



1792.

1. * Ackermannus, Johannes Siegfriedus: *Responsa juris II, VII, VIII*. Programma, quo ordinarius senius et reliqui assessores memoriam Johannis Siegfriedi Ackermanni recolendam indicunt.
2. * Wendlerus, Augustus Adolphus: *Responsa juris X, XI et XII*. Programma, quo ordinarius senius et reliqui assessores fac. jur. solemnia doctoralia Augusti Adolphi Wendleri indicunt.
3. Baumannus, Trachimus Mauricius Gulielmus: *Vivus Gordianus sine de vita et constitutionibus M. Antonii Gordiani III. Imperatoris*
4. Fleck, Ferdinandus Gottlieb: *De tollenda jactura et obligationum confusione per hereditatis actionem exorta*
5. Green, Aug. Trider. Sigismundus, fac. jur. pro cancella. vici: *De transmissione hereditatis delatae non adita*. Programma, quo solemnia doctoralia Thomae Triderici Hermannii indicunt.

1792.

6. Hermannus, Christianus Gottfried, per. jur. procurator. 12
Larius: Quatenus vidua, ex statuto locali in
electoratu saxonia succedens marito, a collatione
bonorum sit obstructa? Programma, quo sollemnia
in aularum tractatus Mauriti Augusti Pustelii Bau-
marii indicit. 13
7. Hornum, Joannes Fredericus: De mortis causa
amatorum conjecturis ex mortis mentione
procedit. 14
8. Kindius, Ludov. Christi. topologus: De justitia iurandi
nam Lepriensium 15
9. Knoetzscher, Joannes Christianus: Ausus pontificum
Ammunorum vicariatum S. R. imperii sibi arrogandi 16
10. Knoetzscherus, Joannes Christianus: Origines
vicariatus S. R. imperii ex vicariis Francorum et
Saxonum principatibus deductae. 17
11. Knoetzscherus, Joannes Christianus: Historia vici-
natus S. R. imperii inde a magno sic dicto inter-
regno usque ad hunc usque bullam juris Germanici publici.

1792.

12. Leonhardi, Fredericus Gottlob: De legibus agriculturalibus
causa in Curonia Electoralitatis . . . Programma,
quo ad orationem auspicalium invitatur.
13. Ludwig, Christianus Fredericus: De Corationis in flu-
mine solubilitate.
14. Platnerus, Joannes: Vindicariarum sententias
probabilium per systematicam condendi festinationem
de physiologia rejectarum. p. III. parvulus.
15. Rudiger, Christianus Fredericus: (De effectibus repae-
tionis in ortum et occasum stellarum con-
putando.) Programma, quo ad orationem auspici-
calium invitatur.
16. Lickelius, Joannes Conradus: Diocletianus et
Maximianus sive de vita et constitutionibus
P. Aurelii Valerii Diocletiani et M. Aurelii Val-
erii Maximiani.
17. Strickmannus, Augustus Cornelius: Papirii Testi,
Testi Romani fragmenta . . .

1792.

18. Wondlerus, Augustus Josephus : De testamenti
falsione malisus



[Faint, illegible handwriting]



8024.
1792,7.
DE
MORTIS CAVSSA DONATIONVM
CONIECTVRIS

EX
MORTIS MENTIONE
CAPIENDIS

ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
AVCTORITATE

PRO GRADV DOCTORIS
OBTINENDO

A. D. XVI. M. AVG. A. C. ~~cl~~ccclxxxii

H. L. Q. CC

DISPVTABIT
M. IOANNES FRIDERICVS HERMANN

LIPSIENSIS
IVRIS VTRIVSQVE BACCALAVREVS

LIPSIÆ
EX OFFICINA SAALBACHIA

DE
MORTIS CAUSA DONATIONUM
COMITATUS

IN
HONORE MENTIONE
CARIBIDIS

HELVETIAE IMPROBATIONE GRINIS
ACCOMMODATE

ETIO GRADU DOCTORIS
OSTIENDIT

A. D. XII. M. AVE. A. C. DISCOCC. XXXII

IN H. C. C.

