

Pri. 12. num. 17. ~~224~~

1718

WILHELMI GODOFREDI

L. B. DE SCHELL

S. R. I. EQVITIS

DIATRIBA

DE

EFFICACIA

PACTORVM

ILLVSTRIVM

CONTRA TERTIVM,

Von der

Gültigkeit der Verträge hoher Standes-Personen wider einen Dritten.



HALAE MAGDEBVRGICAE,
LITTERIS HENDELIANIS, 1718

KEN FRIED
UNIVERS.
ZV HALIE

1711

M. V. ...
...
...



contra promissorem. Loquor de pactis obligatoriis: remissoria sicuti in aliis, ita in hoc quoque ab illis differunt, quod tertio profint, ut euidenter ex *l. 17. §. 5. de pact.* liquet. Plura tamen in scenam produci solent pacta, quæ rem ipsam afficiunt, vel loquar cum B. HARPRECHTO de fideic. conuent. & quidem in *resp. subi. n. 65.* & ita efficaciam contra tertium habere videntur, id quod, qua ratione fieri possit, paucis hac dissertatione expediendum est. Et quia plerumque hæc controuersia exurgere solent inter illustres, siue status imperii, siue immediati sint, applicationem potissimum ad horum pacta dirigam, non quod in priuatorum pactis diuersa ratio sit, sed quod maior usus & praxis, imo applicatio maioris ponderis & efficaciam in illustrium conuentionibus deprehendi solet.

§. II.

Pacta sunt
vel publica
vel privata.

Equidem non nego, pacta in *l. 5. D. de pact.* recte diuidi in pacta publica & priuata. Illa dicuntur, quæ ex causa publica fiunt, veluti per pacem, quoties inter seduces belli quædam paciscuntur & ita pertinent ad vniuersæ rei publ. populique salutem. Pertinent huc solennia sponsonis exempla, de quibus vid. illust. D. N. THOMAS. *diss. de spons. Caud. & Numant.* Hæc fiunt ex causa priuata, seu ad priuatam paciscentium vtilitatem pertinente. Pacta illustrium tum ad primi tum ad secundi generis conuentiones referri queunt, cum ius belli & fæderum statibus imperii competat, assertum iis in *I. P. art. VIII. §. gaudeant.* Potissimum vero mihi hic sermo erit de pactis perpetuis, quibus illustres vel in sua familia pro eius splendore & incrementis quid paciscuntur, quorsum pertinent fideicommissa familia conuentionalia, vel cum extraneis pacta ineunt, rursus ta-

men

ILLVSTRIVM CONTRA TERTIVM. 5

men *gentis suæ* intuitu, cuius amplificatio & conferuatio omne ferre solet punctum. Sintne vero hæc pacta illustrium *publica*, an *privata*, dubitatur.

§. III.

BETSIVS *de stat. & pact. famil. illustr. c. 3. §. 12.* Pacta illustrium an *publica* respectu *statuum* an *privata* an *publica* illis *subiectorum* *publica* *videri* *possint*, *tamen* *domini* *superioris* *aut* *imperii* *intuitu* *publica* *non* *sunt*, *nisi* *ratione* *publica*. *publicæ* *utilitatis* *sancita* & *in* *eius* *emolumentum* *redundent*, quorsum in sequentibus refert ad mutuam defensionem *provinciarum* *pacta* *inita* *seu* *confederationes*. Eodem fere modo *ratiocinatur* BETSIVS in hac doctrina, quo GROTIUS *de I. B. & P. lib. I. c. IV. §. 6. n. 1.* quando *disquirat*, quo sensu *magistratus* *subalterni* *possint* *publicæ* *dici* *personæ*? *quo* *privatæ*? *Id* *vnice* *tantum* *asseris* *obstare* *videtur*, *quod* *quævis* *pacta* *pro* *augendo* *gentis* *illustri* *territorio*, *pro* *amplificanda* *eius* *potestate*, & *pro* *eius* *integritate* *suscepta* *initaque* *absolute* *publica* *dici* *queant*, *quod* *ad* *minimum* *utilitatem* *vniverſæ* *provinciæ* *per* *indirectum* *respiciant*. *Id* *tamen* *magis* *figitur*, *quam* *ex* *vero* *asseritur*. *Gloria* *gentis*, *quæ* *territorii* *præest*, *non* *semper* *commodo* *subditorum* *cedit*. *Incrementa* *provinciarum*, *quæ* *ex* *pactis* *successoriis* *generantur*, *magis* *privatam* *gentis* *rem* *augent*, *quam* *populi* *salutem* *tangunt*. *Et* *quæ* *pro* *conseruanda* *familia* *illustri* *ineuntur* *pacta*, *rursus* *gentis* *utilitatem* *primario* *concernunt*, *vtut* *per* *consequentiam* *quædam* *commoda* *etiam* *in* *subditos* *quandoque* *redundent*, *adeoque* *pacta* *hæc* *illustrium* *dici* *possunt* *privata* *intuitu* *familie* *&* *gentis*, *cuius* *commoda* *potissimum* *per* *hæc* *pacta* *quærantur*.

A 3

§. IV.

§. IV.

An in hac
distinctione
aliqua sit
utilitas.

Non videntur hæc otiose fuisse disputata, cum hæc potissimum inter *conventiones publicæ & priuatas* constitui soleat differentia, quod (referam verba BETSII *vt cit. l. in f.*) *publicæ vim legis obtineant, priuata autem non, etiamsi a publicis personis celebratæ sint, sed eos effectus tantum producant, qui l. 6. & 7. de pact. recensentur.* Si in Romana republica vel in consortio PAULI & VLPIANI constitutus iudicium ferrem, vix aliter iudicarem. *Publica* pacta ex iure gentium inter gentes erant æstimanda, adeoque *simpliciter* obligabant instar legis: non item *pacta priuata nuda*, quæ in republica Romana, exceptis *legitimis*, vt *cit. l. 6.* indicat, non producebant actionem. Nec hoc ideo, quod pacta nuda essent *conventiones indeterminatæ*; hæ proprie non sunt pacta: magis *tractatus* sunt, & prorsus imperfecti actus; *l. pen. C. in f. de his quæ vt indign. sed* quod Romani ex iustis causis ad *validitatem & efficaciam* pactorum solennia verba desiderarent, vt, iis adhibitis, certissime constaret, non in nudis substituisse pacifcentes tractatibus, sed in idem consensisse placitum. Quod si *indeterminatæ conventiones* tantum pactorum *nudorum* catalogo inferendæ fuissent, nec *pactum dotis*, in quo dos determinata promissa, nec *donatio certæ summæ*, nudo inita pacto, nudis pactis olim accenseri debuisset, quæ pacta tamen demum *iure codicis* efficaciam plenam acceperunt, *l. 6. C. de pact. conuent. sup. dot. l. 35. C. de donat.* Ast cum in republica Germanica, inter Germanos constitutus sim, & de hodiernis illustrium pactis iudicium ferendum sit, id, quod adductum est discrimen, admittere nequeo. Pacta quæuis, nisi aliunde vitium habeant, obli-

obligant efficaciter, & instar *legis* sunt, eius denominationem etiam assumunt, adeoque in eo *pacta & publica & priuata* conueniunt. Nihilominus tamen a *legibus* magnopere adhuc distingui, expeditum est, in quæ discrimina me non immittam. Forsan alii in hoc differentiam quæsituri sunt, quod *publica illustrium pacta* non indigeant Imperatoris confirmatione; magis *priuata*, iure priuatorum æstimanda. Est ea contentio decantata, & magnæ molis, ab his potissimum, qui *pacta successoria* enucleant, euoluta, quam hic intactam relinquo. Id vnice addo, in doctrina, quando de *efficacia pactorum illustrium contra tertium* contentio vertitur, præsupponi *pacta valida*, quæ aliunde vitium non habent, adeoque si (hypothetice loquor) confirmatio Cæsaris est necessaria, ea haud sunt destituta.

§. V.

De pactis itaque his illustrium emergit quæstio. *An & quatenus efficaciam habere possint contra tertium.* Ex quo fonte quæstio præsentis dissertationis fit euoluenda.

Dicis forsân, ex sola *voluntate paciscentium & iuris naturæ* dispositione, secundum quam hæc *pacta æstimanda* videntur. Neque enim *ius Romanum* hic sequendum esse, quis existimare forsân posset, cum quidem principes & illustres inter se vtantur *iure priuatorum*; sed nondum euietum sit, quid per *ius priuatum* intelligi queat. Iam B. HORNIUS in *iure publ. cap. XII.* obseruauit, non vnice, *ius Romanum* hac appellatione contineri, quamuis adhuc eius vsui nimium indulgisse videatur in controuersis priuatis illustrium inter se. Plenius & planius Dn. GRIEBNER de *præiudic. princip. imp. ex abusu iur. Iustin. c. II.* de abusu adductæ regulæ agit, satisque erudite ostendit, *ius Romanum non*

non primario voce *iuris priuati* intelligi posse. Datur etiam *ius naturæ priuatum*: datur itidem *ius Germanicum*, quod non omnem inter Germanos, & imprimis inter illustres, virtutem & auctoritatem suam amittit.

§. VI.

Vtrum de iure naturæ pacta efficaciam habeant contra tertium.

Sed linquo hos scopulos in *thesi*. In *hypothesi* tantum mihi disquirendum erit, an in hac doctrina differentia quædam sit statuenda inter *ius naturæ, Germanicum & Romanum*. Equidem quod *ius naturæ* concernit, notum est, plures ea duci opinione, ad ius in re transferendum non requiri eo iure traditionem: nuda id ipsum conuentione effici posse, quo posito, efficax erit quodlibet pactum contra tertium possessorem. Nec hoc sine ratione assertum videtur. *Omnis enim promissio*, aiunt, *qua de re inter plures conuenit, promittentem quidem iure & arbitrio omni, re alteri promissa ulterius utendi, deue ea in posterum disponendi prorsus exiit, eo vero, cum quo negotium geritur, omnia, quæ in rem competere possunt, iura plenissimo titulo confert, ita ut res ei acquisita & ad eum spectare, & pertinere, dici possit*. Ita philosophantur GROTIUS de iure B. & P. lib. 2. c. 6. §. I. n. 1. HVBERS lib. 4. digress. cap. 8. & lib. 2. de iur. ciuil. sect. IV. c. 5. n. 2. q. aliique, addentes cum GROTIUS, ex lege mere ciuili esse, ut etiam traditio requiratur. *securitatis dominiorum causa, quod cuiusque esset facilius dignosci posset*. Huic consequens est, ut de *iure naturæ* rem promissam ab inuito exigere, & a quocumque possessore repetere permissum sit, id quod certe de iure Romano haud licet. Id tamen quidam concedunt, *traditione omnino opus esse, si*

ILLVSTRIVM CONTRA TERTIVM. 9

si de naturali usu domini quaestio mouetur, h. e. facultate reali, illa re vtendi vel suis commodis applicandi.

§. VII.

