



1739, 3
14
DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS.

DE
PRÆROGATIVA
JURIS GERMANICI
PRÆ
JURE ROMANO
IN MATERIA
PACTORUM DOTALIUM.

9.309
QUAM
ANNVENTE NUMINE DIVINO
ET CONSENTIENTE MAGNIFICO ICTORVM ORDINE
SVB PRÆSIDIO
VIRI PRÆNOBILISSIMI, EXCELLENTISSIMI
ATQVE CONSVLTISSIMI

DOMINI
AUGUSTINI BALTHASARIS,

J. U. D. & PROEessoris PUBL. ORD.

AMPLISSIMÆ FACULTATIS JURID. H. T. DECANI,

Anno ob Restaurationem Academiae Gryphicæ, circa Festum
Martini, Auspiciis Principis Gloriosiss. Nom. PHILIPPI I. contingentem,

JUBILÆO SECULARI SECUNDO
MDCCLXXXIX. DIE 5. NOVEMBRIS,

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE RITE CAPESSENDI HONORES,
PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

JOACH. GOTTHILFF SPARMANN,
BUCHHOLTZA MEGAPOLITANUS.

GYPHISWALDIÆ,

TYPIS HIERON. JOH. STRUCKII, REG. ACAD. TYP.



DE STATO TERRARUM GERMANICARUM

IN RE ROMANA
IURIS GERMANICI

IN RE ROMANA
PACTORUM DOCTRINA

AVGUSTINI BALTHASARIS
MAGISTRI

AVGUSTINI BALTHASARIS
MAGISTRI

AVGUSTINI BALTHASARIS
MAGISTRI

AVGUSTINI BALTHASARIS
MAGISTRI



VIRIS
EXCELLENTISSIMIS, CONSULTISSIMIS,
AMPLISSIMIS
ILLUSTRIS FACULTATIS JURIDICÆ
DECANO, SENIORI, ET ASSESSORIBUS
SPECTATISSIMIS,

DOMINO CHRISTIANO
NETTELBLADT,

J. U. D. & PROFESS. PUBL. ORDIN., REGHQUE CONSISTORII
DIRECTORI GRAVISSIMO,

DOMINO AUGUSTINO
BALTHASARI,

J. U. D. & PROFESS. PUBL. ORDIN.,
b. t. DECANO SPECTABILISSIMO,

DN. HERMANNO HEINRICO
ENGELBRECHT,

J. U. D. & PROFESS. PUBL. ORDIN., REGH CONSISTORII
ASSESSORI DIGNISSIMO,

PATRONIS, MÆCENATIBUS,
DOMINIS MEIS HONORATISSIMIS, OMNI
RELIGIOSÆ PIETATIS OBSERVANTIÆ, JUXTA AC
VENERATIONIS CULTU SUSPICIENDIS
DEVENERANDISQUE,

HOC INAUGURALE SPECIMEN
SACRUM ACTQUE DEVOTUM ESSE CUPIT

AUCTOR.

*Viri Excellentissimi, Consultissimi
atque Amplissimi*

Cum Vestrum, Viri Amplissimi! tam benignum de studiis meis fuit iudicium, ut non solum non viam ad altiora properandi præcludere mihi, sed & pro ea, quam in me nosco, propensione, hocce propositum meum Vestro volueritis adprobare voto auctoritateque; Accipiatis, submisse oro rogoque, benevola fronte has meas, in aliqualem compensationem, de *Pactis dotalibus* leviores meditationes, permittatisque, easdem celeberrimo Vestro, cui ipsæ committi ambiunt enixe, tantoque præsidio se indigere, publice agnoscunt, Nomini inscribi. Præstet Vos Deus T. O. M. publicæ rei & litterariæ salvos diu atque incolumes; respiciat Vos semper ex alto; benedicat consiliis Vestris, ad Vestræ, Vestrorumque felicitatis cumulum, nec non hujus celeberrimæ Gryphicæ Almæ splendorem insignem. Verbo, sitis felices! ut & sub Vestro felix esse possit Patrocinio

VOBIS

*Dabam Gryphicæ
d. 3. Nov. Anno MDCCXXXIX.*

dedicissimus, obstrictissimus

J. G. Sparmann.



CAPUT I. PRÆLIMINARE.
DE
RECEPTIONE JURIS ROM.
ET RETENTIONE JURIS GERM.
IN FORIS GERMANIÆ.

§. I.



Qualem etiam Jus Rom. in Germania Patria nostra
sibi vindicaverit auctoritatem, domestica & Rom: &
tamen jura ut funditus extirparentur, Germ: admi-
majorumque mores ac instituta penitus nistratur
abjicerentur, hucusque usus non effecit, jure.
nec hac stante rerum facie unquam efficiet. Egregie
pro more suo *Illust. HEINECCIUS in Prefat., priori edit.*
Elem. Jur. Germ. præmissa, hanc rem exponit, ubi pag. 5.
postquam diversa DD, partim nimis abjecte partim
nimis magnifice de utroque & Rom. & Germ. jure
sentientium, judicia reprehenderat, ita pergit: *Expensis*
enim que huc facere videbantur omnibus, rationibusque paulo ac-
curatius subactis, facile animadverit, verissimum esse, quod ex in-
stituto & non sine adparatu demonstrarum Viri doctissimi: regnare
in foris nostris Romanam jurisprudentiam; sed ita regnare, ut
nondum

A

nondum violarit hospitii jura, vel plane in exilium egerit jus patrium, sed utrumque jus locum suum, & Germanicum, tanquam patrium, Romanum, tanquam in subsidium receptum in judiciis, tuetur. Ipsa de hac veritate testatur totius Germaniæ praxis, ut & plane supervacaneum foret multa corradere velle testimonia ac exempla. Cum vero de ipsa Juris Rom. receptione, ac Germanici, ceu patrii juris, retentione, quædam præmississe ab instituti ratione non abhorreere duxerim, præprimis, cum, uti in quam plurimis, ita in præsentibus de *Pactis Dotalibus* materia, utriusque juris vix ac ne vix quidem evitari possit confusio, nisi præcognoscamus quo usque Rom., tanquam peregrinum, Germ., vero jus, tanquam domesticum, obtineat: spero, fore, *B. L.* mihi permittendum, ut hic paululum subsistam, & imbecille iudicium meum, de hac, alias jam inter eruditos valde (quod non diffiteor) agitata materia, pauca quædam præliminari-ter exponam. Equidem mihi quis objiciet, quod actum agam, & materiam jam sæpe peroratam & discussam (qualem vocare solent: eine ausgepeitschte) attingam, maxime, cum eadem non solum a plurimis incidenter tacta, sed & a multis Viris doctissimis ex instituto ac succincte tractata fuerit. Verum, quicquid hujus rei sit, & quotquot etiam Eruditorum de hocce themate proferunt scripta, nondum tamen illud communi quasi fori disputatione decisum video, sed fuit & manet (plerique enim vel LL. Germanicis nimis favent, vel etiam omnem juri Rom. suam consecrant operam, paucissimi vero mediam ingrediuntur viam) hucusque controversum; unde mihi non erubescendum esse arbitror, ingenium qualecunque meum hic experiri, & adjectis pauca adjicere.

Lynckeri
aliorumque
de receptio-
ne Jur. Rom.
sententia in
excessu.

§. II.

Varie sunt recentiorum (turbam enim proletariam *Legistarum* illam, quæ, nescio quotquot in legibus Rom. deprehendi divina effata, sibi imaginatur, tanto in eandem incidit

incidit u, affectu & credat, si vel jota periret, de æternæ salutis agi dispendio, plane non curo,) Jctorum de receptione Rom. & retentione Germ. juris opiniones, *L. B. de LYNCKER* in *Com. ad jus civ. ad tit. de orig. juris* §. 12. & in *anal. ad STRUVII Syntagma Exerc. II. ib. 35.* quique eum sequuntur *JOAN. CASP. HEIDELMANN* in *Diatribæ hist. jurid. de receptione jur. Rom. Sect. III. §. 4.* & *SALOM. BRUNQUELL* in *Historia jur. Rom. Germ. P. III. cap. XI. §. 7.* existimant: jus Rom. generalem, etiam in pugna cum lege antiqua Germ., pro se habere præsumtionem, & non tantum eatenus, qua actu observatur aut observari potest, sed & in complexu, h. e. qua omnes totius juris particulas ac capita receptum esse. Quousque prius asserti membrum suonitatur fundamento, h. l. non disquiram, eum de eo mox infra pluribus dicendi locus erit; quocirca heic de posteriori saltem sollicitus ero. Sicuti vero lubenter concesserim, jus Rom. non tantum eatenus, qua actu observatur, sed & qua salvo jure patrio observari potest: (est enim commune suppletorium jus, & ea abundans legum copia, ut hucusque vix penitus exhauriri potuerit,) ita tamen in id, quod qua omnes totius massæ particulas ac capita receptum sit, nunquam consenserim. Equidem constitutiones *Imperatorum MAXIMILLANI I. CAROLI V. FERDINANDI I.* &c. (*) in quibus laudati *Auctores* maximum ponunt fundamentum, de generali subsidiaria loquuntur juris Rom. receptione, nec ad certa capita restringuntur, sed illud, ut commune subsidiale jus, agnoscunt, vid. *SAM. STRYCK discurs. prælim. U. M. ff. de usu & auctoritate jur. Rom. in for. Germ. §. 24. seq.* & *BRUNQUELL d. l. cap. X. §. 33. seqq.* Verum, si dicendum quod res est, ex hoc ipso directe contrarium liquet; nimirum: jus Rom. non in suo complexu, sed saltem eatenus, quatenus ejus subsidio opus est, & quatenus in jure Germ. nihil decisum, receptum esse. Cum enim tot domestici juris principia, partim ex ipsa diversa status ratione, partim etiam majorum institutis &

consuetudinibus descendencia, remanserint, ob quæ jus Rom. in quam plurimis, & quidem amplissimis, materiis v. g. in divisione personarum, rerum, pactorum & contractuum, delictorum & quam plurimarum actionum, ut tot specialiora intacta relinquam, de quibus, v. THOMASIIUM in *Dissert. de rite formando statu controversiæ: an legum Rom sit freq. an exiguus usus* &c. nec non in *Vindictis solidis Corollarii de exiguo ff. usu in foris Germ (**)*, vel plane non, vel saltem mutilate, observari potest; quo jure, quæso! jus Rom. in complexu receptum haberi potest? Regeris cum *Illustr. BERGERO* in *Diss. de usu act. penal. §. II.* jus Rom. in istiusmodi capitibus v. g. in actionibus pœnalibus in duplum, triplum & quadruplum, minimum aptitudine, seu habitu, actuque primo receptum esse, licet non actu secundo, seu exercitio, obtineat; ast paulo distinctius loquaris, rogo! Si enim tibi sermo est de aptitudine in receptione, concedo quidem totum argumentum, verum sic aperte tibi contradicis, eoque ipso profiteris jus Rom. non esse receptum, & miror, cur non & leges *Moscoviticas* & *Polonicas* &c. tunc actu primo in Germania habeas receptas; Quod si vero de aptitudine in applicatione loqueris, prius velim probes, illa, contrario usu hucusque observata, juris Germ. principia, quæ primario judici multam addicunt, conf. *Illustr. BÖHMERUS* in *Doctr. de act. Sect. I. cap. III. §. II.* & præterea furtum & rapinam non ut privata, sed publica, delicta capitaliter vindicant, in desuetudinem abiisse, vel etiam recenter esse abrogata. (***) Ast mitto hoc, alterum extremum visurus.

(*) In quibus omnibus cum ubique jura patria & rationabiles mores ac consuetudines, die alte wohl hergebrachte/ rechtmäßige/ und billige Gebräuche / item redliche / ehrbare und leidliche Ordnungen / Statuten und Gewohnheiten / expressis verbis reserventur, facile animadverteris, quid de testimonio *LEHM.* in *Chron. Spir. L. IV. c. XXI.* Es sey in keiner Historie zu finden / daß ein Kaiser oder König dieselbe alte Gesetze der Teutschen abgeschafft / oder andere Rechte an Dero statt anzunehmen geborhen / bis bey Antrittung

tung des Kayserlichen Cammer-Gerichts/ die Kayser/ Fürsten und Stände des Reichs nach denen gemeinen beschriebenen Römischen Rechten alle Bürgerliche Streit/ und Recht-Sachen zu entscheiden übernommen und verabschiedet/ habendum sit.

- (**) Evidem in omnibus non audeo adstipulari THOMASIO, maxime, cum in corollario suo, & quidem asserto; *evidentibus demonstrationibus doceri posse, vix vigesimam partem Pandectarum ad praxin fori Germ. accommodari posse*, nimis mihi videatur esse liberalis, & non solum ea, quæ sunt in jure Roman-juris N. plane omittat, sed & ipsa arbitraria v. g. numeralia, temporalia & solemnia partim negligat, partim impugnet; Quomodo tamen ultra usum, vel ad maximum observabilitatem, receptio extendi queat, ego quidem capere non possum. Ast audiamus philosophiam laudari HEIDELMANNI *cit. diabr. S. II. § 4: Neque heic est, inquit, quod quis excipiat, jus civile circa multa negotia, que hodie plane ab usu recesserunt, (potius quæ ob contraria juris Germ. instituta nunquam introduci potuerunt,) disposuisse, consequenter secundum illas dispositiones non posse dici receptum. Siquidem leges etiam novissime promulgata & sine controversia recepta non ante adhibentur, quam casus, quem præsupponunt, existat. Quo non existente, neque lex vigorem suum, utat recepta, potest exserere. Quare, licet multa negotia, quæ jus Rom. præsupponit, ob temporum diverstatem hodie non dentur, jus Rom. tamen totum dici potest receptum, cum contineat tacitam istam conditionem: si quando casus similis (casum forte prævidet Auctor, quando vetus illa Roma in nostra Germania resurgat, hæcque in illam reformetur, unde jam eventualiter sollicitus est, ut, existente eo casu, totus hic LL. complexus in promptu sit, nec nova hujus massæ opus sit receptio; ast dolco vicem Viri doctissimi quod tam inani sese voluerit fatigare metu, & casus nunquam dabiles divinare,) extiterit, nam ideo potissimum universalis juris Romani receptio dicitur, quod singula ejus leges, si quando casus earum existat, neque is legibus recentioribus aut moribus definitus sit, suum in foris usum exserant. Verum, quis hic non animadvertit paradoxa. Sic (a) duo diversissimi casus aperte ac inepte confunduntur, cum iste juris Rom. particula, quæ salvis patrii juris institutis observari possunt, dummodo casus existant, cum illis, quas contraria Germaniæ observantia plane non admittit, nec rebus sic stantibus unquam admittere potest, comparantur; (b) simile illud a legibus noviter latis desumptum graviter*

6 CAP. I. PRÆLIM. DE RECEPT. JURIS ROM.

graviter claudicat, cum hæ non in subsidium disponant, aliudque jus primarium, uti jus Rom. facit, præsupponant, sed simpliciter & primario decident, (c) Vera ratio, cur tot juris Rom. capita non obtineant, supprimitur, & *Auctor* generaliter saltem in longo non usu & temporum diversitate subsistit, hoc vero omittit quod omnium ferme horum capitum non usus & non observantia, in ipsius juris patrui contrariis institutis lateat; Quod plurimi vel non attendunt vel etiam ex intempestivo in jus Germ. odio attendere nolunt, (d) denique cum *Auctor* omnia jur. Rom. capita, quæ nec observantur, nec etiam observari possunt, eum in finem recepta haberi vult, ut, si quando casus existant, (potius si cœlum decidat,) ad commodari possint, receptionem suam ad quævis non dabilia & impossibilia extendit, immo, si dicendum quod res est, mihi nihil aliud videtur dicere velle, quam quod, si quis piper, cui vero s. v. multum muscerdæ immixtum, emat., tum non solum piper sed & muscerdæ emta optimeque reponenda sit, ut, si quando in piper evadat, ad escam adhiberi queat. Risum teneatis amici!

(***) Hinc sua sponte collabuntur quæ *STRYK d. l. §. 34.* de negligentia civium & non usu superstruit; quæ enim revera nondum recepta sunt, nec debent etiam negligentia & non usu tolli, sed per se jam sunt sublata. Cæterum ea, quæ in jure Germ. de Wehregeldo passim habentur, & adhuc hodie certis casibus obtinere possunt, conf. *Illustr. HEINEC. Elem. jur. Germ. L. II. lit. XVIII. §. 25. seq.* aliqualem quidem cum jure Germ. habent similitudinem, re ipsa tamen ejusdem receptioni magis obstant quam profunt; sed hæc obiter.

§. III.

Kalpisi ac Kestneri in defectu respectu, juris Germ. vero in excessu peccat.