DISP. TAB. III
M. IOHANNES FRIDERICVS HERMANN

PHYSICVS
MAG. MEDICINAE FACULTATIS

LIBRARIUS

EX OFFICINA BAWRSCHIA



DE
MORTIS CAUSSA DONATIONVM
CONIECTVRIS

EX
MORTIS MENTIONE
CAPIENDIS

PRAEFATIO

Iuris ciuilibus prudentia duobus hodie regitur praeceptorum generibus: altero, quod ex ipsis legum Romanarum fontibus et veterum Iurisconsultorum monumentis haustum incorrupta pollet in foro pariter ac scholis auctoritate; altero, quod ab recentioris aevi interpretibus vel artis amplificandae, vel legum ad quaestiones quotidianas facilius adplicandarum gratia inuentum cum vniuersa iusti iniustique scientia ita coaluit, vt diuersam disciplinae rationem adgnosceret et separare vix acutissimo liceat. Cui quidem artis nostrae portioni haud ignobili, cum restaurato eius studio natae, quum tunc demum fides sit habenda, vbi verae iuris Romani indoli conueniat: magna profecto opus est cautione, ne temere amplectamur decreta eiusmodi, quae, quamuis ad communis opinionis dignitatem sensim euecta, et longissimi temporis vsu frequentata, tamen, si cum ipsis legum causis

A

aucto-

auctorumque veterum, qui ius ciuile fundauerunt, mente contendantur, magis a cerebrinae aequitatis specie, quam ab adcuratae et solidae doctrinae seueritate commendari videantur. Neque nunc dubito in eum censum referre vulgarem illam et fatis decantatam de frequentissimo negotiorum genere diiudicando regulam, ex qua ambiguae donationes ita sunt interpretandae, vt inter viuos potius, quam mortis causa celebratae intelligantur. Quae quemadmodum mihi dudum visa est fluxisse ex male intellecta mortis mentione, donationibus adiecta, dum plerique viri docti id signum ad m. c. donationem indicandam sufficere negauerunt: ita nescio, an vlla vniquam interpretum sententia maiorem vim habuerit in ipsis rerum argumentis ea, quam dixi, regula; siquidem e tanto, quo donationes inter viuos a mortis causa factis distant, discrimine acerrimas lites et infinitas contentiones oriri, quae omnia fere tribunalia obsideant, vel hodie animaduertere possumus. Quam ob causam, quum rerum mearum ratio exigeret, vt ad summos in vtroque iure honores obtinendos viam mihi pararem libello academico et scribendo et defendendo, coepi paulo diligentius communem illam opinionem examinare, et cum ipsis iuris Romani fontibus et antiquorum Iurisconsultorum super ea re decretis comparare. Instituta vero comparatione, non potui non receptae doctrinae nuncium mittere, ac fines mortis causa donationum, interpretum studio nimis, vt videbatur, coarctatos proferre, suaeque integritati restituere. Qua in re etsi vereor, ne multa me temere ausum esse intelligant aequi et prudentes quaestionis huius arbitri: tamen nunquam committam, vt modestiae, quae meam maxime aetatem decet, inmemor, adrogantiae reprehensionem incurram.

CAPVT

CAPVT I

De caussis donationum ambiguarum.

Vt autem, quo consilio quaestionem de ambigua donationum natura recte constituenda retractauerim, adpareat, ante omnia, quae circa donationes vniuerse occurrere possint ambiguitates, exponendum arbitror. Verissime enim, qui de rebus dubiis scripsit, Nicolaus Valla *Tr. II. f. 12. donationum materiam*, ait, plus habere difficultatis propter ius varium, diuersaque tum sanctiones, tum consuetudines, et varia pugnantiaque iudicata, quam ipsos tractatus substitutionum, vel iuris adcresecendi, et si quid obscurius istis. Duobus vero potissimum modis ambigi solet et fluctuari in hoc, quem mihi sumsi, loco; vel propter leges, quae de donationibus saepe ita loquuntur, vt nescias, vtrum de liberalitate inter viuos collata, an de genere aliquo vltimarum voluntatum sermo sit; vel propter dubiam ipsorum negotiorum vulgo obuiorum indolem. Ac de legum quidem circa donationes, quas commemorant, ambiguitatibus prolixius disputare non adinet, quum, nisi rationes earum aliud suadeant, pleraeque difficultates tolli posse videantur regula, in *L. 67. §. 1. D. de V. S. commendata*, quae donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendere, siue mortis causa, siue non mortis causa fuerit, innuit. Vnde, vt exemplo vtar, quod ex Iuliano refert Vlpianus *L. 7. pr. D. de Dol. mal. exc.* (desumpta ex eodem eiusdem auctoris *ad Edictum* libro, in quo regulam nostram explicauerat) si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo sponderim, cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri, et praeterea condictio mihi aduersus stipulatorem competet, vt me liberet, siue