Ego vero *ius naturæ* cum Romano conspirare, omnino persuasissimum habeo. Pacta quæuis potissimum æstimanda sunt ex *intentione paciscentium*: ea vero non semper, vt fingitur, est *actualis translatio iuris in re in alterum*. Transfertur vtique *ius* quoddam in alterum per pactum, sed quale illud sit, ponderandum est. In pactis (I) id agi potest, vt alter se simpliciter obliget, suamque personam adstringat ad aliquid præstandum, quo ipso quidem sibi adimit arbitrium de illa re vterius disponendi, sed eo ipso non statim eius rei definit esse dominus, id quod inter paciscentes haud est actum. Ligatur, eo pacto, ne rem in alium rursus transferat; sed si eam contra fidem datam transfert, contra datam fidem agit, & læso omnino ad satisfactionem tenetur. Illud vero non impedit, quo minus id, quod promissor adhuc habuit, in alterum transferre poterit. Aliud est, promittere, se dominium translaturum esse in alterum: & aliud, dominium & omne ius, quod promissor in re habebat, in alterum transferre, sicuti aliud est consensus in *præsens* & aliud consensus in *futurum* matrimonium. Porro (II) etiam in pactis id agi potest inter paciscentes, vt statim, pacto absolute perfecto, in alterum omne ius, quod promissor habuit, transferatur, & nihil penes eum remaneat, nisi *naturalis possessio*, & inde dependentes effectus: hoc casu *traditione* non est opus ad translationem huius iuris & domini, sed tantum ad *realem possessionem* consequendam. Hoc modo pactum habebit efficaciam contra

Non semper pacta de iure nature ius in re transferunt.

B

tertium,

tertium, in quem nullum amplius ius, quo promissor se sponte exiit, transferre potuit. Eam tamen non tam *pactum* operatur, sed illud ipsum *ius reale*, quod per *pactum* iam translatum est, vigore cuius a quouis possessore rem repetere, potest. Ita intentio diuersa paciscentium diuersos quoque producere debet effectus.

§. VIII.

Conuenientia iuris Romani cum iure naturæ.

Hoc modo explicatum ius naturæ optime consistit cum iure Romano. Neque Icti Romani, optimi ut plurimum iuris naturæ interpretes, in hac doctrina *ius civile*, sed mere naturale referre voluerunt, nec in eo, ut prorsus arbitror, decepti sunt. Eleganter ait Imperator in §. 40. I. d. rerum diuis. *Nihil tam conueniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* Cur ergo non esset rata habenda illa voluntas, qua non statim res ipsa, sed *ius ipsum in re* tali transferre promissor vult & intendit? Atque etiam id iure Romano fieri potuisse ex multis liquet. Hoc quoque ad *intentionem paciscentium* respiciendum esse iubet. Id tantum contendit docetque, non aliter ius in re per *pactum* seu contractum transferri, nisi hoc *nominitim & manifeste* actum sit: de hac voluntate si non constat, tantum obligari personam censet, ad rem præstandam; non vero ius iam translatum esse, quia id regulariter per *pactum* agitur, ut alter promittat, alter vero acceptet, qua *acceptatione promissi oblato* quid aliud intenditur, quam ne promissor a *fide data* resiliere queat? & hoc est, quod appellamus *obligationem personæ*.

§. IX.

ILLVSTRIVM CONTRA TERTIVM. II

§. IX.

Hac de causa in *l. 3. pr. D. de O. & A.* ICtus ait: *Nudis pa-*
Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod ctis non
corpus nostrum aut servitutem nostram faciat: sed ut transfertur
alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum dominium.
vel præstandum. Ad votum quoque eandem doctri-
 nam applicat *VLPIANVS* in *l. 2. pr. de pollicit &*, *si*
quis rem aliquam vouerit, ait, *voto obligatur, quæ res*
personam vouentis, non rem, quæ vouetur, obligat, h. e.
 non operatur, ut per votum *iuris diuini &*, *sacra fiat*,
 nisi accesserit *solemnis traditio*, quæ in *consecratione de-*
prehendebatur: In *l. 20. C. de pact.* aiunt *Cæsares: tra-*
ditionibus & usucapionibus dominia rerum, non nudis
pactis transferuntur. In his textibus generatim de
intentione eorum, qui nudis pactis se obligare volunt,
 agitur, quæ per rerum naturam *translationem iuris in*
re operari nequit, ad quam non fuit directa. Cape
 exemplum: *Promitto Titio, me librum meum ipsi da-*
turum esse pro eius pileo: an hoc pacto intendo, ut sta-
tim ius in re seu dominium in alterum transferam, cum
hic ne quidem de præsentis translatione agatur? Cer-
tum est itaque nudis pactis, h. e. quibus tantum id agi-
 tur, ut promissor suam adstringat personam, non trans-
 ferri dominium.

§. X.

Si pactis non *nuda* intenditur *personarum obliga-* Transfer-
tio, sed plus, h. e. *iuris in re translatio*, nec hunc effe- tur tamen,
 ctum iura Romana pactis negant. Loquor de *iuris* si id inten-
prudencia mitigata & restituta, non de *inculta & corru-* dunt pacis-
pta, quæ primis post XII. tabulas annis obtinuit, quam centes.
CICERO orat. pro Cæcina, ut admodum corruptam
 B 2 nobis

nobis depingit. Per pactum seu conuentionem *hypothecam* constitui, notissimum est, quod contra veterum ICtorum disciplinam admodum deprauatam primum constituerant prætores. *l. 4. D. de pign. & hypothec.* Quid enim aliud in hoc pacto intenditur, quam vt statim *ius in re* transferatur, nulla licet *traditione* interueniente? In consensu de *communione omnium bonorum* id agitur, vt postquam contrahentes in idem placitum conspirarunt, statim quæuis bona communi nomine possideantur. In *societate omnium bonorum*, ait PAVLVS in *l. 1. §. 1. pro suo, omnes res, quæ coëuntium sunt, continuo communicantur* h. e. communes fiunt, cum mox singuli res, antea proprias, *communi nomine* possidere incipiant. Adiungit hanc rationem CAIVS in *l. 2. eod. quia licet specialiter traditio non interueniat, tacita traditio idem hoc loco est ac ficta traditio*: quod fingitur, non est, effectum tamen eius, quod fingitur, habet. Id tantum ICtus intendit, perinde mox res communicari, ac si traditæ fuissent, cum *traditione* non sit opus, vbi aperte, de voluntate in societatem coëuntium constat. Quid si de *certa re* particularis societas incatur? Hinc *collationem*, quæ *traditionem* præsupponit, desiderant. Neque hoc sine causa, si id non actum, vt statim res communi nomine possideatur: *l. 18. §. 1. pro soc. ibi: si vero ante collationem, possessionem eam destinasset &c.* Si contrarium actum, rursum etiam res, de qua communicanda actum, fit *ipso iure* communis, sola voluntate paciscentium, sine reali traditione.

§. XI.

Quod in

Vfus huius obseruationis primarius cernitur in
consti.

constituto possessorio, de quo peculiari tract. egit AN- primis fit in
 DREAS TIRAQVELLVVS. Recte ait CELSVS in *constituto*
l. 18. pr. de acquir. vel amitt. possess. quod meo nomine possessorio.
possideo, possum alieno nomine, mutato titulo, possidere:
nec enim muto mihi causam possessionis solo animo, sed
desino possidere, & alium possessorem ministerio meo, fa-
cio: nec idem est possidere, & alieno nomine possidere.
Nam possidet, cuius nomine possidetur: procurator alie-
næ possessioni præstat ministerium. Fictam hic inter-
uenisse traditionem, dicunt, sed eo ipso simul indigi-
tant, nullam reuera interuenisse traditionem. Aper-
tissime id indicat Imperator in §. 44. I. de rer. diuis. in-
terdum etiam SINE TRADITIONE NVDA VO-
LVNTAS DOMINI sufficit ad rem transferendam.
 Dicit interdum, vt indiget, ad intentionem contra-
 hentium respiciendum esse. In venditione non sem-
 per id agitur, vt statim res emtoris fiat, sed vt res
 pro pretio alteri tradatur: agi tamen hoc potest inter
 emtorem & venditorem, vt res emta statim emtoris
 fiat, etiam antequam tradatur, si venditor constituit, se
 posthac, nomine emtoris rem emtam possessurum esse:
 hoc ipso possessio in emtorem transit, & per hanc pos-
 sessionem etiam dominium, si venditor dominus fuit
 §. 5. I. per quas person. cuique acquir. Etiam ad acqui-
 rendam possessionem apprehensione opus est, quæ ta-
 men ministerio venditoris hic facta videretur fuisse, vt ita
 omnia breui manu expediantur. Si extraneus acce-
 pro fert debitori dotis constituendæ causa, ita vt mu-
 lieri donatum velit, tunc credendum est, ait ICtus in
 l. 43. §. 1. de iur. dot. breui manu acceptum a muliere &
 marito datum. Hæc omnia solo consensu peragun-
 tur;

tur; sed quia intentio, quæ dirigit omnem dispositionem, manifesta est, quæ fuit, *ut velit mulieri in totum donatum*, ut ait Ictus *cit. loc.* non potuit non effectum intentioni conformem habere. Quid ergo est, quod AFRICANVS in *l. 34. pr. mand.* huic doctrinæ contradicat? Negat nuda pactio pecuniam ex mandato apud procuratorem existentem fieri posse creditam. In effectu tamen mihi non contradicit. Subtiliter de eo disputat, vtrum tali pactio *mutuum* contrahatur, an vero *mandatum* maneat. Posterius adstruit, sed cum hac declaratione, ut periculum huius pecuniæ, quam ex administratione habebat, ad eum transeat, quod indicium præbet, eius pecuniæ nuda conuentione illum fuisse factum dominum, quia alioquin periculum ad eum non fuisset translatum, cum procurator rei, ex mandato penes se existentis, non fiat dominus, nisi id actum fuerit. Quæ de cetero circa *genus contractus* subtiliter philosophatur, sub examen non reuocabo, plenius excussa a CUIACIO *tract. VIII. ad Africanum p. m. 546.*

§. XII.

Idem ostenditur in aliis iuris articulis.

Idem in aliis variis iurium articulis legislatores obseruarunt. In *l. 1. C. de pact. inter. emt. & vend.* ita Cæsar ANTONINVS: *si ea lege prædium vendidisti, alterique tradidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet, & dominium in emtricem translatum, ad te pertineret, fides contractus seruanda est*, hoc effectu, ut dominium statim ad venditorem reuertatur: id enim hoc pacto intendisse contrahentes, manifestissimum est. In *traditionibus enim rerum quocumque pactum sit, id valere manifestissimum*

simum est, l. 48. D. de pact. Quoties ergo, pacto adie-
cto traditioni, ius *limitatum & restrictum* translatum
est, id ultra intentionem operari nequit. *l. 5. C. si man-
cip. ita fuer. alien.* Proinde si quis duas ædes habeat, &
alteras tradat, potest legem traditioni dicere, *ut vel
istæ, quæ non traduntur, servæ sint his, quæ traduntur,*
vel contra, *ut traditæ retentis ædibus serviant, l. 6. pr.
comm. præd.* qua conventionione statim ius in re seu serui-
tus acquisita est. Denique POMPONIVS in *l. 21. §. 1.
de acquir. rer. domin.* rem satis nervose explicat, & *si
rem meam possideas, ait, & eam VELIM tuam esse, fiet
tua, quamvis possessio apud me non fuerit.* Manifestum
ni fallor, ex traditis satis est, etiam citra *traditionem* ius
in re in alterum transferri posse, si quidem id speciatim
fuerit actum.

§. XIII.