Alii contra, ut *CONR. SINGERUS*, vel potius *JOAN. KULPISIUS in Diss. Epist. de Germ. LL. vet. ac Rom. jur. Com. p. 4.* arbitrantur: leges veteres Germanicas omniaque majorum instituta, uti eadem in literis ad nos pervenerunt, adhuc hodie primario esse in vigore, & fundatam allegantibus dare intentionem; jus Rom. vero non dare fundatam intentionem, nisi saltem pro ea parte, qua quis ejus receptionem probaverit. Verum, sicuti quis facillime animadverterit hoc posterius in defectu peccare & cum communi ac publica jur. Rom. auctoritate

tate pugnare, ut taceam, maxime tum jurisprudentiam reddi incertam: ita & prius, licet gravius aliquantum videatur quaestionis, nec sine circumspectione negari possit, non minus suos habere nexos, & dummodo rem ipsam paulo penitius attendamus, magis ad pia desideria, ut ita loquar, quam rei veritatem pertinere, non difficile quis deprehenderit, qui tantum considerare voluerit, nec leges antiquas populorum Germ. ut *Franconum*, (quo in specie *L. Salica* & *Ripuariorum* refertur,) *Allemannorum*, *Bajoariorum*, *Frisorum* &c. nec ipsa *Capitularia Regum Franc.* nec etiam recentiores sub *Saculo XIII. & XIV.* privata auctoritate factas collectiones, ut *Speculum Saxon.* & *Svevi.*, suam in patria retinuisse auctoritatem, sed partim temporum rerumque vicissitudine exolevisse, partim etiam peregrinorum iurium introductione non parum decrevisse. Antiquissimas enim leges quod attinet, praeterquam quod particulares saltem hujus vel illius, maxime vero incertae adhuc sedis, populi consuetudines ac mores fuerint: (unde & ridiculum foret, easdem universae Germaniae obrudere velle, cum nequidem huic vel illi Provinciarum tractui, quippe cum adhuc sub iudice lis est, quae loca olim *Allemanni*, *Bajoarii* &c. inhabitaverint, praecise attribui ac vindicari possint,) ita & peculiarem formam suam sub ipsis demum *Franconum* Regibus, quippe qui easdem collegerunt, confirmarunt, suisque *Capitularibus* auxerunt, videntur accepisse, conter. omnino laud. BRUNQUELL. in *Hist. jur. P. IV. Lib. II. per tot.* quo circa earum auctoritas ipsis *capitularibus* diutius subsistere haud potuit. Haec vero, quantam extincta *Carolingica* stirpe, passa fuerint mutationem, metamorphosis in hac periodo insecta patriae nostrae sat & abunde testatur. Cum enim multa in legibus *Carolinis* continerentur, quae ad Principum, plenariam affectantium & libertatem & potestatem, non essent palatum, in superque in misera facie composita Germania

mania nostra, non tam legibus, quippe, quarum paucissimas saltem ab Imperatoribus hoc medio ævo latasprehendimus, quam propriis moribus ac consuetudinibus gubernaretur; hinc non difficile est creditu, hæc *Capitularia* cæterasque leges antiquas partim suppressas, partim etiam in temporum eorum tenebritate suaspon te exolevisse. (*) conf. THOMASIVS in *Delineat. historiae jur. p. 93.* & BRUNQV. *P. IV. c. IV. §. 1. seq.* Qua propter frustra sane cum KULPISIO, nondum expresse factam harum LL. abrogationem, crepaveris; jura enim per tot *Sæcula* sepulta, hodiernum jure quasi postliminii in pristinum suum vigorem ad judicia nostra retrahere velle, non esse penes privatam, manibus quisque palpaverit; (***) ut taceam, ex ipsa harum LL. collatione cum recentioribus collectionibus luculenter adparere, quam plurima earum capita jam ipsa contraria Germaniæ observantia fuisse abolita. Idem etiam de duobus *Speculis* dicendum esse videtur; Sicuti enim non totius Germaniæ, sed particularium saltem, (licet non nego, quam plurimorum,) locorum consuetudines hos libros comprehendisse, nec per omnem Germaniam in omnibus suis articulis sese extendisse, ex evidentibus constat rationibus: (***) ita & eorum auctoritatem, qualem qualem etiam in Germania obtinuerint, vid. *A. B. §. Cap. V. §. 2.* cui add. DATT, *de Pace Imp. publ. L. IV. c. 1. n. 7.* (unde & plerumque jus commune Germ. audiunt,) ingruentibus magis magisque & tandem publice receptis jure Can. & Civ., non parum iterum decrevisse, nec illi diffitentur, qui totam Germaniam ad *seculum* usque XV. his duobus *Speculis* administratam fuisse, rotunde asserunt. Vid. BRUNQUELL. *c. 1. P. IV. cap. VI. §. 27.* Ad quod cum postea *Speculi Saxon.* (tanquam principalioris, & ex quo *Suev.* maximam partem excerptum fuerit. *Id. d. l. §. 24.*) expressa profligatio e plurimis *Saxonia inf.* provinciis accesserit, facillime conjecturabis, qualis extra natalem sedem, h. e. *Saxoniam,*

cum, eidem sit tribuenda auctoritas, & quam parum juris Romani auctoritati obstat. Conf. de his omnibus præter *cit. Auct. Du. STEIN in Dissert. inaugurali de Prærogativa jur. Rom. præ vet. jure Germ. &c.* sub præsidio *Illust. Domini MANTZELII*, Præceptoris olim fidelissimi ac Patroni maximopere devenerandi, *Rostochii 1736. habita, cap. 1. per tot.*

(*) Unde non immerito quis potest conijcere, eadem ferme his, quæ olim LL. Regiis juxta *l. 2. §. 3. ff. de orig. jur.* (ex cujus verbis: *exactis deinde Regibus Lege Tribunitia, omnes leges hæc exoleverunt*, cave tamen conicias, has ipsas leges, speciali quadam lege abrogatas esse: hunc enim communem errorem feliciter detegit *Illustr. HEINEC. Antiq. Rom. præm. §. 3. l. c.*) contigisse fata, & quicquid ex illis superfluitis, non juris scripti, sed morum saltem ac consuetudinum retinuisse vim naturamque.

(**) Idque plane non esse e re, pulcherrime exprimit *Illustr. HEINEC. in Dedicat. Elem. jur. Germ. ad Illustriss. L. B. de Cocceji.* Neque enim ignoro, scribit, Te magnopere abhorreere ab eorum sententia, qui, explosa jurisprudentia Romana, veterem illam Germanicam revocandam, i. e. pro frugibus repertis, glandibus iterum vescendum esse, arbitrantur. Enim vero a consilio isto, quo nullum capi posset stolidius, si quisquam alius, & ego profecto vel maxime abhorreo, satis quippe generis, jura a majoribus nostris constituta, nec Legum equitate, nec auctoritatis pondere, nec utilitatis ubertate cum Romanis esse ulla ex parte comparanda: quæ & *LEIBNITH* in quadam epistola ad *Kestnerum* opinio est. Non minus etiam *HEIDELM. Sect. 1. §. 13.* ad *Kulpisii* argumentum: ea nimirum, quæ hodie consuetudinum imperalium nomine in *Joann. Meischneri* decisionibus *Camer. Gylmanni & Wehneri Sympbor. lib. apud Gallium, Mynfingerum &c.* veniuntur, revera juris scripti *Germ.* partem esse; indeque suam habere originem, &c. adposite respondit: Verum enim vero largiamur, inquit, ea quæ consuetudinum tum imperialium tum particularium nomine apud adlegatos auctores venditantur, esse juris antiqui *Germ.* partem, num, quia ex legibus illis descendunt, valent hodie in nostris judiciis, an quia continuo fori usu observata? mihi certe posterius videtur. Nam nesciam meminisse vel audivisse, in judicio consuetudinem adleganti ulli fuisse injunctum, ut illam ex antiquis legibus scriptis descendere, vel extare in *Heruldo, Lindenbrogio, Pitheo, &c.* sed

hoc solum, ut illam esse consuetudinem, b. e. continuo fori usu receptam ostendat. Non tamen est, quod quis ex his concludat: ergo has leges earumque collectiones hodie plane inutiles ac supervacaneas esse: præterquam enim quod ipsa *Excellentissimorum Virorum* opera & cura contrariam jam posset suggerere præsumtionem: ita revera plurima juris Germ. moderni consuetudinarii principia, uti solius *Illustr. HEINECCH* incomparabile opus *Element. Jur. Germ.* egregie demonstrat, & quod nec ipsi, alias recte a KULPISIO cæterisque harum LL. Patronis dissentientes, diffiteri possunt; ex iis ipsis legibus descendunt; quocirca maximæ foret impudentiæ, ex eo, quod pro fundanda intentione, in hac vel illo speciali casu, parum aut nihil faciant, inducere velle, easdem etiam in genere ad patrii juris conservationem, melioremque explicationem parum aut nihil conferre.

(***) Utrumque ex eo adparet, quod sub his ipsis *Sæculis XII. XIII. & XIV.* quam plurima loca & civitates Germaniæ sibi propria, & a Saxonice non parum diversa, constituerint jura; de quibus vid. BRUNQVELL. *d. l. C. VII. per rot.* posterius vero in specie ex variis, quibus alias ipsa jura *Saxonica* confirmantur, *Constitutionibus*, ut v. g. ea, quam de *Archiep. Magdeb.* refert CONRING. *de orig. jur. Germ. cap. XXXIII.* in qua quidem jura *Saxonica*, ait, NB. ita observari jubentur: So weit sic in diesem Erz Stifft angenommen/ gehalten und geurtheilet werden: nec non *Sanctione FERDINANDI III. de ao. 1641.* ubi de *Silesia* conficitur; daß das Land Schlessen des Sachsen Rechts sich NB. guten Theils von alters her gebraucht. quam adducit. all. Dom. *STEINI in f. b. § cit. cap. I. §. ult.* ut taceam, quod jam ab initio *jur. Pontificii*, in multis [ut ex ipsa multorum *articulorum* publica reprobatione, a *Papæ GREGORIO XI. & EUGENIO IV.* facta, de qua vid. *STRUVH Histor. jur. Germ. p. 47.* adparet] juri *Saxon.* contrarii, nec non ad ipsas causas civiles non parum suas protendentis manus, conf. *ea quæ habet.* laud. CONRING. *cit. Tract. cap. XXVI.* [ubi ex gravissimis argumentis evincit, his ipsis *Sæculis XIII. & XIV.* jam, non minimum fuisse *jur. Can.* etiam in causis civilibus usum, licet dissentiat *Illustr. BÖHM. in Jure Eccles. L. I. tit. II. §. 49. seq.* cujus objectiones tamen hucusque a *Conringii* sententia dispellere me non potuerunt, id quod conflictui relinquam] non parum universali, ut vulgo creditur, hujus *Speculii* observantiæ obsticisse, mihi videatur auctoritas.

§. IV.

§. IV.

Inter has sibi e diametro contrarias opiniones, ^{Strykii sen-} mediam quodammodo tenere viam videbatur ^{tentia multis} *sape* ^{obnoxia du-} laud. SAMUEL STRYK *in cit. Discurs. prelim. de usu & auct.* ^{biis, exami-} *J. Rom. §. 31. ubi, postquam in anteced. ex Recess. March.* ^{natur & reji-} *de 1534. inter alia hæc habente: Und weil vormahls die* ^{citur.} Stände unserer Landschaft, sich einträchtig mit uns vereiniget, und verwilliget, daß hinfürder in unserm Churfürstenthum und Lande, Kayser-Recht ^{Derowegen unsere} *Prelaten, Herren, Mann und Städte, sich aller Gebräuche und Gewohnheiten, voriger Gerichte und Rechtsens verziehen und abgesagt; (refert sese quidem hic Elector ad aliquam jam antea factam Ordinum Provincialium generalem omnium pristinorum jurium renunciationem, verum ex ipsis casibus specialibus qui hic deciduntur non obscure liquet, renunciationem illam in specie saltem ad istas Speculi peculiare & juri Saxon. proprias respexisse consuetudines) ordnen und wollen, daß hinfürder in Erbtheilung, kein Heer gewette, gerade noch Muthheil genommen, &c. nec non ex Constit. Duc. Brunsvicensis de 1675. ubi ita: Wir RUDOLPH AUGUST Herzog zu Braunschweig &c. Demnach wir wahrgenommen, daß unser Stadt Braunschweig, das vormahls in unserm Fürstenthum und Landen zwar im Gebrauch gewesen, nachgehends aber von unsern löblichen Vorfahren aus erheblichen Ursachen abgeschaffte Sachsen-Recht (respicitur forte hic ad Art. 32. des Land-Tags Abschieds zu Salsdahl de 1597. de quo vid. BRUNQUELL. P. III. C. X. §. 41. l. a.) bis hieher in Übung behalten; & postea: So setzen wir, daß a dato dieses ^{in unser Stadt Braunschweig durchgehends kein ander, als das allgemeine beschriebene und in unsern Landen recipirte Kayserliche Recht, samt denen Reichs- und unsern Landes-Constitutionen gültig seyn zu.} pristinorum Saxon. jurium objectionem, ac generalem Jur. Rom. receptionem in his provinciis astruxerat: item, ex COTHMANNO V. 1. Conf. 27. & 28. ac CARPZOV. de*

B 2

L. Reg.

L. Reg. C. II. Sect. XIII. n. 7. probaverat, idem etiam in aliis vicinis Provinciis ut Ducatu Pomeran. & Megapol., factum esse, tandem ita concludit: In talibus ergo locis, ubi de generali receptione constat, pro omnium legum (Romanarum) observantia presumendum, donec de nova contraria consuetudine manifesto constet. At vero, ubi pristinis iuribus & consuetudinibus non renunciatum, dubium omnino est, an duobus in judicio contendentibus, uno legem Justinianeam, altero observantiam antiquam allegante, huic vel illi probatio injungenda. Et puto: si observantia non sit notoria, pro illo, qui legem civilem pro se habet, pronunciandum, donec probata fuerit observantia contraria. Jus civile enim generatim pro jure communi in constitutionibus Imperii habetur, salvo tamen rationabilibus moribus, (quo etiam SCHILDER Exercit. ad ff. I. §. II. & 12. nec non Exerc. XII. §. II. collimat *): (Atqui vero, quam diu de his moribus nondum constat, nihil obstat obligationi juris civilis. Aliud omnino foret, si consuetudines illa notoria, vel literis consignatae, uti quidem Saxonice sunt; hoc casu uno se in jure Saxonico fundante, altero in jure Romano, huic incumbit probatio jus civile hoc casu obtinere, quippe quod alioqui non aliter, nisi Saxonico deficiente, obtinet &c. Quod ulterius §. 33. ita declarat: Constabit vero ex hactenus adductis: an Advocatus in foris Germania fundatam pro se intentionem habeat, si ad causa decisionem allegaverit legem juris Justinianei? Sane non est erronea illorum opinio, qui adstruunt: eum, qui se fundat in jure communi, ad probationem observantiae non obligari: Nam sive consuetudinem illius loci particularem, sive consuetudinem Germaniae universalem, sive tandem jus statutarium juri civ. ob stare dixeris, facile simul advertes, omnia illa in facto consistere & sic nec consuetudinem nec statutum alleganti fidem haberi, nisi iis probatis. Ut inde concludendum sit consuetudini Germaniae probare magis standum, quam juri Rom. Verum consuetudine non probata statui juri Rom., tanquam Imperii communi. Mens Auctoris breviter haec est: distinguit nimirum inter loca, quae Speculum Sax. abjecerunt, & quae illud retinuerunt; Utrisque quidem Jus Rom. commune,

ne, hic tamen primario in collisione juris Rom. & Germ. pro hoc, ibi vero pro omnibus LL. Romanis (& eatenus accedit LYNCKERIANÆ opinioni, nisi quod hic in *Comment. ad tit. de orig. jur. §. 12.* præsumtionem jur. Rom. respectu omnium omnino patriorum jurium, & consequenter etiam ipsorum *Speculorum*, superstruat, uti ex verbis: *Quid quod etiam observantiam statutorum, quæ jus Justinianæum præcedunt, quoniam multa ex illo veteri Germanico jure sublata vel obliterata sunt, probare oporteat; siquidem & ipsorum respectu locum juris communis subit, (jus Rom.) dum quidem salvis illis receptum est, modo ostendantur. Cum alias præsumtionem pro se habeat, ceu commune & amplissimum, quod omnibus negotiis imminet: evidenter adparet, ob generalem juris Rom. receptionem generalemque pristinorum jurium abrogationem, præsumendum esse, statuit. Non diffiteor me diu huic inhæsisse sententiæ: re tamen paulo penitius inspecta, non minus multis eam esse involutam difficultatibus animadverti (a). Ex antecedentium & consequentium connexionione concludendum foret, loca illa (intellige *Saxon. inferioris*) quæ *Speculum Sax.* repudiavit, abjecto illo, simul & omnia abjecisse pristina jura omniaque juris Germ. principia. Verum, præterquam quod absurdum foret, credere velle, *Speculum Saxon.* omnium pristinorum jurium fuisse complexum, *vid. §. anteced.* ut taceam ipsas consuetudines aliquando juri *Saxon.* opponi, uti ex CHRISTIANI IV. & FRIDERICI Ducis *Hals.* *reviditer Lands-Gerichts-Ordnung de a. 1537. P. II. tit. 3.* ubi *jura Saxon.* confirmantur, cum hoc addimento: *Es soll geurtheilet werden, NB. in Mangel rechtmäßiger Gewohnheit, nach den Sachsen-Rechten, dergestalt &c. quam refert Dom. STEIN cit. Dissert. d. c. 1. §. ult.* videre est: ita statim in oculos incurrit, distinguendum esse inter ipsas speciales Juris *Saxon.* decisiones, ac communia ex universalibus majorum nostrorum moribus & institutis descendencia juris Germ. principia; illes esse repudiatas non-*

nego, hæc vero unquam abjecta esse, nec allegatæ *Constitutiones Auctoresque* evincunt, nec cum notoria praxi convenit, quippe quæ aperte contrarium docet, & abunde testatur, quam plurima sane juris Germ. veteris principia etiam in his locis ac provinciis esse retenta, immo, quod ipse *Auctor* non obscure indigitat, dum & particulares & Imperii universales consuetudines, extra *Saxonicas*, concedit. Hinc b) adstructa regula: pro omnibus legibus Rom. esse præsumendum, sua sponte corrui, dummodo ea, quæ habet SCHILTER *d. l.* probe ponderemus, ac simul consideremus, consuetudinem Germaniæ universalem, non posse non universalibus illis juris Germ. principiis, quæ alias dupondis esse solent nota, inniti, & consequenter præ iure Rom. habere præsumtionem, *vid. §. 2. supra*. Et ita denique c) conclusiones, quas §. 33. de generali Juris Rom., etiam præ universali Germaniæ consuetudine nec non ipso statuto, præsumptione subjungit, partim collabuntur, partim etiam contradictionem involvunt, quippe dum in §. 31. consuetudinibus *Saxonis*, notorietatem (*) & consequenter præ iure com. præsumtionem vindicaverat, eandem vero hic universali Germaniæ consuetudini, immo etiam statuto, denegat, quod sane valde perplexum; nisi supponere velis *Auctorem* eum respexisse casum, si quis ad consuetudinem Germ. universalem, vel etiam Statutum provocet, quæ revera non existant, sed saltem ab allegante fingantur; verum sic *Auctor* distinguere debuisset, inter probationes ipsius statuti consuetudinisque universalis, & probationem observantiæ. Illa, si revera adest statutum vel consuetudo universalis Germaniæ, non potest non sola peragi allegatione, si non adest, plane impossibilis: hæc vero, sane non sine absurditate, alleganti injungeretur.

