG. MELCHIOR. DE LYDOLF *ob-*
seruatione forensi CXXXV. p. 129. interdum tamen ea
 nobilibus etiam concessa leguntur, vel absolute, vel certis
 limitibus circumscripta, prout e CHRIST. FRANC.
 PAVLLINI *annalibus Isenacensibus* p. 119. patet. In Ba-
 uaria ius coquendi cereuisiam albam, *weiß bier*, ad so-
 lum pertinet principem, nec nobilibus ius coquendi
 cereuisiam, nisi ad vsum domesticum, permittitur, teste
 HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c.
 capite XL. p. 228.

§. LXXXV.

Quodsi ergo nobili competit ius coquendi, et ven-
 dendum cereuisiam, *die schenck-gerechtigkeith*: an id pri-
 uatiue, et sic quidem intelligi debeat, vt tali nobili ius
 prohibendi tribuendum sit? Et sane complures iure-
 consultos videas negare quaestionem, atque statuere,
 quod eiusmodi nobilis alios prohibere nequeat, vt a

vendenda cereuisia abstineant. Vide LÜDERVM MENCKENIVM in *theoria et praxi pandectarum* libro IV. tit. IX. §. 5. et 10. HENR. DE BERGER in *electis processus possessorii* §. 14. et in *supplementis* ad dictum §. Re-
cte tamen GEORGIUS BEYER in *specimine iuris germanici* libro I. capite XVI. §. 21. sqq. et GEORG ADAM STRVY in *dissertatione de eo, quod iustum est, circa res merae facultatis* capite VI. §. 18. p. 65. nobilibus adscribunt ius prohibendi. Dum tale ius nobilis exercet ac possidet instar regalis, quod, quia est regale, ab iis, quibus non est concessum, non potest exerceri, adeoque pro re merae facultatis haberi nequit.

§. LXXXVI.

Verum vero dominus, qui alicui cauponaria lucra iure feudi largitus est, alii eiusdem loci privilegium eoquendi et vendendi cereuisiam, per privilegium concedere possit? Id haud dubie affirmabunt illi, qui ex praescripto iuris communis hanc quaestionem resol-
uunt. Nam ille, qui per privilegium aliquod ius obtinuit, non potest prohibere, ne princeps alteri quoque indulgeat eiusdem iuris exercitium. Ideo dn. AVGVST. LEYSER spec. X. medit. ad τ. IV. p. 160. princeps, ait, qui privilegium indulget, potest tamen alii simile privilegium concedere, licet prior privilegiatus inde aliquod sentiat detrimentum. Idem sentit IO. HENR. DE BERGER in *additamentis* ad librum I. tit. II. §. 2. p. 1212. *oeconomiae iuris*. Pariter ad quaestionem: an nobilis rusticos queat cogere, ut in caupona sua, sponsalicias epulas, et conuiuia nuptialia, celebrent? negando respondit CASPAR. MANZIVS l. c. quaestione XVI. p. 102. sq. auctoritate CARPZOVII nixus.

§. LXXXVII.



§. LXXXVII.

Ego vero existimauerim, quod illi, cui aliquid per inuestituram fuit datum, ad normam priuilegiati nequeat diiudicari. Experientia enim edocti scimus, quod ille, cui feudi loco tale ius fuit attributum, illud semper olim cum exclusione aliorum, vel priuatiue, vt loquuntur, exercuerit. Quandoquidem vasallus heic considerandus erit instar fructuarii, qui proprietatis dominum, ab omni emolumento, quod ex usufructu redundat, excludit, L. 7. L. 9. D. de usufruct. Consentientem hac in re habeo IO. NICOL. HERT de superioritate territoriali §. 49. p. 304. et alios, quos laudauit CASP. MANZIUS l. c. quaestione XVII. n. 5. p. 106.

§. LXXXVIII.

Similis est quoque ratio eorum, qui iure, tabernam, vel diuersorium exercendi, sunt inuestiti. Nam, et hi iure prohibendi gaudent, vt exstructio diuersorii, hoc casu, res merae facultatis parte non amplius sit. Vide NICOL. HIERON. GUNDLINGIUM libro IV. digestorum tit. IX. §. 5. p. 422. et GE. ADAM. STRVV l. c. cap. VI. §. 14. p. 60. Eadem ratio est, si quis titulo feudi, gaudeat iure pascendi et alendi oues, *schaaf-trift*. Quum igitur Christian. Anton. Ludou. de K. sibi ius alendi oues ita competere affirmaret, vt gregem pascere posset; negarunt hoc Wilh. Gottlob et Christian. Otto de Z., quia inuestiti essent, *mit der schaaft-rift*, nec licere K., quamuis praedio libero gauderet, oues pro lubitu alere. Secundum illos iudicatum fuisse, retulit mihi dn. PRAESES. Confer eius *kleiner schriften* partem XI. p. 495.

§. LXXXIX.

§. LXXXIX.

