

DAS MATRIMONIUM CLANDESTINUM IN «HUMANISMUS UND REFORMATION»*

HANS ERICH TROJE**

I

Bezüglich der normativen Voraussetzungen, die das matrimonium clandestinum ermöglichen, erlauben *und* verhindern, ist das Decretum Gratiani im wahrsten Sinne des Wortes eine «concordia discordantium canonum»¹. Römisch-rechtliche Texte sind benutzt, aber oft in einer sinnverkehrenden Weise². Wie würden die Humanisten sich dazu verhalten? Würden sie diese Art Romanistik, diese Art des Umgangs mit den Quellen tolerieren oder dagegen protestieren? Das humanistische Programm eines «richtigen», wahren, authentischen Quellenverständnisses würde einen offenen Protest erfordern, zu dem es aber, soweit ich sehe, nicht gekommen ist³. Es scheint, daß keiner der

* Die Studie ist Domenico Maffei gewidmet.

** Johann Wolfgang Göthe-Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft, Senkenberganlage 31, 6 Frankfurt am Main.

1 Zur Dogmatik der Ehe in der mittelalterlichen Theologie und Jurisprudenz verweise ich nur auf die meisterhaften Ausführungen von LE BRAS im *Dictionnaire de la Theologie Catholique* Sp. 2.133 ff (1927).

2 Hierzu hervorragend Jean GAUDEMET, «Les legs du droit romain en matière matrimoniale», in: *Il matrimonio nella società altomedievale*, Spoleto, 22-28 aprile 1976, Spoleto 1977, S. 139-179, nachgedruckt in: Jean GAUDEMET, *Sociétés et mariage*, Strasbourg 1980, S. 338-378. Die

Mehrzahl der in diesem Sammelband wiederabgedruckten Beiträge ist für das hier erörterte Thema höchst ergiebig, der zuerst nachgewiesene aber der wichtigste.

3 Dies ist eine *vorläufige* Aussage. Ich bin weit davon entfernt, das gesamte Eherechtsschrifttum des 16. Jahrhunderts, soweit es mehr oder weniger humanistisch beeinflusst ist, zu überschauen. Ich berichte aus einem Arbeitsprojekt, das noch längst nicht abgeschlossen ist.

bedeutenden «humanistischen» Juristen das Grundkonzept des kanonischen Eherechts zu Fall bringen will. Erst mit Luther, mit der Reformation bilden sich hier neue Fronten und neue Lager, aber der humanistische Impetus als solcher führt nicht zu Angriffen auf das kanonische Ehekonzept. Die Juristen bleiben wenigstens bis dahin orthodox. Sie folgen dem Beispiel des Erasmus in der Sakraments-Frage, die für seine gesamte Haltung zur alten Kirche typisch ist.

Nach Auffassung der mittelalterlichen Theologie folgt der nach langen und sehr streitigen Debatten schließlich bejahte Sakraments-Charakter der Ehe⁴ aus der berühmten Stelle des Epheserbriefes 5, 31-32. Sie beginnt in Vers 31 mit dem Zitat aus Genesis 2, 24: «Darum wird ein Mensch Vater und Mutter verlassen und an seinem Weibe hängen, und werden die zwei ein Fleisch sein». Dieses Zitat wird nun von Paulus in Vers 32 folgendermaßen erläutert: «Dies Geheimnis ist groß; ich rede aber von Christus und der Gemeinde.» Den griechischen Text *μυστήριον τοῦτο μέγα ἐστίν...* gibt die Vulgata mit «Sacramentum hoc magnum est...» wieder. Erasmus indessen übersetzt die Stelle, die griechisch von «mysterion» spricht, nicht – wie die Vulgata – mit «sacramentum», sondern mit *Mysterium*, woraus Luther dann «Geheimnis» macht. Das war für Erasmus, der ja die alte Kirche nicht zum Feinde haben wollte, immerhin ein Wagnis, aber insoweit ließ ihm sein Anspruch als «humanistischer» Quelleneditor und Quelleninterpret damals (1516) keine Alternative, keinen Spielraum, keinen Fluchtweg, kein Entkommen aus dem Dilemma. Erasmus bemühte sich jedoch, es über diese humanistische Heldentat nicht zum Bruch mit der Kirche kommen zu lassen. Er beeilte sich, bei verschiedenen Gelegenheiten zu versichern, daß er keineswegs die Sakramentsnatur der Ehe leugnen wolle. 1519, drei Jahre nach Edition des Griechischen Neuen Testaments schreibt er: «Nicht daß ich in Zweifel ziehen möchte, Ehe sei Sakrament, aber aus den Apostelworten folgt es, oberflächlich verstanden, nicht».

Erasmus erkannte also, was hier gespielt wurde, aber er tolerierte den «Mißbrauch» der Quelle. Er tolerierte das Mittel, da er den Zweck billigte. Erasmus scheint nun auch insoweit der Meinungsführer des humanistischen

4 Die bedeutendste und tiefstnigste Interpretation dazu finde ich (mit LE BRAS aaO Sp. 2.144-2.147) im großen Sakramentstraktat des einzigartigen Hugo von St. Victor, dem soeben kein geringerer als Ivan Illich in seiner Studie «Im Weinberg des Textes», Neuwied 1991 (Luchterhand Essay) eindringende Untersuchungen gewidmet hat, die in Anmerkungen und Bibliographie auch den Stand der Hugo-Forschung sorgfältig dokumentieren und nachzeichnen. Ich selbst habe in dem ersten meiner Vorträge auf dem rechtshistorischen Seminar in Erice im Herbst 1989 und nochmals kürzlich (4.-5. Juli 1992) auf dem zu Ehren der Emeritierung des bedeutenden Frankfurter Theologen Dieter Stoodt abgehaltenen Symposium über «Religion und bedrohte Lebenswelt» (diese Vorträge werden demnächst publiziert) über Hugos Beitrag zur Entwicklung des Ehesakramentsgedankens referiert.

Lagers gewesen zu sein. Soweit ich sehe, ist aus der Ideenwelt und Gedankenarbeit der Humanisten ein neues Rechtskonzept der Ehe nicht hervorgegangen, und auch kein neues Sozialmodell, das durch eine alternative Theologie getragen wäre. Die Liebe zu den Klassikern der Antike bleibt insoweit folgenlos.

Wir kommen somit zu Luther und dem Streit zwischen Wittenberger Theologen und Wittenberger Juristen um das *matrimonium clandestinum*, das aus theologisch-logischen Gründen bis zur Schlußsitzung des Tridentinum (und darüber hinaus) dem Sakraments-Konzept der alten Kirche wie ein böser Schatten anhaftet und folgt⁵. Dazu werde ich, wie anderen Orts⁶ ein Kapitel aus Hugos Sakramentstraktat, nun «exemplarisch» einen Abschnitt einer Arbeit eines protestantischen, vielleicht sogar «humanistischen» Juristen, heranziehen; nämlich aus dem Ehetraktat von Melchior Kling von 1553, der die erweiterte Fassung des die Ehetitel betreffenden Kommentares zu den Institutionen Justinians von 1542 darstellt. Um es vorweg zu sagen: Melchior Kling stellt sich in diesem Streit auf Seiten der Juristen, gegen Luther und die Theologen, obgleich die landesherrliche Entscheidung, die nach Luthers Anrufung der weltlichen Macht endlich eingegriffen hatte, sich für Luther und gegen die Juristen entschieden hatte. Um den Traktat Klings richtig einordnen zu können, müssen wir die vorausgehenden und begleitenden Entwicklungen kurz skizzieren, wobei wir uns auf die sorgfältige Darstellung von Hartweg Dieterich⁷ insoweit verlassen dürfen. Ausgangspunkt der Eherechtslehre Luthers ist seine Rechtfertigungslehre und die Lehre von den beiden Reichen, dem Reich der Welt und dem Reich Christi. Der Sündenfall führt zu einer Verdoppelung des Rechtes: zum Recht im Urzustand tritt das Recht nach dem Sündenfall⁸. Nach dem Sündenfall gerät die Christenehe in die Ambivalenz: die Ehe ist einerseits «weltlich Ding» und andererseits geistlicher Stand. Die These von der Ehe als «weltlich Ding» ist aber nicht eigentlich theologisch begründet. Die Verneinung der Sakramentalität der Ehe ist nicht der Kernpunkt, sie ist gewissermaßen nur in Kauf genommen, als beinahe widerwillig gezahlter Preis dafür, daß die

5 Vgl. insoweit R. LETTMANN, *Die Diskussion über die klandestinen Ehen und die Einführung einer zur Gültigkeit verpflichtenden Eheschließungsform auf dem Konzil von Trient, Münster/Westf. 1967*, sowie (bezüglich des Kanon «*aliter legitimum*», also *Decretum Gratiani C. 30 qu. 5 c. 1*) H.E. TROJE, *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Köln 1971, 204 ff.

6 Siehe meine in Anm. 4 erwähnten Hugo-Studien.

7 Hartweg DIETERICH, *Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitte des 17. Jhdts.*, München: Claudius Verlag 1970 (Reihe: *Jus Ecclesiasticum* Band 10).

8 Das alles ist gut nachvollziehbar. Hugo von St. Victor, insoweit eine Art «Vorläufer» noch der Reformatoren, entwickelte es mit seiner Lehre vom *sacramentum majus* (*ante peccatum*) und *sacramentum minus* (*post peccatum*) ja gar nicht so unähnlich.