(*) Cave tamen ex laud. BRUNQUELL, P. III, cap. XI, §. 4. ubi, in recensione variarum DD. de juris Rom. receptione sententiarum, ita

ita pergit: *Rursus alii media incedunt via, ut Johannes Schilterus, Samuel Stryckius alique, & præter jus patrium ac veteres leges Germanicas, etiam jus Rom. usu & observantia receptum esse, ita ut fundatam intentionem habeat allegans legem Romanam, nec debeat observantiam ejus probare, sed adversario incumbat demonstrare, illam propter contrarium jus Germanicum non potuisse recipi, putant, conjicias, STRYCKIUM & SCHILTERUM hic per leges antiquas Germanicas, præscas illas scriptas, ut scriptas, intelligere, vel de cætero in omnibus convenire, Sicuti enim, [ut taceam, hanc sententiam, uti a Brunquellio exponitur, magis esse Lynckeri, cui tamen ipse accedit, quam Schilteri aut Stryckii a quibus recedit: nec Schilterus nec Stryckius, hic verbulum de legibus illis præscis Germ., qua scriptis interferunt, sed per jus antiquum Germanicum, præter quod jus Rom., ut commune subsidiale, receptum esse, uterque recte existimat, illud consuetudinariam saltem, quod in Germania ante receptionem juris Rom. ut commune valuerit, intelligant: ita de hoc jure Germ. in relatione ad jus Rom. plane diversam fovent opinionem, STRYCKIUS, uti ex adductis verbis clare constat, juri Rom. præ jure Germ., ut ut universalis, generalem vindicat præsumtionem, hocque saltem qua illa loca, quæ pristina jura, h. e. juxta suum conceptum, Specula retinuerint, limitat. Contra SCHILTERUS melius, indistincte universalibus Juris Germanici principiis, præ jure Rom. præsumtionem vindicat, hocque cit. Exerc. XII. §. 11. inter alia ita exponit: *Enimvero, inquit, certum est, moribus Germanicis id, quod diximus, [quæstionem nimirum: num quis, a compromisso, ut jure Rom., præstando pœnam, vel id quod interest, liberetur? moverat, hancque ob communem jure Germ. pactorum validitatem ac præcisam ad ipsum factum obligationem, negative decidit] obtinuisse antequam jus Rom. receptum a Germanis; atqui receperunt illud, quatenus genuini juris principii non repugnat. Neque enim illa receptione ius atque mores patrios abrogatos, volvere. Quare regule instar habendum: quoties juris Romani principium, principii juris patrii repugnat, præsumi, jure patrio Germanos uti, nisi juris Romani dispositio lege vel consuetudine recepta probetur.* Ex quibus simul liquet, pessime hunc SCHILTERI locum & Exerc. I. §. 12. intellexisse HEIDELMANNUM Sect. III. cas. 3. §. 1. existimantem: Schilterum cum Kulpisio supra refutato, in ipso conceptu de jure antiquo Germ. ejusque cum jure Rom. pugna convenire; ubique enim Schilter. ad mores saltem & consuetudines Germaniæ, nullibi vero ad legem aliquam antiquam scriptam provocat.*

(*) Qualis

(**) Qualis in ipsa *Saxonia Speculo* sit tribuenda notorietas? vel, quod idem, præ jure Rom. præsumtio? nondum inter Eruditos convenit. LYNCKER in *Comment. d. l.* nec non ad tit. de LL. § 20. & CARPZOV. P. II. *decif. 101. n. 6. & 7.* existimant: jus Saxon. non aliter ad allegationem causarumque decisionem admitti, quam si probetur, ex illo citata usu etiam & observantia esse firmata. E contra STRYK *b. l.* & THOMASIVS *Not. ad Morzamb. cap. V. p. 419.* ubi ita: bene se ita haberet, si in tribunali- bus consideraretur semper erudite illa questio: utrum Jus Rom. receptum, aut habendum esse pro recepto, donec ostendatur, contraria consuetudo Germaniæ esse recepta? cum consideantur sic sentientes, Jus Rom. esse subsidiarium, adeoque post jus provinciale, aut municipale respici debeat ad Jus Commune Germaniæ SAXONICUM vel SVEVICUM, & pro eo tanquam regula præsumtio stare debeat, tam denum ad Rom. tanquam subsidiarium & exceptionem recurrendum, contrarium defendunt. Ego conjicio, admitti posse adhuc tertium. Ipsa moderna in *Saxonia* observantia non potest non aperte demonstrare, quousque principia veteris hujus *Saxon.* juris invaluerint, & quousque praxi sint adcommodabilia: hoc respectu arbitror, jus *Saxon.* tanquam partium omnino præ jure Rom. habere præsumtionem: ex eo vero toti huic Corpufculo juris, ut ante V. vel plura *Secula* in summa barbarie a quodam *Epkow de Repkow* corralo, & multa obsoleta, absurda & inepta continenti, tam generalem ac omnimodam præ jure Rom. attribuere velle præsumtionem, ut hoc ubivis debeat cessare, mihi valde suspectum videtur.

§. V.

Vera exponitur sententia, ac demonstratur, utrumque jus saltem pro parte esse receptum.

Quid in tanto sententiarum conflictu dicendum sit, diu animo volvi revolvique meo. Expensis tamen paulo accuratius, quæ laud. SCHILTER *d. Exerc. I. §. 12.* sapienter scribit: *Vim totam atque animam quasi juris Rom. apud nos hodie consistere in observabilitate seu ipsa aptitudine ad observandum, quantum jus illud πὸ φύσεως διατηρεῖται, aptum natum est, observari in aliis quoque Rebusp. extra Romanam, salvis tamen NB. earum moribus, ac statutis contrariis statusque publici ratione (quod posterius contra BERGERUM supra §. 2. alleg. probe notandum venit), e contra rationibus quæ veteri jurisprudentiæ Germ. obstant, penitus subductis; tuto concludo,*

cludo, nec jus Rom. nec jus Germ. (per quod hic non solum omnes leges populorum Germ. antiquas & *Capitularia* Regum FRANC., sed & omnes majorum nostrorum, mores ac consuetudines maxime ante invectionem ac receptionem jurium peregrinorum, partim literis consignatas, partim solo usu & observantia perpetua consistentes, iterumque vel universales, h. e. totius Germaniæ, vel particulares quibusdam locis saltem proprias, generaliter intelligo) apud nos in complexu, sed utrumque saltem pro parte, esse receptum retentumque; Et quidem jus Rom. pro ea saltem parte, quatenus, jure Germ. superstite ceu patrio & primario, nihil decisum; jus Germ. vero pro ea saltem parte, quatenus temporum longinquitate nondum obliteratum, vel peregrinis juri- bus oppressum, sed usu & observantia retentum fuerit. Prioris ratio hæc est, quod jus Rom. primitus saltem pri- vata auctoritate juri Germ. superinductum hincque inde immixtum, ac postea, publica licet Imperii auctoritas ac- cesserit, ubique tamen salvo jure patrio, in subsidium tantum receptum fuerit; At vero hoc jus patrium, non solum in particularibus hujus vel illius loci consuetudi- nibus, sed & in uniuersalibus partim ex antiquis legibus Germ. scriptis, partim ex majorum moribus ac consue- tudinibus in genere, descendentes principis constite- rit: quæ, ut per omnem Germaniam, non obstante jure Rom., perpetuo usu ac observantia hucusque retenta ac firmata, jus Rom. in quam plurimis capitibus plane non admiserint, vel illud ut subsidiarum agnoverint, sed ejus observabilitatem consequenter & receptionem simplici- ter respuerint. Posterius vero exinde probo: quod totum Jus Germ. in complexu suo consideratum, nos non ex legislatione (longa enim est eorum fabula, qui nobis leges antiquas scriptas ut scriptas obtrudere co- nantur,) teneat obligetque, sed in respectu ad nos mere consuetudinarium sit; Cum vero consuetudinum ea est

C

natura,

natura, ut, sicuti solo longo usu & observantia efficiantur, ita & solo longo non usu & non observantia (multo magis contrario usu, quem per juris Rom. introductionem in plurimis spectamus materiis,) iterum tollantur; hinc etiam factum, ut quam plurimæ antiqui juris Germ. particulae partim temporum longinquitate vicissitudineque plane obliteratae, partim etiam jurium peregrinorum receptone ac introductione penitus oppressae fuerint. Hæc si cum antecedentibus probe contuleris, rationesque sine præjudicio auctoritatis subdlexeris, re vera deprehenderis, jus Germ. pro parte retentum, jus Rom. vero pro parte receptum. Hinc etiam facile judicaveris, quid in pugna horum duorum jurium sit tenendum. Vel enim jus Rom. cum jure antiquo Germ. scripto, (jura enim recentiora sive universalia h. e. totius Imperii constitutiones, sive particularia ut provincialia ac municipalia cæteraque statuta, huc in censum non redigo, quippe dum per se intelligatur, iisdem præ jure Rom. competere præsumtionem, nisi supponere velles, hæc in subsidium juris Rom. esse lata, quod tamen absurdum,) vel non scripto universalis, vel non scripto particulari concurrat. Priori casu, si de hoc vel illo speciali casu quæstio occurrat, allegatio legis antiquæ in relatione ad jus Rom. parum aut nihil prodest, donec de ipso principio juris Germ. ut moribus ac observantia retento nondum constat; quod si vero posterius adpareat, omnino ejusmodi legem antiquam (uti & id de *Spe-culis*, etiam in iis provinciis ubi expresse abrogata fuerint, adstruere nullus dubitaverim,) ad meliorem explanationem facilioremque probationem admitto. vid. *supr.* §. 3. *not. ***. In secundo casu vero, ubi jus Rom. cum universalis quadam Germaniæ consuetudine, vel quod idem est, cum ipso quodam perpetuo usu & observantia corroborato juris Germ. universalis principio collidit, omnem, etiam in specialibus exinde immediate descendentibus

dentibus conclusionibus, juris Rom. præsumptionem cessare arbitror. Conf. omnino SCHILTER *d. d. Exerc. I. §. 12. Exercit. XII. §. 11.*; immo crederem, receptionem juris Rom. heic non sine quadam absurditate fingi, ac sese in jure patrio fundanti, ejusdem probationem injungi posse. Conf. *supra §. 2. & 4.* In tertio denique casu admitto STRYKUN *d. l. §. 33.* allatam differentiam inter consuetudinem notoriam nec notoriam, & notoriæ vel probatæ consuetudini magis quam juri Rom., consuetudine vero non probata, simpliciter juri Rom. standum, & sic de cætero cum KULPISIO de generali subsidiaria juris Rom. receptione, minime ambigendum esse existimo; Hoc solummodo attento: ut, principiis juris Germ. retentis, & ejus retineamus conclusiones, abjectis vero, vel potius non admissis juris Rom. principiis, & ejus abjiciamus conclusiones. Quod, si ubique esset observatum, non tot haberemus utriusque juris apertas confusiones insignesque ac exorbitantes in praxi errores. Ast nolo ulterius *B. L.* patientia abuti, sed ad institutum propero.

§. VI.

Si qua vero in materia, juris Germ. principia a jure Rom. recedunt, sane illa de Pactis ea est, ut & dicendo: jus Rom. hic plane exulare, nec, nisi aperte vim patrio juri inferre velimus, observari posse; e contra jus Germ. pro unica ac sola norma esse habendum, non errasse crediderim. Hoc ex collatione utriusque juris per unam pactorum speciem, nimirum eam de *Pactis Dotalibus*, demonstrare, apud me constitui; ipsum institutum in tria Capita divisurus, & in priori de *Pactis Dotalibus in Genere*; in secundo de *Donatione propter nuptias*; in ultimo de *Pactis Dotalibus in specie Invalidis* acturus: hoc ultimum caput vero, in formam specialis *Dissertationis*, futuræ Eruditorum disquisitioni reservaturus.

Instituti ratio exponitur.

CAPUT II.

DE

PACTIS DOTALIBUS
IN GENERE.

§. I.

Pacta dota-
lia jure Rom.
immediate
a lege.

Pactum, qua contractui opponitur, Jure Rom. est conventio carens nomine ac causa, i. e. quæ vel peculiari forma ac denominatione, vel etiam præcedenti rei datione factique præstatione, destituitur; & dividitur, in nudum, & non nudum. Utriusque quidem eadem extrinseca forma, quippe dum utrumque in simplicibus conventionum finibus saltem subsistat, nec solemni corroboratum sit stipulatione; non vero eadem intrinseca vis ac efficacia est. Nudum enim vi civiliter obligandi caret, & saltem ad excipiendum, compensandum aliosque quosdam effectus, non vero agendum, prodest (*). Non nudum vero, vel a Præatore, unde *prætorium*, vel ab ipso contractu, cui in continenti additum, unde *adjectum*, vel etiam ipsa lege, seu Principis constitutione, unde *legitimum* audit, vim civiliter obligandi accipit. Hujus posterioris species sunt *Pacta Dotalia*, quatenus nimirum agitur de dote promissu exigenda, *l. 6. C. de dot. prom.* vel eadem mulieri ejus patri hereditibusque, *l. un. C. de rei ux. act.* vel etiam extraneo constituenti restituenda, *l. 1. C. de pact. conv.* vel denique a marito soluto matrimonio retinenda. *l. 6. C. eod.* (**).

(*) Ex eo adparet, Romanos utique naturalem vim nudorum pactorum agnovisse, rationem vero, cur illis actionis producendæ efficaciam detraxerint, mere fuisse politicam, nimirum ut *vastam litium segetem in verba opprimerent*, sunt verba SAM PUFFENDORFII *de Jur. Nat. & Gent. Lib. V. cap. II. §. 3.* qui tamen in eo fallitur,

fallitur, quod existimet: jus Nat. & Civ. ratione pacti negativi, h. e. de non petendo, convenire, ac utrumque jus exceptionem saltem operari posse. Jure enim N obligatio ipso jure tollitur, & hinc ejusmodi pactum, v. g. in conditione indebiti, etiam ad agendum prodesse potest; quod tamen de jure Civ. secus, ubi nimirum ad hunc effectum solemnns desideratur acceptilatio.

(**) An omnes hi casus ad pacta legitima referri queant? dubitari posset, cum *Imp. Justinianus* §. 29. *J. de act.* actionem pro dote exigenda repetendaque, in specie saltem ratione ipsius mulieris, non vero extranei aut mariti, inter bonæ fidei judicia connumeranda esse velit; stricti juris vero negotia non possint non solemnem supponere stipulationem; uti hoc *Uostr. BÖHMERUS* in *doctrina de Act. Sect. I. cap. III. §. 33. seq.* non sine adparatu docet, Verum, præterquam quod ex multis aliis argumentis, quod tamen pace *Viri Uostr.* dixerim, non obscure adpareat, dari jure Rom. & citra solemnnes stipulationes, stricti juris negotia, [sicut alias verosimillimum videatur, jurisprudentiam formulariam huic negotiorum distinctioni primitus occasionem dedisse] ita de veritate ejus me non dubitare sinunt modo allegatæ LL. Sic in *d. l. 1. C. de pact. conv.* ubi pro alumna dotem constituenti, eamque soluto matrimonio repetenti, exceptionem nudi pacti minime opponi posse, claris verbis deciditur, non de patre, [huic enim jam in *d. l. un. §. 13. in f. de tacita ex stipulatu* actione melius prospèctum erat,] sed de extraneo sermo est. Porro in *d. §. 13. l. un.* ratione extranei, redditionem dotis soluto matrimonio sibi stipulantis, non præcise requiritur solemnns stipulatio, sed voces, *stipulatio & pactum* ubique disjunctive conjunctæ adparent. Ita & in *l. 6. C. de dot. prom. : ad exactiorem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacunque verba sufficere, sive scripta sive non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subscrita,* luculenter pactum legitimum exponitur, ut de *l. 6. C. de pact. conv.*, ubi nimirum maritus exceptione jam ratus erat, taceam. Hos casus tamen ad bonæ fidei negotia referre, ego quidem nunquam auferim, præprimis cum *Imp. in d. §. 29.* per vocem: *tantum,* non obscure indiget, eum, illam saltem ex stipulatu pro dote exigenda repetendaque actionem, quam *d. l. un.* cum veteri *rei uxorie actione* conjunxerat, bonæ fidei esse, velle. Et licet de *d. l. 6. C. de dot. prom.* adhuc dubium oriri possit, eum favor causæ h. e. dotis ibidem fuisse videatur: probe tamen notandum, duo plane diversa esse: *Hoc vel illud negotium ob favorem causæ non desiderat solemnem stipulationem, sed &*

nudo perficitur pacto, Et: Hoc vel illud negotium tanta gaudet amplitudine, ut & plus quam ipsa conventionione comprehensum fuerit, adjudicari possit; ut taceam hanc legem tam de muliere ipsa, quam marito intelligi posse.

§. II.

Jure Germ. ac moderno vero, a communi omnium pactorum validitate, sustinentur.

Verum quid hæc ad nos? Sane nihil. Non enim opus est Prætoris, contractus, legis vel Principis adfidentia, sed saltem Majorum fide, quam jam Tacitus de moribus Germ. C. XXIV. (*) ut Rome inauditam effert miraturque. Cessat jure Germ. pactorum in nuda, (**) imo quod magis, ipsorum contractuum (nisi quod reales, ex natura rei, adhuc hodie rei traditionem requirant,) divisio. Omnium conventionum una eademque vis ac efficacia (***) . Unde & pacta dotalia non ex stipulatione vel legis adjuncto, sed ex communi omnium conventionum jure Germ. validitate, hodiernum subsistunt.

(*) Inter alia ibidem fidei tenacitatem majorum nostrorum, etiam in ipso alea ita exprimit: Aleam, quod mirere, sobrii inter seria exercent, tanta lucrandi perdendive temeritate, ut cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo factu de libertate & de corpore contendant. Victus voluntariam servitutem adit: quamvis junior quamvis robustior, alligari se ac venire patitur: ea est in re prava pervicacia: ipsi FIDEM vocant.

(**) Variis quidem in paciscendo Germani usi fuerunt ritibus, v. g. dextra manu oblata, digito erecto stipulisque, &c. de quibus eorumque reliquis vid SCHILTER Exercit. IIX. §. 5. in not. non tamen est, quod existimemus, illos naturalem vim ac obligationem pactorum, ex ejusmodi solemnitatibus metiri, ac aliter, quam confirmationis gratia, easdem adhibere voluisse, & licet alii aliis scrupulosiores hac in re fuisse videantur, sensim sensimque tamen anxiam hanc rituum religionem, cessasse, vel ipsæ veteres juris Germ. paroemiæ: Ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann. item: Zusagen mache Schuld, non obscure indignant. Conf HEINEC. L. II. tit. XII. §. 337. Notabilis vero est locus juris prov. Sax. L. I. art. 7. Wer etwas borget, oder gelobet, der soll es gelten, und was er

er thut, das soll er stett halten. Will er es aber läugnen darnach, (wil he aver des verfahren darua,) er erwehret sich des mit seinem Eyde, (he entgeit is em up den Zilligen,) wo er es vor Gerichte nicht ges than hat. 2c.