Ius venandi atque piscandi, rem merae facultatis non esse, arbitror. Nam eorum argumenta, qui id ad regalia haud pertinere contendunt, inter quos est CHRISTOPH. LAVR. BILDERBECK in *der gründlichen deduction gegen die vermeyntliche regalität der jagden* p. 1459. et SIMON. FRID. HAHN *von dem jagd- und forst-recht* p. 1524. apud dn. WILHELM. FRIDER. DE PISTORIUS parte VI. *amoenitatum historico-iuridicarum*, tam fortia non sunt, ut refutari nequeant. Confer dn. FRIDER. VRIE. STISSER capite V. et VI. *der forst- und jagd-historie der teutschen*, dn. IOAN. ADAM ICKSTATT *de possessione regalium et in specie regalis venandi iuris aduersus principem nihil releuante* §. 148. sqq. p. 137. sqq. dn. IO. IACOB. REINHARD *de iure forestali germanorum* p. 51. 98. sqq.

§. XC.

Quod ad iusiurandum fidelitatis, vel subiectionis attinet, quaestio mota fuit: an nobilium, item ordinis teutonici praefecti, *beamten*, horumque parochi, domino regionis nouo, fidem suam sacramenti religione obstringere debeant? Negarunt hoc ordo praesertim teutonicus et multi nobiles, quia id nunquam regionum domini desiderassent. Sed procurator fisci affirmavit, fuisse hoc, ex parte regionis domini, rem merae facultatis, cui praescribi non possit, praesertim, quum nobiles nunquam antea contradixissent, et dominus in eo acquiescit. Ad quae respondebant nobiles et ordo teutonicus, cuncta ad normam consuetudinis et obseruantiae, in germania, esse diiudicanda.

§. XCI.

§. XCI.

Idem dicendum de immunitate a collectis. Has imperare potest princeps, ceteris paribus. Ergo eius intuitu collectae sunt certo modo res merae facultatis. Hinc quaestio suboritur: num quis, qui huc vsque a collectis fuit immunis, se tueri possit vsu inueterato contra dominum, qui collectas ab ipso nunc exigit? Confer CASP. MANZIUM l. c. quaestione XLIX. p. 273. sqq.

§. XCII.

In exsoluendis gallinis, quae census loco debentur, et aliis praestationibus annuis, quaestio de rebus merae facultatis et harum vsu, saepe mouetur. Sic quum nobili cui-dam quiuis M. incola gallinam quotannis praestare deberet, hic vero procul a loco abesset, impetrauit ab incolis, vt certo pretio istas redimerent. Annuerunt et hi domini petito. Institit autem hic, vt incolae eodem pretio semper redimerent gallinas. Tum hi negarunt ad id se esse obligatos, quia in ipsorum arbitrio esset, vtrum gallinas domino exhibere; an pretio consueto illas redimere velint. Lis coram supremo imperii iudicio adhuc, nisi fallor, sub iudice est, in caussa *des von W. contra die gemeinde M.*

§. XCIII.

Item, si per immemorabile tempus loco gallinae, anferis, reliqua, exiguum ac vile pretium idque haud difforme fuerit solutum, disputant: an dominus possit petere gallinam, vel pretium pro ea, quale viget hodie? Id quod adfirmant ANDREAS GAILLIUS libro II. obseruatione LXXII. n. 1. 2. CASP. MANZIUS l. c. quaestione XXIX. p. 177. sq. Adde MATTHIAM BERLICH parte II. conclusione V. VI. Etenim, quod

H ad



ad decimas attinet, mire dissentire inter se videas iureconsultos: an is cui, decimae competunt, et per longissimum tempus loco earum, quandam pecuniae summam, vel frumenti quantitatem certam, vel numerum determinatum pecudum, loco *des fleisch-oder blutzehenden*, accepit, nunc decimas in natura possit exigere? frequentissimas hoc de argumento lites moueri constat. Sic in caussa *von Verschür* contra *die gemeinde Iba*, pariter in caussa *Schenck zu Schweinsberg* contra *Rau zu Holzhausen*, *den zehenden zu Wisselsheim* betreffend, acriter fuit disputatum hac de quaestione, et in caussa, quam modo dixi, Schenckia, lis adhuc ventilatur coram senatu imperii aulico. In caussa *des klosters St. Simons und Mauritii zu Minden* contra *dessen zehendpflichtige Leute zu Welsede* iureconsulti Gissenfes anno cIoIcccxxiii. pro obseruantia deciderunt, negaruntque decimas in natura exigi posse, argumento vñ cap. 4. 7. et 32. X. *de decimis*, et auctoritate CARPZOVII libro I. def. 134. n. 5. 8. 9. et 10. *iurisprudentiae consistorialis*, nec non NIC. CHRIST. L. B. DE LYNCKER decisione cIoCLxviii. Praeterea in caussa *Tönnies Harberdings* contra *Bodo Wilhelm freyherrn von Kiepen* iudicatum anno cIoIcLxxvi: *daß kläger von dem quaestionirten fleischzehenden mehr, als vier lämmer, jährlich zu entrichten, nicht schuldig.* Ut iam non dicam de controuersia, quae agitur *in sachen der einwohner der dorffschaft Lachum* contra *das Domcapitul zu Minden*, et de ipsis auctoribus, qui pro praescriptione decimarum intuitu quantitatis et qualitatis seu soluendi modo, laborant, quos percenset TOBIAS BARTH dissensu cCxix. §. 4. p. 52. Verum DAVID MEVIUS parte VIII. decisione LXVI. ac D. IVST. HENN. BOEHMER libro III. titulo XXX. *iuris eccles. protestantium*