Kontrolle der Ehe, die Ehejurisdiktion, von den geistlichen Gerichten der alten Kirche abgezogen werden kann, um dem Landesfürsten und später dem von ihm eingerichteten Konsistorium zugewiesen zu werden. Hätte Luther damals eine Möglichkeit gesehen, diesen Austausch der Kontrolleure ohne Verneinung des Sakramentscharakters durchzuführen, so hätte er es nach meiner Meinung wohl vorgezogen, der Ehe ihren Sakramentscharakter nicht zu nehmen. Jedenfalls bleibt auch bei Luther und erst recht in den folgenden Jahrhunderten, ganz besonders in der zweiten, reaktionären Phase des 19. Jahrhunderts, auch für den Protestantismus die Ehe eine «geheiligte Institution». Sie ist nicht mehr Kernstück der Theologie, nicht mehr das «Sakrament» für den Bund Gottes mit der Seele einerseits, für den Bund Christi mit der Kirche andererseits, aber ihr bleibt, und sei es auch nur aus Opportunismus («Ehe und Familie als Grundlage des christlichen Lebens, des christlichen Staates») der Charakter des Heiligen erhalten. Ich behaupte also, daß Luther den Sakramentscharakter nur gewissermaßen beiläufig, fast zufällig oder besser: notgedrungen und wider Willen geopfert und verneint hat. Ich behaupte weiter, daß sich in der Ideenwelt und Gedankenwelt des Protestantismus kein wirklich neues, authentisches, theologisch fundiertes und verankertes Ehekonzept findet – ebensowenig wie, wir sagten es, in der Ideenwelt und Geistesarbeit des Humanismus. Humanismus und Protestantismus stimmen darin überein, daß sie eine wirkliche und wahre Alternative zum katholischen Ehekonzept nicht hervorgebracht haben. Sie haben nichts hervorgebracht, was der Herrschaft der alten Ideen von Ehe Konkurrenz oder gar ein Ende gemacht hätte.

Das Konzept der christlichen Ehe, wie es die mittelalterliche Theologie entwickelt hat, steht weiterhin konkurrenzlos in der Welt und herrscht mangels Alternative auch in den Köpfen der Humanisten und Protestanten. Erst die Ideenwelt und Gedankenarbeit von Michel de Montaigne (1553-1592) enthält Ansätze zu einem alternativen Modell, das er aber selbst nicht ausgearbeitet hat, und das bis heute noch nicht ausgearbeitet werden konnte, auch nicht von der Aufklärungsphilosophie, auch nicht von Nietzsche, Kierkegaard, Heidegger und Sartre. Aber Ansätze enthält es genug, und wir werden am Ende dieser Abhandlung noch etwas genauer darauf eingehen.

An dieser Stelle müssen wir zunächst die Berichterstattung über die Ehe im Protestantismus fortsetzen und abschließen. Luthers Ehekonzept und seine Vorstellung vom Eherecht stoßen sich an dem der Kanonisten vor allem in der Frage des Elternkonsenses. Luther hat mit größter Entschiedenheit den Elternkonsens für erforderlich und damit die klandestine Ehe für ungültig gehalten. Da er – aus anderen Gründen – den Sakraments-Charakter geleugnet hatte, war auch insofern der Weg zur Nichtanerkennung der klandestinen Ehe frei.

Über diese Frage kam es zu dem bereits von Roderich von Stintzing⁹ erwähnten und kurz erörterten Wittenberger Theologen/Juristenstreit. Zwanzig Jahre nach dem Thesenanschlag war in Wittenberg immer noch unklar, wer eigentlich über die immer häufiger auftretenden Zweifel bezüglich des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe entscheiden solle. Die geistliche Gerichtsbarkeit der alten Kirche war natürlich ausgeschaltet, aber Luther, nachdem er sich in vielen Fällen selbst eingemischt und eingeschaltet hatte, fühlte sich durch die steigende Zahl solcher Fälle und entsprechend wachsenden Arbeitsanfall überfordert und wollte nach Verabschiedung einer generellen Regelung die Entscheidungskompetenz delegieren. Ein Professorengutachten von 1538, gezeichnet von den Theologen Jonas, Cruciger, Bugenhagen und Melanchthon und den Juristen Schürpff und Benedikt Pauli, also ohne unmittelbare Beteiligung Luthers, verlangt die Einsetzung von kirchlichen «Gerichten» neuer Art, den sogenannten Konsistorien. Obgleich darin ein Widerspruch zu der von Luther sonst so energisch vertretenen Auffassung von der weltlichen Rechtszuständigkeit in Ehesachen gesehen werden könnte, ist er damit zufrieden, daß der Kurfürst im gleichen Jahre, 1539 in Wittenberg das «Konsistorium» einsetzt, das als reines Ehegericht tätig ist und jedenfalls von Luther als rein weltliches Gericht definiert wird. Auf Drängen der Wittenberger Theologen unter dem Einfluß Melanchthons kommt es aber mit der Wittenberger Konstitution von 1542 doch zur Einrichtung eines Konsistoriums als geistliche Behörde. Bald jedoch entstehen, ausgelöst durch den spektakulären Fall des Caspar Beyer (1543), einem komplizierten Fall von *matrimonium clandestinum*, den das Konsistorium zugunsten der Gültigkeit, also gegen Luthers Auffassung entscheidet, von neuem die Konflikte. Luther wendet sich mit seinem Brief vom 22. Januar 1544 (WA Briefe Bd. 10 S. 498) empört an den Kurfürsten. Für ihn ist mit der Anerkennung einer Ehe ohne Elternkonsens das Vierte Gebot krass verletzt. 1545 kommt es zu einer neuerlichen Reorganisation der Ehegerichtsbarkeit, wobei in der Justizorganisationsfrage die Konzeption Melanchthons sich durchsetzt, während in der konkreten materiellen Streitfrage der Anerkennung/Nichtanerkennung klandestiner Ehen – ausgehend vom Caspar Beyer-Fall – Luther sich durchsetzt. Vor diesem Hintergrund entsteht, nicht zur *causa Beyer*, aber doch zu einer ähnlich gelagerten *causa*, ein hochinteressantes Gutachten von Hieronymus Schürpff¹⁰, aber auch der Abschnitt des Ehetraktats des Melchior Kling, den er

9 In seiner *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Erste und zweite Abtheilung*, München/Leipzig 1880-1884.

10 Hieronymus Schürpff, 1481-1554, hat es sogar an den Anfang seiner Sammlung ausgewählter Konsilien gestellt. Zu der von Wiebke SCHAICH-KLOSE (*D. Hieronymus Schürpff. Leben und Werk des Wittenberger Reformationsjuristen 1481-1554*, Trogen 1967) geleisteten Transskription, Analyse und Interpretation dieses Gutachtens bleibt vieles nachzutragen.

etwas erweitert in seinen Institutionenkommentar übernommen hat.

Zunächst ein paar Stichworte zum Biographischen¹¹. Melchior Kling, 1504 in Steinau in der Grafschaft Hanau geboren, studierte ab 1528 in Wittenberg Theologie bei Melanchthon und Rechtswissenschaft, insbesondere bei Hieronymus Schürpff (1481-1554), der dort schon seit 1502, zunächst in der Artistenfakultät und seit 1505/1507 als Legent/Professor der Rechtswissenschaft lehrte. 1533 promovierte Kling zum *doctor iuris utriusque*, übernahm ein Jahr später die *Lectura in Sexto* und erhielt 1536 die mit dem Assessor-Amt am Wittenberger Hofgericht verbundene *Lectura ordinaria in decretalibus*. Kling verließ Wittenberg 1553 und trat in den Dienst des Erzbischofs Sigismund von Magdeburg. Er starb 1571 in Halle.

Von seinen Schriften sind der Institutionenkommentar (zuerst 1552) und der aus dessen Teil «*De nuptiis*» hervorgegangene «*Tractatus matrimonialium causarum*» (zuerst 1553) besonders erfolgreich, also auch besonders oft gedruckt¹². Man kann die Popularität gut verstehen: Kling schreibt klar und einfach, gibt ohne im Material zu ertrinken die einschlägigen Allegationen, zeichnet ein klares, wohlstrukturiertes Bild der Meinungs- und Streitlagen zu den einzelnen Streitfragen, und das ganze in einer für die damaligen Vorstellungen mustergültigen Systematik und Gliederung: *definitio* (4b) – *divisio* (27b) – *causae* (33a) – *effectus* (36a) und so oft als irgend möglich auf verschiedenen Systemstufen gegliedert nach den «*quattuor causae*»: *causa efficiens*, *materialis*, *formalis*, *finalis* und schließlich *effectus*. Den Rahmen eines jeden Abschnittes zieht «*definitio*», d.h. er stellt zu Anfang eines Abschnittes eine mehr oder weniger langatmige und komplizierte Definition auf, und erläutert dann Schritt für Schritt deren einzelne Bestandteile.

Zu den Worten «*individuum vitae consuetudinem*» seiner sogleich vollständig mitgeteilten Definition der Ehe erörtert er auch ausführlich die Grenzen, innerhalb deren die Ehegatten voneinander das *debitum conjugale* verlangen können. Diese Erörterung liest sich heute beinahe wie eine Karikatur auf die Rechtswissenschaft, und ich weiß nicht, ob man auch damals bei der Erörterung solcher Fragen schmunzeln oder wenigstens mit den Augen zwinkern durfte oder wirklich völlig ernst bleiben mußte. Ausgangspunkt ist das Apostelwort (1. Kor. 7, 3) *vir uxori debitum reddat – similiter autem et uxor viri* – das dem

11 Vgl. dazu außer MÜTHER (*Der Reformationsjurist D. Hieronymus Schürpff*, Erlangen 1858, und ders. in: *Aus dem Universitäts- und Gelehrtenleben im Zeitalter der Reformation*, Erlangen 1866, S. 178-229; S. 415-454), STINTZING (*Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*), und SCHAICH-KLOSE aaO auch noch Gisela BECKER, *Deutsche Juristen und ihre Schriften auf den römischen Indices des 16. Jhdts.*, Berlin: Duncker & Humblot 1970, S. 129 ff.