(***) Immo major hodie pactis, quam olim apud Romanos solemnis stipulationis, vis ac efficacia. Sic jure Rom alteri per alterum, quod non erat in potestate, ne solemnique stipulatione acquirebatur, p. l. 53. ff. de acq. ver. dom. & §. 18. Jur. de inutil. stipul. quod tamen hodie fit nudo pacto. HEINEC. d. l. §. 247. Porro jure Rom., qui sese stipulatione ad factum obligaverat, ad id precise compelli non poterat, sed, offerendo interesse, liberabatur, quod tamen jure Germ. & moderno fecus. Conf. GROENEWEGEN de LL. abrog. ad l. 13. §. 1. de re jud. & SCHILTER d. Exerc. II. §. 2. ubi: Certum enim est, inquit, moribus Germanicis hoc obtinuisse, antequam jus Rom. introductum in Germania, quibus fides precise servanda: principia vero Quiritum qua ex eorum libertate dependent, Germanorum mores non agnoverunt: ergo probandum potius jus Germ. hoc in passu fuisse abrogatum, jure civili, per contrariam observantiam hac in parte introducto. Dissentit STRYCK in U. M. tit. de Pact. §. 10. ex nulla vero solida ratione, quippe dum principium: majorem hodie esse pacti quam jure Rom. stipulationis vim, §. 12. d. l. in primo proposito casu non obsequere admittit, hic vero negat. Ceterum laud. SCHILTER Exerc. XII. §. 11. dubium, quod heic *Glos. jur. prov. Saxon. lib. II. art. 11.* Geschehe es auch / daß keine poen oder Straff in Erwehlung der Schieds-Lente darauf gesetzt ist / oder dergleichen / welches wir: Schieds-Geld / oder auf alt-Sächsisch: Solschaps heissen / so bindet es einen auch nicht / in casu compromissi jus Rom. amplectens, movere possit, tam ex suspecto stylo, quam, quod in *Cod. Mscr.* non extent, demonstrando, adducta verba a manu recentiori fuisse adjecta, hincque esse minoris auctoritatis, sufficienter excutit.

§. III.

Ipsæ vocum significationes indigitant, pacta dotalia, qua legitima, proprie saltem circa dotem fuisse occupata, cætera vero conjugum pacta vulgaria habuisse conventionum naturam. Cum autem postea, inventa a Principibus

Materia Pactorum dotalium jure Rom. dos saltem est ac donatio pp. nuptias.

bus donatione pp. nuptias, conventiones de dote & donatione propter nuptias plerumque reciprocatae fuerint, hinc pacta dotalia in sensu juris Rom. nihil aliud sunt, quam: *pacta legitima de dote & donatione pp. nuptias constituenda, lucranda restituendaque*. Alia vero conjugum bona post mortem alterius lucranda valide non poterant in obligationem deduci; cujus rei rationem, ipsam generalem pactorum acquisitivo-successoriorum prohibitionem fuisse, eo minus dubium habet, cum cardinales leges ex quibus DD. horum pactorum prohibitionem evincunt, de ipsis pactis dotalibus loquantur. Sic cautum *l. 5. C. de p. conv. i. Hereditas extraneis testamento datur; cum igitur adfirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, que dotis titulo tibi non sunt obligata; intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, que nullo modo debentur*. Et sic etiam *l. 15. C. de pact. aliaque plures*.

§. IV.

Ratio ex antiquitatibus, ac ipso succedendi apud Romanos unitate modo, petitur.

Rationem hujus pactorum acquisitivo-successoriorum prohibitionis paulo altius petere, non abs re erit. Omnium antiquissimum modum apud Romanos succedendi, eum ab intestato, fuisse, bene exin conjicitur, quod *Romani*, jam ante inventionem juris *Attici*, in *comitiis publica Civitatis* sponcione testamenta considerint, nimirum, ut lex in causa intestati abrogaretur alia lege in causa testati, sunt verba *Ampliss. BYNCKERSHOECKII observ. juris Rom. lib. II. cap. II. p. 113. (*)* Invento post jure *Attico*, & cauto in *XII. Tabulis*: Paterfamilias uti legasset super familiae, pecuniae, tutelaeve suae rei, ita jus esto, ille in *Comitiis* testandi modus, non quidem non poterat exolescere, hicce posterior, quippe Romanorum libertati magis conveniens, ex eo tempore usum valere; cum tamen peculiaris de successione agna-

agnatitia in XII. Tabulis forma: Ast si intestato moritur, cui ius heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, præscripta esset, at vero ex Romanorum principiis, leges de successione ab intestato, non nisi alia lege colli possent, hinc color erat inveniendus, ut veteris juris analogia servaretur, nimirum in testamento per æs & libram, & hoc non minus postea in delverudinem abiente, per septenarium testimonium numerum, conf. *Illustr. HEINEC. Antiq. J. Rom. Lib. II. tit. X. §. 6.* His præmissis, facile reddideris rationem, cur duo saltem succedendi modi, nimirum *Lex & Testamentum* in jure Rom. adprobentur, *l. 130. ff. de V. signif. l. 10. de jure cod.*, porro, cur ipsa successio audiat juris publici, pactis privatorum non mutandi, per *l. 38. ff. de pact. l. ult. ff. de Suis & Legit.* in genere vero, pacta acquisitivo-successoris, quæ præterea, quod Romanis turpe videbatur, libero homini liberam adimebant testamenti factionem *l. 52. §. 9. ff. pro Socio*, improbentur. (**)

(*) Unde vero hicce ab intestato succedendi modus primario descenderit? difficillimæ questionis est. Imperator JUSTINIANUS §. 1. *J. de H. quæ ab intest. def. & pr. J. de legit. agnat. suc.* nobis persuadere vult, illum ex XII. Tabulis descendere; Verum cum speciale caput de suis heredibus in XII. Tabulis omisium fuerit, vid. *Illustr. HEINEC. Antiq. Rom. L. III. tit. I. §. 1.* non erronea SCHULTINGII ad ULPIANI *fragm. p. 665.* videtur esse conjectura, minimum jam antea sub Regibus heredes suos ab intestato successisse; in quam opinionem etiam laud. HEINEC. *d. l.* propendit *Ampl. EYNCKERSHOECK d. l.* ad specialem quandam ad populum latam legem, inclinat, cum ea, quæ de antiqua Gentium communiione, jure occupationis adprehensionisque & hinc in civitate exorta turba, ut tandem legis auxilium, nimirum publica civitatis sponsio, familia proximos ad successionem vocans, succedere debuisse, superstruxerat, ad statum Rom. adplicat, & tandem ita concludit: *Lex igitur præscripsit succedendi formulam, & quæ ejus potestas est, etiam testamenti factionem permisit, sed haud aliter quam lege quoque . . .*

D

Quare ad excludendos proximos qui

qui lege vocabantur, Romæ testamenta, ut leges qualibet apud populum Rom., calatis comitiis condebantur; sed aliter, inter vivos per æs & libram familia transferenda erat, ita tamen, ut dominus, quamdiu viveret, sibi eam retineret, &c. Verum, quod pace M. V. dixerim, nec ipsam legem distinctè describit, nec tempora rectè distinguit: a] per ipsam legem intelligere videtur L. XII. Tabul., dum modum testandi in Comitibus, ad tempora post investitionem juris Attici [utrumque enim, tam in Comitibus, quam per æs & libram testandi modum, quasi uno eodemque tempore obtinuisse proponit] rejicit, quod tamen cum antecedentibus minime coheret, cum vix credibile, Romanos eoque plane incerto vixisse jure, ac potius ex iis, quæ Ill. HEINEC. cit. Antiq. Rom. lib. II tit. X. §. 7. acute proponit: Ceterum, scribens, testamenta in Calatis Comitibus facta, exolevisse videntur, lapsis legibus XII. Tab. In iis enim, cum cautum &c. - Et paulo post: Unde cum civis jam suo arbitrio possent de bonis disponere: quis, quæso! adeo despiciet, ut mallet in Comitibus calatis, auctore populo collegioque Pontificum, testari? Ergo tum demum videntur testamenta proprie sic dicta, exemplo juris Attici, invaluisse; concludendum erit, huncce in Comitibus testandi modum, primario ante investitionem juris Attici, ac sub Regibus, obrinuisse: b] modum testandi per æs & libram ad illum saltem restringit casum, si nulli adfuerint proximi heredes quod aliter vero se haber, dummodò consideremus, ipsum jus XII. Tabul. quibus hæc modus debetur, plenariam cuius patrifamilias, super familia pecunia &c. legandi, concessisse facultatem. Hinc legem vel rationem, quæ testamenta comitialia supposuerint, omnino jure Attico antiquiorem esse crederem, eandemque, partim ex jure suitatis liberorum, quod ex Romuli de patria potestate instituto, de quo conf. HEINEC. cit. Antiq. lib. I. tit. IX. §. 2. seq. descendisse videtur, partim ex jure totius populi, suis heredibus deficientibus succedendi, derivandam esse; successionem vero agnatitiam ex XII. Tab. jure demum, prophanasse existimarem. Ceterum, solemnitas illa rogationis ad populum in arrogatione usitata formula: Velitis jubeatis, Quirites, uti L. Titius, L. Valerio, tam jure legeque heres sibi fiet, quam si ejus filius familias proximusve adgnatus esset. Hæc ita ut dixi, ita vos Quirites YOGO, quam HEINEC. lib. II. tit. X. §. 2. ex GELLIO refert hucque

hucque applicat, cum grano salis mihi viderat accipienda; cum enim ipse *Illustr. Vir*; uti jam vidimus, eo propendat, quod, introducto jure *XII. Tab.*, modus in *Comitiis* testandi cessaverit, at vero ipsam successionem agnaticam *L. III. tit. I. §. 2. ex XII. Tabul.* jure derivet; hinc valde dubito, num hæc formula qua agnatos unquam obtinuerit.

(**) Rationes, quæ jure Rom. pactis successoriis obstituerunt, ad acquisitiva & dispositiva, h. e. de hereditate tertij, certi non consentientis, non vero ad pacta restitutiva & conservativa [hæc ultima enim juxta communem *DD.* conceptum, juri Rom. plane fuerunt incognita] quadrare, longe lateque probat *STRYCK de success. ab intest. Diss. IX. cap. XII. p. tot.* Major vero de pactis renunciativis superest dubitatio. In *l. enim 15. §. 1. ff. ad L. falc.* pactum sororis, ne falcidia uteretur, a *PAPINIANO* ea ex ratione improbat, quod privatorum cautione, legibus non sit refragandum. Sic & in *l. ult. ff. de suis & leg. her. & l. 3. C. de coll.* pactum dotale, ut filia dote contenta, a futura patris hereditate excluderetur, ob eandem rationem improbat. Placet mihi tamen & non heic *B. Viri* explicatio *d. l. §. 42. & 44.* rem ita proponentis: in *l. 15. ff. ad l. falc.*, non subfuisse pactum renunciativum proprie sic dictum, sed renunciationem saltem *Falcidie*, quæ vero non tantum privato quam publico favore, quippe, ne testamenta destituerentur, introducta hincque irrenunciabilis fuisset. Porro in *l. ultima ff. de S. & leg. hered.* nec non *l. 3. C. de coll.*, non intercessisse pactum patris cum filia, sed saltem cum genero, hocque pactum fuisse speciem exheredationis, quam tamen, ut contra juris formam factam, non potuisse non improbari. Et eatenus recte. Quæ vero *B. V.* in subsequ. §. 46. differit, meram sapiunt subtilitatem, & si dicendum quod res est, hanc concinnam *LL.* obstantium explicationem iterum ferme evertunt. Ad objectionem enim: *his pactis, successionem tamen, & consequenter etiam ius publicum mutatum fuisse*; sequentem in modum respondit: distinguendum nimirum esse, inter delationem, ac acquisitionem hereditatis, illam quidem non pacto, bene tamen hanc impediri potuisse, si quidem heic; non simplicem hereditatis abdicationem, sed saltem pactum de ea repudianda, olim cum deferretur, deprehenderemus quo pacto, non delationem, sed acquisitionem solum modo impediri. Omnem enim renunciationem semper hanc tacitam habere conditionem, si hereditas esset delata, in tantum, ut & in renunciatione ita concepta, ut filia ex nunc pro exclusa haberi velit: Daß sie von nun an/ setzo und auf ewig ausgeschlossen seyn wolle;

velle; hæc tamen semper subintelligatur conditio; nam vocem
nunc, præsentis quidem actum, futurum autem significare, ac
 deinde ad tempus actus retrahitur. Hæc est B. Viri philosophia.
 III. Verum quid quæso! interest, num quis futuræ delationi, an fu-
 ture acquisitioni renunciet: nonne enim eo ipso, quo quis futu-
 ræ acquisitioni se abdicat, simul & futuræ delationi renunciat?
 Sicuti enim hoc per se intelligitur, delatam esse debere here-
 ditatem, ita & facile quis animadverteret, delationem juxta
Auctoris conceptum consideratam, in effectu nihil, nisi solius
 casus existentiam esse. Sane, si jurisprudentia Romana in prohibi-
 tione pactorum successoriorum, tam scrupulosa fuisset, ut non
 tam ad ipsam futuram acquisitionem, quam nudam saltem dela-
 tionem eandem extendisset, ego profecto, & si bona *Auctoris* esset
 argumentatio, probare vellem, quod & acquisitiva pacta fuissent
 valida. Sic enim argumentarer: Si ipsa futura hereditas pacto,
 licet propter juris rationem delatio absolute fieri, nec ullo modo
 inverti debet, repudiari potest, sequitur quod & futura hereditas,
 pacto, licet delatio fieri non debeat, acquiri possit. Atq. Ergo.
 Utriusque eadem est ratio, in priori casu contra factam delatio-
 nem quis pacto repellitur, in posteriori casu vero, contra non
 factam delationem quis pacto admittitur; Et hoc in eo casu,
 quando alicui pars hereditatis promissa fuisset, ac heredes vel
 testamentarii vel legitimi, ex defuncti facti obligati, devoluta
 successione, hanc partem, ut a stipulante ex pacto olim interpo-
 sito, acquireretur, repudiare debuissent, contingere potuissent.
 Ast salva res est: sunt & manent pacta renunciativa jure civili
 Rom. salva. Jus succedendi quidem omnino juris publici erat,
 h. e. nemini licebat, ob veteris juris principia, legem ab intestato
 aliter, quam testamento solemni, migrare, aut proximos heredes
 pacto cum tertio condito excludere; hoc tamen non ita intelli-
 gendum, ac si ipsi heredes ab intestato non potuissent juri suo
 renunciare. Sic v. g. in *l. ult. C. de pact.* pactum de hereditate
 tertii consentientis & in ea voluntate persistentis, (libera enim
 testamenti factio ne consensu quidem adimebatur,) ratione paci-
 scientium validum pronunciat; quid vero hoc aliud erat quam
 pactum renunciativum? quippe, ubi heres ab intestato jus succe-
 dendi suum, in stipulantem transferebat, eoque ipso futuræ here-
 ditari renunciabat. Sane si præter testamentum nullo modo suc-
 cedio ab intestato inverti potuisset, ne hoc quidem potuisset va-
 lere pactum.

§. IV.