Quod vero ut plurimum *traditio & actualis rei* Plenius de
translatio in alterum desideretur, id inter gentes vel ideo voluntate
receptum est, ut per hanc eo perfectius & efficacius de pacifcenti-
translato iure in re constet. Id quod cum vsitatum es- um constat
se soleat, semper animaduertendum, utrum pacifcentes ex traditio-
effectum pacti vsque ad eam suspenderit, quod libere ne,
facere possunt & fecisse præsumuntur ex more commu-
niter recepto: an vero aliud egerint? Securius esse, si
præterea actus aliquis interueniat, quo evidentissime *vo-*
luntas & intentio promittentis, ius ipsum dominii in al- & symbolis
terum transferendi, declaretur, agnouere gentes, & in variis.
ter hos etiam Germani, qua de causa certa *signa* adhibue-
runt, ex quibus de *voluntate* transferendi omne ius in al-
terum plenissime constaret. Duo imprimis inde nata
sunt commoda: (1) ne, quod perfidis admodum solen-
ne

ne est, in posterum amplius allegari posset, actum nondum fuisse perfectum, sed in *finibus simplicium tractatum* substituisse: (II) ne contractu perfecto promissori amplius integrum esset, aliquid iuris in rem promissam alteri contra fidem datam concedere, quia hac *contestatione symbolica* plenissime voluntas promittentis erat explicata. Francos, Allemannos, Saxonesque hunc morem, gentibus familiarem, secutos fuisse, antiquitatum monumenta infinita ostendunt, quorum *symbolorum* egregiam copiam collegit D. N. BÖHMER. in *iure eccles. protest. lib. III. tit. de institut. §. 4. sqq.* & imprimis *§. II. sqq.* unde liquet, hunc morem non solis Romanis proprium fuisse, sed maioribus nostris etiam antequam se componerent ad instituta Romanarum legum, iam vstitatum. Hi quidem in plerisque *simplicitatem iuris naturæ* sequebantur, sed ad fraudes & cauillationes præcauendas traditione vel *vera* vel *symbolica* utebantur, vt omne ius suum hoc modo statim in alterum translaturum esse, denotarent. Neruose intentio maiorum exprimitur in *diplomate de anno 1102.* apud AVBERTVM MIRAEVM *lib. 1. donat. Belg. c. 36.* in quo donator perspicue declarat suam voluntatem his verbis & signis: *quæcunque autem ista mea bona iuris mei superius dicta vna cum accessionibus & ingressibus, seu cum superioribus & inferioribus suorum qualiter supra legauit, in integrum ab ea die in eadem ecclesia dono & offero, insuperque cultellum, festucam nodalam, gantonem, & guascionem terræ, atque ramum arboris, & me exinde foras expulsi, garpui & absentem me fieri & a parte ipsius ecclesiæ habenda reliqui.* Potuisset sufficere nuda voluntas, nisi securitatis maioris gratia existimatum fuisset, tutius fuisse, vt etiam

etiam actus externus accederet, quo intentio, iuris plenissime in alterum transferendi, sufficientissime declaratur.

§. XIV.

Puto me satisfecisse meo officio, & ostendisse, non a deo hic pugnam esse inter ius *naturæ*, *Romanum*, & *mo- res Germanorum antiquos*, & secundum horum iurium traditionem pactis id effici posse, ut statim ipso iure circa *traditionem* dominium vel aliud ius in re in alterum transferatur; aliud autem dicendum esse, si id non præcise actum est, sed contrahentes hunc effectum, ius in re scilicet transferendi, a *traditione* suspenderent. Et cum mores gentium ut plurimum traditionem requisiverint, cuius causæ supra allatæ sunt, id quoque in dubio actum videtur fuisse, ut interim ex pacto persona promittentis obligaretur, & subinde per *traditionem* vel *veram* vel *symbolicam* plenum ius in re in alterum transferretur. Hæc diuersa intentio diuersissimum quoque producit effectum. Priori casu pactum mox efficaciam contra *tertium* habebit, ex iure, quod isto pacto in alterum translatum est; non vero posteriori casu, quo promissor id non intendit, sed ius omne adhuc sibi in re integrum seruauit, donec traditio accederet.

Conclusio
ex hæcenus
dictis.

§. XV.

Quæ cum ita sint, de efficacia pactorum *de non alienando* contra tertium speciatim videndum, de quo plures & grauiores mouentur difficultates. Sunt hæc duplicis generis, vel *constitutiuæ* vel *reseruatiuæ*, ut obseruat B. HERTIVS *diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet*. §. 17. Hæc dicuntur, quæ traditionibus rerum, in alterum vel in totum vel pro parte transferenda-
rum,

Pacta de
non alie-
nando sunt
vel reserua-
tiuæ vel
constituti-
uæ.

C

rum, adiaciuntur hac lege & intentione, ne res in alterum transferri queat. Tali traditione non libera potestas & ius illimitatum in alterum transit, sed ius potius limitatum & restrictum, vt alienatio omnis impediatur. Hoc incuitu conditio, sub qua alienatio facta est, *coherere rei* dicitur, quæ facta alterius immutari nequit. Id perspicue traditur in l. 5. C. Si mancip. ita fuerit alienat. vbi dicitur: *neque enim conditio, quæ personæ eius coheret, immutari facta eius, qui ea lege comparauit, potest.* Reseruat videlicet sibi hoc pacto alienans tale ius, quo, si contra conditionem actum fuit, alienationem reuocare, & ex pristino iure sub conditione translato contra quemuis possessorem agere possit, quod plenius §. XIX. declarabo. *Constitutiuæ* dicuntur, quæ adiaciuntur bonis alienis, quæ possessores iam ab antiquo possederunt, quæque olim pleno iure acquisierunt, & quibus in acquisitione a tradente talis lex non est præscripta. Tale pactum inter familias illustres sæpe numero iniri solet de bonis immobilibus nunquam alienandis, sine consensu singulorum de illa gente, quo *fideicommissum conuentionale* initum censetur.

§. XVI.

An valeant pacta constitutiuæ de non alienando. Antequam de *pactorum constitutiuiorum* efficacia contra tertium agatur, præiudicialis est euoluenda quæstio: *an tale pactum in genere efficaciam habeat?* Hac si prorsus destituitur, frustra quæritur, an etiam *contra tertium* efficax sit. Rationem dubitandi insignem supeditat l. 61. D. de pact. lex sane admodum vexata, quæ torfit interpretum ingenia. Ait POMPONIVS: *Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino*

vicino invito prædium alienet. Quodsi ergo nemo paciscendo efficere potest, ne se invito vicinus prædium alienare possit, reuera pactum de non alienando nullius videtur esse efficacix. Sunt, qui legem de eo casu intelligunt, quo non interest paciscentis, rem non alienari. MERENDA *lib. 1. controu. cap. 31. n. 16.* Id vero menti JCTi minime convenit. Pactum ita conceptum est, ne *invito vicino* prædium alienet. Iam vero vicini omnino interesse potest, vt alium vicinum non habeat, quem tamen haberet, si pro lubitu eas ades vendere permissum esset. ANTON FABER *in ration. ad cit. loc. lit. b.* Alii vt HERTIVS *de pacto ne rem domin. suam alien. §. 2.* accipiunt verba adducti textus de *nudo pacto*, quod apud Romanos inefficax erat. In eo vero non videtur ICtus quæsiuisse rationem decidendi, sed vitium collocasse in *ipsa* pacti materia, qua de causa tria exempla refert vnus fere eiusdemque tenoris, quibus liberum domino arbitrium de re sua disponendi desumitur. Veteres textum accepisse videntur de pactis *reseruatius*, vt ne quidem pactum traditionibus adiectum valeat. Reprobat id ipsum ANTON FABER *ad cit. loc.* quod in *reseruatius* pactis huiusmodi conuentiones olim valuerint. *l. 135. §. 3. d. V. Obl. l. u. D. de relig. & sumt. fun.* Denique FELTMANNVS *ad cit. loc.* de effectu huius pacti *contra tertium* POMPONIIVM accepisse videtur, hoc sensu, vt non impediatur tali pacto alienatio, salua tamen sit actio ad *interesse* contra eum, qui contra datam fidem alienauit. *l. f. C. de pact. int. emt. & vend.*

§. XVII.

Si conferimus *l. u. de relig.* manifestum inde red- Verus sen-
ditur,

C₂

fus l. 61. de
pact. erui-
tur.

ditur, hoc pactum a plurimis non tantum impugnatum fuisse in casu, quo rei alienæ imponebatur, sed etiam quo rei alienatæ, ad minimum ad hunc effectum, ut prohibitio talis directo non valeret, & impediri posset id, quod prohibitum est. De pacto reseruativo PAVLVS in cit. loc. ii. expresse disponit, & quod si locus, aut monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, quod tamen, cum traditioni adiiciatur, iuxta l. 48. de pact. sufficere potuisset, nec nudum esset dicendum, nisi aliunde ratio iuris obstitisset; sed stipulatione pœnali id caueri oportet, cum id quod directo non valeat, pœna adiecta per indirectum valere possit §. 18. I. de inutil. stipul. 10. a SANDE de prohib. rer. alien. p. 4. cap. 2. n. 13. Rationem quæsiuerunt antiqui forsitan in eo, quod non inuidendum sit domino liberum de re sua arbitrium, quodque tale pactum primum dominii effectum tollat. Alios tamen in sententiam diuersam olim iam iuisse, innuit IUSTINIANVS in loc. cit. f. C. de pact. int. emt. & vend. adeoque negantes tam pactum constitutum quam reseruatium improbarunt. Sustulit hanc litem prælaudatus Cæsar in cit. loc. f. & pacta reseruatia expresse approbavit. Ait: si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu, ut nouo domino nullo modo liceat in loco vendito vel alio modo sibi concesso monumentum extruere, vel alio modo humano iuri eum eximere: sancimus, ut hoc apud veteres dubitabatur, tale pactum ex nostra lege esse fouendum & immutatum permanere. Forsitan enim multum eius intere rat, ne ei vicinus non solum, quem nolle, aggregaretur, sed etiam pro quo specialiter interdictum est. Cum enim

enim venditor vel alter alienator non alia lege ius suum transferre passus est, nisi tali fretus conventionione: quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione.

§. XVIII.

Id ergo liquet ex *cit. loc. f. pactum reservatiuum* An pactum
de non alienando expressa lege esse approbatum, in quo constituti-
hæc specialis ratio occurrit, quod alia lege alienans rem uum de
suam alienare noluerit, & singulis permillum sit, rei non alie-
suae transferendæ in alterum legem dicere. Nondum nando quo-
vero liquet, an eadem approbatio quoque trahi debeat que appro-
ad *pacta constitutiva*, quibus hæc lex rebus alienis dicitur. batum sit.
Equidem IUSTINIANVS in *l. f. C. de reb. al. non alien.* generatim tale pactum approbare videtur
his verbis: *sancimus: siue lex alienationem inhibuerit, siue testator hoc fecerit, siue pactio contrahentium hoc admiserit: non solum domini alienationem vel mancipio- rum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus- fructus dationem, vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi.* Verum rursus ex hoc textu eui- dens est, loqui Imperatorem de pacto reservatiuo, quod verba: *siue pactio contrahentium hoc admiserit*, indi- cant, docentque, pacto contrahentes rei suæ talem le- gem scribere posse, ne alienetur. Existimarem tam- en, pro roborando hoc pacto prouocari posse ad *cit. l. f. C. de pact. int. emt. & vend.* vbi Imperator ratio- nem decidendi collocat in eo, quod interesse possit eius, qui tale pactum rebus alienis adiicit, & quod ea de cau- sa merito hoc seruandum sit. Hæc ratio generalis, & ad vtrumque pactum applicari potest, quamuis forsân hæc differentiæ ratio olim superfuerit, quod pactum,

vbi quis rei suæ dicit hanc legem, suffecerit per *l. 48. d. pact.* stipulatione autem opus fuerit, vbi quis rebus alienis illam dicere voluit. Nec admitto obiectionem, quod iura correctoria non sint extendenda: nego enim quod *l. f. cit. sit correctoria*, quæ potius est *decisoria*, licetque inter veteres agitatam componit, & decidit, quamuis in effectu hoc modo tollatur *l. 61. d. pact.* & *l. u. de relig.* Exemplum huius pacti illustre constitui in illa conuentione, quæ inter illustres de bonis ex familia sine consensu omnium agnatorum non alienandis iniri solet, & in Germania est frequentissima & vtitissima, eoque magis admittenda, quod in hoc pacto singulare interesse familiæ occurrat vniuersæ, cuius interest, bona in familia conseruari.