inter viuos, siue mortis causa donare volueris. Aliud magis illustre exemplum praebet *L. 15. D. de Donation.* quam, dum donationes, post contractum capitale crimen factas, ratas esse vniuerse negat, etiam ad mortis causa donationes pertinere, aperte euincit *L. 7. D. de Mort. causa donat.* ab ipso quoque Car. Frid. Walchio, V. Ill. *Ex. de donatione capite damnati* §. 13. *Opusc. Tom. I. Sect. I. p. 283.* in auxilium vocata. Nec dubito, vel ipsam legem Cinciam de utroque donationum genere adcipere, quamuis obset auctoritas praesantissimi huius sanctionis interpretis, Frid. Brummeri, qui *Comm. ad L. Cinc. c. 15. §. 1.* mortis causa donationes ab ea contendit esse apertas, non alia ratione adductus, quam, quia et olim eas vltimis voluntatibus plane similes fuisse credit: a qua sententia cur ego diuortium fecerim, infra adparebit.

Interdum autem ratio legis, generalius conceptae, postulat, vt ab ea alterutrum genus excludamus, qua cautione opus est in primis in interpretanda *L. 35. §. ult. C. de donat.* vbi tantum donationibus inter viuos gestis stipulationis vel traditionis necessitatem remissam, sed in donationibus m. c. antiquam iuris formam seruata esse, ex causis, a Iac. Voorda *Lib. III. Interpretationum et Emendationum Iuris Rom. c. 19.* adlatis, censeo. Eodem modo, vt in alium campum excurram, explicanda videntur iuris hodierni statuta ea, quae donationes a feminis sine mariti vel curatoris consensu factas irritas esse volunt; qualis prohibitio, iam Iosepho Fernandez de Retes *Opusc. de donat. c. 17. §. 18. Tom. VI. Thes. Meerm. p. 639.* iudice, in mortis causa donationibus propterea exfuit necesse est, quia hae sunt natura sua reuocabiles, et vltimis voluntatibus, ab alieno arbitrio immunibus, proximae. Vnde et iure Saxonico ex sententia auctorum locupletissimorum, Io. Henr. de Berger *Lib. II. Oecon. Iur. tit. 2. th. 27. n. 3. p. 204. ed. nouiss.* Lüd. Menckenii *Syst. Pand. ad tit. de m. c. don. §. 2. p. 613. ed. nouiss.* et Io. Gottl.

Hei-

Heineccii *Diff. de marito tutore et curatore uxoris legitimo c. 2. §. 25. Syll. Opuscc. p. 868.* feminae mortis causa, vel incon-
sulto curatore, recte donant; quamquam, quae omnino mu-
lieres absque curatoribus obligari prohibet, *Constit. El. Sax.*
15. P. II, etiam a largitionibus inter viuos conferendis eas
repellere videtur.