Hic erat jure Roman. succedendi modus; aft plane diversus sese sistit in jure patrio. Majores enim nostros, præter successionem ab intestato, (quæ, juxta TACITVM, de mor. Germanorum l. XX. ubi ita: *Heredes successoresque sui cuique liberi, nullum testamentum: Si liberi non adsunt, proximus gradus in successione fratres, patrui, avunculi, æque in Germania antiquissima fuisse videtur succedendi ratio:*) successionem pactitiam non solum adprobasse, sed & in his duobus modis, usque ad juris Rom. receptionem, maxime substituisse, (*) ex veteribus juris patrii monumentis tuto concludi licet. Sic in *L. Salica tit. XLIX.* per traditionem illam solemnem: *ADFACTOMIAM* vel *ADRAMITIONEM* dictam, (cujus forma vero valde proluxa ac scrupulosa est:) nec non *L. RIPVARIORVM. tit. XLVIII.* ubi cautum legitur: *Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in presentiam Regis, sive vir mulieri vel mulier viro, seu cuicumque liberi, de proximis vel extraneis, adoptare in hereditatem, vel adfatimi per scripturarum seriem, seu per traditionem, & testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam, licentiam habeat; nihil aliud quam species pacti acquisitivo-successorii sistitur. Huncce morem etiam per medium substituisse ævum, nos dubitare non sinunt *Specula*, licet quodammodo restrictam in iis deprehendamus de hereditate paciscendi facultatem. Sic in *jure Prov. SAXON. L. I. Art. 52.* cautum: *Ohne der Erben Laub und ohne Gericht, mag kein Mann sein eigen Guet noch seine Leut vergeben. Doch mögen wol die Herren ihre eigene Mann ohne Gericht wechseln, ob man die Wechselung allein gehalten mag. Vergiebt er es aber wieder Recht ohne der Erben Urlaub, die Erben mögen sich ihres Guts wol unterweindnn mit Recht, als ob der todt wår, der es gab, darumb daß er es nicht vergeben mogte: Quod tamen postea, quæ mobilia, hunc in modum laxatur: Alle fahrende Haab**

Jure Germ. vero, materia Pactorum dotalium, ob communem pactorum successoriorum validitatem, omnia bona sunt.

aber gibt der Mann wol ohne laub der Erben in allen Städten, und an allen Orten, und läſſet und verleihet ſein Gut, allein daß er ſich alſo vermög, das er begürt mit einem Schwerd und mit einem Schild, auf ein Roß kommen mög, von einem Stein oder Stock einer Daum ellen hoch, ohne Hülff, alſo doch daß man ihm das Roß und den Stegreiff halt. *ic. Paulo liberius* *jus PROV. ALAM. Art. 305. disponit: Iſt, daß ein Mann ſeinen Freund gut ſchaffen will nach ſeinen Tod, will er im das ſicher machen, er ſoll im Brief geben, beſiegelt mit eins Biſchofs oder mit eins Layen, Fürſten Inſiegel. ic. Conf. de his omnibus Illuſtr. HEINEC. E-lem. jur. Germ. L. II. tit. VI. p. 101. ubi cum elegantissimo adparatu hunc ſuccedendi modum pactitium, in Germania omnibus ævis uſitarum, per omnes pactorum ſucceſſoriorum ſpecies, (***) longe lateque deducit ac probat. Breviter: quam ſcrupuloſa etiã aliquando, hac in re fuerit vetus Germ. jurisprudentia, conſtans tamen perpetua ac univerſalis, qua rem ipſam perſtitit, nec potuit peregrinorum jurium principiis ſuffocari, ſed ex communi quaſi naufragio illo, inter alia ſalva ſuperſtitit adque nos pervenit. Unde recte cum STRYKIO in *U. M. tit. de pact. §. 28. concludendum: primam hodie in ſucceſſione eſſe quaſtionem: num adſint pacta ſucceſſoria? ſi non, ad teſtamentum, ſi ne hoc, ad ſucceſſionem legitimam recurrendum eſſe. Maxime vero pro inſtituto meo faciunt, vulgatiſſimæ illæ conjugum de unionem prolium conventiones, nec non de univerſali ſucceſſione, omnibusque poſt mortem alterius conjugis lucrandis bonis, quotidie occurrentia pacta dotalia. Conf. Illuſtr. LEYSERUS in *Medic. ad ff. Specim. XLIII. eb. 4. & 5.***

(*) Num vero majoribus noſtris aliquis jam teſtamentorum uſus fuerit? magis curioſa quam utilis mihi videtur eſſe quaſtio. STRYK *de Suc. ab inteſt. cit. Diſſert. VIII. §. 4.* poſtquam adductum TACITI locum ita explicaverat: hunc *Auctorem* nimirum, de teſtamento ſuæ civitatis proprio, loqui hocque ſaltem indigitare, apud Germanos

Germanos parentum hereditatem, sola ratione naturali, quasi tacita lege, liberis ab intestato esse delatam, eumque successione modum, liberis deficientibus, in proximis etiam agnatis ac cognatis obtinuisse, sic, ut in tali casu nullum testamentum interveniret &c., tandem concludit, majoribus nostris, liberis vel cognatis deficientibus, omnino modum quandam, bona sua ultima voluntate in alium transferendi, usurpatum fuisse. Peculiares vero hujus hypothese sue probationes ex *Seculo* demum V. & seqq. maxime vero ex *d. tit. 48. l. RIPUAR.*, nec non *cap. 19. l. IV. CAPITULAR.* aliisque veteribus monumentis (ex quibus tamen alias ipsa pacta successoria probari solent) pete desumitque. STRYKIUM notat *Illustr. HEINEC. d. l. §. 42. seq. &*, in *subseq. tit. VII. p. 107.*, ex multis argumentis ac documentis per omnem ævum evincit: testamenta plane non esse Germanicæ originis, sed usum eorum Germanicos populos ab ipsis demum devictis Romanis extra Germaniam didicisse, in Germaniam vero eundem serius penetrasse, ac primitus saltem inter illustres personas, in genere vero, ante peregrinorum jurium inventionem, magis in simplici quadam forma, ac pro animæ saltem remedio, quam secundum juris Rom. subtilitates, substituisse. Ipsa STRYKII argumenta & probationes levioris mihi quidem videntur esse momenti, qua ipsam rem tamen crederem, facili negotio hanc litem inter *Viros Illustr.* componi posse, dummodo ipse controversie status recte formetur. STRYKIUS enim *d. l. §. 4. & 5.* ubi huncce veterem testandi modum, aut pactum, aut pacto tamen non absurdum conventionem fuisse, concedit, non obscure indigitat, se a conceptu testamentorum, non solum proprie sic dictorum ac in juris Rom. sensu consideratorum, sed & ad ejus imitationem forte, sub medio ævo a Germanis pro animæ remedio, vel sub specie legati ad piam causam, conditorum, plane abhorreere; Et hinc id, quod *Illustr. HEINECCIO d. l. Pactum successorium*, illi testamentum est; Quapropter unica saltem adhuc remanet quæstio: numne & aliquando majores nostri, sub analogia quadam ultimæ voluntatis in genere considerate, vel clarius: numne aliquando revocabiliter sibi constituerint heredem, ac factam declarationem (non enim semper actualiter, sed ut plurimum siste saltem ac eventualiter bona sua tradidisse videntur) ad mortem usque suspenderit? Ex iis quidem *locis*, ad quæ STRYKIUS provocat, id difficillime probari poterit, num vero alias simpliciter negandum? adhuc altioris mihi videtur esse indaginis,

(*) Quid

(*) Quid vero de pactis sic dictis dispositivis, quæ jure Rom. non solum invalida, p. l. ult. C. de Pact. sed etiam hunc in effectum reprobara fuerunt, ut & poena confiscationis obtinuerit, l. 30. ff. de Donat. l. 2. §. ult. de His quæ ut indign. secundum principia juris Germ. dicendum sit? ardua mihi videtur esse quaestio. In CAPITULAR L. VII. cap. 378. ubi cautum: *Nulli quidem de bonis usurpandis virorum, nec dividendi contra bonos mores, concessu licentia est, sed præcipiente patre, divisionem ab eo factam, durare, si modo usque ad extremum ejus vivendi spatium voluntas eadem perseverasse, doceatur*; jus Rom. (ex lege enim 2 C. Theod. de fam. excise. hunc locum esse desuntum, aperte constat) adoptatum quasi videmus; sic & in jure PROV. SAXON. L. II. Art. 30. dispositum legimus: *Wer ihm Erbe zusetzet, nicht von Spyschaff oder Erbe, sondern von Gabe oder Gedings wegen, das soll man halten vor unrecht und nicht glauben, man möge dann gezeugen, daß das Gellubde vor Gericht bestätiget sey*; clarius adhuc in jure PROV. ALAMAN. Art. 252 *Ein Weyb mag irem Man chaim Erb gegeben, des sy dannoch nicht geerbet hat, ud des sy wartet tze erben, und als so en mag auch der Man seinem Weyb tze gleicher Weise, so mag auch niman dem andern chaim Gut geben, noch geschafften, das er nicht geerbet hat.* Et hinc cum *Illustr. HEINECCIO d. l. §. 68.* concludendum esse videtur, inter jus Romanum & patrium hac in re nihil esse discriminis. Verum enim vero, cum ipse *Vir Illustris* hinc inde sapienter indigitet, multa esse in jure Germanico, quæ tamen non sunt genuini juris Germanici, idque tam de *cit. Capitulo 328.* quam *Articulo 252. juris PROV. ALAM.* (Speculatorem Svec. enim jam passim utriusque, & Rom. & Germanici juris principia confundere, res ipsa docet) dici queat, dispositio vero *Articuli 30. juris PROV. SAXON.* non ipsam rem seu pactum, quam potius modum saltem ac formam improbet, immo si dicendum quod res est, magis ad ipsa æquisitiva, quam dispositiva respiciat pacta, ubique etiam de jure fisci, in quo tamen cado rei (quodsi enim uni paciscentium ejusmodi relinquenda foret hereditas, certe stipulantis meliorem crederem conditionem esse) consistit, alium sit silentium; Hinc mallem ad firmitatem communem pactorum provocare, & in partes *Illustr. LEYSERI Med. ad ff. Specum XLIII. tb. 3. & 4.* ubi & ad rationes

tiones illas de repugnantia contra bonos mores voroque captandæ mortis &c. quibus tamen alias communis ferme DD. scho-
la anxie inhaeret, solidissime respondet, easdemque moribus Ger-
manie minime esse accommodabiles, satis evincit, transire, ac
in genere habere, hæc pacta secundum genuina juris Germ. prin-
cipia salvari posse.

§. V.

Forma pactorum dotalium est vel *essentialis*, vel *acci-*
dentalis, seu probatoria. *Essentialis*, ut omnium omnino
conventionum, consistit in consensu, (*) quippe sine
quo nulla contrahitur obligatio; unde & firmissima re-
gula est: quod illi qui valide consentiant, valide etiam
obligentur, vel, quod idem est, valide paciscantur, & con-
tra; Ex quo porro sua sponte fluit, quod personæ vel
ipsi natura, ut mente capti, furiosi, quibus & extreme
ebrius non ab similibus habetur, vel ob animi defectum, ut
impuberes, ad paciscendum matrimonii que contractum
ineundum inhabiles, nulliter etiam pacta ineant dotalia.
Verum quis heic differentiam inter jus Rom. ac patrium
statuere, vel hæc horribilia secreta multis legibus juris
Rom. corroborare vellet? In persona minoris tamen,
animadverto, utriusque non convenire juris principia.
Jure Rom. tutela, a depra pubertate finiebatur, & hinc mi-
nor jure veteri D. & cum, & sine consensu curatoris
omnia, salvo tamen restitutionis in integrum beneficio,
valide agebat. Hoc, licet postea jure noviori, & quidem
l. 3. C. de in integr. restit. ratione minoris curatorem haben-
tis limitatur, ipsa minoris persona tamen, omniaque ean-
dem respicientia negotia, a curatela libera ac excepta man-
nebant, & hinc minor non solum sine curatoris consensu
matrimonium, *p. l. 20. ff. de Ritu nupt.* & *l. 3. C. eod.*, sed & per
consequentiam pacta dotalis, quippe, quæ ipsum concer-
nebant matrimonium, celebrare poterat, arg. *l. 73. ff. de
jure dotal.* & *l. 3. ff. de Pact. dotal.* Verum, has juris Rom.
conclu-

In forma ef-
fentiali ali-
qualis inter
jus Rom. &
Germ. est
differentia.

conclusiones ad Germaniæ praxin vix ac ne vix quidem applicabiles esse, vel ex eo luculenter adparet, quod ipsum juris Rom. principium, h. e., differentia inter tutelam ac curatellam, nunquam receptum, sed jus Germ. quod hancce differentiam plane respuit, etiam in iis locis, ubi alias minorennitatis juris Rom. terminus, ut in terris BRANDENB., LUNEB., MEGAP. & POMER. &c., adprobatus, usu ac observantia retentum fuerit. Conf. CARPZOV. P. II. *const. XI. def. 10. & Illustr. HEINEC. Elem. jur. Germ. L. Tit. XV. §. 362. aliique.* Cum itaque in eo omnes consentiant, quod inter tutores ac curatores nihil pene statuunt discriminis, sed hi, finita tutela, eadem plerumque auctoritate, ac antea, administrationem ad legitimam usque ætatem continent, sunt verba modo all. HEINECH, & hinc curatoris auctoritas, sese etiam ad ea, quæ alias minoris personam saltem concernunt, extendat; hinc nescio, quo jure STRYK d. l. *Diss VIII. C. V. §. 13.* nec non *Illustr. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CCCVII. ib. 2.* aliique plures, heic juri Rom. strictissime inhærere, ac simpliciter adstruere queant, minorem indistincte sine curatoris consensu matrimonium, & consequenter etiam pacta dotalia, inire posse, cum tamen ipsa patrii juris alias adprobata principia directe contrarium suadeant, vel potius jubeant, maxime, cum pacta dotalia, juxta jus Germ. considerata, nimirum ut species pactorum successiorum, non minimæ sint consequentiæ, hincque ex regulis juris Rom., non nisi invita omni ratione, metienda; est hinc illæ lacrymæ. Conf. *Illustr. SIBRAND. in Dissert. de Pact. Dot. Sect. I. §. 5.* ubi juris patrii observantiam, per omnem ferme Saxon. inferiorem ostendit.

(*) Cum, uti in omnibus conventionibus, ita & in materia successiõnis pactitiæ, solus consensus negotium conficiat, & nec jure civili Rom. nec etiam Germ. pacta renunciativa unquam prohibita ac invalida fuerint. vid. *supr. §. 4.* ibidemque *not. 2.* hinc facile animadvertetis dispositionem *Jur. Can. in cap. 2. de pact. in 6.* que ita: *Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, impro-*
bet

bet *lex civilis* [respicitur ad *l. 3. C. de coll.* ast male eam, ut statim in oculos incurrit, interpretatur *Papa*] si tamen juramento, non vi nec dolo præfinito, firmatum fuerit, ab eadem omnino servari debet, cum non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum, plane otiosam esse, ejusque vero anxiam in praxi observantiam, ex malo intellectu juris Rom. ac neglectu juris Germ. promanasse. Unde miror, nec satis mirari possum, ipsum STRYCKIUM, qui tamen *d. l. cap. XII. §. 4. seq.* pro aris ac focis, pro justitia horum pactorum secundum jus civ. Rom. certat, nihilominus *cap. X. §. 18 eod.* simpliciter necessitatem juramenti propugnare. Bene hanc inconvenientem juris Can. applicationem jam animadvertit SCHILTER *Exerc. VIII. §. 40.* ubi, licet in ea est opinione, quod jus Rom. hæc renunciativa pacta reprobet, nihilominus [et eatenus recte] in simplicitate juris Germ., quippe quod in tota hæc materia vicem juris Com. sibi, tribuit, conf. ea, quæ habet *Illustr. HEINEC. cit. Elem. Lib. II. tit. VI. §. 161.*

§. VI.

Forma accidentalis seu probatoria circa testes, Scripturam, insinuationem ac judicis præsentiam versatur, ullum horum vero in jure Rom. (*) necessario requiri, nusquam inveni; id quod juxta hujus juris principia, sese & facite ita habere potuit, cum pacta dotalia artibus saltem, qua materiam, limitibus circumscripta fuerint, ac non nisi de dote ac donatione pp. nuptias subfiterint. Verum has juris Rom. regulas ad pacta dotalia, jure Germ. considerata, hæud ad commodari posse, vel ipsa diversissima horum a Romanis pactorum natura suadet, imo tot innumeras ac infinitas circa eadem exortas lites, ex hac mala juris Romani applicatione originem traxisse, cuius cordato in oculos incurrit. Duplicem enim habemus juxta juris Germ. principia, pactorum dotalium speciem; una simplicem saltem dotis vel dotalitii constitutionem concernit, & hæc ex communibus omnium vulgarium conventionum regulis metiendam esse, admitto. Altera vero circa futuram conjugum successionem ac heredis

Sic quoque
in forma
probatoria.

redis denominationem versatur, in qua tamen cautius mercandum vel ipsa ratio politica jubet. Equidem absonum foret, scrupulosos illos a majoribus nostris in pactis suis successoriis adhibitos ritus, heic omnes in censum redigere velle. vid. *sup.* §. 4., non tamen est, quod statim in alterum transeamus extremum, & ideo, quod in jure Rom. circa externam formam nihil præcise cautum fuerit, validitatem horum pactorum eo usque extendamus, ut & omnem post habeamus externam solemnitatem ac chartulæ a solis tantum conjugibus subscriptæ vim ac effectum universalis deferendæ hereditatis tribuamus, id quod inter alios STRYK *cit. Diss. VIII. Cap. V. §. 7.* contra RICHTERUM in *Decis. XXVI. n. 5.*, ast male, defendit. Et hinc in defectu *Statuti*, formam externam præscribens, pactum dotale de futura conjugum successione disponens, at a solis tantum conjugibus confectum subscriptumque, nec testibus nec insinuatione &c. corroboratum, ex ipsis juris patrii principiis in totum reprobarem. Dissentire etiam videtur *Illustr. LEYSER Specim. CCCVII. th. 12. sed vid. not. 1.*

(*) Equidem JUSTINIANUS, trocho, ut constat, versatilior, *Nov. 127. C. 2.* donationis propter nuptias, quingentos solidos excedentis, insinuationem, quam tamen *Nov. 119. C. 1.* ubi ex donatione pp. nuptias specialem efformat contractum, remiserat, iterum, & quidem ratione mariti, ultra dictam summam lucrari volentis, recoquit: quæ dispositio etiam a plurimis *DD.* ad pacta dotalia moderna applicatur, ita, ut eadem juxta prædictum modum concepta, ratione mariti subsistere haud posse credatur nisi insinuata fuerint, uti & id STRYCK *U. M. tit. de Pact. dotal. nec non Ill. LEYSER cit. Med. Spec. CCCX. th. I.* opinantur. Verum enim vero, sicuti in tota hac materia juris Rom. principia adhuc dum exulant, hincque ejusdem speciales conclusiones, non, nisi principiis juris patrii aperte vim inferre velimus, adcommodari possunt: ita & in præsentî casu juris Rom. applicationem minus recte fieri, crederem, maxime cum plane diversam, uti *Cap. seq.* videbimus, in praxi habeamus donationem pp. nuptias. Ipsam insinuationem pactorum dotalium, ego quidem nunquam reprobaverim.

verim, maxime, si de futura conjugum successione disponant, aliisque extrajudicialibus solemnitatibus non sint firmata, modum ac rationem vero ejus, ex *Nov. 127. C. 1. petere*, h. e. eandem ex solo quanto metiri, & quod ridiculum ferme, heic inter maritum & uxorem aliquam fingere velle differentiam, mihi sat inconueniens videtur. Et nescio, quomodo hæc, cum ipsorum *Doctissim. Virorum* principio cohæreant. Alibi, uti in §. vide-mus, acriter defendunt, hæc pacta dotalia indistincte, [in quo tamen ab illis discedere cogor] dummodo forte per scripturam a solis conjugibus subscriptam, vel alio quouis modo probari possint, licet etiam nulli plane adhibiti fuerint testes, valere, & tamen heic, ubi de summa saltem particulari, h. e. quingentis solidis, agitur, præcise insinuationem, requirunt; quæ tamen vix sunt comparibilia, nisi supponas, eosdem semper hunc supponere casum; ast quicquid sit, est & manet nihilominus *Novella 127.* scrupulosa, ac moribus vix ac ne vix quidem accommodabilis.