§. XIX.

Efficacia
pacti referuatiui de
non alienando contra
tertium adstruitur.

Eiusta pacti huius efficacia in genere, nunc de eius viribus contra tertium, in quem forsan contra pactum alienatio facta, agendum. De pacto *referuatiuo* iam dixi in §. XV. rationemque peculiarem adduxi. Hanc sententiam quoque illustrare potest *cit. l. f. C. de reb. al. non alien.* vbi idem effectus prohibita alienationi tribuitur, siue *lege*, siue *testamento* siue *pacto* facta fuerit. Cum vero constet, alienationem contra *legem* & *testatoris dispositionem* factam esse ipso iure nullam, *l. 5. C. d. LL. l. u4. §. 15. de leg. 1. l. 77. §. 27. eod.* merito quoque idem dicendum de pacto *referuatiuo*, quo non ius *absolutum* sed *restrictum* & *limitatum* in alterum est transferendum, & ita pristinum transferentis ius reuiuiscere videtur, si contra pactum actum fuit, vt actione reali contra tertium possessorem agi queat. Ad huiusmodi pacta *referuatiua* merito quoque referendum exemplum

ILLVSTRIVM CONTRA TERTIVM. 23

plum *l. 3. C. de condict. ob caus. dat.* vbi donatio in duos sub hoc modo facta erat, *vt neutri alienandæ suæ portioni facultas vlla competeret.* Quærebatur ergo, quid efficiat tale pactum *reservatiuum*? Respondent Cæsares quæsit: 1) id efficit, ne alteruter dominium prorsus alienet: 2) vt donatori *condictio* quærat, quod modus non sit servatus. Prior effectus indicat, alienationem hanc esse *ipso iure* nullam, adeoque pactum hoc eam habere efficaciam contra tertium, vt res ab eo vindicari possit. Fuit enim *ea lege*, vt dicitur in *cit. l. 2.* res alienata, & sic cum *hac qualitate* translata: deficiente autem *conditione*, domino pristinum ius saluum est. Posterior effectus indicat, actori integrum esse, etiam *condictionem ob causam datorum* mouere contra eum, qui contra *legem donationis* rem alienauit, quod indicat particula *vel.* Neque inusitatum prorsus & insolitum est, in tali casu, si *contra legem datam* quid factum sit, tum *rei vindicationem*, tum *condictionem* competere. Euidens argumentum huius sententiæ occurrit in *l. 1. C. de donat. sub mod.* vbi, non seruata lege præscripta utilis vindicatio concessa, *eo quod legi promissor obtemperare noluerit*, & sic dominium pristinum in eum reuertatur. Aliud exemplum pacti *reservatiui* est in *nou. 120. c. 9. in pr.* si ecclesiæ ea lege quid donatum, *vt nullo modo id alienaret*, cum aliis similibus textibus, quos omnes non est necesse referre.

§. XX.

Maiores ratio dubitandi est de *pacto constitutiuo*, quo An pactum
lex rebus mere alienis, in quibus paciscenti nihil iuris constituti-
competit, quæque non transferuntur in alterum, dici- uum habeat
tur, vt coningit in pacto ab agnatis inuito, de bonis ex- efficaciam
tra

contra ter-
tium.

Explicatur
l. 7. §. 2. de
distr. pign.

tra familiam non alienandis. Quæritur videlicet, *an pactum tale habeat efficaciam contra tertium, in quem alienatio facta contra pactum?* Videcur illam tetigisse quæstionem MARCIANVS in l. 7. §. 2. de distract. pign. aiens: *Quæritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit & an pactio talis nulla sit, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit?* Circa hanc quæstionem obseruo, 1) hic quæstionem fuisse de pacto *constitutiuo*, quia creditor hic legem rei *alienæ*, quæ in proprietate debitoris manebat, l. 2. §. 22. de vi bon. rapt. scripsit. 2) Quæstionem potissimum fuisse formatam de effectu, *an pactio ita nulla sit, vt valide venire possit?* Denique 3) ICTum an fam dubitandi cepisse ex eorum doctrina, qui hoc pactum *legibus aduersari* dixerunt. Proinde assensum non morerentur, qui asserunt, ICTos veteres nunquam de eo dubitasse, annon hoc pactum stringat *paciscentem*, ad minimum vt interesse præstet; sed tantum de eo disputasse, an *contra tertium* efficaciam haberet, & impedire posset alienationem? Generatim olim, qui in hac hæresi fuere, existimarunt, hoc pactum *contra ius* esse, & sic nec *contra paciscentem* stringere, vt præter rationem hic adductam vel l. ii. de relig. euidenter docet. Respondet vero ICTus *in cit. loc.* ad propositam quæstionem: *Et certum est* (ex sectæ suæ sententia ita loquitur) *nullam esse pactioem, vt venditioni stetur.* Noui, in vulgata editione ita legi: *nullam esse venditionem vt pactioem stetur.* Ast DONELIVS ad l. 135. §. 8. d. V. obliam obseruauit, ACVRSIO accedendum esse, qui lectionem adductam præferendam esse censuit. Suadent hoc rationes sequentes: (1) quia MARCIANVS expresse

presse quæstionem ita format: *An pactio nulla sit talis, adeoque veniri possit?* Huic quoque conformis esse debet responso, quæ ita accurate quæstioni congruit: *certum est, nullam esse pactionem* (de qua quæstio erat formata) *vt venditioni,* (quam forsitan creditor, re adhuc integra, impugnabat) *stetur.* (II) MARCIANVS veterum doctrinam secucus videtur, qui pacto huic efficaciam detrahebant, quasi *contra ius esset positum,* quæ sententia fere *communis* erat, adeoque addit: *Et certum est.* Denique si vel maxime lectioni vulgatæ inhærendum, inde tamen id tantum euinceretur, MARCIANVM a reliquis dissensisse, & pactioni huic vim tribuisse *contra paciscentem,* quem impedire potuit, ne rem venderet. Ast nulla ratione inde effici poterit, efficaciam *contra tertium* habuisse, & impediuisse *translationem dominii.* Neque enim ICtus ait, *nullam esse alienationem, vt pactum stetur,* sed *nullam esse venditionem.* Id commode accipi potest de casu, quo venditio quidem inita, sed *res adhuc integra est.* Quemadmodum enim pactum *protimiseos* tertio, cui ex hoc ius est quæsitum, facultatem præbet, re adhuc integra, impediendi, ne res vendita emtori tradatur, idque actione *personali* contra debitorem mota, non vero contra emtorem agendi, re non amplius integra; ita quoque idem de hoc pacto dicendum esse arbitror. Re integra, impedit, ne venditio facta possit in effectum deduci, & ita in effectum *nulla & inefficax* est, idque ideo, vt *pactioni* stetur, ex qua ligatur venditor: minime vero operatur, vt contra emtorem, re non amplius integra, agi possit, quippe qui *pactione* non stringitur, ex qua tamen fundamentum decisionis desumfit ICtus, si lectio vulgata genuina est.

D

Hanc

Hanc esse debere mentem ICti, tota iuris Romani analogia docet, secundum quam pactum rem non afficit, sed personam tantum stringit, *l. 2. pr. de pollicit. vt statim ab initio dixi.* Id agnoscit etiam B. HERTIVS *cit. diff. §. II.* quamuis diuersam interpretationem textui dederit, negatque, rei vindicationem hoc casu competere creditori paciscenti: hypothecaria vtique ei danda contra tertium, quæ tamen non efficit, vt venditio sit nulla: quid enim si emtor soluere paratus sit? quid si debitor soluerit?

§. XXI.

Quando hoc pactum efficaciam contra tertium habere possit.

Regulariter ergo hoc pactum non impedit translationem domini *in tertium*, & sic efficaciam contra tertium non habet. Aliud tamen quandoque agi posse, vt per ipsum pactum plus, quam nudum *ius ad rem*, transferatur, non diffiteor. In *fideicommissio conuentionali*, quod per pactum de non alienando etiam inducitur, id generatim adstruit B. HARPRECHT *de fideicomuent. th. 65. n. 9. sqq.* propter *l. 48. de pact. & l. f. C. de pact. int. emt. & vend. l. 5. C. si manc. ita ven.* similesque textus, qui tamen de *pactis reseruatiuis* euidenter loquuntur, in quibus decisionem eius admittendam esse censuimus. Quid autem si pactum sit mere *constitutum*? Quid si agnati vnus eiusdemque gentis illustris pactum *vnionis*, quod vocant, inter se inierint, constituerintque, ne quis bona immobilia extra familiam alienet? Hic quilibet bonis alterius hanc legem dicit, ne dominus res suas alienare possit, quod vtique obligat paciscentes, non autem statim efficaciam habet contra tertium b. f. possessorem. Proinde cum SANDIO *lib. IV. tit. 5. defm. c. 19. 2.* distinguendum esse arbitror, vtrum pactum

pactum de non alienando bona extra familiam ita fit ini-
 tum, vt, eueniente casu, si alteruter sine liberis deceffe-
 rit, is se suosque heredes obliget, ad bona sua proximio-
 ri restituenda, quo casu tantum singuli ex pacto obligan-
 tur, vt fidem promissam impleant, & idem operatur ac
 stipulatio a IUSTINIANO confirmata in §. 12. l. de in-
 util. stipul. *dabisme post mortem tuam?* Vnde heredes
 obligantur ad danda illa bona, quæ sunt in stipulatio-
 nem deducta, non tertius b. f. possessor, in quem iam
 alienata fuere, quia stipulatio personam stringit, rem
 autem minime afficit. Aut vero ita hoc pactum ini-
 tur, vt absque vlllo facto promittentis heredis bona here-
 ditario iure deuoluta esse debeant ad proximiores ex
 paciscentibus, veluti: *Es soll niemand befugt seyn von
 seinen unbeweglichen Gütern zu disponiren, oder etwas
 davon zu vereußern, sondern solche auf dem Fall, da ei-
 ner oder der ander ohne Kinder versterben sollte, nach dem
 ordentlichen Erbgang auf den nechsten Stamm-Vetter
 so fort vererbet und verfallen seyn.* Hoc pacto id a-
 ctum censetur, vt per illud singulis *ius hereditarium e-*
uentuale in bonis singulorum acquiratur, quod sicuti in
 casu successionis testamentariæ *sola voluntatis declara-*
tione acquiri potest, ita quoque hoc pacto per solum
consensum paciscentium constituitur; singulisque ac-
 quiritur. Hac de causa eueniente casu ex *iure in re*,
 quod hoc pacto acquisiuerunt, reuocant bona alienata
 a quouis possessore, & sic *per indirectum* efficaciam con-
 tra *tertium* habet. Quid vero si tantum simpliciter a-
 ctum de bonis extra familiam non alienandis, & de suc-
 cessione futura nihil adiectum, tantumque id actum, daß
 die Güter zu conseruation der familie zu ewigen Zeiten
 bey

bey der familie verbleiben sollen? Grauior vtique hoc casu dubitatio emergere poterit, quatenus contra tertium b. f. possessorem agendum, eique res auferenda. Clarius vtique debuissent mentem suam declarare paciscentes, si posterius, quod assertum est, intendissent, quod non satis euidenter ex hoc pacto colligi poterit, cum etiam prius sub hoc pacto intelligi possit, vt heredes defuncti sine liberis possessoris tantum obligentur ad bona illa danda, & illis, quibus ex pacto ius quasi-um est tradenda, vel restituenda. Nam etiam iuxta *l. 3. C. de donat. quæ sub mod.* tantum illis, quibus res restituenda est, actio *utilis ex stipulatu* competit aduersus eum, qui rem restituere debet, non *realis* contra quemuis possessorem. Si plus intenderint hoc pacto agnati illustres, sibi imputent, quod non clarius & manifestius mentem suam declarauerint, adeoque pati debent, vt contra se fiat interpretatio. *l. 39. d. pact.*

§. XXII.