12 Die folgenden Zitate und Fundstellennachweise aus der Ausgabe Francoforti apud haeredes Christiani Egenolphi, 1559 (*Matrimonialium causarum tractatus, methodico ordine scriptus, per M. Melchiorum Kling à Steynau, utriusque iuris doctorem*).

in Vers 4 (*mulier sui corporis potestatem non habet sed vir...*) formulierten Selbstbefriedigungsverbot voransteht. Aus dieser «Leistungspflicht» entfaltet sich eine richtige Systematik der «Leistungsstörungen», wie man mit einem *terminus technicus* aus der deutschen Zivilistik, hier in einem zugleich übertragenen und handgreiflichen Sinne angewandt, sagen könnte. Er erörtert z. B. (Bl. 27a) den Fall, daß der Ehegatte eines Leprakranken nicht mehr mit dem Kranken verkehren will, und gibt auf die Frage, ob der Leprakranke hier noch einen Anspruch auf das *debitum conjugale* hat, folgende differenzierte Antwort (Bl. 27a oben): «*tenetur reddere debitum, si potest, nisi esset tantus horror infirmitatis, quod sanus nullo modo posset ad coitum moveri, quia tunc excusatur. Cum nemo ad impossibile obligetur 1. impossibilium ff de regulis iuris* (und entsprechende Regelung aus *De reg. iuris in sexto*)». Soweit so gut, aber nun wird nochmals zwischen der weiblichen und der männlichen Rolle differenziert und die Duldungspflicht der Frau, eben weil sie die nur Duldende sei, verschärft: So fährt er fort: «*Si autem horror non est tantus, quin sanus possit ad coitum moveri, et specialiter uxor, quae solum habet pati, et non agere, et quae sine aliquo motu caloris debitum reddere potest, et tunc non excusatur, per tex. in c. 2 de coniugio leproso...* (X. 4, 8, 2)». Im übrigen darf natürlich der Gesunde den Kranken nicht verlassen, sondern ist, wenn er nicht mit dem Kranken verkehren will, zur Keuschheit verurteilt: «*continere cogitur, quia in matrimonio multi casus occurrunt, in quibus coniuges sine culpa, licet non sine causa continere coguntur.*»¹³

In diesem Zusammenhang erörtert Melchior Kling – mit oder ohne Augenzwinkern – auch den Fall einer Pflichtenkollision, wenn nämlich einerseits der *dominus* an den *servus uxoratus* (heute würden wir sagen: der «Arbeitgeber» an den – verheirateten – «Arbeitnehmer») und andererseits die Ehefrau an den (jenem als *servus* dienenden) Ehemann gleichzeitig ihre je unterschiedlichen Forderungen stellen. Melchior Kling als guter Jurist antwortet, es sei zu differenzieren: es komme darauf an, wie dringlich der Herr der Dienste des

13 Ähnliche Gedankengänge schon bei Hugo von St. Victor im einschlägigen Cap. VI («*De iis, qui occulte nubunt, vel postquam nupserint contra conjugium aliqua veranda faciunt*, PL 176 Sp. 488-494) seines Sakramentstraktates, wo er den Paulustext 1. Kor. 7 («*Vir potestatem corporis sui non habet, sed mulier*» –und *viceversa*) ins Spiel bringt, um auszuführen: wer das Verlangen an den anderen zu stellen nicht (mehr) berechtigt ist, darf sich aber dessen –weiterbestehenden– Anspruch aufs *debitum conjugale* gleichwohl nicht entziehen: «*Vir potestatem corporis sui non habet, sed mulier. Similiter mulier potestatem corporis sui non habet sed vir* (1. Kor. 7). *Potest ergo vir sive mulier peccando facere, ut potestatem in corpore alterius perdat; sed facere non potest ut alteri potestatem sui corporis quantum in se est tollat. Quod sui juris est perdere potest; quod suum non est tollere non potest. Sic ergo et si aliquando faciat ut debitum suum in corpore alterius jure exigere non possit, non tamen facit ut debitum alterius in suo corpore jure negare possit.*».— Mehr zu dieser dort auch im Kontext interpretierten Stelle in der in Anm. 4 erwähnte Studie.

Sklaven bedürfe, insbesondere ob er seiner zur Abwendung von Lebensgefahr bedürfe. Andernfalls könne er warten, bis der Mann seiner Frau das *debitum conjugale* geleistet habe : «*Si autem dominus exigendo servitium a servo suo uxorato, et uxor in exigendo debitum carnale concurrant, quaeritur utrius petitio praeferatur, domini vel uxoris, et respondetur, si periculum mortis imminet domino, forte supervenientibus suis capitalibus inimicis, et tunc dimittat uxorem importunam, et subveniat domino... Aut non imminet tale periculum domino, et tunc uxori potius est obediendum, maxime ubi periculum fornicationis immineret. Unde eo casu tenetur dominus modicum expectare. Quia cito poterit servus obedire.. Et in mora modici temporis non est magnum damnum (D 5, 1, 21)*». Kling schließt mit dem Hinweis, dieser Fall sei in der Glosse «*servitia*» zu X. 4, 9, 1 erörtert und von den Doktoren disputiert: *et doctores disputant*¹⁴.

Man stelle sich eine ähnliche Diskussion heute, etwa unter Arbeitsrechtlern, vielleicht in der arbeitsrechtlichen Sektion eines «Deutschen Juristentages» vor: Darf der Arbeitnehmer die Arbeit mit der Begründung versäumen, er habe insbesondere wegen *periculum fornicationis* eine *mora modici temporis* für das *debitum conjugale* gebraucht?

Doch wir eilen nun zu dem Abschnitt «*De consensu parentum*», den Kling im Rahmen der Erörterung seines normativen Eheleitbildes nach der Zwischenüberschrift «*De causa efficiente*» Bl. 33 b – 34 b der genannten Ausgabe Frankfurt 1559 erörtert.

Wir erfahren aus dieser Eingliederung schon das Wesentliche: Die dem normativen Eheleitbild gemäße, also die erlaubte (d.h. nicht durch Ehehindernisse verbotene), die öffentliche (d.h. nicht die klandestin geschlossene) und die unbedingt geschlossene Ehe (*nuptiae licitae publicae purae*) bedarf als einer von mehreren *causae efficientes* des Elternkonsenses! Wir erkennen aus dieser Gliederung auch, daß Kling die Erörterung der Erforderlichkeit/Entbehrlichkeit des Elternkonsenses von der des *matrimonium clandestinum* abgetrennt hat. Das *matrimonium clandestinum* wurde ja, wie man schon der nach «Klammertechnik» erstellten Teilgliederung (Bl. 27 b - 28 a) entnehmen kann, zuvor (Bl. 29 b - 31 b) erörtert, und zwar *ohne* Erwähnung der Frage des Elternkonsenses, die doch für Luther der eigentliche Kernpunkt der ganzen Kontroverse um das *matrimonium clandestinum* war. Kling macht schon durch seine Gliederung klar, daß sich dem Juristen als dem Professionellen die Dinge eben anders darstellen als dem Laien.

Wir wollen zuvor den Gesamtrahmen skizzieren. Die vollständige Definiton des *matrimonium consummatum* lautet (Bl. 4 b): «*Coniunctio maris et foeminae,*

¹⁴ Die Stelle X. 4, 9, (*De conjugio servorum*) 1 lautet: «*Et, si contradicentibus dominis et invitis contracto fuerint, nulla ratione sunt propter hoc ecclesiastico iudicio dissolvenda: debito tamen et consueta servitia non minus debent propriis dominibus exhibere.*»

consentiens, libera et legitima, individuum vitae consuetudinem, divinae humane iuris communicationem continens.» Die einzelnen Glieder dieser Definition bestimmen im folgenden, und zwar bis Bl. 7 den Aufbau. Von dem ersten Glied, dem Wort «coniunctio», geht er sofort zu dessen Attributen. Unter dem Wort «consentiens» erörtert er Bl. 4 b unten bis Bl. 7 a Mitte die gesamte Irrtumslehre. Mit dem Wort «libera», unter der Überschrift «coniunctio libera» erörtert er die außerordentlich wichtige Frage der Anfechtbarkeit des Ehekonsenses wegen metus¹⁵ (Bl. 7 a - 8 b). Das Wort «legitima», unter der Überschrift «coniunctio legitima», erlaubt die Erörterung der Abgrenzung von Ehe und Konkubinat. Konkubinat war nach Zivilrecht dem Ledigen erlaubt, dem Verheirateten nicht gleichermaßen. Nach kanonischem Recht ist es schlechthin verboten: quia nulli licet scire mulierem praeter uxorem. Aber weil diese strikte Einschränkung besteht, also alle «Ausweichmöglichkeiten» verbaut sind, *muß* der ehliche Verkehr von Rechts wegen wechselseitig gewährt werden, und *müssen* – wir sahen es – dem Verweigerungsrecht enge Grenzen gezogen werden. Auch die Unfruchtbarkeit der Ehe erlaubt *nicht* das Ausweichen ins Konkubinat: «sanctus est defungi sine liberis, quam illicito concubinato stirpem quaerere (C. XXXII qu. 4 c. 8 (Bl. 8 b)).» Immer noch unter der Überschrift «coniunctio legitima» wird dann (Bl. 11 a - 26 b) das System der Ehehindernisse vorgestellt, wobei, als impedimentum septimum besonders ausführlich und teilweise auch besonders erheiternd die Probleme der verschiedenen Arten der Impotenz erörtert werden (Bl. 14 a - 18 b). Unter der Überschrift «Individuum vitae consuetudinem» wird (Bl. 26 b - 27 b) die Pflicht zur Gemeinschaft von Tisch und Bett erörtert – mit der schon vorgetragenen Fallkonstruktion der «Pflichtenkollision» zwischen Arbeitsplatz und Ehebett. Das Definitionsglied «divini iuris» ist Bl. 27 b in 4 Zeilen erledigt, ebenso in vier Zeilen der letzte Teil der Definition, und Kling kann nach Erledigung der «definitio» jetzt zur «divisio» übergehen (Bl. 27 b: et tantum de definitione, sequitur nunc divisio). Die nun hier in der beliebten «Klammertechnik» mitgeteilte Einteilung bestimmt den weiteren Aufbau bis Bl. 37 b. Die Erörterung des normativen Leitbildes der Ehe: erlaubt, öffentlich, unbeding (licitae, publicae, purae) gliedert sich ihrerseits nach den (quattuor) causae und effectus (Bl. 33 a - 36 b). Zu den effectus gehört auch die Bl. 36 b - 37 b kurz erörterte Legitimation unehelich geborener Kinder durch die nachfolgende Ehe.