- (**) Vulgatissima alias pactorum dotalium divisio est, in simplicia, h. e. in vim contractus, & mixta, h. e. in vim ultimæ voluntatis sub-sistentia. Non unanimis tamen *DD.* de ea est opinio. Sunt, qui omnia pacta dotalia in vim contractus subsistere, ac invito altero plane non revocari posse, existimant, alii contra directe contra-rium defendunt. *conf. laud. STRYCK d. l. §. 39. seq.* Praxis tamen eandem sub certis formulis recipit, distinguendo: num verba ad bona saltem respiciant, v. g. *Sie soll meine Güther ha-ben und behalten*, an successione mentio injecta fuerit: *Sie soll meine Güther erben*; *Sie soll darin succediren*; hoc posteriori vero casu ad imitationem donacionis m. c. quinque testes re-quirendo, ac revocationem permitiendo. Verum inconvenien-tiam hujus rei, & infulsam juris Rom. immixtionem, bene anim-advertit *Ullustr. LEYSER cit. Med. Spec. CCCVIII. 26. l.* ita edic-ferendo: *pacta sic dicta mixta, pugnare cum natura pactorum, pugnare cum principiis juris patrii, pugnare cum candore Germa-norum, ac esse denique verum monstrum, partim ex jure Rom. partim jure Germ. constatum.* Imprimis vero notabilia sunt, quæ in subsequens tradit: nimirum: *Pacta dotalia in dubio per mo-dum contractus imita censei, voces Hereditatis, Succes-sionis item legitimæ, etiam in pactis permodum contra-ctus inuis, adhiberi posse, vocem erblich, contractum magis indi-care quam ultimam voluntatem, pactorum dotalium inter vivos initorum*

initorum naturam, clausulam codicillarem adjectam non mutare, solam quinque testium adhibitionem ultimam voluntatem non facere, nec mortis mentionem, & verba auf den Todes Fall/ ultimam voluntatem inducere, quæque omnia solidis confirmat præjudiciis. Quapropter, dummodo ejusmodi solidioris praxis principia supponantur, crederem, huic distinctioni parum, aut nihil magis esse tribuendum, & ejusmodi instrumentum dotale, revera ultimam continens voluntatem, magis pro specie quadam testamenti reciproci, in vim codicilli subsistentis, aut donatione quadam m. c. reciproca, quam pro vero pacto dotali habendum esse, præmissis cum ipsa DD. schola, hic omnes peculiare ultimæ voluntatis effectus v. g. detractionem Falcidiæ ac Trebellianicæ locum habere velit. conf. STRYCK *de Caut. Cont. Sect. III. cap. VIII. §. 36.*

§. VII.

Maxima vero
in effectu ju-
ris Rom. ac
German. est
differentia.

Restat ut pauca de effectu adiciamus. Hic vero omnium insignior inter jus R. & Germ. sese exerit differentia. Jure Rom. pacta dotalia, uti omnes omnino conventiones, personas ac heredes paciscentium non egrediuntur, sed saltem ex stipulatu & præscriptis verbis actio datur. §. 29. *f. de Act. add. LAUTERB. Compend. Juris ad T. ff. de Pact. dotal.* Verum in his non subsistit jus Germ., quippe, ex generali pactorum successoriorum validitate, non solum peculiare pacti effectus, qua ipsam futuram successionem admittendo, sed & insuper omnia ea, quæ lex & testamentum operantur, pactis dotalibus tribuendo. Hinc pacta dotalia a) constituunt irrevocabile jus succedendi, h. e. non solum impediunt testamenti factionem, minimum eatenus, qua futura hereditas in obligationem deducta fuerit, conf. *Illust. LEYSER. cit. Med. Spec. CCCVII. Th. VI.* sed & ipsi derogant legis provisioni, h. e. *Statuto, Id. d. l. Th. V. b)* devoluta successione (*) tribuunt reale jus hereditarium, h. e. superstes pro universali successore, tam qua activa, quam passiva jura, habetur, STRYCK *d. Diss. VIII. C. V. §. 28, (**)* iisdemque remediis, quæ alias heredi civili competunt, uti potest. (***)

(*) Commu-

(*) Communis ferme DD. opinio est, quod statim a tempore pacti jus reale hereditarium, ipsa conjugum bona efficiens, constituitur, hinc que non solum testamenti factio, sed etiam bonorum alienatio impediatur, STRYK *d. Cap. V. §. 24.*, ubi hanc superstruit rationem, quod pacta dotalia sint irrevocabilia, quodsi vero bonorum alienatio permitteretur, una via admitteretur, quod altera prohibitum esset, h. e. pacta dotalia per indirectum revocari possent. Quid vero hæc sibi velint, & quomodo cum pactorum natura conciliari possint? ego quidem non percipio. Si enim per jus istud reale, jus ex pacto quæsitum, vi cuius alteruter conjugum, animadvertens bonorum alienationem in fraudem pacti & sui præjudicium tendere, quovis modo, re adhuc integra, eandem impedire, & contra alterius personam, sibi pacto obligatam, iustis remediis uti potest, intelligitur, res quidem per quam bene se haber, aut hæc omnia non involvunt jus reale ac bona ipsa efficiens. Quodsi vero actuale quoddam jus in re supponitur, quod bona ita afficit, ut ipsa alienatio, quasi a non domino facta annullari revocarique possit, sane infinitæ absurditates ac insanabiles contradictiones profluunt. Sic sequeretur a) mutuum illam heredis constitutionem, & simul operari mutuum bonorum, minimum factam traditionem dominique translationem, b) utrumque desinere esse dominum rerum suarum, c) neutrum tamen, ex pacto heredem existentem, teneri defuncti factum præstare; quæ tamen omnia aperte cum ipsa rei ac pacti natura pugnant. Hinc sicuti nec in testamentaria nec legitima successione, jus reale hereditarium, ante mortem existit, (vi ventis enim nulla est hereditas, ita nec hic illud sese prius exferere potest; ad solam vero illam, ex pacto irrevocabilem successione, reali jure quodam minime opus est; immo ipse STRYK *d. l. §. 31.* id iterum everit, cum ad istos proprie ex jure in re fluentes effectus, expressam requirit hypothecæ constitutionem. Interim tamen, ne sic quidem inconvenientia evitatur; nam donec conceptus heredis remanet, h. e. donec successio sub titulo universali supponitur, hypotheca illa constituta, eo usque tamen nihil operari potest, ut superstes, vel totam vel quotam hereditatis acquirat, & non simul præter defuncti factum; sunt enim & manent contradictiones in adjecto,

(**) Quæ Auctor d. l. de pacto mixto, tam de tota hereditate, quam parte ejusdem concepto, ac universalem successione tribuente, habet, ex iis sunt declaranda limitandaque, quæ in *Caut. Contr. d. l.* ex Responso quodam adstruit: Ferner auch obige Pacta nicht anders

anders als *jure codicillorum* gültig seyn; in Rechten aber nirgendß gegründet | quod in *codicillis Trebellianica* vel *Falcidia* adimi possit, nam, ubi hereditas auferri nequit, ibi nec *Falcidia* prohiberi potest, quia alioqui in effectu adimeretur hereditas ab intestato venientibus, quod vero una via non licet, id nec alia via permittendum, C. 84. de R. J. in 6: Nun kann aber per *Codicillos* denen hereditas ab intestato die Erbschafft nicht benommen werden | §. 2. J. de *Cod.* kan also auch *Trebellianica* oder *Falcidia* nicht &c. Quibus praesuppositis, in sic dicto pacto mixto, semper ab intestato successioni locus erit, nec hereditas directe, sed saltem per indirectum transferri poterit. Sic & quae §. 29. & 30. sequuntur: in rebus particularibus superstitem conjugem pro singulari saltem haberi successore, res tamen alienum ante omnia deducendum esse, imo mulierem, pro rata jam accepta, post emergente ere alieno, ipsi heredi teneri, recte quidem scire habent, limitatio vero paulo post §. 31. adjecta, quod conjuges ratione hujus in pactis dotalibus promissae portionis, sibi de expressa prospicientes hypotheca, actuale jus hypothecarium, & sic etiam pro temporis ratione praelationem habeant, iniquissimam illam juris Rom. sub specie donationis pp. nuptias ad hodierna pacta dotalia adplicationem redolent, de quibus vid. *seq. Cap. III. §. ult.*

- (***) Nescio vero quid STRYKIUM d. l. §. 35. moverit, ut ex hoc jure hereditario descendente realem actionem, contra heredes saltem defuncti, ad exemplum realis actionis pro legatis consequendis, non vero contra tertium possessorem institui posse existimet, cum tamen illa realis actio pro legatis consequendis, omnino contra tertium possessorem detur p. l. 25. pr. de obl. & act. & jam ex HOPPIO in *Comment. ad §. II. J. de Leg.* notum sit, transire ipso jure dominium rei legatae [speciei sc.] in Legatarium, ita ut vel contra heredem ex testamento, vel etiam rei vindicatione contra tertium possessorem agere possit. Quod & multo magis locum habebit, si superstes sub universali titulo succedit, eo ipso enim non potest non iisdem remediis, quae civili comperunt heredi, contra tertium possessorem vel universalem vel particularem gaudere.

CAPVT III.
DE
DONATIONE PROPTER
NUPTIAS.

§. I.

Duplex in LL. Romanis reprehenditur donatio in ter virum & uxorem, *propria* nimirum & *impropria*. *Propria* consistit in actuali quadam in accipientem collatione, & vocatur alias in jure simplex. Hæc usque ad SEVERI ac ANTONINI tempora simpliciter invalida ac prohibita erat, ita, ut ne quidem morte confirmari, sed ab heredibus defuncti revocari posset. Verum *Imp. ANTONINUS* ante excessum D. SEVERI patris sui, oratione in *Senatu* habita, auctor fuit *Senatui* censendi, FULVIO ÆMILIO & NUMMIO ALBINO C.C., ut aliquid laxaret ex juris rigore, sunt verba ULPIANI in l. 32. ff. de donat. inter V. & ux. ubi §. 2. hæc refert orationis verba: *fas esse eum quidem qui donavit, penitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem ejus qui donaverit, durum & avarum esse.* Hujus prohibitionis causam, illimitatam illam divortiorum licentiam fuisse, ex ipsis, quas nobis suppeditant *leges*, rationibus non obscure liquet, ut in l. 1. ff. hic: *ne mutuo amore invicem spolientur*: item l. 3. ff. hic: *ne melior in paupertatem incidat deterior ditior fiat*; optime vero verba §. 10. d. l. 32. *Si divortium intercessit: aut prior decesserit, qui donum accepit, veteri juri statur, hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio, quodsi non vult extinguitur, plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi & offensa, hoc innuunt.* (*) Verum de hac, & quid jure Germ. circa illam obtineat, in ultimo Cap. plus dicendi locus erit.

Donatio simplex in jur. Rom. quid?

F

(*) Equidem

(*) Equidem *Illustr.* HEINEC. in *Antiq. jur. Rom. lib. II. cap. VII. §. 8.* hujus prohibitionis rationem, ex antiqua illa uxorum in manus conventionione, secundum quam maritus ac uxor pro una persona, non secus a pater & filia familias habebatur, derivat; Verum [quod pace *Viri Illustr.* dixerim] tantum quidem exinde colligi posset, hanc donationem non valuisse, nisi morte eandem maritus confirmasset, sicuti & patris donatio id requirebat; id minimum tamen exinde non adparet cur ejusmodi donatio antea simpliciter prohibita fuerit, & licet donans in ea voluntate ad mortem usque perstiterit, nihilominus ab heredibus defuncti revocari potuerit. Supposita etiam hac ratione, nescirem, cur & aliarum personarum intuitu matrimonii-factae donationes [de quibus ULPIANUS in *d. l. 32. §. 16.* ita: oratio (ANTONINI sc.) non solum virum & uxorem complectitur, sed etiam ceteros, qui propter matrimonium donare prohibentur: ut puta donat socer nurui vel contra, vel socer genero vel contra, vel confocer confocero &c.] eodem modo, quo conjugum donationes prohibita fuerint. Quapropter nescio, quid TRIBONIANUS hanc omittens rationem, peccaverit, ut tam graviter vapulet ab *Illustr.* HOFEMANNO in *Dissert. de Donat. pp. nupt. §. 3. in not.* ubi ita: *Mirari forte quis possit has rationes a J. Cris. fuisse praeteritas: sed mirari desierit. qui considerare voluerit, vetera Tribonianum in compilando jure, quae ad jus antiquum referenda, studio siluisse, non sine posteritatis injuria, orta inde difficultate, quae hodierna laborat jurisprudentia, ut in subtilissimi juris arcana, non semper nos penetrare queamus. Sicuti enim salus Imperii, ut ita loquar, exinde non dependerit, num hujus prohibitionis rationem ex in manus conventionione, an aliunde derivemus, ita & crederem, TRIBONIANUM hac vice fati officio suo functum esse, ac sufficienter eandem nobis in LL. indigitasse.*

§. II.

Donationis
ante nupt.
a simplici
differentia.

Altera sic dicta impropria, non consistit in actuali rei traditione, sed a marito mulieri ex bonis ejus, vel in re quandam speciali, vel etiam quantitate, & quidem in compensationem dotis constituitur, et vulgo vocatur donatio propter nuptias. Hanc donationem quadantenus quidem, nobis describit *Imper. JUSTIANUS* in §. 3. *J. de agnat.* eamque veteribus incognitam & a junioribus de-
mum

num *Principibus* introductam fuisse tradit; cum vero speciale tempus, ad quod eandem referre queamus, omittat, nec etiam eam distincte proponat, operæ pretium erit, pauca de origine ac progressu ejus præmittere.

§. III.

In prioribus *LL. Tit. C. de donat. ante nupt. simpli-* cem saltem desponsatorum donationem, seu sponsaliciam largitatem præter arrham factam, invenimus, quæ vel sine respectu ad futuras nuptias, vel etiam intuitu earum conferebatur. (*) Prior, licet etiam nuptiæ non essent insecutæ, valida tamen ac irrevocabilis manebat *L. 10. 11. & 12. C. hic*, ac semper, nisi expressum esset, num intuitu nuptiarum fieret, nec ne, subintelligebatur. Quod vero *Constantinus in l. 15. hic* mutat, sentiendo, quod quævis ab uno desponsatorum in alterum facta donatio, intuitu futuri matrimonii facta præsumenda esset, ac nuptiis, v. c. morte alterius non insecutis, nisi donans causam non contrahendi matrimonii præbuisset, repeti posset, quod tamen in *seq. l. 10. hic* ratione sponsi, sponsæ, interveniente osculo aliquid donantis & ante nuptias decedentis, ita limitat, ut h. c. dimidia pars apud superstitem sponsam remaneret, altera, defuncti sponsi heredibus restitueretur. Sicuti vero, juxta scrupulosam *L. Cincie* dispositionem (quam *D. Pius* in personis conjunctis saltem sustulerat, cujusque in *l. 4. C. THEOD. de donat.* mentio injicitur) cuius donationi mancipatio ac traditio accedere debebat, ita & hæc ante nuptias donatio æqualem requirebat traditionem *arg. l. 3. C. THEOD. de Sponsal. & ante nupt. don.* quam traditionis necessitatem tamen *THEODOSIUS junior* in *l. ult. C. THEOD. eod.* (cujus legis posteriora saltem verba, *TRIBONIANUS* in *l. 17. C. hic*, & insuper legis sententia interpolata, adducit) itidem, ad imitationem forsam *Constitutionis D. PII*, remittit; sunt vero legis verba: *Si donationis instrumen-*

Donationis
pp. nuptias
origo.

strumentam ante nuptias, actorum solemnitate firmatum sit, de traditione, utrum nuptias antecesserit an secuta sit, vel penitus pretermissa minime perquiratur &c. Cum itaque ex eo tempore, hæc in sponsam ante nuptias facta donatio, apud sponsum maritumque remanere coepit, hinc & subsequentes Imperatores occasionem coepisse videntur, novam aliquam, ex hac simplici ante nuptias donatione, efformare donationem, & quidem talem, quæ non solum sponsæ non traderetur, sed & saltem eventualiter in casum soluti matrimonii, conscriberetur. Talem vero donationem ante nuptias jam in Constitutione LEONIS in l. 9. C. de Pact. conv. & ZENONIS in l. 18. C. de donat. ante nupt. offendimus; quocirca verosimillimum est, quod Justinianus in d. S. 3. j. de don. per juniores Principes, qui hanc introduxisse donationem ibidem feruntur, LEONEM ac ZENONEM (nisi jam ipsum THEOD. jun. auctorem habere velis) intelligat. Duo vero singularia, & simplici sponsalitiæ largitati propria, in hac ante nuptias donatione remanebant, nimirum, ut tam ante nuptias constitui, quam, summam legitimam, (quam THEOD. jun. in d. l. ult. C. Theod. ad ducentos aureos restringit, JUSTINIANUS vero, primo ad trecentos, mox quingentos aureos extendit l. 34. & 37. C. de donat.) excedens insinuari deberet; quod utrumque JUSTINUS in l. 19. C. de donat. ante nupt. qua augmentum dotis, constante matrimonii facti, limitat, JUSTINIANUS vero in l. 20. eod. tollit, vocem ante, in propter convertendo disponendoque, ut non solum constante matrimonio initiari, sed & insinuari posset.

(*) In hanc desponsatorum donationem simplicem, non quidem donationis inter virum & uxorem prohibitio cadebat; mirandum tamen, quam scrupulosi Romani hac in materia fuerint, id quod inter alia ex l. 4. C. de donat. ante nupt. ubi ita: Quod sponsæ ea lege donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cum nuptiæ fuerint secuta, sine effectu est: nec non ex l. 6. eod. Cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum, & in ambiguum possit venire, utrum a sponsæ

sponso, an a marito donatum sit: sic distinguendum est, ut si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio: Quodsi penes se dedit sponsus, retrahi possit: Uxor enim fuisse videre est.

§. IV.