De interpretatione horum pactorum inuitu tertii.

Ceterum in casu, quo pactum hoc efficaciam habet contra tertium, multæ quoque ambiguitates emergunt, quatenus illa efficacia sese extendat & ad quæ bona porrigenda sit. Id enim generatim interpretes largiuntur, strictiorem huius pacti *de non alienandis bonis* extra familiam fieri debere interpretationem, ne effectus huius pacti, quod liberam facultatem alienandi & disponendi adimit, & grave admodum onus bonis imponit, nimium extendatur. Quæ res, vt eo euidentior fiat, referam duo responsa in casu quodam illustri data, quo in illustri quadam familia tale pactum *de bonis non alienandis* erat initum. Primum erat conscriptum ad instantiam agnatorum illustrium *anno 1710. mens. Iul.* qui certa bona a

na a possessore alienata, eueniente casu, reuocare intendebant, vbi secundum circumstantias, quas illustri Ictorum ordini huius almæ Fridericianæ suggesterant, ita *respondum* est:

Suchet ein gewisser Fürst des Reichs Auarharius, indem er unbeerbt und daneben grossen Aufwand hat, sich Mittel zu schaffen, und da er wegen des pacti vnionis von andern Stücken des territorii nichts veräußern kan, bewirbet er sich um Käufer zu einigen Güthern, welche hiebevör Kloster Güther gewesen, bey der reformation eingezo-gen, und in die Cammer gebracht worden, aus der Meynung, als wenn solche unter dem anno 1522. errichteten pacto vnionis nicht begriffen wären und darüber gefragt wird:

Ob derselbe dessen berechtiget, oder ob nicht die *agnaten* solches zu widersprechen Zug haben, und wenn es *de facto* geschieht, ob dasselbe nicht *ipso iure* nichtig und von unkräften sey?

Wenn nun gleich eingewandt werden möchte, daß (1) obgleich in dem pacto vnionis de anno 1522. und erfolgten confirmation und declaration die alienatio immobilium etiam acquirendorum gänglich verbotheu, dennoch solches pactum auf die secularisirte Kloster Güther nicht wohl zu extendiren sey, anerwogen dasselbe nicht weiter gezogen und verstanden werden mag, als dazumahl die paciscentes sich verbunden, gleichwol nicht präsumirlich, daß sie zu der Zeit auch de acquirendis bonis ecclesiasticis solten gedacht haben, als welche nach der damahligen paciscentium Meynung nicht haben acquiriret werden können, jam autem pacta intelligi debent secundum tempus, quo facta sunt, nec vltra cogitata extendenda

MANTICA lib. 3. tit. 15. n. 20.

Zumahl da (2) nicht einsten expresse obgedachtes pactum auf die

die Kirchen-Güter hat können gezogen werden, cum rei sacrae stipulatio non possit valere, etiamsi sub conditione facta fuerit, si sacra esse desierit.

§. 2. 7. de inutil. stipul.

also (3) daraus um desto eher zu præsumiren, daß man damals von diesen secularisirten Kloster-Güthern nicht werde gedacht haben, cum pactum omne ita interpretandum sit, vt iuri conueniar, wozu noch (4) kommt, daß die fürstliche Linie berechtiget gewesen, dergleichen Secularisation nach der erfolgten Reformation zu thun, gleichwie auch per instrumentum pacis dieselbe confirmiret und bestätiget, auch ferner in der declaratione anno 1694. pacisciret worden, daß der Fürst in exercitio evangelicæ religionis nicht turbiret werden solle, mithin auch daß ius circa sacra, & bona ecclesiastica secularisandi darunter zu verstehen, und ipso facto von dem pacto vnionis excipiret zu seyn scheint, weil sonst der Fürst liberam dispositionem, die ihm doch reseruirt ist, in sacris nicht behalten würde, so er, von secularisirten Güthern nicht frey zu disponiren, berechtiget seyn solle, als welche (5) nach der secularisation naturam allodialium annehmen, und (6) der Catholischen Gräflichen Linie dabey keine præiudiz zuzuwachsen scheint, anermogen dieselbe ex principiis catholicæ religionis dergleichen Güther nicht besitzen und behalten mögen, sondern zu deren restitutione priorem statum verbunden, dahero die exceptio deficientis interesse ihm entgegen stehet, wie denn auch (7) in dem pacto vnionis §. 4. nicht alle alienatio gänzlich aufgehoben, sondern auf gewisse Fälle zugelassen ist, und wenn ja (8) endlich die quæst. Güther unter dem pacto vnionis mit begriffen seyn solten, doch nicht unbillig gezweifelt werden möchte, ob deswegen die dagegen vorgenommene alienation ipso iure null und nichtig seyn würde, cum pactum de non alienando non impediatur translationem dominii.

THO.

ILLVSTRIVM CONTRA TERTIVM. 31

THOMINGIVS *decif.* 14.

MODEST. PISTOR. I. *conf.* 21. n. 3. *seqq.*

RICCIUS *decif.* 471.

GAII *obs.* 16. n. 4.

Die weil aber dennoch (1) die in anno 1522. errichtete Erb-Bereini- gung deutlich im Munde führet, daß keine von denen Erb verei- nigten Nutzungen oder Güther, die sie jezo hätten, oder hernach ü- berkommen möchten, ohne Noth zu veräußern Zug und Macht haben solten, ja gleich in §. 1. eine generale Erklärung geschiehet, daß das pactum vnionis auf alle Güther gehen solle, cum hac clausula:

Die wir jezo haben; oder hernach ererben, oder über- kommen möchten, gar nichts ausgenommen.

welche Worte so general sind, daß sie keinerley Art Güther die nur quocunque modo & titulo an die Familie kommen könnten, ausschließen, wie denn auch ferner in dem folgenden §. 8. gleiche declaration angeführet wird, aus welchen vielen geminatis decla- rationibus voluntas enixissima billig geschlossen werden muß.

l. 22. D. ad Sct. Trebell.

CRAVETTA *conf.* 201. n. 42.

ANELL. AMAT. *conf.* 71. n. 2.

Und da (2) es vornemlich alhier darauf ankommt, ob die secula- risirte Kloster Güther sub hac prohibitione mit begriffen sind, so muß solches um desto mehr asseriret werden, da keine prægnans ratio exceptionis alhier zu finden, und also billig pro generali- tate regulæ, welche das pactum vnionis ist, so lange die præ- sumtio stehet, donec exceptio evidentissime probetur, vbi e- nim exceptio non reperitur posita, non est a regula rece- dendum.

BARBOS. *thes. lib.* 5. c. 23. n. 27.

Zumahl da (3) dieses pactum vnionis zum besondern Aufneh- men

men der Gräfl. Familie von uhr alten Zeiten gestiftet, und durch so lange Jahre heilig gehalten worden, qualia pacta gentilitia, ad conseruationem agnationis & profapiae spectantia, fauorabilia habenda sunt, & in dubio in eorum fauorem pronunciantum est.

BETSIVS *d. pact. famil. illust. c. 4. §. 22.*

WESENB. *Conf. 51. n. 27.*

Absonderlich da (4) dergleichen pacta vnionis in der That nicht anders sind, als fidei commissa familiae conventionalia.

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 6. n. 31. seqq.*

Welche nach ihrem Endzweck, dazu sie gestiftet, fauorable sind, und deswegen latissime interpretiret werden müssen, & sic in dubio pro fideicommissio est respondendum.

IDEM *cit. tr. c. 7. n. 9. §.*

Et quando eadem ratio in casu dubio militat, ad hunc quoque extendi debet

IDEM *cit. loc. n. 105.*

Und da nun (5) die ratio prohibitiæ alienationis generalis ist und sowol auf die secularisirte Kloster Güther als auf andere quomodocunque acquisita appliciret werden mag, weil solche einmahl zur Cammer geschlagen, mithin zum Besten der ganzen Familie billig bezzubehalten sind, so mag nicht gesaget werden, daß solche inter non cogitata zu referiren, vielmehr im Gegentheil davor zu halten, daß ex ratione finali vnionis man auch solche ex post facto zur Cammer geschlagene Güther mit verstrehen wollen, und obwol (6) bey der geschenehen secularisation den damahligen possessori es frey gestanden, solche Güther ad alios vltus æque pios zu appliciren, doch selbige nunmehr, nachdem solche in Amts Güther verwandelt, und also in die Cammer gebracht, unter die damahls in pacto vnionis eingeschlossene acquirenda mit begriffen sind, anermogen solche licite acquirere sind, und

und man die Secularisation billig pro iusto titulo, absonderlich unter denen Protestirenden, hält, auch was unter denen Catholischen davon sonsten mag gehalten werden, solches der Gräfl. Linie nicht entgegen stehen mag, da lege publica imperii die Secularisation approbiret, und also dadurch die vorige qualität denen Kloster Güthern entzogen, und respectu aller interessenten pro legitime acquisitis anzusehen sind, und wie (7) solche secularisirte Güther bishero iure allodialium von Zeit der reformation sind besessen und genüset worden, so hat man ipso facto diese vor diejenigen, so sub pacto vnionis begriffen, gehalten, und um deswillen keine Veräußerung deswegen vorgenommen, wie denn auch (8) aus der declaratione Leopoldi de anno 1675. dieses noch deutlicher erhellet, als worinnen der Gräfl. Linie wegen des Fürsten Autharii Versicherung geschehen,

Alles und jedes, nichts ausgenommen, durchgehend nach Anleitung der Gräfl. N. Erb-Einigung, der üblichen observanz, und wie sich solches alles bis auf Antretung Dero erlangten Fürsten-Standes befunden hat, in statu quo in Ewigkeit, ohne die geringste Hinderung und Eintrag ohnveränderlich bewenden zulassen.