Am Ende dieses Abschnittes bringt er noch einmal das Gesamtgliederungsverfahren in Erinnerung und geht dann zu den Eheauflösungsgründen über: «Et tantum de definitione, divisione, causis, et effectibus matrimonii. Nunc dicemus, quibus modis matrimonia contracta dissolvantur (Bl. 37 b).»

¹⁵ Dazu neuerdings Jochen OTTO, *Zwang zur Ehe. Das matrimonium metu contractum*, Diss. Frankfurt 1987.

Wir werfen nun noch einmal einen Blick auf die in «Klammertechnik» angefertigte *divisio*. Die Verteilung der einzelnen Themen auf die verschiedenen Stellen ist keineswegs willkürlich, sondern folgt einem bestimmten und konsequent durchgehaltenen logischen Prinzip. Die *divisio* ist streng logisch strukturiert, und zwar im Hinblick auf das von mir sogenannte «normative Leitbild» der Ehe, nämlich der erlaubten (nicht durch Ehehindernisse verbotenen), öffentlichen (nicht klandestin zustandegekommenen) und unbedingten Ehen: «*nuptiae licitiae publicae purae*». In der *divisio* wird nun auf den einzelnen Einteilungsstufen zunächst das dem normativen Leitbild *nicht* Entsprechende erörtert. Das dem normativen Leitbild jeweils Entsprechende bleibt auf den einzelnen Gliederungsstufen jeweils aufgespart, damit es für weitere Untergliederungen, die den Gang der noch bevorstehenden Erörterung bestimmen, verfügbar bleibt. So findet man also in dieser *divisio* die dem normativen Leitbild entsprechende Ehe, also die «*nuptiae licitae publicae purae*», erst ganz unten, ganz zuletzt denn auch im Kontext (33 a - 36 b), aber an einer Stelle, die dann die weiterführende Unterscheidung nach (*quattuor*) *causae* und *effectus* erlaubt.

Wir waren schon bei der Stelle (Bl. 37 b), wo Kling das Verfahren nochmals selbst resümiert: «*Et tantum de definitione, divisione, causis, et effectibus matrimonii. Nunc dicemus, quibus modis matrimonia contracta dissolvantur*». Die dann noch folgenden Themen sind durch die Überschrift «*De dissolutione matrimonii*» (Bl. 37 b) zusammengehalten. Das entspricht einer üblichen Gliederungstechnik, auch in anderen Rechtsgebieten. Auf die Erörterung des Zustandekommens des Rechtsverhältnisses und der sich aus ihm ergebenden Pflichten folgt die Darstellung möglicher Beendigungsarten.

Bei der Ehe sind dies zwei: Tod und Scheidung (Bl. 37 b). Das *divortium* geschieht zunächst aus vier Gründen (Bl. 39 a), «*propter adulterium, propter infidelitatem, propter impotentiam coeundi und propter continuas insidias coniugis*». In der mehr oder weniger ausführlichen Erörterung dieser vier möglichen Scheidungsvoraussetzungen werden die Meinungsverschiedenheiten zwischen Theologen und Juristen und auch zwischen römischem (*zivilem*) und kanonischem Recht herausgearbeitet. Blatt 40 a Mitte beginnt eine hochinteressante Erörterung eines weiteren, fünften Scheidungsgrundes, nämlich *propter desertionem*, der zwischen Theologen und Juristen besonders umstritten ist: «*Theologi nostri temporis addunt quintam causam, scilicet desertionem, hoc est, si maritus deseruit uxorem, vel ipsa maritum. In hac causa Canonistae cum Theologis non conveniunt*». Die Darstellung dieses in der Praxis jener Zeit außerordentlich wichtigen Problems (Bl. 40 a - Bl. 43 a), die Art und Technik der Argumentation, die Auswahl der herangezogenen Autoritäten, all dies wäre ein sehr lohnendes, hier aber leider zu übergehendes Thema. Wir müssen uns

insoweit auf Melchior Klings Schlußbemerkung beschränken (Bl. 43 a): «Relatae sunt duae opiniones; Nostrum autem non est decidere et pro vero statuere in hac ardua et disputabili quaestione. Hoc autem dici potest, quod etiam de iure Canonico non est iudicanda pro adultera, quae maritum diu malitiose absentem non expectaverit, sed autoritate Ecclesiae alii nupsit...»

Am Schluß des Traktats folgt auf Ausführungen zur redintegratio, also der «Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes» nach ausgesprochener Scheidung, die praktisch weit wichtigere Erörterung der Möglichkeit einer Wiederverheiratung nach Scheidung und gescheiterter redintegratio. Auch hier gibt es Kontroversen zwischen Theologen und Juristen, insbesondere in der Frage, ob nach Scheidung wegen adulterium der schuldlose Teil zu Lebzeiten des schuldigen Teils wieder heiraten darf, was die Theologen rundweg ablehnen. Damit endet der Traktat.

Die Erörterung der Probleme des matrimonium clandestinum, denen wir uns nun endlich zuwenden, findet sich zunächst (Bl. 29 b - 31 b) unter der Überschrift «De nuptiis licitis», also im Rahmen der bereits erwähnten Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Ehen, mit denen die in «Klammertechnik» angefertigte divisio (Bl. 27 b - 28 a) beginnt. Die nuptiae illicitae werden vorweg erörtert, übrig bleiben die nuptiae licitae. Diese, die erlaubten Ehen also gliedern sich nun in nuptiae clandestinae und nuptiae publicae.

So hat Melchior Kling schon durch die Gliederung seinen Standpunkt vertreten und mitgeteilt: das matrimonium clandestinum ist auch für den Wittenberger Reformationsjuristen des Jahres 1553 ein matrimonium *licitum*, eine *erlaubte* Ehe. Allerdings wird diese Einordnung sogleich relativiert und eingeschränkt. Das matrimonium clandestinum ist nämlich nur *licitum*, insoweit es der Definition der nuptiae licitae unterfällt, die nämlich lautet: «nuptiae licitae dicuntur, quae ratione graduum consanguinitatis, affinitatis, et aliorum impedimentorum... non sunt prohibitae». Das ist logisch korrekt. Bestehen schon von Rechts wegen Ehehindernisse, so braucht gar nicht mehr geprüft zu werden, ob das matrimonium clandestinum im Hinblick auf die clandestinitas für gültig gehalten werden kann oder nicht. So ist es auch korrekt, wenn er sogleich in der einleitenden Definition der nuptiae clandestinae zum Ausdruck bringt, daß sie zwar *nicht* – im oben definierten Sinne – *illicitae*, gleichwohl aber *prohibitae* sind: «Clandestinae dicuntur (nuptiae), quae clam contrahuntur, et quamvis ratione impedimentorum illicitae non sint, tamen sunt prohibitae, ut infra patebit (29 b)». Die klandestinen Ehen werden nun wieder zweifach unterschieden: erstens: die Eheschließenden sind allein und ohne Zeugen (Bl. 29 b - 39 b), zweitens: der Eheschließung fehlen die solennitates (Bl. 30 b - 31 a). Die solennitates gliedern sich ebenfalls zweifach, nämlich erstens in solche, die bloß de honestate sunt, quae sine causa omitti possunt, und zweitens solche,

die derart sind, quod sine causa omitti non possunt. Die letzteren sind wieder zweierlei, nämlich erstens benedictio sacerdotis und zweitens banna sive proclamatio in ecclesia. Obwohl es von großem Interesse ist, daß Kling eine solche zweite Gruppe der nuptiae clandestinae (denen die solennitates mangeln) bildet, müssen wir uns doch auf die erste Gruppe, nämlich die zeugenlose Eheschließung beschränken. Hier (also bei Erörterung der ersten Gruppe, der «eigentlichen» matrimonia clandestina, Bl. 29 b - 30 b) finden wir nun nach rund 400 Jahren nochmals die Kasuistik jener anderen Orts genauer referierten Überlegungen aus dem großen Sakramentstraktat des Hugo von St. Victor¹⁶. Auch Kling erörtert hier den für die Praxis damals (Hugo) wie jetzt (Kling) schwierigsten Fall, daß die Behauptung eines Eheschlusses, den der andere bestreitet, nicht bewiesen werden kann. Diese Ehe, obwohl sie nicht bewiesen werden kann, ist doch vor Gott und in foro conscientiae gültig: «Si vero non probat.. valet quidem, quoad Deum, in foro conscientiae». Deshalb darf keiner der beiden zu Lebzeiten des anderen anderweitig heiraten. «Igitur hoc casu neuter ex contrahentibus altero vivente cum alio contrahere potest». Dies ist der Grund, aus dem die matrimonia clandestina – obwohl licitae – doch prohibitae sind: nämlich wegen der Gefahr für die Seelen: «Et haec est ratio, quare clandestina matrimonia prohibita sunt, scilicet periculum animarum.» Denn wenn einer von beiden anderen Willens wird, kann es dem Richter nicht bewiesen werden. «Quia mutata voluntate alterius sponsorum, non potest fieri fides iudici. Unde si convolant ad secunda vota, parant sibi laqueum». Kling erörtert dann weiter auch den bereits von Hugo diskutierten Fall: der schuldbewußt in heimlicher, gültiger Ehe Verheiratete darf in der zweiten von ihm eingegangenen Ehe das debitum conjugale nicht leisten, er muß sogar, wenn er deswegen belangt wird, die excommunicatio erleiden: «debet potius excommunicationem ferre, quam contra conscientiam debitum reddere». Kling führt dazu unter anderem schließlich auch die uns schon bekannte Stelle C. XXX qu. 5 c. 11, wo Gratian in einem abschließendem dictum genau diesen Fall erörtert: «apparet clandestina coniugia ideo esse prohibita, quia, cum alter eorum conjugalem affectum se ad alterum habuisse negare voluerit, legitimis probationibus convinci non poterit, quibus deficientibus, iudicis sententia rite absolutus, reatum adulterii uterque incurrit, dum utroque eorum vivente aliis se copulaverit».