Hæc sunt fata donationis pp. nuptias *Antejustinianea*; Mutationes paria immo majora sub ipso JUSTINIANO passa est. *Jure C.* ejusdem sub hæc donatio propter nuptias non erat necessitatis, sed ipso Justiniano. libertatis, immo meræ liberalitatis, ut id ex *l. 20. C. hic*, & *l. 7. C. de dot. prom.* luculenter adparet; quod tamen JUSTINIANUS in *Nov. 91. C. 2.* ad necessitatem trahit. *Jure C.* insinuatio donationis per *d. l. 20. C. hic*, constante quidem matrimonio fieri poterat, h. e. marito licebat, fieri tamen debebat, si mulier quid lucrari vellet, uti hoc *progm. d. l. fati* clare indigitat, add. *l. 31. C. de Jure dot.*; *jure novissimo* vero, ratione mulieris, non magis opus est insinuatione, *Nov. 119. Cap. 1.* & *Nov. 127. Cap. 2.* *Jure C.* donatio pp. nuptias doti non debebat esse æqualis, per *l. 9. C. de Pact. Conv. l. 10. C. eod. d. l. 20. C. hic*; *Jure novissimo* vero, exacta æqualitas, tam ratione constitutionis quam lucri, inter dotem & donationem pp. nuptias requiritur, per *Nov. 97. C. 1.* *Jure Cod.* denique, mulier in rebus propter nuptias donatis, tacita saltem gaudebat hypotheca per *l. 29. C. de jure dot.* & *l. 12. C. qui pot. in pign.*, ita tamen, ut ratione quantitatis in omnibus mariti bonis generalem haberet hypothecam, quod & non mutatum fuit; *Jure noviss.* vero, in rebus immobilibus in donationem hanc conscriptis, mulieri competit dominium, juxta *Nov. 61. C. 1. (*)*

(*) Plurimi DD. hanc *Novellam* de actione hypothecaria & jure pignoris in-elligunt; verum sine omni ratione. a] *Ipsa præfatio* jam indigitat, *Imperatorem* heic jus antierius, h. e. *Codicis*, secundum quod mulieri tacita vel generalis, vel specialis hypotheca, pro hac donatione concessa erat, corrigere velle; b] Ex verborum contextu luculenter adparet: Justinianam sese heic ad *pr. f. quib. alienare licet vel non*, nec non ad *l. 22. C. ad*

Scrum Vellej. referre, eademque jura, quæ ibidem de fundi dotalis alienatione disposuerat, huc trahere velle; quomodo vero, quæso! hæc ad jus pignoris vel actionem hypothecariam quadrant? c] JUSTINIANUS heic refert, quosdam suorum iudicum non immoderate fecisse, qui etiam ipsam in rem actionem, mulieribus post matrimonii transactionem in sponsalitia largitate dederint; Ex quibus verbis vero, manibus palpari potest, quod hi iudices, contra prioris juris rationem quid fecerint, h. e. ipsam rei vindicationem mulieribus concesserint, in quo tamen nunc illis JUSTINIANUS, adstipulatur, eosdemque tacite ac per indirectum laudat; quod tamen plane supervacaneum fuisset, si hi iudices, hypothecariam saltem actionem, quippe, quæ mulieribus jam omni juri competeret, dedissent; imo per se intelligeretur, eosdem nihil immoderate facere potuisse, ut & sic emphatica locutione quadam minime opus fuisset; clarius vero adhuc d] indigitatur, heic de dominio reique vindicatione sermonem esse, cum & JUSTINIANUS subjungit, hoc [intellige quod de ipsa in rem actione dixerat] recte quidem inchoatum, a posteris vero iudicibus, quasi pro supervacanea quadam subtilitate, contemptum fuisse; quod commode quidem de rei vindicatione in relatione ad actionem hypothecariam, quippe, quæ æque realis, ac idem seime jus tribuere videbatur, non sine absurditate vero, de actione hypothecaria in relatione ad aliam quandam personalem actionem, intelligi potest.

S. VI.

Quid sit donatio pp. nupt. in sensu juris Rom.

Deprehendo vero omnes omnino LL. juris Rom., hanc donationem, ut eventuale lucrum mulieri post matrimonii transactionem obveniens, depingere; quæ propter mihi nihil aliud est quam: *donatio remuneratoria a Sponso vel marito, sponse vel uxori facta in compensationem lucri, quod ille eventualiter ex dote sperat.* Duplici vero modo maritus dotem lucrari poterat, vel ex *Lege*, vel ex *Pacto*. Ex lege, si mulier causam divortio præberet, quo circa æquum videbatur, ut mulieri *Antipberna*, seu dos contraria constitueretur, quam illa vice versa, h. e. si maritus causam divortio daturus sit, lucraretur; quod & in *l. 8. C. de Repud.* claris verbis cautum legimus. Ex pacto

pacto vero, si illi juxta pactorum dotalium tenorem, vel tota dos, vel pars ejusdem, muliere præmoriante, promissa esset; unde & maritus tenebatur ejusdem quantitatis summam, vel in re quadam, vel pecunia, in dotis compensationem conscribere, quæ constante quidem matrimonio, apud maritum remaneret, præmoriante vero eo, ad mulierem spectaret, & de hoc casu in specie loquuntur *L. 9. C. de pact. conv. l. 29. C. de jure dot. l. 12. C. qui potior. in pign.*, nec non *Nov. 97. C. 1. de utroque casu* vero, commode intelligi possunt. *L. 19. C. 12. C. de donat. ante nupt. aliæque plures, nec non Nov. 61. C. 1. C. 91. C. 2. & C. (*)*

- (*) Primariam hujus constituendæ donationis rationem, divortia fuisse, recte quidem plurimi animadvertunt *DD.* verum conclusio, quam inde trahunt, hanc donationem nimirum in dotis securitatem constitutam esse, nec *JUSTINIANO*, nec ullo suorum *Antecess.* in mentem venisse videtur, in *Legibus* minimum, ne verbum hucusque invenire potui, ex quonam adpareat, hanc donationem dotis securitatem respexisse. Qui ad *l. 29. C. de jure dot.* provocant exque ea consciunt, mulierem heic, marito ad inopiam vergente, vice dotis antiphernam vindicasse suam, clara legis verba: *Ubi adhuc matrimonio constituto, maritus ad inopiam sit deductus, & mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, & ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis, tenere, non tantum mariti res ei tenenti, & super his ad judicium vocata, exceptionis presidium, ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem præstamus: sed etiam &c.* vel non intelligunt vel etiam intelligere nolunt; cum tamen in oculos incurrat, mulierem heic non vice dotis antiphernam, sed & dotem, & donationem pp. nuptias, & paraphernalia bona, vel ex concursu, vel a tercio juniore creditore, vindicare, & quidem, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis & ante nuptias donationis exactio, ei competere poterat. Qui vero ad *Novell. 97. cap. 1.* ubi de exaquateione dotis & donationis pp. nuptias agitur, confugiunt, paulo serius veniant, cum tunc jam pingue istud ac longe amplius juris protopraxias remedium, in *l. assiduis 12. C. qui pot. in pign.* pro dotis securitate introductum esset. Et si dicendum quod res est, ex hac ipsa *Novella*, directe contrarium adpa-

adparet; Corrigit enim JUSTINIANUS heic, Constitutionem LEONINAM in l. 9. C. de pact. conv. quæ ita: *Ex morte cujuscunque persone, sive mariti sive mulieris, eandem partem, non pecunie quantitatem, tam virum ex dote, quam mulierem ex ante nuptias donatione lucrari decernimus: Veluti si maritus mille solidorum ante nuptias donationem consecerit, licebit mulieri, & minoris & amphoris quantitatis dotem offerre. & marito similiter ante nuptias donationem &c.* quamque ille etiam in l. 10. C. eod. nec non l. ult. C. de donat. ante nupt. adhuc ubique salvam haberi vult, hunc in modum: *Hoc igitur, inquit, ante alia universa corrigimus, equalia in dotibus esse & propter nuptias donationibus. & ea quæ offeruntur, & ea quæ in stipulationem deducuntur paria; & tantam quidem quantitatem conscribere virum, quantum & mulierem: tantum quoque lucrum stipulari, & ex tanta parte ex quanta voluerit, equalis tamen mensuræ. Non enim aliter justitie & æquitatis servabitur ratio - - Irideri videatur undique lex, si ille quidem conscribat duo millia aureos: mulier autem sex millia forte in dotem offerat, & stipulentur alterutros quartam conscriptæ, in lucro percipere &c.* Nunc quæso! quamnam fuerit dotis ex hac donatione, ante dispositionem d. l. 12. C. qui pot. in pign. securitas? & cur Imperatores ejusmodi permiserint & dotis & donationis propter nuptias inæqualitatem? quamam vero, post introductionem d. legis 12. ulteriori opus fuerit securitate? & cur denique Imperatores non ab initio necessitatem eam constituendi, maritis imposuerint, tamque scrupulosi fuerint, ut & nequidem constante matrimonio, eandem conscribi permiserint, si id quod per fidejussores non licebat, hac donatione fieri voluerint? Breviter hæc sententia non fundamento solum, sed & omni mihi videretur destituta esse verosimilitate, & miror nec satis mirari possum, quod acutissimi alias *Jcti* nostri, in ea hæreant opinione.

§. VII.

Hæc est donatio pp. nuptias in sensu juris Rom. Cum vero æque hodie nihil ferme hac donatione in partibus dotalibus solemnius, tanta vero utriusque & Rom. & Germ. juris differentia sit, ut nil nisi nudum nomen ac vocabulum juris Rom. adcommodari posse videatur, licet dolendum, aliquando sat imperite imprudenterque utriusque juris confundi principia; hinc non abs re erit, hujus

hujus confufionis duobus exponere poſteaue differen-
 tias juris Rom. ac Germ. breuibus conferre Diſcimus ve-
 ro jam ex TACITO de moribus Germ. Cap. XVIII. dotem non
 uxorem marito, ſed maritum uxori obtuliſſe : quem morem
 etiam mediis perſtitiffe ævis, patrii juris monumenta
 ſat ac abunde evincunt. Sic cautum in L. RIPUAR. Tit.
 XXXVII. Si quis mulierem deſponſaverit, quicquid ei per tabularum
 ſeu chartarum inſtrumenta conſcripſerit, perpetualiter inconvulſum
 permaneat. Si autem per ſeriem ſcripturarum ei nihil contulerit, ſi
 virum ſuperuixerit, quinquaginta ſolidos in dotem recipiat, & ter-
 tiam partem de omni re, quam ſimul conlaberuerint, ſibi ſtudeat
 evindicare, vel quicquid ei in morgengaba traditum fuerat, ſimili-
 ter faciat, Similiter L. BAIOARIORUM Tit. VII. c. XIV. ſi
 quis liber liberam uxorem ſuam, ſine aliquo vitio per inuidiam
 dimiſerit, cum quadraginta & alio ſolidis componat parentibus.
 Mulieri autem dotem ſuam, ſecundum genealogiam ſuam ſolvat le-
 gitime. Et quicquid illa de rebus parentum ibi adduxit, omnia
 reddantur mulieri illi. Nec minus L. SAXON. tit. VI. VII.
 & VIII. ubi inter OSTPHALOS, ANGRARIOS & WEST-
 PHALOS hoc fuiſſe discriminis videmus : OSTPHALI,
 fertur ibidem, & ANGRARII volunt : ſi femina filias genu-
 erit, habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivat, filiis-
 que dimittat. Si vero filii maris ſuperſtite moriantur, ipſaque poſt
 obierit, dotem proximi ejus in hereditatem accipiant. Si autem
 filios non habuerit, dos ad dantem, ſi vivit, revertatur ; Si deſun-
 ctus eſt, ad proximos heredes ejus. Apud WESTPHALOS, poſt-
 quam mulier filios genuerit, dotem amittat, ſi autem non genuerit,
 ad dies ſuos dotem poſſideat, poſt deceſſum ejus dos ad dantem,
 vel ſi deſt, ad proximos heredes ejus revertatur. Conf. plur.
 SCHILTER. in Exercit. ad Pand. XXXVI. §. 6. 8. ſeq. ubi, et
 idem apud LONGOBARDOS, WISIGOTHOS, Burgun-
 diones, &c., obtinuiſſe, ex LL. eorum probat (*) nec non
 Illuſt. HEINEC., Elem. jur. Germ. L. I. tit. XI. §. 236. ſeq.
 Quicquid autem mulier ſuo attulerit marito (**) non do-
 tem fuiſſe, ſed maritum, ut legitimum tutorem, in bono-
 rum

rum communione, ea solum esse fructum, adhuc ex
 ARTICULO XXXI. *juris PROV. SAXON.* Wann ein
 Mann ein Weib nimmt, so nimmt er in seine Gewehr
 alles ihr Gut zu rechter Vormundschaft; quem locum
Idem in Dissert. de marito, Tutore & Cur. uxoris legit. C. II.
 §. 16. pulcherrime explicat, constat. Quapropter circa
 dotam ac donationem pp. nuptias in sensu juris Rom.
 frustra quid apud Germanos quæsieris. Sicuti vero
 multa patrii juris instituta, ingruentibus juris Rom. prin-
 cipiis, & nova vocabula, & simul cum iis novas accepe-
 runt formas, ita & idem hac in materia Germ. contigit
 juri. Sic vox dotis, peculio isto muliebri ex eo tempo-
 re adaptata, non minimam juris Germ. post se traxit
 corruptionem; cum enim simul cum voce sensim sen-
 simque & jura assumerentur dotis, non poterat non an-
 tiqua illa bonorum communio, tutela mariti legitima
 & c. cessare, ac nova quædam ad juris Rom. imitationem
 bonorum distinctio, in dotalia & paraphernalia, oriri;
 de quibus, num patriæ nostræ gratuler, an eius vicem
 doleam, dubito. Idem etiam, de donatione pp. nuptias,
 cuius vox e contra doti veteri Germ. apta videbatur, (***)
 dicendum videtur; hæc enim, licet re ipsa jus patrium
 non extirpaverit, magnam tamen utriusque juris effecit
 confusionem. Sic *dotalitium, doarium, vidualitium* & c. Das
 Wittum Leibgeding Leibzugt ic. in novam quandam re-
 degit formam, quippe, cum post juris Rom. notitiam ac in-
 ventionem, mos inoleverit, ut dos illa muliebris, cum do-
 te mariti, seu hac nova donatione pp. nuptias (quæ ad
 ductum juris Rom., doti muliebri ex eo plerumque æqua-
 lis constituebatur) veluti conjungerentur, & ex hac
 communi summa, futuræ viduæ certus ac quotannis
 usufructus, vel ex prædio, vel ex sorte deputaretur,
 id quod adhuc hodie in plurimis locis, maxime inter
 Illustres ac nobiles, usu venit *vid. inf. §. 10.* Cumque por-
 ro sæpissime mulieri superstiti, certæ quantitatis portio-
 nisque

nisque in partibus dotibus assignatæ proprietatis (olim enim dos Germ. regulariter saltem in usufructu ad dies vitæ consistebat, finito vero eo, ad liberos ceterosque mariti heredes redibat, conf. HEINECC. d. l. §. 253.) ad imitationem donationis pp. nuptias conferberetur, hinc itidem nova vocabula, quibus alias in specie hac donatis insigniri solet, ut v. g. *Wiedelage*, *Gegensteuer*, *Gegenvermächtniß* &c. excogitata fuerunt, quibus omnibus tamen, juris Rom. principia ita fuerunt immixta, ut & solidior praxis, restaurata licet a quibusdam *Viris doctissimis* nunquam satis laudandis, juris prudentia Germ., sese vix ac ne vix quidem ex hac utriusque juris pessima confusione extricare potuerit. His præmissis, ad ipsas speciales juris Rom. ac Germ. profiliam differentias.

(*) Ubi & inter alia ex MARCULPHO concinnum dotis *Franc.* libellum, ex quo non pigebit pauca adducere: *Dulcissima*, incipit, atque avantissima sponsa mea ill. ego in Dei nomine ill. Igitur dum taliter parentibus nostris utriusque partis complacuit, atque convenit, ut ego te solido & denario, secundum legem Salicam, sponsare deberem: quod ita & feci. Similiter complacuit nobis --- Ad circo per hanc chartulam libelli dotis, sive per festucam atque per antelangum dono tibi, & donatum in perpetuo esse volo, id est, in pago illo, in loco nuncupato ill. super fluvio ill. hoc est mansos tantos, cum hominibus ibidem commanentibus, vel adspicientibus, his nominibus, ill. vel ill. cum terris, tam cultis quam & incultis, sylvis, pratis, campis, pascuis, aquis --- Insuper etiam dono tibi in pecoribus, id est inter boves & vaccas, inter porcos & verveces capita tanta, in fabricaturis, id est in auro vel argento sol. rantos &c. Similem quendam Alamannicum ex GOLDASTO refert *Illustr.* HEINECC. d. l. §. 338.

(**) Qualem muliebrem dotem, vel potius peculium profectitium, alias *Faderium*, & *Vater Vieh*, sic dictum, de quo vid. *Illustr.* HEINECC. d. l. §. 241. adhuc sub *Sæculo XIII.* maxime vero in pecunia numenta ac inter privatos, tenuè ac exiguum fuisse, vel ex solo exemplo *GUILIELMI Duc. Luneburg.*: *AGNETEN* gaff er dem *Herzoge van Sassen*, mit einem gar groten Brueschatte

Schatte an Gelde, so tho der Tidt unter den Forstern nicht gebrüchlich, quod *Idem d. l. §. 243.* ex LEIBNITIO, refert, colligi licet.

(***) Promiscue pene veteres usos esse vocabulis: *dotatium, donatio pp. nuptias, sponsalium*, multis exemplis evincit *Illustr. a LUDEWIG in Diss. de dote mariti p. 28 seq. conf. illustr. HEINEC. d. l. §. 244.* Quod & suo modo testatur GLOSSA ad *ius Prov. Saxon. lib. 1. art. XX.* Die dritte Gabe, inquit, heist man das Leibgeding; das ist, *donatio propter nuptias*, Gabe umb der Ehe willen; Unde mirum non est, quod hinc inde utriusque juris principia confusa fuerint.

§. VIII.

Differentia
Juris Rom.
ac Germ. pri-
ma.

Jure Rom. *donatio pp. nuptias* primario in compensationem dotis, quam vir in casu divortii lucraturus esset, constituebatur, ut & mulier, matrimonio mariti culpa soluto, vice versa aliquid lucris haberet, juxta *leg. 8. C. de Repud. & Nov. 91. C. 2.* vid. supra §. VI. secundario vero saltem in compensationem lucris, quod maritus juxta tenorem pactorum dotatium post mortem mulieris, sibi stipulatus esset, per *l. 9. C. de Pact. convent. & l. ult. C. de Donat. ant. nupt. item Nov. 97. c. 1.* Jure Germ. *donatio pp. nuptias* (licet ore Rom. loqui) sive in usufructu certæ rei, vel quantitatis, sive in certæ portionis proprietate deputeretur, eum constituitur saltem in finem, ut vidua pro pristini conjugii honore vitam possit tolerare, *Illust. Heinec. d. l. §. 249.* vel etiam, ut portio ista, quam maritus in casum præmorientis mulieris, ex pacto sperat, compensetur ac remuneretur; de casu divortii vero non scrupulatur jus Germanicum; licet, in casu divortii, culpa mariti facti, portionem quandam mulieri ex bonis mariti adjudicari, mores Germanorum non respuant, & id ipsa suadeat æquitas, vid. supra §. 7. citatam L. BAJOAR.