Wo unter denn nothwendig die in allodialia verwandelte Kloster-Güther mit begriffen, und in statu quo nach dem pacto vnionis gelassen werden müssen, und weil (9) alle agnaten von uralten Zeiten zu solchen vnionis pacto per solenne iuramentum sich verbinden müssen, und dieselben dessen tenorem wohl gewußt, so haben sie auch eo ipso darin consentiren müssen, daß die Güther, die nach der Zeit zur Cammer geschlagen, zu dem pacto gehören sollen, weil die generalitas pacti sie darzu verbunden, und wenn man auch gleich (10) specificce bey Errichtung dieses pacti auf die nachgehends erfolgte secularisation nicht gesehen haben möchte, doch solches unnöthig gewesen ist, da man quemcunque titulum legitimum acquisitionis in genere damahls intendi-

ret, auch da sie so ofte in dem allegirten pacto vnionis der quocunque titulo acquirendorum Mieltung geschiehet, um desto weniger das dubium hiebey was verfangen kan, quod de his bonis eo tempore cogitatum non fuerit, quia geminata declaratio etiam ad incogitata trahitur;

CARDIN. TVSCH. *lit. g. concl. 28. n. 95.*

ROMAN. *cons. 403.*

Dahero denn die in rationibus dubitandi angeführte momenta von selbstn hinweg fallen, anerwogen, so viel das erste dubium betrifft, bereits gezeigt worden, daß bey Errichtung des pacti vnionis nicht nöthig gewesen, daß die interessenten in specie auf diesen modum acquirendi reflectiret, da sie generaliter quocunque titulum acquirendi verstanden, mithin auch die secularisation, so weit sie zuläßig, nicht ausschliessen mögen, als welche auch secundum principia iuris canonici in gewissen Fällen geschehen mag, und hier nur de acquisitione bonorum ecclesiasticorum & monasterii nicht aber de rebus sacris die Frage ist, und jene weit eher als diese secularisiret werden mögen, cum etiam res monasterii immobiles præscriptione 40. annorum acquiri possint.

LVDOV. ENGEL. *de priuil. & iur. monast. priu. 30.*

und wenn also das dubium etwas gelten solte, als denn auch, wenn der höchstgedachte Fürst Autharius gegen die Klöster etliche Güter per præscriptionem acquiriret hätte, solche ebenfalls unter dem pacto vnionis nicht würden mit begriffen seyn, welches doch nicht wohl gesagt werden mag, da die præscriptio so wol als secularisatio ein iustus titulus acquirendi bona ecclesiastica ist, absonderlich da nunmehr dieser titulus per instrumentum pacis bestätiget und confirmiret worden, und also auch dem Catholischen Herrn Grafen eben so wol zu gute kommen muß, wenn gleich in iure canonico ein anders versehen seyn solte; daher

dahero auch die andere ratio dubit. hier keine statt findet, indem de rebus sacris hie nicht gehandelt wird, auch es sonst heist, quod multa tacite fieri possint, quæ, si expresse fiant, non subsistunt, ferner hieraus auch die ratio dubitandi tertia & quarta ihre Abfindung von selbst hat, weil, obgleich dem Fürsten Auctuario das ius in sacris vorbehalten, und das exercitium evangelicæ religionis zusiehet, solches doch eigentlich hierher nicht gezogen werden mag, da nicht von secularisirung der Kirchen-Güter, sondern davon die Frage ist, ob der höchstgedachte Fürst seine Amts- und Cammer-Güter, welche von langer Zeit schon her ihre vorige qualität abgelegt, und per instrumentum pacis davor erkannt und bestätigt worden, gegen das pactum unio- nis veräußern könne, und also die 3te ratio dubitandi vielmehr vor die Herren Agnaten militiret, die 6te auch aus den jetzt angeführten Gründen inapplicabel ist, indem ja einmahl per instrumentum pacis die secularisation bestätigt, und keine ratio iuris sich befindet, welche die Herren Grafen, wenn sie einmahl zur successione kommen solten, zwingen solte, die secularisirte Güther wieder wegzugeben, und was ex iure canonico dagegen angeführet wird, nur auf diejenigen casus abziehet, da jemand un- rechtmäßiger Weise etwas von Kirchen-Güthern in Händen hat und besizet, welches doch alhier nicht zu finden, da die seculari- sation lege publica confirmiret, einfolglich auch denen Herren Agnatis per indirectum mit zu gute kommen müsse, und ob- gleich, quoad 7mum, in dem pacto unio- nis in casu necessitatis die alienatio zugelassen, so ist doch alhier davon die Frage nicht, gleichwie auch solche sehr restringiret ist, und endlich, so viel die letzte ratio betrifft, solche dahero alhier nicht wohl zu appliciren ist, theils weil hieselbst ein iuratum pactum vorhanden.

KNIPSCHILD. de fideic. famil. c. 11. n. 23.

theils weil dieses pactum pro fideicommissio familiæ zu-

halten, contra quod alienatio facta est ipso iure nulla;

IDEM *cit. loc. n. 26.*

BETSIVS *de pact. famil. ill. c. 4. §. 5.*

theils auch endlich dieses pactum von Ihrer Käyserl. Majest. cum clausula irritante bestätigt worden, quo casu alienatio est ipso iure nulla,

NICOL. BETSIVS *cit. loc. §. 7.*

So ist höchstgedachter Fürst Autharius solche Güther zu veräußern nicht befugt, und wenn solches geschehen, die alienation ipso iure vor null und nichtig zuhalten. B. N. B.

§. XXIII.

Noua per
responsum
declaratio
quod. pacta
talia strictè
accipienda
sint.

Cum vero horum bonorum possessor. in quem bona fide hæc alienata erant, hoc anno *Mens. Iun.* eundem casum Facultati iuridicæ obrulisset, nouasque & singulares circumstantias adduxisset, in alia omnia itum, & creditum fuit, bona, in controuersiam vocata sub pacto illo illustri haud contineri. En verba responsi:

Haben die Herrn Grafen C., W., L., M., und L. zu N. ihre bereits an S. Marthiæ Tage 1495. entworfen gewesene so genannte pacta familiæ in anno 1522. einhellig dahin wiederholt, und darinn fest gestellet, daß wenn einer von ihnen oder ihren Erben ein oder mehr ihrer Grafschaft und Herrschaft, Städte, Schlösser, Nutzungen und Güther, die sie iho hätten, oder hernach überkommen werden, von Nothdurft wegen verkaufen oder verkauffen wolten oder müsten, solches nicht extra familiam N. ja so gar unter ihnen selbst nicht anders, als auf Wiederlösung, geschehen, mithin die alienatio in extraneos, wenn sie zumahl mit præterirung der agnaten zu urthât oder ewiglich geschehe, gänglich verbothen seyn solle, und da nun die erfolgte reformation geschehen, daß unterschiedliche Klöster, und unter solchen auch M. von Fürstl. Hause N. secularisiret und

und acquiret worden, einige von den Herrn agnaten solches pactum mit auf diese neu acquirirte Ritter- und Kloster-Güther extendiren, mithin die bereits geschehene alienationes in extraneos vor ungültig halten wollen, daher gefragt wird:

Ob gedachte *pacta familie* auf solche neu acquirirte Kloster-Güther extendiret, und dem zufolge die vorgegangene alienationes vor null und nichtig declariret und so fort von dem contradicirenden Herrn agnaten entweder *iure retractus ex pacto* angesprochen oder nach des *Serenissimi venditoris* tode *sine refusalione pretii vindiciret* werden können, oder ob nicht vielmehr die Inhabere bey ihren erkaufften Kloster-Güthern zu schützen und dieselbe befügt seyn, solche wieder andern kauflich abzutreten?

Ob nun wol gegen die geschehene Veräußerung der Kloster-Güther eingewandt werden möchte, daß in dem gedachten pacto de anno 1522. expresse versehen, daß solches nicht allein auf die Güther, so die Herren Grafen igo hätten, sondern auch die sie hernach ererben oder überkommen möchten, gehen solte, welche Worte so general sind, daß alle nouiter acquisita darunter zu verstehen sind, mithin nicht abzusehen sey, warum die secularisirte Kloster-Güther davon ausgeschlossen seyn solten, da einmahl die generale regul hier fest gesezet, und keine exception in gedachten pacto zu befinden, dahero billig pro regula generali in pacto constituta so lange zu præsumiren, donec exceptio probetur, quippe quæ in dubio non præsumitur, quin quæ non leguntur a regula excepta, iuxta regulam indicantur.

HARPRECHT. vol. nou. conf. 4. n. 400.

und solches um destomehr, da dieses pactum zur conseruation und Aufnehmen der Familien gestiftet, welche ration sich auch auf die secularisirte Kloster-Güther ziehen läffet, zumahl durch conseruation der Güther die Familien conseruiret, und dahero sol-

che pacta einen grossen fauorem haben und nicht anders als fideicommissa familiae anzusehen

HARPRECHT. *de fideic. conuent.* tb. 10.

welche auch auf die künftigen Gütther wohl extendiret werden mögen

ROCCA *select. iur. disp. c. 10. n. 23. & 31.*

und operiren, ne bona villo modo alienari possint.

SANDE *de probib. rer. alien. p. 4. c. 1. & 2.*

HARPRECHT *cit. diff. tb. 6. n. 9.*

auch nicht gesaget werden mag, daß tempore pacti initii von solchen Gütthern nicht gedacht worden sey, indem in pacto kein titulus acquirendi ausgedrucket, also billig darunter in genere omnes tituli in iure fundati zu verstehen gewesen, und genug seyn kan, daß die Kloster-Gütther in Amts-Gütther verwandelt, und zur Cammer geschlagen, bishero iure allodialium besessen, und daher mit unter die acquirenda zu ziehen seyn möchten, wohin auch die declaratio Leopoldi de anno 1675. als worinn das pactum vnionis bekräftiget, abzuzielen scheint, woraus denn von selbst folgen will, daß auch die Herren Graffen, ob sie wol Catholisch sind, dennoch eben sowohl zu diesen nunmehr secularisirten Gütthern berechtiget sind, und solche Vermöge des Osnabrückischen Frieden-Schlusses als andere Gütther besitzen können, an erwogen darinn die secularisation approbiret, und verordnet, daß die bona monasterii in dem Stande verbleiben solten, in welchen sie anno 1624. gewesen.

Dieweil aber dennoch 1) in dem gedachten pacto familiae die alienation in extraneum nicht absolute und gänzlich, sondern nur secundum quid und dergestalt verbotthen, daß solche nicht zur Urthät oder ewiglichen, sondern alle Wege nur auf Wiederlösung geschehen solle, mithin wenn gleich dagegen gehandelt seyn solte, dennoch die alienation nicht absolute vor null und

und nichtig zu achten, sondern solche nur dahin zu declariren seyn möchte, daß so weit sie zur Urthät geschehen, von keinen Kräften seyn könne, vielmehr denen agnaten das *ius reluendi, refuso pretio* allemahl in *saluo* verbleibe, *cum causa limitata limitatum producat effectum, nec sub vllo colore possit dici perpetua*

MEISCHNER *tom. 4. dec. 1. n. 13. seqq.*

STRYK. *de priuil. interpret. c. 6. n. 19. seqq.*

Wie denn nur 2) die Regalien an keinen Fremden zu veräußern, darin absolute verbotnen, dagegen aber expresse zugelassen ist, die Nutzungen der Graffschaft auf Widerlösung an einen Fremden zu verkauffen, dahero obwol hier ein *fideicommissum familiae conuentionale* vorhanden seyn möchte, dennoch, nach dem dessen *effectus per pactum modificiret und limitiret* ist, keinesweges davor zu halten, daß solche alienation, wie sonstens ist, absolute vor null und nichtig zu declariren, und solches um desto weniger auf die Veräußerung des Guths zu ziehen, da solches nur auf 6. Jahr und dahero nicht zur Urthät verkaufet, noch dabey gegen die *pacta familiae*, wenn sie gleich dem gesetzten Fall mit auf diesen *causum* gehen solten, von den Fürstl. Hause N. gehandelt worden, *quatenus autem facultas alienandi concessa, eatenus vigorem suum habet.*

l. f. C. de reb. alien. non alien. inf.