reluere ac reuocare possit? Et GE. ADAM STRVV l. c. capite V. §. 13. p. 35. ideo negandam censet eam, quoniam eiusmodi oppignorationes, per capitulationes caesareas in concessionem et priuilegia degenerauerint. Quumque Carolus VI. imperator Augustus Francofurtensibus significaret, quod tributa imperii, *die reichs-urbar-steurn*, quae senatus Francofurtanus pignoris iure possidet, luere vellet; ipsi hic respondit, quod eiusmodi pignora extra luitionem posita essent. Siquidem articulus V. §. 26. tabularum *pacis Osnabrugensis* per verba *atque propterea* doceret, quod eiusmodi oppignorationes luere nemo posset, sed proceribus imperii, qui eis gauderent, in perpetuum sine relinquendae.

§. XCVI.

Nota est controuersia, quae inter ordines imperii est, de exhibendis mandatis eorum, qui legatis sunt ab epistolis, legitimationem secretariorum legationis vulgo appellant. Mareschallus hos ideo obligatos esse ait, ut post aduentum, nomen ederent suum, atque ipsi testimonium, *legitimations-schein*, afferrent, quia partim id obseruantia requireret, partim conclusum principum, quod die VI. octobris MDCLXIII. fuit consignatum, ipsi hoc ius tribueret. Verum enim vero proceres imperii responderunt, quod nulli obseruantiae heic esse possit locus, et eiusmodi actus, quos allegaret mareschallus, sapere rem merae facultatis. Legas velim IJO. CAROLI KOENIG *abhandlung von den teutschen reichs-tägen* capite VII. p. 280. sqq.

§. XCVII.

Ad hanc quaestionem, et quas modo attuli, facile responderi potest, si in aprico est, quosnam actus germani

mani ad introducendam consuetudinem desiderarint? Ex mente interpretum iuris ciuilibus decisio earum quaestionum, de quibus dixi, vlla difficultate carebit. Etenim actus, e mera libertate agentis profluentes, consuetudinem inducere posse, strenue negabunt. Dum vero de actibus, consuetudinem inducentibus, hi commentantur, sat habent, obseruasse, quod requirantur ad eam firmandam plures actus, iique celebres et aperti, extraiudiciales, nisi de iudiciaria consuetudine agatur, firmi, ex certa scientia profecti, itemque uniformes nec interrupti. Vtrum interea actus, qui merae facultatis esse videntur, ad stabiliendam consuetudinem valeant? de illo quidem silent. Verum per ea, quae supra capite I. docui vno ore negabunt, eos esse actus idoneos ad consuetudinem generandam.

§. XCVIII.

Neque iuris publici cultores de actibus, quibus obseruantia inducitur, fuerunt solliciti; licet doctrina de obseruantia in iure feudali et publico fere vtramque faciat paginam, prout dn. PRAESES in *obseruationibus feudalibus* p. 10. commonstrauit. Saltem illi suadent, vt sibi caueant iuris publici studiosi ab actibus extraordinariis, singularibus et irregularibus, quippe qui obseruantiam gignerent putatiuam, cuius in iure publico et beneficiario, nullus vsus, et ratio. Et, si quis ex mente interpretum iuris ciuilibus has, quas supra attuli quaestiones, et quarum vel sexcentae supersunt, diiudicare vellet, is vtique merum exercitium actuum merae facultatis nullam generare consuetudinem, atque adeo nullum ius tribuere, contendet.

SCHOLIION.

At hic praetermittenda non est GOTTFR. WILH. DE LEIBNITZ philosophia de rebus merae facultatis in iure publico. Is enim capite LIV. de
H 3 iure



iure suprematus, ius mittendi legatos rem esse merae facultatis, ratione principum germaniae potentiorum, ait. Quare actibus possessoris haud opus esse heic contendit ad probandam possessionem, quoniam res merae facultatis ipso iure possideantur. Quemadmodum enim aliquis possideret ius aedificandi in suo fundo, etsi neque hic neque maiores sui id antea fecerint; ita, qui suprematum haberet, possideret quoque ius exercendi actus, ex illo promanantes, quale esset ius mittendi legatos cum caractere summo, licet id nunquam antea fecisset. Modus amittendi rem merae facultatis vnicus tantum esset, voluntaria scilicet demissio siue expressa siue tacita. Tacita vero omissio censeretur, si quis re, in controuersiam deducta, oblataque exercendi occasione, destiterit, atque vsu iuris sui siue protestatione cessarit. Nam si contradiceret, et se temporibus atque occasionibus cedere, vel etiam rationes se habere testetur, cur nunc actu abstinere e re sua ducat, cessaret voluntariae demissionis suspicio. Quare tum ius non amitteretur, ne quidem non vtendo. Atque hic esset vsus protestationum sollennium, passim etiam inter principes frequentatarum, quibus vnusquisque cauere se putaret, ne quid iuri suo decedat.