E contrario occurrunt leges, quas, etsi nulla donatio-
num mentione facta, tamen, quia de supremis hominum
iudiciis praecipunt, ad ipsas quoque mortis causa donationes
transferri oportet. In quo ratiocinationis genere, vt
cum Voorda *l. 1.* loquar, non argumentamur ex re maiore ad
id, quod minus est, sed, similitum comparatione instituta,
obtemperamus aequitati, quae paribus in causis paria iura
desiderat. Ita quidem leges Voconia et Falcidia (nam Furia
antiquior expresse de nostro donationum genere sanxerat,
quod praeter Varronis fragmentum *de vit. pop. Rom. Lib. III.*
ab Abr. Wielingio *Lib. II. Lectt. iur. ciu. c. 18.* contra Car-
Annib. Fabrotti *ad Theophili §. 1. de L. Falc.* calumnias recte
vindictum, Vlpiani quoque verba, *Fragmm. tit. I. §. 2.* ser-
vata, euincunt) primum interpretatione ad huiusmodi lar-
gitiones, quae mortis causa fierent, prolatae sunt: donec,
post varias Iurisperitorum contentiones, Imperatores Falcidiae
potissimum legi subesse id vltimarum voluntatum genus
deciderent; quam iuris civilis vicissitudinem accurate ex-
posuerunt Franc. Hotomannus *ad L. 2. C. de Donat. caus. mort.*
Opp. T. II. p. 633. Franc. Balduinus *ad Leges de iure ciuili,*
Voconiam, Falcidiam etc. Comment. pag. 26. ed. Hal. Hub.
Giphanius *ad d. L. 2. C. in Lecturis Altorphinis p. 308. sq.*
Voorda *ad L. Falcid. c. 6. §. 6. et 7. p. 89. sqq.* Wielingius
l. 1. Lib. II. c. 30. et nouissime Andr. Guil. Cramerus, doctissi-
mus Antecessor Kiliensis, *Dispunctionum iur. ciu. e. 10. p. 83. sq.*
Paullo magis dubitari potest de lege Iulia et Papia Poppaea,
quam

quam ipsam quoque, qua de legatis agit, ad donationes mortis causa celebratas a prudentibus initio propagatam fuisse, antequam Senatus id ius expresse confirmaret, post Balduinum *l. l. p. 27. 71. sq. et 117.* obseruauit Heineccius *Lib. II. ad Legem Iul. et Pap. Popp. c. 21. §. 2.* a Voorda *ad L. Falcid. l. l. p. 90.* qui iam in ea opinione antesignanos habuit Hotomannum *ad rubr. C. de Donat. Opp. T. II. p. 589.* et de Retes *Opusc. de donat. int. virum et vx. c. 10. §. 12. Tom. VI. Thes. Meerm. p. 699.* successorem vero Ger. Meermanum *in Notis ad Vipiani Fragm. tit. I. §. 1. Thes. T. VII. p. 742.* frustra reprehensus, siquidem ex tota Pauli oratione, in *L. 35. D. de M. C. don.* ubi Senatusconsulti illius mentio fit, seruata, manifeste patet, ansam praebuisse Senatui, vt ita censeret, Iuriconsultorum, in primis eorum, qui Cassii doctrinam profiterentur, de natura harum donationum disputationes, quas puto praecipue legis Iuliae et Papiae Poppaeae causa tam acri studio esse agitatas.

Sed missis, quibus leges de donationibus latae interdum laborant, ambiguitatibus, ad alterum earum genus, quod ipsa negotia vulgo obuia adfcit, adcedamus. In quibus recensendis abstinemus a difficultatibus iis, quae, ex dubia re donata vel incerta donatoris aut donatarii persona, vel ambiguis donationum conditionibus profectae, si in liberalitatem inter viuos collatam cadunt, soluendae sunt ope regulae tritissimae: interpretationem faciendam esse aduersus eum, qui clarius loqui debuisset; cuius medicinam etiam donationibus salutare esse, docuit in primis Iust. Henn. Boehmerus *Diff. de interpretatione facienda aduersus eum, qui clarius loqui debuisset, §. 22. in Exercit. ad Pand. T. II. Ex. 30. p. 386.* cf. Ant. Fabri *Lib. VII. Comiect. iur. ciu. c. 14.* et de *Erroribus Pragmat. Dec. XXXV. Err. 2. §. 8.* Imo alius nobis idemque amplissimus patet campus, quum de tollendis ambiguitatibus iis, quae *ex dubio donatio-*