HECTOR CAPYC. LATRO *dec. 22. n. 8.*

cum prohibitio limitata ultra limites non extendatur

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 11. n. 354.*

welches auch 3) die *causa finalis* dieses *pacti* deutlich anzeigt, welche darin bestanden

damit dieselbe veräußerte Güther desto ehender wieder zu der Graffschaft gebracht werden mögen, wodurch deutlich angezeigt worden, daß die alienation derer parti-

particular-Güter nicht absolute, sondern nur secundum quid, verboten sey, und daher es auch in praesenti casu heissen muß, quod ubi ratio prohibitionis cessat, etiam ipsa prohibitio cessare debeat.

KNIPSCHILD *cit. loc. c. 11. n. 440.*

Zuförderst aber 4) hiebey zu untersuchen ist, ob die secularisirte Kloster Güter unter solchen pacto oder fideicommissio conuentionali begriffen sind, da billich voraus zu setzen ist, quod in fideicommissis conuentionalibus strictior interpretatio fieri debeat, quam in testamentariis

HARPRECHT *de fideic. conuent. tb. 43. n. 5.*

cum in contractibus quidem plena, in vltimis vero voluntaribus plenior interpretatio fieri debeat

c. 6. in f. c. de donat.

adeoque in fideicommissis conuentionalibus nulla extensio de casu ad casum locum habet, sed illa strictissime, vt verba iacent, accipi debent.

FONTANELLA *de pact. nupt. claus. 4. gl. 25. P. 1. n. 43. sq.*

FVSAR *de fideic. q. 31.*

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 6. n. 8. & 11.*

HARPRECHT *vol. nov. conf. 1. num. 219. & conf. 43. n. 263.*

Diesem zu Folge denn 5) aus den verbis des gedachten pacti die Entscheidung genommen werden muß, ob die 9v. Kloster Güter mit unter dieser disposition gehören, da sich denn befindet, daß nur die disposition auf folgende Güter restringiret sey

Ein oder mehr unser Graffschafft und Herrschafft Städte, Schlöffer, Nutzungen oder Güter, die wir iezo haben, oder hernach überkommen
ingleichen, daß die gängliche alienation verboten sey

an

ILLVSTRIVM CONTRA TERTIVM. 41

an unser Graffschaft gemein regalien als an Land-Gerichten Wildbahnen zc.

und wenn ja die Veräußerung geschehen solte, daß dennoch dabey reserviret sey

Der Wiederkauf und Lösung aller unser Graffschaft und Herrschaft, Städte, Schlöffer, Leute, Güther und Nutzungen

welche Worte klärlich anzeigen, daß von nichts anders damahls als nur von denen zu der Graff- und Herrschaft gehörenden und inskünftige darzu incorporirten Güthern, disponiret sey und die Clausul

Die wir hernach überkommen,

eben von dergleichen Güthern, die entweder ab antiquo zur Graffschaft gehöret, und per successionem auf ein und andern verfället, oder sonsten aliunde acquiriret, der Graffschaft aber einverleibet, und in ipsum Comitatum incorporiret worden, in sich begreifen muß, indem so gar nachdrücklich nur der Graffschaft Güther und regalien in dieses pactum gezogen sind, und deswegen auf andere zur Graffschaft nicht gehörige, noch derselben einverleibte Güther solche dispositio nach denen angeführten Rechten nicht zu ziehen ist, dabey denn 6) auffer allen Zweifel zu setzen, daß solche secularisirte Kloster Güther primordialiter niemahls zur Graffschaft gehöret, in übrigen, da sie secularisiret sind, nicht anders als allodial und erbeigenthümliche Güther anzusehen gewesen, wie denn ex praxi vniuersali Germaniæ bekant ist, daß solche pro lubitu in quoscunque veräußert oder auch zu Lehn gegeben worden.

Dn. THOMAS. de nat. honor. seculariz. f. 16. fgg.

HARPRECHT. conf. 12. n. 22.

Und ob wol (7) die Icti Tubingenes apud HARPRECHTVM cit. loc. vermeynen wollen, daß weil die secularisatio iure territorii

torii vel episcopali geschehen sey, sie also auch als ein pars territorii, anzusehen und davor zu halten sey, quod sint de territorio dennoch dieses argumentum gar keinen bündigen Schluß macht, angesehen ein Landesherr viele andere Güther, als bona vacantia und dergleichen aus Landes-Fürstl. Macht und Gewalt acquiriret, gleichwol dadurch keinesweges gesaget werden mag, daß solche so fort als ein pars territorii anzusehen, und der freyen disposition desselben entnommen sey, dessen contrarium die tägliche praxis deutlich lehret, und gleichwie die fructus feudales, qui iure feudi acquirantur, keinesweges als feudales, sondern vielmehr als allodiales zu achten, also auch was iure territorii acquiriret wird, ebener massen nicht so fort eandem qualitatem, quam ipsum territorium haber, haben muß, woraus denn (8) von selbstn folget, daß diese secularisirte Kloster Güther nicht anders als erbeigenthümliche Güther anzusehen, und so lange davor zu halten sind, donec incorporatio probata fuerit, quæ cum in facto consistat, haud præsumitur, sed legitime doceri debet, welche denn daraus keinesweges geschlossen werden mag, daß solche Kloster Güther zu Amts Güthern gemacht sind, weil sie dadurch pristinam qualitatem nicht verliessen, sondern nach wie vor in patrimonio principis verbleiben, zumahl heute zu Tage ganz gewöhnlich ist, daß ein Fürst auch anerkauffte Ritter Güther, die mere patrimonialia bona sind, zur Cammer administration zu verweisen, und darüber Amtleuthe zu setzen pfeget, da sie denn a contractu admodationis Amts Güther, und von der Cammer administration Cammer Güther genannt werden, dadurch aber keinesweges mit dem territorio selbst, si alia desit principis declaratio, einverleibet werden, wenigstens (9) hieraus soviel erhellet, daß die Sache nicht so klar sey, als man vermeynet, vielmehr ein grosser Zweifel übrig verbleibe, ob die qu. Güther mit unter diesen fideicommissis

ILLVSTRIVM CONTRA TERTIVM. 43

so familiae gehören, in welchen Fall mehr pro exclusione fideicommissi zu pronounciiren ist, zumahl secundum doctrinam.

HARPRECHT. *vol. nov. cons. l. n. 223.*

derjenige, welcher prætendiret, daß ein fideicommissum in die-
sen oder jenen Güthern errichtet sey, solches als eine in dubio
durchaus nicht præsumirende Sache nicht durch unlaute, zweifelhafte, & variae interpretationi obnoxia, ceu tantum illativa
arque consecutiva verba, sondern solcher gestalt zu erweisen ver-
bunden ist, ut verba adducat, quibus illud probetur, apertissi-
ma, clarissima, & præensum ab eo fideicommissum de ne-
cessitate inferentia: ubi enim verba sunt dubia, interpreta-
tio pro exclusione fideicommissi omnibus modis præferen-
da, sicque pro possessore contra clare non probantem pro-
nunciandum est

HARPRECHT. *cit. loc. n. 226.*

HONDEDIVS *vol. 1. p. 4. consult. 60. n. 12. sqq.*

CYRIACVS *contr. for. 281. n. 45. sqq.*

id quod multo magis in fideicommissio conventionali obtine-
re debet, quod strictioris interpretationis est.

MENOCH. *cons. 85. n. 37.*

Semper enim possessor obicere potest actori vindicanti fi-
deicommissum, quod hic casus in fideicommissio non depre-
hendatur, maxime si agitur de fideicommissio extendendo

HARPRECHT. *cit. loc. n. 235.*

welches hier (10) mit desto bessern Grund geschehen kan, dieweil
die causa finalis vor die iktgemachte interpretation deutlich mili-
tirt, welche in diesen Worten ausgedrückt ist

Damit unsere Graffschaft und Herrschaft desto minder
zertrennet, und in frembde Hände gestellet werde.

und klärllich anzeiget, daß nur die bona comitatus sub pacto fa-
miliae begriffen sind, und nur dieses intendiret worden, daß die
schäd-

schädliche dismembratio ipsius comitatus verhütet werde, welche ratio aber keinesweges auf die qv. erb und eigenthümliche Güther, so niemals zur Graffschaft gehören, extendiret werden mag, da wenn man (11) auch alle quomodocunque acquisita darunter verstehen wollen, die verba pacti ganz anders und in laetioribus terminis ausgedrückt werden müssen, nunmehr aber in præiudicium tertii possessoris keinesweges, sondern vielmehr contra paciscentes & eorum successores interpretiret werden müssen, quippe in quorum potestate fuit legem apertius scribere.

l. 39. D. de pact.

l. 34. pr. de contr. emt. vend.

auch (12) nicht zu glauben ist, daß sich die agnati so hart und stark verbinden wollen, daß sie nicht einsten von denen zur Graffschaft nicht gehöri gen, sondern erb- und patrimonial Güthern zu disponiren freye Macht und Gewalt haben sollen, welches die Rechte selbst nicht einsten in dubio zulassen, quin potius vbi de obligando quæritur, propensiores esse debemus, si habemus occasionem, ad negandum

l. 47. D. de oblig. & act.

adeoque etiam fideicommissi interpretatio ita facienda, ne in infinitum grauentur heredes,

HARPRECHT. vol. nov. conf. 39. n. 75.

Dahero auch (13) occasione des zwischen Graff W. und Graff F. zu N. über diesen alienations punct vormahls gewesenem Streit bey dem unter allerhöchster Autorität Käyfers Ferdinandi I. anno 1563. zu Insprug getroffenen gültlichen Vergleich der Unterscheid inter bona ad ipsum comitatum spectantia, & aliunde nouiter acquisita obseruiret, und das pactum familie dadurch deutlich erläutert worden, laut folgenden Worten.

Zum 15ten soll Graff W. in allen seinen eigenthümlichen Güthern

Güthern seines Gefallens zu disponiren und zu restituiren alle freye Macht und eine ungeperrerte Hand haben, aber so viel die Alten in der Graffschaft liegende Güther belanget, in demselben seinen Bruder zum Nachtheil nicht disponiren noch fürnehmen.

Welches als eine deutliche interpretatio des vorhin in an. 1522. aufgerichteten pacti billig zu halten, und auch auf die qv. Güther, so eigenthümliche nicht aber alte der Graffschaft zu gehörige Güther sind, billig zu ziehen ist, quando enim de interpretatione quaeritur, imprimis inspiciendum est, quo iure partes in eiusmodi casibus retro vsi fuerunt,

arg. l. 37. D. de legib.

Dahero es denn auch (14) gesehen, daß man sowol an Fürstl. als Gräfl. Seiten zu alten und neuen Zeiten gar viele alienationes vorgenommen, und absonderlich die bona extranea, & noviter acquisita an hohe und geringe Nachbahren ohne einzige Wiederrede verkauffet, wie die Beplage sub n. 2. ausweist

conf. MVLTTZ. von gemeinschaftl. iuribus des Hauses Oettingen p. 50. 599.

welche observantia consequens die bishero erhärtete interpretation des gedachten pacti völlig bestärcket, zumahl bekant ist, quod observantia subsequens demonstrat, quæ fuerit mens paciscentium vel agentium, vt omne dubium tollat

GRATIAN. disc. for. c. 695. n. 31.