§. XCIX.

Sin vero ex vsu germanorum rationes subducere velis; tum profecto res aliter se habebit. Etenim hi contenti erant gaudere quieto exercitio alicuius rei, siue actus voluntarius fuerit, id est merae facultatis, siue non. Sufficiebat ipsis actus non pugnare cum recta ratione ac lege diuina, quae mens est paroemiae: *hundert iahre unrecht, ist nicht eine stunde recht*, teste IO. NICOL. HERT libro I. de paroemiis iuris p. 392. E plurimis exemplis vnicum adferam. Gladio vti, hodie inter res merae facultatis numeratur, prout docuit dn. AVG. LEYSER specimine CCCCLXII. meditat. ad π. XXI. Sed aegre tulit caesar, quod legatus Brunsvicensis, quum inuestiretur anno c l o l o c c x x x, gladio accinctus coram folio imperiali comparuisset. Interim legatus obferuantia se tuebatur, quod, quum nomine landgrauii Hassiae Darmstadinæ inuestituram obtinuisset, pariter gladius ad caesarem accessisset. Ceterum in eo a veritatis

ritatis tramite aberraverit ille, qui usum gladii in medio aeuo apud Germanos pro re merae facultatis reputauerit. Hoc armorum genere nemo, nisi persona secularis e superiore nobilitate prognata, vel militaris generis homo uti poterat, prout constat e dn. PRAESIDIS *commentariis de ministerialibus* §. CCC. p. 439. Consule pariter dn. IO. PETRUM DE LVDEWIG in *praefatione ad consilia Halensia* §. XXXIII. n. 141. p. 32.

§. C.

Igitur Germani tantum respexerunt ad exercitium actuum et alterius patientiam. Confer recessum imperii de anno MDCLIV. §. 105. et *tabulas pacis Westphalicae* articulo VIII. §. 4. Nam fundamentum consuetudinis et obseruantiae ponebant, partim in consensu tacito et praesumpto, partim in iure, tertio ex illis quaesito. Hinc mirum non est, quod etiam actus liberi ac mere voluntarii per consuetudinem facti fuerint necessarii et obligatorii. Mecum hac in re consentientem habeo CHRISTIAN. GOTTFR. HOFMANNUM p. 43. *der grundsätze des teutschen staats-rechts*. Propterea in aprico est, quod aliter de praxi rerum merae facultatis senserint germani, ac romani, et quod doctrina eorum, qui romani iuris tradita ubique inconcinne crepant, multos iniuria afficiat, eisque iura auferat, quae germanorum veteres iudices eis demere nunquam sustinuisent. Ex his facile decidi potest quaestio: vtrum in iis locis, in quibus per clausulam articuli IV. pacis Ryswicensis exercitium religionis catholicae fuit introductum, actus merae facultatis, quos galli ante pacem conclusam, intuitu religionis catholicae, omiserunt, nunc peragere queant catholici? Id quod, per ea, quae dixi, negandum videtur. Fundamentum aliud,

aliud, cur neganda veniat haec quaestio, suppedirat dn. IO. IAC. MOSER *im teutschen staats-recht*, volumine II. libro I. capite XXIII. §. 43. p. 123.

Si cui haec philosophandi simplicitas germanorum displiceat, et cum romanorum legum acumine haud conuenire, quae dixi, videantur; is quaeso HVGONEM GROTIUM audiat. Hic vero in *prolegomenis ad historiam Gothicam* p. 63. concinne disputat hac de re: „for-
 „debunt, ait, haec sola romana mirantibus. Ego in
 „romanis legibus subtilitatem minima quaeque perfe-
 „quentem - - - video. At philosophia legem vult
 „esse simplicem - - - Haec ego in septentrionalium
 „nostrorum legibus inuenire me gaudeo. Atque ita
 „arbitror, ni Deo ipso ea simplicitas prae argutiis pla-
 „cuisset, nunquam eum vim suam mirificam accommo-
 „datum fuisse innocentium populorum legibus.