Damit ist aber der eigentliche Hauptstreitpunkt zwischen Theologen und Juristen in Wittenberg, nämlich der über das Erfordernis des Elternkonsenses, noch gar nicht angesprochen. Kling trennt ihn von der Erörterung des matrimonium clandestinum ab, so als wollte er die von Luther in einen Topf geworfenen Probleme zunächst einmal sorgfältig und lege artis auseinan-

16 Vgl. die in Anm. 4 erwähnte Studie.

derdefinieren, um damit zu zeigen, wie ein Jurist – anders als Luther – ordentlich an die Sache herangeht. Aber es scheint, als wolle er das heiße Eisen doch nur zögernd anfassen, oder als liefe er wie die Katze eine Zeitlang um den heißen Brei herum. Das Reizthema ist auf der Bl. 27 b - 28 a mitgeteilten Gliederung gar nicht aufgeführt, gar nicht mit einem Stichwort ausgeworfen, kommt im Rahmen dieser doch immerhin vier-bzw. fünfgliedrigen Auffächerung der Themen noch gar nicht vor. Wir finden es, von jener Gliederung ausgehend, erst unter dem letzten der dort aufgeführten Themen, nämlich unter den *nuptiae licitae publicae purae* (Bl. 33 a –36 b), also den erlaubten, öffentlichen, unbedingten. Die Untersuchung dieser Art Ehen, also der erlaubten, öffentlichen, unbedingten (*licitae publicae purae*) gliedert sich nun ihrerseits wieder nach den *quattuor causae*: *causa efficiens*, *materialis*, *formalis*, *finalis* und schließlich *effectus*. Nun ist er aber beinahe dran am heißen Eisen, am heißen Brei, denn unter «*causa efficiens*» der (erlaubten, öffentlichen, unbedingten) Ehe kommt nun endlich das Reizwort: *de consensu parentum*. Wir sind also bei der *causa efficiens* der (erlaubten, öffentlichen, unbedingten) Ehe. Deren *causa efficiens principalis* ist Gott, der die Ehe eingesetzt hat, und zwar in *paradiso ante peccatum*. *Causa efficiens secundaria* ist nun endlich der *consensus*, wobei Kling erstaunlicherweise nach so langem Zögern sogleich den *Elternkonsens* thematisiert, als wäre er unter den beiden *causa efficientes secundariae* wichtiger (oder vielleicht näher an der *causa efficiens primaria*: Gott) als der erst danach (Bl. 35 a - 36 a) abgehandelte *consensus contrahentium*. Die Erörterung des *Elternkonsens* erstreckt sich also, an *dieser* Systemstelle endlich untergebracht, über drei Seiten (Bl. 33 b - 34 b), die zunächst einmal im Kontext gelesen und referiert werden müssen, wobei die folgende, weitgehend wörtliche Übersetzung auch die Denkweise und Argumentationsstruktur wiedergeben mag.

II

De consensu parentum/über den Konsens der Eltern

Nach *ius civile* gehört der Konsens der Eltern in der väterlichen Linie zur *substantia matrimonii*, so sehr, daß, wenn die Kinder ohne den Konsens der Eltern die Ehe eingegangen sind, diese Ehen nichtig sind und die Kinder, die aus einer solchen Ehe geboren sind, nicht legitim sind und ihre Eltern nicht beerben (Inst. 1, 10, 1 und 12 ; D. 1,5,11; C. 5,4,5; D. 23.2.2 und 3). Und achten Sie darauf, daß ich gesagt habe: *de linea paterna*, in der väterlichen Linie, weil die Mutter und die Aszendenten in der mütterlichen Linie ihre Kinder nicht in *potestate* haben. Deshalb wird auch deren Konsens nach *ius civile de necessitate* nicht verlangt (Inst. 1, 9, 3).

Nach kanonischem Recht aber ist der Konsens der Eltern nicht *de necessitate*, sondern *de honestate*, d.h. daß die Kinder zwar nicht ohne den Konsens der Eltern, in deren *potestas* sie sind, Ehen schließen sollen. Wenn sie aber dennoch die Ehe ohne Konsens der Eltern eingehen und ein anderes Hindernis nicht entgegensteht, so darf eine solche Ehe nicht aufgelöst werden (*C. 27 q. 2 c. 2*; in *Sexto 4, 2*). In geistlichen und das Gewissen betreffenden Dingen hat nämlich die *patria potestas* nicht eine so große Autorität wie in den übrigen Verträgen (*X. 2, 1, 3*). Dies deshalb, weil die *patria potestas* nicht von Naturrecht her, auch nicht vom *ius gentium* her, sondern nur vom *ius civile* her besteht (*Inst. 1. 9, 2*).

Es war aber in unseren Tagen zwischen Theologen und Kanonisten über diesen Punkt ein großer Streit, in dem die Theologen die diesen Fall betreffende Entscheidung des *ius civile*, die Kanonisten aber das kanonische Recht gebilligt und angenommen haben.

In einem Punkt freilich stimmen sie überein, daß nämlich beim Abschluß der Ehe der Elternkonsens erwünscht ist und daß die Kinder sich schlecht benehmen, wenn sie ohne den Konsens der Eltern die Ehen schließen.

Allein darüber wird gezweifelt, ob, wenn die Ehe schon ohne den Konsens der Eltern abgeschlossen ist, und die Kontrahenten im übrigen auch schon im richtigen Alter sind und kein anderes Hindernis entgegensteht, wegen des Fehlens des Elternkonsenses die Ehe getrennt oder aufgehoben werden muß.

Was nun diese Frage über die schon geschlossene Ehe betrifft, so stimmen Theologen und Kanonisten in einigen Punkten überein, in anderen nicht. Damit Du verstehst, worum es geht, unterscheide deshalb folgendermaßen: Entweder ist nach Abschluß der Ehe ohne Elternkonsens die Angelegenheit nicht mehr «*integer*» (*res non est integra*), sondern die *copula carnis* ist schon erfolgt: Hier stimmen Theologen und Kanonisten darin überein, daß die Ehe, auch wenn der Konsens der Eltern fehlt, nicht geschieden werden kann, die Theologen in Anbetracht des (zu vermeidenden) größeren Skandals, die Kanonisten haben ausdrücklich einen Text in *c. cum causa de raptoribus* (*X. 5. 17.6*).

Aber hier ist folgende Erwägung anzustellen: diejenigen, die die Beachtung des *ius civile* so dringend fordern, können den Unterschied, ob die Angelegenheit noch *integer* ist oder nicht, nicht berücksichtigen. Nach *ius civile* nämlich sind die ohne den Konsens der Eltern zustande gekommenen Ehen auch dann nichtig, wenn die *copula carnalis* schon stattgefunden hat. Die aus einer solchen *copula* entstandenen Kinder sind folglich illegitim¹⁷. Oder aber nach Eingehung der

¹⁷ Die hier benutzte Druckfassung (Frankfurt 1559) hat «*legitimi*», was aber (vgl. *Inst. 1,10,12*) Druckfehler ist.

Ehe ohne Elternkonsens ist die Angelegenheit noch integer, d.h. die copula carnalis ist nicht nachgefolgt, und für diesen Fall unterscheide folgendermaßen: Entweder sind die Eltern der Kontrahenten streng und hart (*duri*), daß sie ihre Kinder an der Eheschließung hindern oder keine Gelegenheit dazu schaffen wollen, und in diesem Fall stimmen Theologen und Kanonisten gleichfalls überein, daß die Ehe gilt. Die Kanonisten haben den canon «*sufficiat*» (C. 27 q. 2, c. 2). Die Theologen berufen sich auf das *ius civile*, wie z.B. D. 23, 2, 19.

Oder die Eltern sind nicht in culpa, haben also weder die Eheschließung verhindert noch nachlässig betrieben, und die Kinder haben die Ehe gleichwohl ohne Elternkonsens geschlossen. Für diesen Fall sage folgendes: Entweder schweigen die Eltern, sind also nicht mehr ausdrücklich dagegen, und in diesem Fall gilt die Ehe nach der Meinung beider (sowohl der Theologen wie der Kanonisten), denn durch ihr Schweigen scheinen sie es zu genehmigen, zu ratifizieren, und die Ratifikation wirkt zurück und wird wie ein *mandatum* angesehen. Die Theologen haben für ihre Meinung das Beispiel des jüngeren Tobias, den der Engel Raphael ohne das Wissen seiner Eltern mit Sarah, der Tochter Raguels, verheiratet hat, wie in Tobias 6 ausgeführt wird. Diese Ehe war gültig, obwohl die Angelegenheit nicht mehr integer war, als sie zur Kenntnis der Eltern gelangt. Die Kanonisten berufen sich auf den erwähnten canon «*sufficiat*».

Oder die Eltern schweigen nicht und sind weiterhin ausdrücklich dagegen, und der junge Mann bleibt weiterhin ungehorsam und hält nach dem Eheschluß an seinem Vorsatz fest. Wenn in einem solchen Fall die Ehe schon konsummiert wurde, so gilt sie nach der Meinung beider (Theologen und Juristen), und die aus ihr entstehenden Kinder sind legitim. Die Theologen berufen sich auf das Beispiel von Esau aus Genesis 28, 9. Bei den Kanonisten läßt der erwähnte canon «*sufficiat*» keinen Zweifel.

Oder der Junge kehrt zu den Eltern zurück und unterwirft sich nachträglich, also nach der bereits erfolgten Eheschließung, ihrer Ablehnung. Für diesen Fall sage folgendes: Entweder ist der Teil, der den anderen zum Eheschluß verleitet hat, ehrenhaft oder von gleichem Stand. In diesem Falle lassen die Theologen die Trennung kaum jemals zu. Den Kanonisten gilt auch in diesem Falle die Ehe unzweifelhaft als gültig.