CYRIACVS contro. for. 622. n. 20. Surdus consil. 140.

num. 43.

opereturque, vt in futurum quoque idem obtinere debeat

GOEDD. vol. 3. conf. Murrp. 32. n. 64.

zu geschweigen, daß (15) die Verbündlichkeit dieses pacti von den Herrn interessenten selbst annoch sehr in Zweifel gezogen worden, anerwogen man solches selbst in dem reunions recess de anno 1694. erkannt, und, daß solches pactum erläutert, ad sta-

tum modernum eingerichtet, und noch überall verbessert und zur Richtigkeit gebracht werden müsse, nicht in Abrede seyn könne, dahero es auch (16) geschehen, daß solches von denen Herren interessenten mit dem erfordernten Eyde, welcher in gedachten pacto als ein wesentliches Stück der Verbündlichkeit überall erfordert wird, nicht bestärket worden, weil man solches nicht anders als ein imperfectum negotium ansehen mögen, cum tam diu imperfectum dicatur negotium, quamdiu ad perficiendum aliquid superest, quod nullam vim obligandi habet,

l. n. C. quib. vt indign.

welches auch (17) in der Kaiserlichen confirmation de an. 1694. nicht undeutlich an dem Tag geleyet ist, als welche den alten Vergleich nicht weiter confirmiret als sub hac clausula

so weit derselbe einen jedweden bindet

welches also züförderst zu untersuchen, und quoad præsentem quætionem leicht zu untersuchen ist, daß solcherley Veräußerung dergleichen erb- und eigenthümliche Güter niemand verbinde, zumahl noch selbst nicht ausgemacht ist, wie weit derselbe die Herren agnaten verbinde, und man dahero in unterschiedlichen Fällen dieselbe vor unkräftig gehalten

MULTZ. cit. loc. p. 91.

bey welchen Umständen denn die rationes dubitandi, welche alle aus dem pacto dubio & imperfecto hergenommen, von selbst hinweg fallen, und alhier keine application finden.

So halten Wir davor, daß das quæst. pactum auf die gedachten Güther nicht extendiret werden könne, dannhero deren possessores dabey zuschützen und besugt sind dieselbe andern wieder abzutreten. B. H. W.

§. XXIV.

Declaran-
tur ea que

Non inique ita censuisse illustrem Ictorum ordinem existimo. Plura irregularia in pactis de non alienando

nando occurrunt, adeo vt olim etiam *contra ius posita* de strictiori esse crederentur, donec in *l. f. C. de pact. int. emt.* & interpretatione vend. constitutione imperatoria fuerint admiffa. Nam dicta.

(I) graue onus bonis imponitur, & ipsum dominium, quod singulis in re sua competit, admodum restringitur non tantum, sed fere *pro parte* adimitur. Ipsa domini ratio potiffimum in *iure excludendi alios ab vsu rei*, & in *libera dispositione de illa* constituitur. Posterior pars plane possessori adimitur: prior quoque magno pere restringitur, dum post mortem suam dominus a bonis suis non potest excludere, quos vult. Hæc onera bonis imposita sunt sane magni præiudicii. (II) *Renunciationem* iuris competentis continent, quæ sua natura strictiffimæ interpretationis est, vt vel ex doctrina GALERATI, *de renunc. lib. 1. c. 9.* constat. (III) A iure communi his magnopere receditur, & sic *ius admodum singulare* continent, quod sua natura est strictæ interpretationis nec ad consequentiam trahendum, *l. 14. de LL.* præsertim cum immutet ordinem succedendi, feminas vt plurimum a bonis excludat, & *ius succedendi conuentionale*, iuri communi aduersum, inducat. vid. B. HARPRECHT *de fideic. conuent. th. 31.* Vnde etiam IDEM *cit. loc. th. 43.* hanc notabilem differentiam inter fideicommissum *testamentarium* & *conuentionale* constituit, quod in hoc strictior interpretatio fit accipienda, & quod in iis nequidem a casu ad casum extensio locum habeat. FONTANELLA *de pact. nupt. cl. 4. gloss. 25. p. 1. n. 40. seqq.* Hac de causa consultius esse dicunt, fideicommissum in testamento constituere, quam pactis & contractibus. KNIPSCHILD. *de fideic. famil. c. VI. n. 1. seqq.*

§. XXV.

Denique, vt in compendio haectenus dicta contra-
ham, expeditum quidem est, quandoque *pacta efficaci-*
am habere contra tertium, non tantum ex ratione *pacti*,
sed ex translato per *pactum* iure in alterum, quod in eo
tantum ab ordinaria ratione iuris recedit, quod per
ipsum pactum statim *ius in re* in alterum transferatur,
sine interuentu *traditionis*, per quam regulariter alias
ius in re transit. Hac de causa quando contra tertium
agitur, non *personali* ex pacto, sed *reali* agendum, eodem
modo, vt in pacto *hypothecae*, quod *sine traditione* statim
ius in re creditori acquirit, ex quo contra quemuis pos-
sessorem agit. Breuiter, pactum efficaciam contra ter-
tium habet, non *virtute sua*, sed *virtute iuris in re*
alterum translati per solum
pactum.





Halle, Diss., 1718 Bic-96

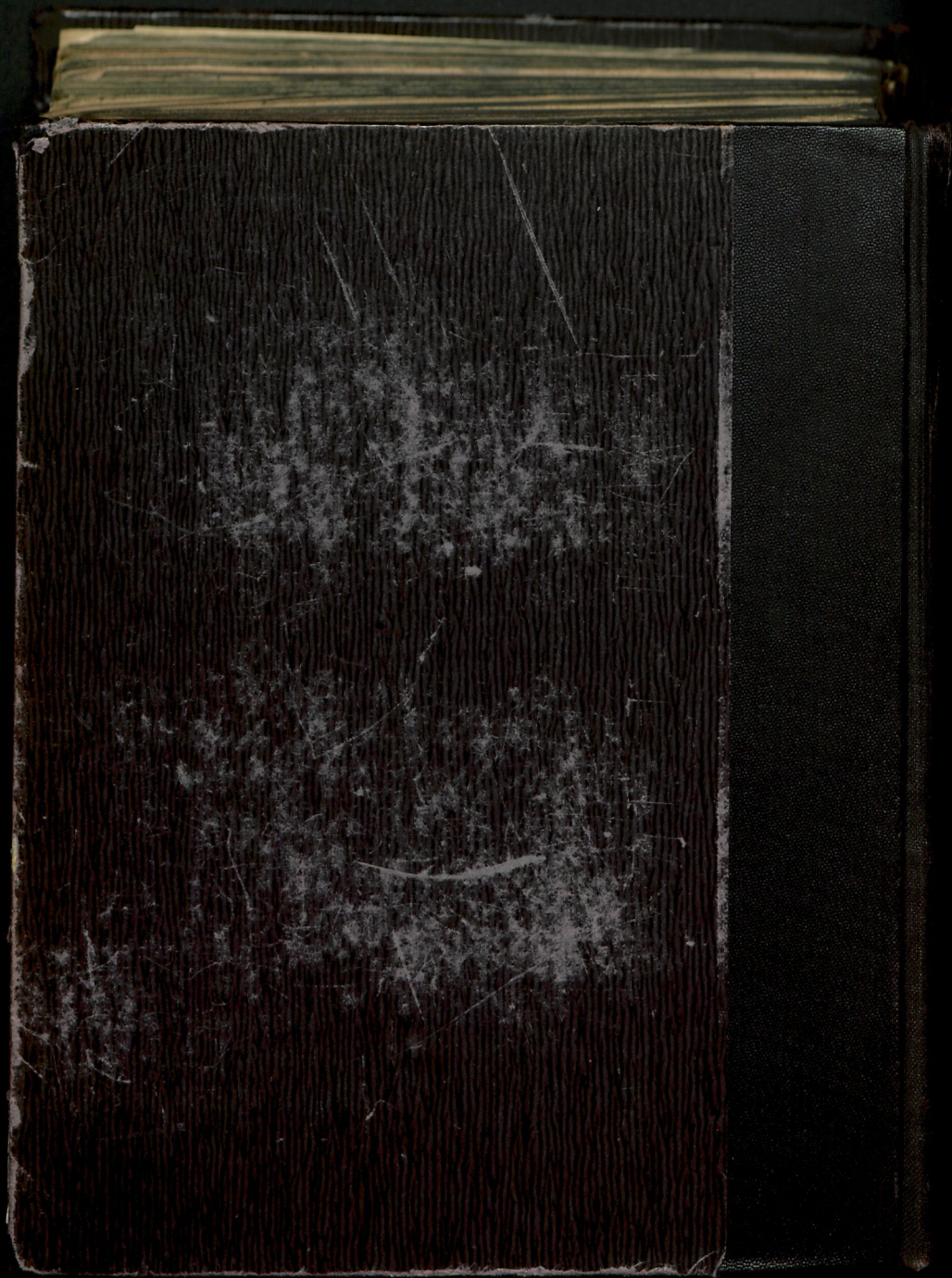
ULB Halle
005 360 714

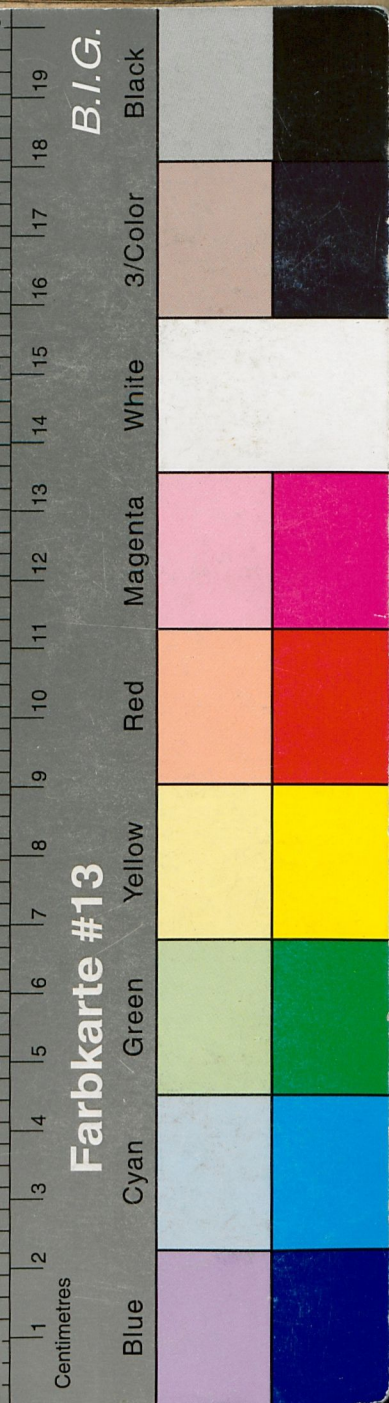
3



TA/OC







Tri. 12. num. 17.

1918

WILHELMI GODOFREDI
L. B. DE SCHELL
S. R. I. EQVITIS

126

15

DIATRIBA
DE
EFFICACIA
PACTORVM
ILLVSTRIVM
CONTRA TERTIVM,

Von der
Gültigkeit der Verträge hoher Stan-
des-Personen wider einen Dritten.



HALAE MAGDEBVRGICAE,
LITTERIS HENDELIANIS, 175

KENFRIED
UNIVERS.
ZV HALLE