Coronidis loco, vt, quae de abusu doctrinae de rebus
 merae facultatis in foro germanico, praesertim feu-
 dali huc vsque dixi, magis clara reddantur, atque ma-
 gis firmentur, adiiciam responsum illustris facultatis iu-
 ridaicae Ienensis hoc anno scriptum. Demonstrat enim
 hoc, quod ius furni, cuidam in feudum concessum, non
 sit res merae facultatis, sed regale, adeoque ius prohi-
 bendi intoueat. En verba eius: *werden von Ihro Köni-
 glichen Maiestat in Pohlen und Churfürstlichen Durchlauch-
 tigkeit zu Sachsen die von E. und die von S. unter andern in
 dem dorf C. mit dem backhausß belehnet, haben auch diese so-
 thanes backhausß bissher gehabt, und die gemeinds-leute von
 unfürdencklichen iahren her darin gebacken, welche sich aber
 im iahr 1733. ein anders zu sinn steigen lassen, und ein eige-
 nes backhausß vor sich erbauet. Ist darüber streit entstan-
 den,*

den, und hierauf nunmehr in petitorio auf beweiß und gegenbeweiß rechtskräftig erkant worden; Derowegen ab seiten der klägere, welche ermeldete gerichtsherrn seyn, es hauptsächlich bey dem zuführenden beweiß auf den fünfften und sechsten punct der kriegesbefestigung ankommt, welche dahin geben, daß da die klägere behauptet hatten, was massen sie sie und alle wege ohne widerspruch über rechties verwährte zeit die back-gerechtigkeit priuatiue ausgeübet, und dadurch eine dienstbarkeit erlangt, auch dargegen von beklagten nichts eingewendet worden, dieses ermeldete beklagte verneinet, in gleichen daß das neue backhaus auf dem anger, wo die peinliche hals- und rüge-gerichte gehalten würden, nicht minder auf den öffentlichen weg, der dadurch geschmählert wär, errichtet worden, nur besagte beklagte ebenfals in abrede gestellet haben; daher nunmehr die frage entsteht:

Ob die Königliche und Churfürstliche belehnung mit dem backhaus den klägern ein ius prohibendi gegen die beklagten gebe?

Ob nun wohl das backen, wenn es ohne absicht auf die belehnung betrachtet wird, allerdings eine *res merae facultatis* ist, Stryk de iure furnor. cap. 4. n. 74. p. 53. und deswegen ein *ius prohibendi* nicht ebender statt findet, bis *actus prohibitiui* vorher gegangen seyn, auch der gegentheil über eine rechtsverwährte zeit dabey sich beruhiget hat, wie dieses insonderheit von der back-gerechtigkeit behaupten, Wernher part. I. enunc. 245. p. 432. 433. von Rohr im haushaltungs-recht lib. 4. cap. 14. §. 18. p. 660. Leiser in iure georgico L. 3. cap. 16. n. 13. p. 638. Stryk de iure furnorum cap. 2. n. 48. sq. auch insgemein von den *actibus merae facultatis*, als vom weinschanck, Leyser in med. ad ff. spec. 462. med. 4. 5. p. 233. vol. 7. in gleichen von gasthöfen und schencken dieses lehren, Lyncker

cker dec. 423. und 1189. Horn. classe 2. resp. 38. Mencken in theor. et prax. ff. L. 4. tit. 9. §. 5. Berger in elect. proc. poss. §. 14. p. 92. et 93. et in suppl. ad elect. proc. poss. §. 12. p. 18. Richter vol. I. conf. 55. n. 45. welcher lehre, wegen des mablens in einer mühle, beystimmen Carpz. P. 2. const. 4. def. 9. Mev. P. I. dec. 60. in näherer betrachtung, daß zur erlangung eines iuris negatiui der besitz nicht hinlänglich ist, wenn man solchen auch schon von unüberdencklichen iahren her gehabt hätte, sondern vor allen dingen zur erhaltung eines solchen rechts ein ius prohibendi hergebracht seyn muß, dieses aber bloß auf actus prohibitiuos, und daß der gegen theil sich dabey beruhiget habe, ankommt, und hierauf lediglich beruhet, wie dieses von den seruitutibus negatiuis, dergleichen gegenwärtiges backhauß ist, dargethan haben Berger in oecon. iur. L. 2. tit. 3. §. 22. not. 5. p. 329. Carpz. P. 2. const. 4. def. 9. n. 2. et def. 14. Mencken l. c. L. 8. tit. 1. §. 8. Lauterb. in colleg. theor. pract. L. 8. tit. 1. §. 14. Mev. part. I. dec. 60. n. 8. Schöne in disp. de iure prohibendi priuatis comp. sect. I. §. 13. p. 7. und von der zwang-backgerechtigkeit erhärtet, Leiser in iure georg. L. 3. cap. 16. n. 30. p. 641. welches die rechtslehrer so genau beobachtet wissen wollen, daß einige dafür halten, ein Fürst solle dergleichen natürliche freyheiten den unterthanen nicht einmal durch eine belehnung nehmen, Leyser spec. 462. med. ad ff. 32. p. 258. vol. 7. derowegen, gedachter rechtslehrer meynung nach, die auslegung sothaner belehnungen dergestalt gemacht werden müsse, daß die darin ertheilte einschränckung der natürlichen freyheit keine würckung erlange, Idem l. c. med. 33. wie dann ein priuilegium über eine rem merae facultatis, wenn es das ius prohibendi mit derben worten nicht mit sich führe, die andere nicht binde, und von ihrer natürlichen freyheit keinesweges abhalte, mithin, wenn auch etwa ein