Oder der Teil, der den anderen ohne Elternkonsens mit List verleitet hat, ist nicht von gleichem Stande und unehrenhaft oder vielleicht sogar «*vilis*». Und dies ist die eigentlich streitige Fallkonstellation. Die Kanonisten nämlich urteilen, die Ehe sei nicht aufzuheben, die Theologen umgekehrt.

Die Kanonisten berufen sich auf die oben genannten Stellen des *ius civile* und außerdem auf das Wort Christi in Matthäus 19,5: deswegen wird ein Mensch Vater und Mutter verlassen und seinem Weibe anhängen usw., und

durch diese Worte ist die Ehe nach Genesis 2, 24 im Paradies eingesetzt. Und obgleich dem Vierten Gebot zufolge das Ehren von Vater und Mutter allgemeine Regel ist, so scheint durch jene Eheeinsetzungsworte eine Ausnahme von dieser Regel geschaffen worden zu sein, so daß die allgemeine Regelung durch eine besondere aufgehoben ist (D. 48, 19, 41). Dies kann nicht durch den Einwand entkräftet werden, diese Ausnahmeregelung spräche nicht von der Verlobten, sondern von der Gattin, weil der Text nicht sage, er werde seiner Verlobten anhängen, sondern er werde seiner Gattin anhängen usw. Auf diesen Einwand ist nämlich zu entgegnen, daß mit der Bezeichnung «Gattin» auch die Verlobte erfaßt wird, wie sich aus 5. Moses 22 ergibt, wo es heißt, wenn jemand mit einem verlobten Mädchen schläft, soll er sterben, denn er hat die Gattin seines Nächsten erniedrigt. Und in Matthäus 1, 20 sagt der Engel zu Josef: «Fürchte nicht, Maria als deine Gattin anzunehmen», und dies, obwohl sie zu dem Zeitpunkt nur Verlobte waren.

Die Theologen haben als erstes die oben schon angeführten Texte des *ius civile* auf ihrer Seite. Zweitens haben sie das Vierte Gebot: Du sollst deinen Vater und deine Mutter ehren. Drittens haben sie den Text aus 5. Mose 7,3: Du sollst deine Tochter nicht dem Sohn der Kanaer geben, und du sollst nicht dessen Tochter annehmen als Gattin für deinen Sohn. Aus diesen ergibt sich, daß Gott die potestas der Eheschließung den Eltern übertragen hat, indem er sagt, Du sollst nicht deine Tochter geben usw. Andernfalls hätte er gesagt: ihr Kinder sollt nicht als Gatten annehmen usw. Viertens berufen sich die Theologen auf den Text 4. Moses 30, 4 - 6: Wenn ein Weib dem Herrn ein Gelübde tut und sich verbindet, solange sie in ihres Vaters Hause und solange sie noch in ihren Mädchenjahren ist, und ihr Vater erfährt von dem Gelübde usw. Und wenn er dazu schweigt, so gilt ihr Gelöbniß. Wenn er aber davon erfährt und alsbald widerspricht, so soll ihr Gelübde ungültig sein usw. Und obwohl dieser Text nicht die Ehe erwähnt, so kann er Kraft *argumentum a minori ad maius* gleichwohl auf sie bezogen werden.

Schließlich begründen die Theologen ihre Auffassung (der Unwirksamkeit derartiger Ehen) noch mit folgender, freilich falscher Rechtsauffassung: Wenn eine ohne Elternkonsens geschlossene Ehe einfach gelten würde, so würde es jedem x-beliebigen unbekanntem und niedrigen Menschen freistehen, die Tochter irgend eines Vornehmen gewissermaßen zu stehlen, sie zu täuschen, obwohl doch die Arglist, die den Ehevertrag als *contractum bonae fidei* zustandegebracht habe, *ipso iure* zur Nichtigkeit führen müsse (D. 4, 3. 7). Das ist aber eine absurde, unpassende und auf einer falschen Rechtsauffassung beruhende Allegation. Denn obwohl in einem solchen Falle in der Tat Arglist beim Eheschluß im Spiel war, entscheiden Glosse und Doktoren gleichwohl, daß die Ehe dennoch gelten solle. So entscheidet die Glosse zu X. 1, 50. 6, die Glosse

zu C. 20, q. 3 c, 5 und die Glosse zu D. 23, 2, 58. Sogar wenn die Frau mit der arglistigen Täuschung, sie habe Vermögen, den Jüngling betrügerisch zum Eheschluß bewegt, und nachher stellt sich heraus, daß sie nichts hat, bewirkt diese Arglist (nach Jason zu C. 3, 3, 12) nichts gegen die Wirksamkeit der Ehe.

Schließlich verwahren sich die Theologen in ihren Schriften dagegen, daß sie nicht weltlichen Gerichten Gesetze auferlegen wollen, sondern nur in foro poenitentiali Rat erteilen wollen.»

III

Welcher Eindruck bleibt nun von dieser Quellenlektüre? Was folgt daraus? Viererlei möchte ich hervorheben.

1) Zunächst zeigt sich Melchior Kling als Meister, ja als Virtuose einer übersichtlichen, wohlgegliederten Problemerkörterung. Er erreicht dies, indem er durch fortschreitende Untergliederung der allgemeinen Fallgruppe «Elternkonsens fehlt» schließlich an den Punkt, an die ganz besondere Fallgruppe gelangt, wo die eigentliche Kontroverse angesiedelt ist, wo weiterhin hart gegensätzliche Standpunkte vertreten werden. Das ist der Fall, wo *nach* Eheschluß noch *res integra*, die Ehe also noch *nicht* durch copula carnalis consummata ist, wo ferner außerdem die Eltern *nicht* in culpa sind (weil sie *nicht* dem Kind die Ehe grundsätzlich verweigert oder nicht genug Gelegenheit geschaffen haben), wo es ferner (immer noch in der Fallgruppe «res integra») die Eltern *nicht* nachträglich stillschweigend oder ausdrücklich genehmigen, wo sich aber der junge Mann oder genauer der puer (plötzlich ist nur noch vom männlichen Teil, und zwar als «puer» die Rede) anders besinnt und zu den Eltern zurückkehrt, redit ad parentes, und sich ihnen unterwirft: se subicit ipsorum voluntati. Für diesen Unter-Unterfall wird nun nochmals differenziert, ob das Mädchen von gleichem oder geringerem Stande ist. Wenn auch der andere Teil (jetzt wird es wieder geschlechtsrollenneutral formuliert) von gleichem Stande und ehrenhaft ist, so gewähren auch die Theologen «non temere» – «nicht leichtfertig», das heißt also regelmäßig *nicht* – die Trennung (separatio, meint aber hier dasselbe wie divortium), die von den Kanonisten ohnehin strikt abgelehnt wird. Ist aber der andere Teil nicht standesgleich, ist er unehrenhaft (inhonesta) oder noch weniger (vilis), und hat er – was bei dieser Fallkonstellation offenbar unterstellt wird – den anderen Teil mit List zur Eheschließung gebracht, dann wollen die Theologen trennen/scheiden, während die Kanonisten auch hier die Ehe für gültig erachten. Es ist also *allein diese letzte* Fallkonstellation, um die der Streit entbrannt ist. Mit dieser Darstellungstechnik hat Kling erreicht, daß zunächst einmal ein weites Feld des

Konsenses zwischen Theologen und Juristen bleibt, auf dem die einen wie die anderen die Gültigkeit der Ehe bejahen. Es muß also immer geprüft werden: liegt wirklich der Fall so, wie hier herausgearbeitet: *res integra*, keine *Eltern-culpa* etc etc, ist also wirklich ein solcher Ausnahmefall gegeben, daß man überhaupt darüber streiten muß? Oder ist es einer aus der – wie es hier scheint – weit größeren Fallgruppe, wo sich Theologen und Juristen ohnehin über die Gültigkeit einig sind.

Was Kling hier macht, ist natürlich ein «Darstellungstrick», denn die Fallkonstellationen, die in *seiner* Darstellung zur *Ausnahme* stilisiert sind, bilden eben vor Gericht den *Regelfall*. Trotzdem – oder deswegen gerade – ist seine Darstellung meisterhaft, trägt sehr viel dazu bei, das Problem «auf den Punkt zu bringen».

2) Das zweite, hier Hervorzuhebende findet sich im vorletzten Absatz Bl. 34 a, mit dem die diesbezügliche Erörterung abschließt: Lesen wir es genau: Die Theologen protestieren in ihren Schriften, sie wollten *nicht* den Richtern in foro *contensioso et iudiciali* Gesetze auferlegen, sondern nur für das forum *poenitentiale* Rat geben. Damit hat er das Problem weiter heruntergespielt, andererseits aber doch nur verlagert, denn natürlich kennt er sehr genau den Streit darüber, ob die in Wittenberg eingerichteten Ehegerichte (Konsistorien) denn eigentlich geistliche oder weltliche Gerichte sind oder sein wollen.

3) Der dritte Punkt ist im Zusammenhang «Römisches Recht, Humanismus, Reformation» vielleicht der wichtigste. Die Darstellung Klings läßt keinen Zweifel: das römische Recht, das *ius civile* verlangt den Elternkonsens, genauer: den väterlichen: Das steht gleich ganz vorn: *de iure civili consensus parentum in linea paterna est de substantia matrimonii...* mit Berufung auf die Institutionenstelle (1, 10, 1 - 12) und auf verschiedene weitere Stellen aus *Digesten*, *Institutionen* und *Codex* (D 1, 5, 11; C 5, 4, 5; D 23, 2; Inst. 1, 9, 3). Kling akzeptiert also nicht das Ergebnis jener zweifelhaften, in der klassischen Kanonistik aber gängigen Versuche, den Sinn der Texte D 23, 1, 7 (Paulus) und D 23,1, 12 (Ulpian) umzukehren¹⁸. Diese und deren Ergebnisse werden gar nicht mehr erwähnt, werden totgeschwiegen. Die Kanonisten haben Kling zufolge für ihre Meinung, Elternkonsens sei *nicht* erforderlich, den einschlägigen Text «*sufficiat*» (C. XXVI qu. 2 c. 2), und das ist genug. Dieser Text ist für sich selbst hinreichende Autorität. Er braucht sich nicht mehr seinerseits auf römisches *ius civile* als Autorität zu berufen. Kanonisches Recht kann mit eigenen Kräften standhalten. Das *ius canonicum* ist Autorität auch gegen das *ius civile*, kann dessen Unterstützung entbehren. *Ius civile* und *ius canonicum* können auch und gerade aus konsequent kanonistischer Position tapfer konfrontieren.