§. IX.

Differentia
secunda.

Jure Rom., & quidem nouissimo, constitutio *donationis pp. nuptias* non solum necessitatis est, ita ut maritus

ritus ad eam compelli possit, sed & dote illata, ipso jure constituta censetur, quod utrumque ex *d. Nov. 91. c. 2.* prono alveo fluit. Jure Germ. vero cum primaria ac impulsiva hujus constituenda donationis causa, nimirum metus divortii, cesset, nulla marito incumbit, eam conscribendi necessitas, (aliud est, si ipsa lex vel consuetudo v. g. viduis nobilibus dotalitium vel augmentum dotis assignat:) multo minus hodie, ut jure Rom. dote illata, ex ipsius legis dispositione tacite subintelligitur (*) conf. *Stryck. us. M. de jure dot. §. 14.*

(*) Dissentit *Illustr. LEYSER. Specim. CCCV. Tb. 2. 3. & 4. ibidem existimans: adhuc hodie mulierem, socerum suum aut maritum, ad donationem pp nuptias constituendam adigere, immo eandem, sicut sibi vivente marito non stipulata fuerit, nihilominus post mortem, doti sue aequalem, exigere posse. Verum [quod pace *Viri Illustr. dixerim] ex l. 7. C. de dot. prom. & l. 20 C. de Don. ante nupt. probationes suae hypotheseos desumere non debuisset; sicut enim ex toto jure C., ita & ex his ipsis legibus, directe contrarium liquet. In l. 7. C. de dot. prom. quaestio movetur: num pater, apud quem bona materna filii existunt, donationem pro filio simpliciter promittens, hanc promissionem ex suis, an filii bonis, fecisse sit praesumendus? et deciditur: patrem, hoc ex sua liberalitate fecisse, intelligendum esse, debita [sc. bonis maternis] in sua figura remanente, cujus haec adjicitur ratio: quod officii sit paterni, donationem pp. nuptias pro sua dare progenie; ex quibus tamen concludere: ergo socer ad donationem pp. nupt. cogi potest, ego quidem nunquam auferim. Praeprimis cum ipse *JUSTINUS*, ad quem haec *Const. d. l. 7.* pertinet, in *l. 19. C. de don. ante nupt.* nobis plane aliam hujus donationis tunc temporis conditionem depingat, uti verba initialia: *Si constante matrimonio consilium augenda dotis inierit, vel uxor forte vel ejus nomine quilibet alius: nihilominus marito quoque liceat, seu pro marito cuilibet alii, tanto donationem ante nuptias additamento majorem facere, quanto dotis augetur titulus. Nec obest in hujusmodi munificentis, interdictas esse liberalitates tempore nuptiarum; indulgendum est namque C. c. satis innuunt, & ex quibus tantum quidem elucescit, quod mulieribus pro singulari beneficio concessum fuerit, ut haec munificentia pro augmento dotis, constante matrimonio constitui potuerit non vero, quod***

quod JUSTINUS unquam maritum vel focerum ad donationem hanc compellere voluerit. Porro in *d. l. 20. C. de don. ant. nupt.* asserit quidem Imper. nomine *q̄ substantia nihil a dote distare ante nuptias donationem*; verum hæc verba, pro evincenda eadem utriusque necessitate, longe non sufficiunt, nisi simul supponere velis, & donationem pp. nupt. dari pro matrimonii oneribus quod falsum; nec id ex subsequenti legis verbis: *Sin autem donatio quidem talis facta sit, utpote dotali instrumento antecedente, nulla autem pacta tali donationi post nuptias inserantur: re ipsa videatur hoc esse pactum, ut secundum dotalia conventiones intelligantur, & in tali donatione pacta fuisse conventa, ut æquis partibus utraque ambulet, tam dos quam donatio, evinci poterit*; nam uti verba clare indignant, hic non de constituenda, sed constituta donatione sermo est, & præterea casus pactorum dotalium existentium supponitur. Quicquid itaque pro adstruenda hujus donationis necessitate adduci posset, sane ex jure *novis* & quidem *d. Nov. 91. c. 2.* desumendum foret; verum nec hæc quid ad nos. Sicuti enim primaria ratio necessitatis constituendæ hujus donationis, [intellege divortii metum] ob quam mulier non solum maritum ad eam constituendam magistratus officio compellere, sed & dote illata, in casu soluti ob culpam mariti matrimonii, eandem ipso jure, licet nunquam constituta esset, exigere poterat per *d. Nov.*, hodiernum cessat; ita & crederem, maritum nequidem per indirectum, h. e. dotis inferendæ detractionem, ad id hodie compelli posse [casus enim de vidua nobili, cui plerumque ex ipsa lege seu statuto ejusmodi dotalitium debetur, quem *Vir Illustr.* supponit, huc plane in censum vocari non potest,] dummodo sibi nihil ex bonis mulieris post mortem lucrandum stipuletur. Et denique ipsè *Vir Illustr. eb. III.* in verbis finalibus *Meditationis: Arbitror itaque adhuc hodie viduam post mariti fata, idem lucrum percipere ex mariti bonis posse, quod maritus si superstes fuisset, ex ipsius bonis accepisset*, mentem suam optime limirat, cum non obscure casum pactorum dotalium, in quibus maritus sibi, quid stipulatus fuerit, indigitat; quod ob æquitatem admitti quidem posset, ad necessitatem vero hujus donationis pp. nuptias, eam, quæ fuit jure Rom., nihil facit, nisi & hic supponere velles, aliquid ad ipsa pacta dotalia, quibus conjuges sibi invicem aliquid post mortem promittunt, compelli posse; quod tamen absurdum.

§. X.

Jure Romano donatio pp. nupt., vt quasi contraria dos, simpliciter dotem respiciebat, hinc & sine ea non subsistebat, l. 20. pr. C. de donat. pp. nupt., pacta enim dotalia, qua dotem ac donationem pp. nuptias concernerent & reciproca essent, ex singulari legis adfistenta, ut legitima sustinebantur: quodsi vero maritus, citra respectum ad dotem, mulieri portionem quandam post mortem lucranda pacto promississet, in prohibitionem pactorum successoriorum incidisset. Vid. *Cap. antec.* §. 1. & 3. Jure Germ. vero sicuti olim dos mariti, plerumque sine ulla muliebri dote, vel potius peculio, locum habebat. Conf. *Ill. HEINEC. d. l. §. 251. seq.* ita & hodie ejusmodi donatio pp. nupt. in certæ portionis usufructu, vel proprietate, valide sine ulla dote mulieri superstiti (aliud dicendum si vel ex *Statuto* vel etiam consuetudine dotis illatio requiratur, ut in dotaliis v. g. viduarum nobilium, ex feudo debitis, de quibus conf. *HORN. Jurispr. Feud. C. XXI. §. 7. & 8.*) ex bonis mariti deputari potest, quod eo minus dubium habet, cum tota hereditas hodie detur pacto unilaterali, conf. *STRYK U. Mod. d. l.* ubi recte adstruit: *hodie & dotem sine donatione propter nuptias, & donationem propter nupt., sine dote locum habere.*

Differentia
Tertia,

§. XI.

Jure Rom., & quidem novissimo, exacta æqualitas inter dotem & donationem pp. nupt. requiritur p. *Nov. 97. C. 1.*, ubi *Imperator*, ne nimis scrupulosus videatur, in fine adjicit: *Si enim aliquis amplius alio dives est, licet ei per alium modum, legitimum tamen & agnitum nostris legibus, clementiam præbere alii &c.* Jure Germ. vero & pacta inæqualia circa dotem & donationem pp. sustineri, ex *§. ant.* jam, per argumentum a majori ad minus, constat, & recte *Ill. LEYSER d. l. th. 5.*: *hanc juris Rom. partem, etsi etiam per*

Differentia
Quarta,

per jus Canon C. ult. X. de donat. inter vir & ux. confirmata videatur, nunquam tamen recepisse Germanos, sed libertatem paciscendi, uti in aliis omnibus negotiis, ita & hic concessisse &c.

§. XII.

Differentia
Quinta.

Jure Rom. & itidem *noviss.* scrupulosæ hujus donationis insinuationis necessitatem a JUSTINIANO in *Nov. 127. C. 2.* ratione mariti, ultra quingentos solidos lucrari cupientis, reductam videmus. Verum sicuti hæc *Justiniani* anxietas debili, quod quisvis animadverterit, nititur fundamento, e contra communes jur. Germ. regulæ in pactis dotalibus ac successoriis, ejusmodi differentiam inter maritum & uxorem plane ignorant; hinc & crederem, JUSTINIANUM *prioristicum* in *Nov. 119.*, ubi definit. quod sponsalicia largitas, non magis aliis donationibus annumeranda, sed specialis contractus sit, qui sive insinuetur, sive non, indistincte tamen per omnia suum habeat robur, hodie valere, pactumque dotale, in quo marito ultra quingentos solidos quid conscriptum fuerit, dummodo alia adsint necessaria requisita, ex hac ratione, non posse impugnari. *Dissent. Illust. LEYSER Specim. CCCX. ib. 1.* sed vid. *Cap. ant. §. 6.*

§. XIII.

Differentia
Sexta.

Jure Rom. denique mulier, pro varia donationis pp. nupt. constitutione, ratione ejusdem, vel hypothecam in omnibus mariti bonis, vel etiam dominium (*) in re conscripta habet, & non solum ex mariti concursu pro ratione temporis, sed etiam a tertio juniore creditore vindicare potest, *p. l. 29. C. de jure dot. l. 12. C. qui por. in pign. & Nov. 61. C. 1.* Ast jure Germ. mulier ratione ejusmodi portionis in pactis dotalibus deputatæ, est heres nude pactitia, seu successor singularis, qui nihil, nisi prius

prius deducto ære alieno, capere potest, quod & cum æquitate naturali & patrii juris principiis convenit. Plurimi equidem *DD.* & quidem solidiores, iniquam hic juris Rom. sub larva donationis pp. nupt. adplicationem animadvertunt, & hinc, ut mulier pro temporis ratione, pro hoc lucro inter mariti creditores locari possit, requirunt expressam hypothecam, nec non, ut maritus tempore constitutionis nondum obæratum sit, *STRYK de Suc. ab Int. Diff. VIII. C. V. §. 31. & LEYS. Med. Specim. 309. th. 8*; verum eo ipso profitentur Viri doctissimi, jus Rom. hic adplicabile non esse, dum nullibi in jure requiritur expressa hypotheca, sed mulieri in omnibus mariti bonis *p. dd. ll.* jam tacitum competit pignus, nec ullibi inter maritum obæratum & non obæratum distinguitur, sed mulier indistincte hypothecariis annumeratur creditoribus, consequenter & anterioribus chirographariis præferitur. Quod vero hanc expressam concernit hypothecam, ne sic quidem iniquitas tollitur; dummodo enim hanc maritis concedamus licentiam, ut mulieribus expressa hypotheca, in futurorum creditorum præjudicium, prospicere valeant, sat sufficientes cautelæ vel potius furelæ ad alios decipiendos & defraudandos homines, iisdem subministrantur: Sunt & manent mulieres de lucro captando, e contra creditores de damno vitando certantes, quorum potioem rationem esse, ipsa sana ratio suadet (*). Sapientia fat.

(*) Animadvertit id *Illustr. BOEHM. in Doct. de Act. S. II. cap. II. §. 15.* ibidemque existimat, ex hoc dominio descendente rei vindicationem, adhuc hodie mulieri in concursu creditorum utilem fore, cum mulier propter dotem consumptam sese non teneatur concursui immittere, sed rei suæ in donationem datæ incumbere possit. Verum, sicuti hoc communi illa, erronea tamen, opinione [ut taceam, *Virum Illustr.* pro adstruendo dominio in hac donatione, ad *jus Cod.*, & quidem verba illa: *re & substantia a dote donationem non distare L. f. C. de don. ant. nupt.*, provocare non debuisse,

debuisset, cum hic, ut totus legis contextus docet, Imperator
 saltem de quantitate loquatur, & insuper in toto *jure C.* de domi-
 nio hujus donationis, alium silentium sit, quippe, dum alias Imper.
 in *Novell. 61.* nil novi introducere ac antea jus corrigere po-
 tuisset, quod donatio pp. nupt. dotis securitatem concernat,
 subnuitur, ita & hoc, licet etiam id admittremus, in unico saltem
 casu, nimirum, si res nondum obligata in donationem pp. nuptias
 conscripta esset, contingere posset; cum tamen de cetero jus
 tacite hypothecae cum *jure protopraxias*, omnino hoc dominio
 pinguius maneret, quippe dum & contra anteriorem hypotheca-
 rium prodesset, Ceterum vero cavendum, ne ipsa hujus
Novellae 61. dispositio, in praxin reducatur, cum alias sepiissime
 casus possent contingere, ubi mulier ratione lucri hujus donatio-
 nis, majori, quam dotis ipsius, gauderet privilegio, quod tamen
 contra bonos mores.

(*) Ratione dotalitii alias communiter a DD. distinguitur, num in
 locum dotis surrogetur, eamque absorbeat v. g. quadruplica-
 tis usuris, an vero praeter dotem mulieri adhaeretur: priori casu
 dotis privilegium, altero vero jus donationis pp. nuptias, h. e.
 tacite hypothecae, a tempore illationis mulieri competere fertur.
 Conf. MEV. P. I. Dec. 173. HORN, *jurisprud. Feud. d. 1.* Quous-
 que utrumque obtineat, hac vice non disquiram, cum non tam
 ex *jure Com.*, quam potius ejusvis loci statuto, ac consuetudine
 feudali, decidendum sit; id saltem adiciam, ipsum MEVIUM d. 1.
 licet alias primario de dotis saltem privilegio loquatur, in rationi-
 bus suis decidendi non obscure indigitare, donationis pp. nuptias
 applicationem, & hic claudicare, Sic enim n. 8. *At in posteriori*
[specie] ex titulo lucrativo exigitur, [dotalitium] qui per rationem
equitatis evidentem post NB. omnes alios creditores est; & in nota
 hanc adjicit rationem: Satis absurdum, creditoribus jus suum perse-
 quentibus legitimis auxilium denegare, his, qui de lucro certant
 paratas leges accommodare, l. *fn. S. 5. C. de jure delib. postea n. 10.*
 §. 11. Sive igitur ex conventionione praeter dotis restitutionem pro-
 mittitur dotalitium, sive lege constituitur, non est petitioni locus,
 antequam satisfisse NB. omnibus mariti creditoribus: quod in nota
 ita explicat: Pactis debitoris petitio creditorum mutari non debet,
 l. *5. C. de Pact.* non praesumitur, legem voluisse creditoribus jus suum
 auferre propter alienum lucrum. Ceterum, quid de privilegio
 dotis ratione augmenti, seu hicti dotis sentiat, in not. n. *ibidem*,
 satis prodir, ubi ita: Quando lex est consuetudo est domina omni-
 um,

um, l. 2. ff. de leg., potest juri aliorum præferre lucra. Quomodo in Pomerania per privilegia nobilium & longo usu invaluit, ea lucri dotis prerogativa, doti adequata: qua arguitate id fiat, jam non examino. Nullam subesse plurimis visum.

§. XIV.

Claudo has meas quales qualescunque de donatione pp. nuptias meditationes, cum verbis B. SCHIL-
TERI Exerc. XXXVI. §. 86. ubi in collatione Juris Ro-
man. cum juris patrii principis inter alia ita: Quemad-
modum in jure statuario, ex vetusti juris patrii & superinducti
juris Romani principis ac hypothesebus intermixto, sic etiam por-
ro in praxi ipsa & rerum argumentis, confusio orta sapa fuit.
Moribus nostris, primarium in contrahendo matrimonio ex parte
mulieris est, ut ipsi certum quid ex bonis mariti deputeretur, unde
se post mortem ejus exhibere possit: id dotem vocant veteres
& morgengabam, dotalitium, recentiores ad æmula-
tionem juris Romani, donationem propter nuptias.

Nomen tolerari facile possit, sed natura plane
diversa est.



COROL-

COROLLARIA.

- 1) Jus Germanicum in Germania est primarium jus.
- 2) Nihil ex jure Rom. quod non salvo patrio jure observari potest, aptum est, vel quod idem, actu primo receptum.
- 3) Minus recte a Legibus, quarum principium repudiatum, argumentatur.
- 4) Recte tamen juris Naturæ principia, quæ in jure Rom. offenduntur dici possunt recepta.
- 5) Pacti apud Germanos eadem, quæ apud Romanos juris publici, vis.
- 6) Non datur inter minorem & pupillum, curatellam & tutelam hodie differentia civilis.







Greifswald, Diss., 1738-40

ULB Halle
005 360 79X

3







1739, 3
14

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS.

DE
**PRÆROGATIVA
JURIS GERMANICI**
PRÆ
JURE ROMANO
IN MATERIA
PACTORUM DOTALIIUM.

9. 2. 77

QUAM
ANNVENTE NUMINE DIVINO
ET CONSENTIENTE MAGNIFICO JCTORVM ORDINE
SVB PRÆSIDIO
VIRI PRÆNOBILISSIMI, EXCELLENTISSIMI
ATQVE CONSVLTISSIMI

DOMINI
AUGUSTINI BALTHASARIS,

J. U. D. & PROEessoris PUBL. ORD.
AMPLISSIMÆ FACULTATIS JURID. H. T. DECANI,

Anno ob Restaurationem Academiae Gryphicæ, circa Festum
Martini, Auspiciis Principis Gloriosiss. Nom. PHILIPPI I. contingentem,

JUBILÆO SECULARI SECUNDO
MDCCXXXIX. DIE 5. NOVEMBRIS,

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE RITE CAPESSENDI HONORES,
PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

JOACH. GOTTHILFF SPARMANN,
BUCHHOLTZA MEGAPOLITANUS.

GRYPHISWALDIÆ,

TYPIS HIERON. JOH. STRUCKII, REG. ACAD. TYP.