ein *ius prohibendi* einem verliehen worden wär, solches stricte verstanden werden müsse, *Leyser l. c. medit. 34. 35. p. 259. add. Mev. part. I. dec. 60. wie dann Stryk l. c. cap. 2. n. 54. sq. und Leiser in iure georg. l. c. n. 16. der meynung seyn, daß die belehnung mit einem backhausß die zwang-gerechtigkeit nicht mit sich bringe, sntemabl die belehnung mit vorbehalt eines anderen rechts geschehe. L. 8. de aqu. plu. arc. Rosenthal de feud. cap. 6. concl. 68. n. 8. Gail. lib. 2. obs. 1. n. 14. ein fürst auch einen unterthanen so lieb als den andern haben müsse, mithin einem etwas wider die natürlichen rechte nicht benehmen dürffe.*

D. a. u. d. die römische gesetze nur auf solche seruitutes, und diejenigen sachen ihr augenmerck diesfalls genommen haben, welche zwischen freyen bürgern, deren einer so gut gewesen, als der andere, und einer so viel rechts, als der andere sich zu erfreuen hat, fürgefallen, keinesweges aber von gerechtsamen, welche etwa ein bürger gegen einen knecht ausüben könnte, handeln, gestalt dieses aus den im corpore iuris vorliegenden gesetzen sich sattfam veroffenbaret, folglich deren anwendung auf die teutschen fürsten, deren vasallen und lehens-verfassung, auch den zustand der gerichtsherrn und deren bauern mit grosser behutsamkeit geschehen muß, gleichwol aber ausgemacht ist, daß die bauern in Teutschland durchgängig entweder dem fürsten oder dessen vasallen leibeigen gewesen, Potgiesser in comment. de statu seruor. in german. Boehmer de imperfecta libertate rusticorum in german. daher, was bey einem freyen Römer zu einer libertate naturali und re merae facultatis gezehlet worden, bey den teutschen sich gantz anders verhalten hat, sntemabl diese die schenck- und back-gerechtigkeiten in absicht der bauerleute vor regalien ansahen, und des endes die fürsten ihre vasallen damit belehneten, wie denn mit einigem bestand nicht zu behaupten ist, daß dieses die Römer in absicht ihrer knechte ebenfals gethan hätten, vielmehr die römische herren ihren knechten vorschreiben können, wo sie backen, brauen und dergleichen handlungen verrichten sollen, auch niemand dieses



vor eine einschränkung der natürlichen freyheit achten wird, da die römische knechte so wenig sich dargegen setzen können, als die teutsche leibeigene oder bauren sich zu sinn steigen lassen, dergleichen regalien, inmassen sie einmahl die teutschen davor gehalten haben, als *res merae facultatis* auszuüben, gestalt sonst folgen müste, daß die fürsten eines theils unrecht gehandelt hätten, wann sie ihre vasallen mit dergleichen dingen, als die back-gerechtigkeit ist, belehnet haben, andern theils nicht zu begreifen stehet, daß die fürsten ihren vasallen etwas leeres und vergebenes statt des soldes und gehalts in den lehn-brieffen angewiesen haben solten, absonderlich da dieses sonst mit der teutschen lehns-verfassung, als welche nicht gestatte, die vasallen mit leeren dingen und unbegründeten gerechtsamen zu belehnen, offenbar gestritten haben würde, zu geschweigen, daß dergleichen leeres versprechen im lehn-brief gantz etwas unnöthiges gewesen wär, wenn solches kein *ius prohibendi* nach sich gezogen haben solte, dem noch beytritt, daß dergleichen angebliche vorpiegelungen der rechts-lehrer der alten teutschen redlichkeit augenscheinlich zuwider lauffen, daher die belehnung nach dem sinn des lehn herrn von einem zwang-recht allerdings verstanden werden muß, Stryk *l. c. cap. 3. n. 32. p. 31.* in welcher absicht denn die vorstehende zweifels-gründe von selbst sich erledigen, bevorab dergleichen schein-gründe von der höchst ungeräumten anwendung des römischen rechts in lehn-sachen blos herrühren, gestalt dieses theils nur von den gerechtsamen freyer personen gegen freye spricht, und nur bey den Römern und in deren landen gegolten hat, wie dann zu selbiger zeit sowohl die belehnungen, als auch die macht der teutschen fürsten mit dergleichen gerechtsamen, einen zu belehnen, etwas gantz unbekanntes waren, folglich auffer allem zweifel stehet, daß, wie die fürsten einen vasallen mit der back-gerechtigkeit belehnen konten, sie auch den sinn und die meynung gehabt haben müssen, einem das zwang- und bann-recht zugleich damit zu verleihen, inmassen sonst dafür zu halten wär, als ob die belehnung etwas vergebliches in sich biele, darneben einer sich bereden müste, daß die teutschen solche
solche