¹⁸ Darüber eingehend die in Anm. 2 nachgewiesene Studie von Jean GAUDEMET «Les legs du droit romain en matière matrimoniale».

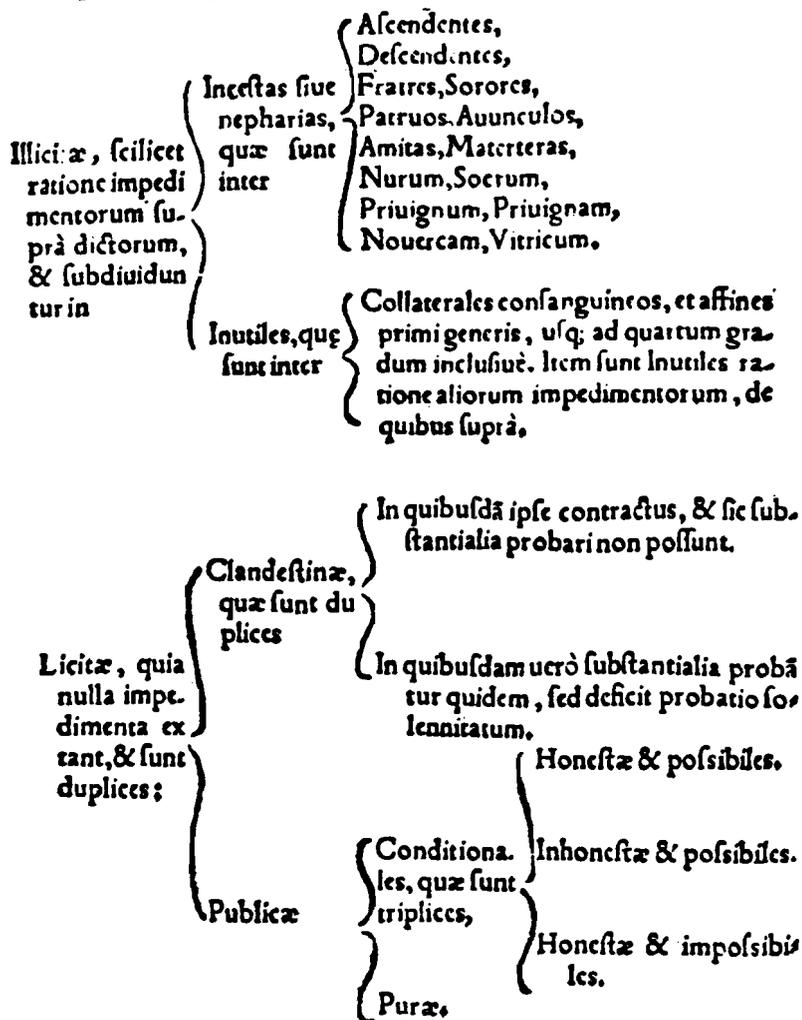
4) Das Eigentümliche bei dieser Frontbildung und dieser Verteilung der Argumente und «Autoritäten» ist, daß die Theologen jetzt gegen die Kanonisten das römische *ius civile* ins Feld führen können, nicht nur das (sie haben auch noch Bibeltexte), aber römisches *ius civile* plus Bibel machen hier *zusammen* die Stärke der theologischen Position, während sie doch sonst, häufig genug, gegeneinander ausgespielt werden¹⁹.

Melchior Kling läßt es sich aber nicht entgehen, den Theologen nachzuweisen, daß gerade hier die Berufung auf römisches *ius civile* zu einer von ihnen (den

19 Die einzige wirkliche «Alternativposition» zum dem von mir in einem Beitrag zur Festschrift Dieter Stoodt (1987) und in «Gestohlene Liebe» (1988) als «Kreuzigungsehe» skizzierten Konzept finde ich —in Ansätzen wenigstens— bei Michel de Montaigne (1533 - 1592). Über ihn angemessen zu referieren, ist hier nicht der Ort. Montaigne ist, soviel ich sehe, in der frühen Neuzeit der erste und für lange Zeit einzige, der den Wahnsinn abendländischen Wertbildung als Wahnsinn erkannt und sich in vielen wichtigen Bereichen aus ihm herausgearbeitet hat, in anderen freilich auch durchaus steckengeblieben ist. Montaigne ist keineswegs «auf der ganzen Linie» von der Verdüsterung des europäischen Geistes befreit, aber es sind doch weit mehr als einzelne Lichtblicke, es ist in Ansätzen tatsächlich ein Gesamtkonzept, und nach meiner Kenntnis und Erfahrung und mit der von mir in «Juristenausbildung heute» (1979) entwickelten Begründung auch das einzig brauchbare: der Anspruch, daß der Mensch sich im Verarbeiten seiner höchstpersönlichen Erfahrungen seine für ihn passenden Richtigkeits— und Gerechtigkeitsvorstellung selbst schaffen muß. Montaignes Essais enthalten demnach Ansätze zu einer Rechtstheorie, die ihrerseits durch eine von Prozessen der Verarbeitung von Erfahrungen zu Weltbildern ausgehenden Erkenntnistheorie gestützt und abgesichert scheint. Zum Themenfeld Ehe, Liebe, Sexualität enthalten die drei Bücher der Essais Aussagen von unterschiedlichem Gehalt. In dem berühmten Abschnitt 3,5 (Über Verse des Vergil) finden sich in einem Atemzug Abwertungen und Aufwertungen der Ehe. Montaigne hat sich an vielen verschiedenen Stellen versteckt und offen dazu bekannt, daß ihm von allen im Laufe des Lebens erlebten Freuden und Genüssen diejenigen der Geschlechtlichkeit am meisten bedeuten. Folgerichtig hat er auch immer wieder und in den verschiedensten Zusammenhängen Versuche zu deren Aufwertung unternommen. Die seit Augustin so redundante, dann aber durch Hugo von St. Victor's Lehre vom «*signum inoboedientiae*» belebte Diskussion über die Unverläßlichkeit des *membrum virile* und die Störungsanfälligkeit der Sexualfunktionen ist ihm offensichtlich wohl bekannt. In einer besonders sympathischen Stelle entwirft er mit deutlicher Anknüpfung an Hugos Lehre ein Konzept zur Verteidigung gegen solche Vorwürfe. Die Stelle findet sich im Kapitel 1, 21 «*De la force de l'imagination*». «*Nature.. qui n'auroit faict que raison, quand ell'auroit doué ce membre de quelque particulier privilege, autheur du seul ouvrage immortel des mortels. Pur tant est à Socrates action divine que la generation; et amour, desir d'immortalité et Daemon immortel luy-mesmes*». Der von Hugo von St. Victor als *signum inoboedientiae*, als Zeichen des Ungehorsams und der ihm folgenden Körperstrafe gefaßte Eigensinn des Genitalen (für weitere Einzelheiten vgl. meine in Anm. 4 erwähnten Hugo-Studien) wird von Montaigne positiv gefaßt und gewissermaßen aufgewertet. Die daraus für das westliche Ehekonzept sich ergebenden Folgerungen werden (insbesondere mit Berufung auf eine Dichtung Goethes) in dem Kapitel «*Maria*» des ersten Bandes meiner (auf drei Bände angelegten) Studien zur Archäologie westlicher und östlicher Ehekonzepte («*Gestohlene Liebe*», Stuttgart 1988 und als Taschenbuch München 1992) dargelegt.

Theologen) selbst alsbald abgelehnten Konsequenz führt. Denn nach römischem *ius civile* ist *jede*, also auch die bereits – kanonistisch gesprochen – konsummierte Ehe ohne väterliche Einwilligung ungültig. Die Berufung auf römisches *ius civile* erlaubt nicht, zwischen «*res integra*» und «*res non integra*» zu differenzieren. Die Theologen stimmen aber mit den Juristen darin überein, daß die konsummierte Ehe *niemals* wegen mangelndem Elternkonsens für ungültig gehalten werden darf: «*Sed hic considerandum est, quod illi qui urgent observationem Iuris civilis, non possunt distinguere, utrum res integra sit nec ne...*» Mit diesem Hinweis, dieser *consideratio*, macht Kling die Schwächen des Theologen-Standpunktes klar. Er zeigt: eigentlich dürften sich die Theologen *nicht* aufs römische Recht berufen – denn es führt zu den auch für sie nicht annehmbaren Konsequenzen. Wenn sie sich aufs römische *ius civile* berufen, sind sie dabei halbherzig und inkonsequent. Im übrigen wird aus dieser prominenten Kontroverse, zu derem besseren Verständnis natürlich noch andere Quellen, insbesondere der Brief Luthers an den Kurfürsten vom 22. Januar 1544 (WA Briefe Bd. 10 S. 497, Brief Nr. 3.958) vorzuführen wären, sichtbar, daß sowohl die «reformierten» Theologen wie die vom «Humanismus», jedenfalls immerhin von Gelehrten wie Melanchthon beeinflussten Juristen sich doch letztlich nach wie vor innerhalb ein und desselben Bezugsrahmens bewegen: dem Ehekonzept, wie es in der Theologie des Hochmittelalters begründet wurde. Dieses Konzept bildet *weiterhin* das Referenzsystem für alle Überlegungen zu Ehe und Eherecht, mag es auch in Einzelheiten Kontroversen geben.

Nuptiæ sunt duplices, Illicitæ & Licitiæ.



(f. 27v-28r)

Et hæc ratio, quare clandestina matrimonia prohibita sunt, scilicet periculum animarum. Quia mutata uoluntate alterius sponforum, non potest fieri fides iudici. Vnde si conuolant ad secunda uota, parant sibi laqueum. Et propterea illa pars, quæ sibi conscia est, in foro conscientie non debet reddere debitum, si cum alio contraxit: & si in foro iudiciali, ubi primum matrimonium probari non potest, fuerit excommunicata, ideò quòd non uult reddere debitum, debet potius excommunicationem ferre, quàm contra conscientiam debitum reddere.

(f. 29v)

Causa efficiens principalis est ipse Deus, qui in Paradiso ante peccatum instituit matrimonium. Creauit enim Deus hominem ad imaginē & similitudinem suam, ad imaginem Dei creauit illum, masculū & feminam creauit eos, benedixitq; illis Deus, & ait: Crescite, & multiplicamini, & replete terram. Gene. 1.

Causa efficiens secundaria, est consensus, qui est duplex, Consensus parentum, & Consensus contrahentium.

(f. 33v)

DE CONSENSU PARENTVM.

DE iure Ciuili consensus parentum in linea paterna est de substantia matrimonij, adeo quod si liberi sine consensu parentum contraxerint, matrimonia nulla sunt, & liberi ex tali matrimonio nati non sunt legitimi, nec succedunt parentib; & i. & si aduersus. Inst. de nup. l. Paulus. ff. de statu hominum. l. si ut proponis. C. de nup. l. nuptia. cum l. sequenti ff. de ritu nuptia. Et dicitur notanter de linea paterna. Quia mater, & in materna linea ascendentes, liberos non habent in potestate. Ideoq; & ipsorum consensus de iure ciuili de necessitate nõ requiritur. & si. Inst. de patria potestate.

De iure autem Canonico non est de necessitate, sed de honestate, hoc est, quod liberi quidem contrahere non debent sine cõsensu parentum, in quorum potestate sunt, si tamen matrimonium sine consensu parentum contractum est, & aliud impedimentum non obstat, non debet dirimi. c. sufficiat. 27. q. 2. c. 1. de despon. impube. in 6. In causis enim spiritalibus, & conscientia, patria potestas non habet tantum autoritatis, sicuti in reliquis contractibus. c. si annum & in huiusmodi, de iudicijs, in 6. Quia patria potestas neq; iuris naturalis, nec gentium est, sed iuris ciuilis & ius autem. Inst. de patria potestate.

Fuit itaq; nostris temporibus inter Theologos & Canonistas super hoc puncto magna disceptatio, cum Theologi decisionem iuris ciuilis, Canonistae uero ius Canonicum hoc casu approbarent.

In hoc tamen conueniunt utrinq;, quod in matrimonio contrahendo requiratur consensus parentum, & quod liberi male agant, si sine cõsensu parentum contraxerint.

De hoc autem tantum dubicatur, si matrimonium iam est contractum sine consensu parentum, & contrahentes alioqui sunt iustæ ætatis, nec obstat aliud impedimentum, utrum propter omissionem istius cõsensu parentum, rescindi & dirimi debeat.

Quod nunc ad hanc questionem attinet de matrimonio iam cõtracto, conueniunt Theologi cum Canonistis in quibusdam, in quibusdam uero non item. Ideo ut intelligas, hoc modo distingue:

Aut post matrimonium sine consensu parentum contractum, res
non

non est integra, sed copula carnalis subsecuta, & concordant, quòd matrimonium separari non debeat, utcuq; consensus parentum defuerit. Theologi considerant maius scandalum, Canonistæ habent textum expressum in c. cum causa. de raptoribus.

Sed hic considerandum est, quòd illi qui urgent obseruationem iuris ciuilib, non possunt distinguere, utrum res integra sit, nec ne. Quia de iure ciuili matrimonia sine consensu parentum contracta, ad eò nulla sunt, quòd etiam dirimi debent, postquam per carnalem copulam fuerint consummata, & liberi ex tali copula nati sunt legitimi. d. y. si aduersus. Instit. de nuptijs.

Aut uerò post matrimonium sine consensu parentum contractum res est integra, hoc est, carnalis copula non subsecuta, & distinguitur: Aut parentes contrahentium sunt duri, qui aut prohibuerunt liberis matrimonia, aut occasione querere noluerunt, & in hoc quoq; conueniunt, quòd ualeat. Canonistæ habent d. c. sufficiat. Theologi allegant ius ciuile, uel qui liberos. ff. de ritu nuptiarum.

Aut parentes non sunt in culpa, ratione prohibitionis uel negligentiæ, & tamen liberi sine ipsorum consensu contraxerunt, & dicuntur: Aut parentes tacent, nec impugnant expresse, & quoq; ualeat matrimonium secundum utrosq;. Quia propter taciturnitatem uidentur ratificare, & ratificatio retrò trahitur, & mandato æquiparatur. Theologi habent pro se exemplum Tobie Junioris, cui angelus Raphaël, parentibus in seculis desponsauit Saram filiam Raguelis, ut Tobie 6. Et ualuit, licet res non esset integra, cum ad notitiam parentum perueniret. Canonistæ habent pro se d. c. sufficiat.

Aut parentes non tacent, sed impugnant, & tunc aut puer inobediens post contractum perseuerat in suo proposito, & tunc si matrimonium consummatur, ualeat secundum utrosq;. & liberi ex eo nati, sunt legitimi. Theologi habent pro se exemplum Esau Gene. 28. Apud Canonistas non habet dubium d. c. sufficiat.

Aut puer redit ad parentes, & subiicit se ipsorum uoluntati post contractum matrimonium, Et dicuntur: Aut pars, quæ alteram ad contrahendum induxit, est honesta, & paræ conditionis, & Theologi non temerè separationem permittunt: apud Canonistas nullum est dubium de ualiditate.

Aut pars, quæ alteram dolo induxit, sine consensu parentum, non est paræ conditionis, sed inhonesta, uel saltem uilis. Et de hoc contenditur: Canonistæ enim iudicant, non esse dirimendum, Theologi contra.

Canonistæ allegant supra allegata iura, & præterea dictum Christi, Matthæi decimonono: Propter hoc dimittet homo patrem & matrem, & adhærebit uxori suæ, & per hæc uerba matrimonium in Paradiso institutum est, Gen. 2. Et sic quantum quartum præceptum habeat regulam generalè: Honora patrem & matrem, tamè uidetur, quòd per illa uerba

D. MELCHIOR KLING

ba institutionis sit posita fallentia ab illa regula, & quod sic generi derogetur per speciem. l. sanctio Legum. ff. de pœnis Nec obstat, si obijceretur, hanc fallentiam non loqui de sponsa, sed de uxore. Quia non dicit, adhærebit sponsæ suæ: sed adhærebit uxori suæ &c. Quia ad hoc respondetur, quod appellatione uxoris quoque ueniat sponsa, ut Deutero. 22. Vbi dicitur textus: Si quis dormiuerit cum puella desponsata, morte moriatur. Quia humiliavit uxorem proximi sui. Et Matthæi. 1. dicit Angelus ad Ioseph: Noli timere accipere Mariam coniugem tuam, cum tamen tantum esset desponsata.

Theologi autem primum habent pro se textus Iuris Ciuilis, qui supra allegati sunt. Secundò, quartum præceptum: Honora patrem & matrem. Tertio textum Deutero. 7. ubi dicit: Filiam tuam non dabis filio Cananæi, nec filiam eius accipies filio tuo. Ex quibus patet, quod Deus potestatem contrahendi matrimonia collocauit in parentes, dum dicit: Non dabis filiam tuam &c. alioqui dixisset: Vos liberi ne accipiatis. Quarto, textum Numc. 30. qui dicit: Mulier si quippiam uouerit, & se constrinxerit iuramento, quæ est in domo patris sui, & in ætate adhuc puellari, si cognouerit pater uotum, &c. & tacuerit, uoti rea erit: Sin autem, ut audierit, contradixerit pater, uota & iuramenta irrita erunt &c. Et licet is textus non faciat mentionem de nuptiis, tamẽ idem colligi potest per argumentum à minori ad maius.

Postremò, allegant absurdum, & inconueniens, quod sequeretur. Nam si nuptiæ sine consensu parentum contracte simpliciter ualere, esset liberum ignotis & uilibus quibuscumque hominibus honesti alicuius uiri filiam quasi furari, eamque decipere, cum tamen dolus dans causam contractui bonæ fidei annullat contractum ipso iure. l. eleganter. in princip. ff. de dolo. Sed tamen gloss. & Doctores decidunt, licet dolus interueniat in matrimoniis, quod tamen ualeant. Ita decidit gloss. in c. cum dilectus. in uerbo ad fatuitatem. de his quæ uictrius causa sunt. gloss. in c. constituit. in uerbo cogatur. 20. q. 3. in gloss. in l. Adiuo Pio. in uerbo actionem. ff. de ritu nuptiarum. Et dicit Ioann. de Imo. in d. c. cum dilectus. Quod si mulier dolo persuasit, se habere amplas facultates, & ita dolo circumuenit luuenem, ut eam acciperet in uxorem, Et postea reperitur nihil habere, iste dolus nihil officit matrimonio. uis de Docto. l. aso. in l. pacta nouissima. uer. Nota quod matrimonium. C. de pactis.

Theologi tamen in suis libris protestantur, quod nolint ponere legem iudicibus in foro contentioso & iudiciali, sed tantum in foro pœnitentiali consulere.

Autoritas autem tutorum & curatorum etiam de Iure ciuili in contrahendis matrimoniis non requiritur. l. in copulandis. C. de nuptiis. Et tantum de consensu parentum,

(f. 33v-34v)