solche gerechtsame vor keine regalien gehalten hätten, da doch das gegentheil durch die erfahrung an dem tag lieget, und diese, daß es regalien seyn müssen, durchgängig belehret. Vid. Leiser in iure georg. lib. 3. cap. 16. n. 34. p. 642. Crauetta conf. 861. n. 1. Stryk de iure furnor. cap. 1. n. 20. p. 7. dn. Estor in obseruat. feudal. p. 50. in zwischen der vasall solche gerechtigkeiten von dem fürsten, als leben-herrn erhält, folglich dessen nachfolger im gebrauch solcher regalien ihn, den vasallen, in alle wege schützen muß, damit die belehnung in bloße worte nicht verwandelt werde, anerwogen der vasall dieselbe nicht von sich und vor sich hat und betreibt, sondern solche gerechtsamen von dem leben-herrn erhalten hat, und in dessen hohem nahmen diese genießet, folglich in eben der masse, als sonst der fürst selber, sie zu betreiben hat, L. 175. de reg. iur. L. 2. §. 2. D. pro emto. §. 8. Instit. de vsucap. Stryk de iure furnor. cap. 3. n. 15. daher, wenn der leben-herr die un-terthanen hat zwingen können, in seinen backofen zu backen, der va-sall auch dieses zu thun befugt ist, welches sich aus der schenck-gerech-tigkeit ganz deutlich veroffenbaret, denn wie dem fürsten, in absicht der schenck-gerechtigkeit, ein ius prohibendi beygeleget wird, Berger part. I. resp. 10. Wernher part. I. obs. 277. Horn class. 2. resp. 38. 39. Brunneimann conf. 58. n. 12. also auch dieses einem jeden vasallen, so mit dergleichen gerechtsamen belehnt ist, anerwogen dieser an die stelle seines leben-herrn tritt, zukommen muß, in rechtlicher erwe-gung, daß die gerechtigkeit, welche in den händen des fürsten ein re-gale ist, und ein ius prohibendi nach sich ziehet, von eben dieser art und beschaffenheit bey dem vasallen verbleiben muß, conf. Rohr l. c. §. 15. p. 658. derohalben auch verschiedene rechts-lehrer denen, welche mit sothanen gerechtigkeiten begabet seyn, ein ius prohibendi billig beylegen, Nicolai resolut. pract. 13. n. 32. Beyer spec. iur. germ. lib. 1. cap. 16. §. 21. sq. einfolglich derjenige vasall, so mit der back-gerech-tigkeit belehnet ist, aber darin beeinträchtigt wird, und bey erhobe-ner klage das medium concludendi in seiner klage auf die belehnung setzet, auch daß er die in frage kommende gerechtsame nahmens des hohen leben-herrn, habe und betreibe, allerdings bey dem iure prohi-bendi gelassen werden muß, in näherer betrachtung, daß die in den vorstehenden zweifels-gründen angebrachten schein-gründe, eines theils dadurch ihre erledigung erhalten, da obangezogener Leiser in iure georg. l. c. n. 28. 29. 30. und Stryk l. c. selbst einräumen, daß sothane zwang-back-gerechtigkeit verschiedentlich eingeführet werden könne, welches nicht angienge, wenn es der natürlichen freyheit zuwider lieffe, andern theils, aber ersagte zweifels-gründe dabier nicht anschlagen, weil nicht sowohl von den gerechtigkeiten, damit einer belehnet worden, daselbst



die frage ist, als vielmehr von denen gerechtsamen allda gehandelt wird, welche jemand, ohne einen andern titul zu haben, durch einen langwierigen besitz sich zu erwerben gedencet, dieses aber bey gegenwärtigem fall sich anders verhält, folglich auch die zweifels-gründe dahier von selbst sich erledigen, beygegen übrigen nicht ausser acht zu lassen ist, daß derjenige vasall, welcher bey dem besitz seiner alleinigen back-gerechtigkeith gestöhret wird, und nur bloß den grund seiner klage darauf setzet, daß er ie und allewege über eine rechts-verwährte zeit die back-gerechtigkeith priuatiue ausgeübet, und dadurch eine dienstbarkeith erlanget habe, ohnmöglich auslangen dürfte, gestalt durch ein solches medium concludendi der gantze status caussae eine abänderung leiden, und dadurch eine gerechtigkeith, die er als ein regale nahmens des leben-herron besitzet, zu einer blossen dienstbarkeith gemacht würde, welche letztere aber durchaus anders nicht, als durch actus prohibitiuos und das stillschweigen des anderen, erlanget werden kan, dergleichen aber zu erweisen, weilen es an actibus prohibitiuis gemeiniglich ermangelt, ziemlich schwer fallen dürfte, vielmehr offenbar ist, daß wenn gedachter massen auf eine seruitut, welche man durch eine rechtsverwährte zeit erworben haben will, der grund der klage gebauet, und so dann auf beweiß erkannt wird, das urthel nichts anders erfordert, als daß der kläger actus prohibitiuos, sodann patientiam und acquiescentiam des beklagten erweislich darthun müsse, worauf, wenn das angeben nicht mit unverwerflichen actibus prohibitiuis erwiesen werden kan, nothwendig das urthel folget: welchergestalt kläger dasjenige, was ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, wie recht, nicht erwiesen, derowegen beklagter von der vvider ihm angestellten klage zu entbinden, es sey auch kläger diesem die veruhrsachte kosten zu erstatten schuldig. Dabingegen im fall die klage auf eine belehnung gerichtet worden, es vorangezogener massen, eine gantz andere bevvandtniß hat, darneben den gerichtsherrn zu statten kommet, daß nach Sachsen-recht kein back-osen gesetzet vverden darf, vvo vorher keiner gestanden hat, Leifer in iure georg. l. c. n. 32. p. 642. Stryk l. c. cap. 2. n. 104. p. 25.

So halten wir dafür, daß die Königliche und Churfürstliche Sächsische belehnung mit dem backhaus zu C. den klägern ein ius prohibendi gebe, diese auch, im fall sie den grund der klage auf sothane belehnung, gesetzet haben, eines obsieglichen urthels sich zu erfreuen haben.



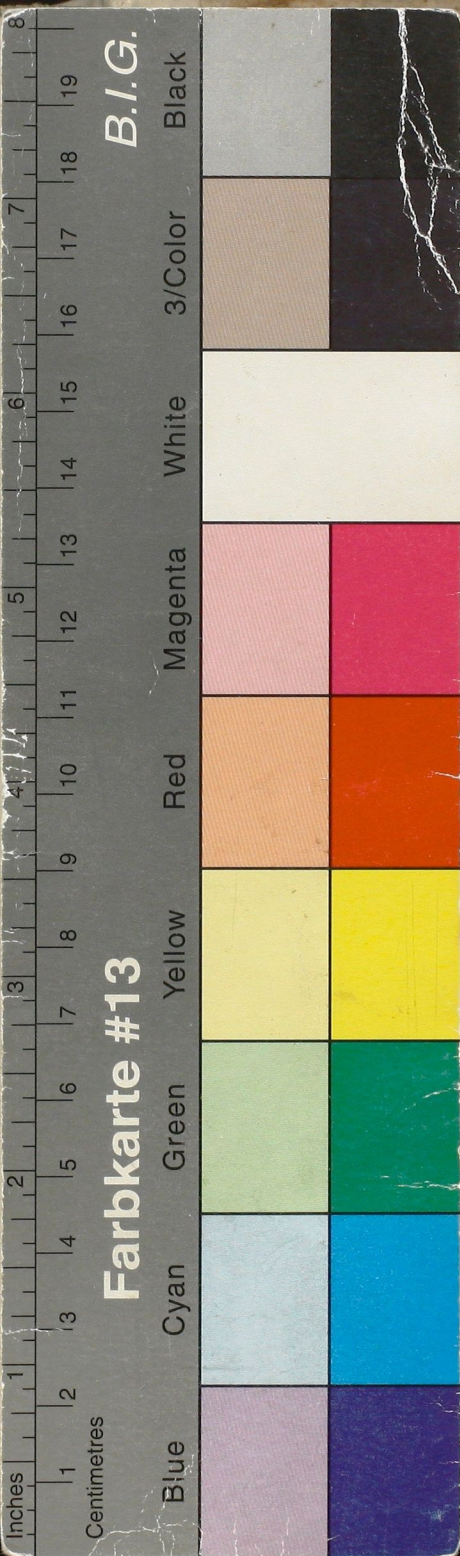
155053

8

AB 155053

Kil 768 nd





14

RTATIO
IS IVRIDICA

DE
V S V
E FACVLTATIS
GERMANICO
M FEVDALI

QVAM
GNIFICENTISSIMO
RINCIPE AC DOMINO
M I N O
O HENRICO
CLIVIAE MONTIVM ANGARIAE
TE SAYNAE ET WITTGEN-
I RELIQA

ESIDE
ORGIO ESTOR
VRIS ORDIN. TRIBVNALIS SERENISS.
IENAE EST FACVLT. ICTORVM
COLLEGII ADSESSORE
CEPTORE PIE COLENDO
V DOCTORIS
O. R. CIOIOCC XXXIX.
L. Q. C.
KAMINI SVBMITTIT
CTOR
IETERICVS SCHOOFF
WESTPHALVS.

O. FRIDERICI RITTERI.