num

num genere oriuntur, cogitamus. Earum vero duplex rursus est species; siquidem vel donatio ipsa, vel aliud negotium ad donationem pertinens ita est in ambiguo, ut dubitari possit, utrum mortis causa, an inter viuos exercere liberalitatem donator voluerit aut debuerit. Ad quam quaestionem, quatenus circa alia negotia, donationem quasi praeparantia, versatur, eodem modo puto posse responderi, quo Ulpianus *L. 67. §. 1. D. de V. S.* quam supra laudavi, responderat, ut vel hic intelligendum sit utrumque genus donationis, nisi aut donatoris, aut tertii, cuius negotium illud, ad donationem respiciens, interest, conditio aliud suadeat. Ac tale quidem exemplum suppeditat idem Iuriconsultus *L. 7. §. 5. D. de Donat.* dum, meminisse, ait, oportebit, si cui donare quoque permixtum est, nisi specialiter etiam mortis causa donare fuerit permixtum, non posse mortis causa donare. Loquitur enim de filiofamilias, quem mortis causa donare non posse, nisi patre volente, certi iuris est; licet causa eius iuris, a testamenti factione, qua ne consentiente quidem patre filius gaudet, prorsus diuersi, sit maxime incerta: quidquid ad eam inuestigandam contulerit interpretum sollertia, ut Viglii *Zuichemi Comm. ad tit. 1. quib. non est perm. fac. testam. p. m. 102. — 105.* Pauli *Buffi Lib. V. Subtil. iur. c. 5.* Foppii ab Aezema *Lib. II. Dissert. iur. ciu. c. 14. Thes. Meerm. T. VI. p. 830.* et de Retes *Lib. I. Opuscc. c. 22. §. 8. sqq. ibid. p. 73. sqq.* Nemo vero sensum *d. Legis 7. §. 5.* melius adsequutus esse videtur Voorda *Lib. III. Interpret. et Emendatt. c. 19.* qui donationem a filio familias, volente et consentiente patre, factam eodem iure censerit statuit, ac si pater ipse donauerit; unde vel mortis causa donatam a filiofamilias rem ipse pater, non suae quidem, sed filii tamen mortis causa donasse videbitur. Quae ratio, dummodo ad solum peculium profectitium, praeter quod aliud neque Ulpianus *l. l.* neque Marcia-

nus

nus L. 25. §. 1. D. de M. C. donat. in mente habere potuit, re-
 stringatur, simul causam continet, cur patris voluntas de
 sola donatione inter viuos, nec plane de ea, quae mortis
 causa celebratur, nisi hanc pater expresse permiserit, ad-
 capi debeat. Nam peculium profectitium est tantum viuentis
 filii; nec potest paternum iudicium vltra tempus, quo res
 donata peculiaris esse desinit, proferri, nisi, vel mutata rei
 qualitate, patrem in sua voluntate perseverasse, manifeste ad-
 paruerit. Vnde elucet, quam procul a vera Vlpiani sententia
 aberrauerit Balduinus, qui *Comm. ad tit. I. de Donat. p. m. 233.*
 causam eius iuris adtulit hanc, quod profusiores esse soleant
 homines et tantum non prodigi in eius generis donationibus,
 quae in mortem donatoris differantur; quasi vltra peculium
 filiusfamilias prodigus esse posset! Nostrae vero disputatio-
 nis cardo quum versetur in excutienda altera quaestionis
 parte, quae ad ipsas donationes, inter liberalitatem viuentis
 et moribundi fluctuantes, pertinet; varias variorum Inter-
 pretum de ea visiones ante omnia exponamus.

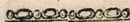
CAPVT II

*Variae interpretum sententiae de mortis causa donationum
coniecturis recensentur.*

In eo autem fere plerique iuris ciuilibus interpretes consentiunt, vt mortis mentionem ad mortis causa donationem desiderent, negentque eam donationem esse mortis causa celebratam, a qua haec mentio absit. Quae enim a Iac. Menochio *Lib. III. de praesumpti. praes. 36.* recensentur coniecturae, vnde, licet mortis mentione non facta, tamen mortis causa donatio adparere possit, omnes legum auctoritate sunt destitutae, nonnullae adeo inuita iuris ratione in hunc censum relatae. Cuiusmodi est statim prima coniectura, a pacto de reddenda re donata petita, qua vtitur etiam de Berger *Lib. II. Oecon. Iur. tit. 2. th. 27. n. 3. p. 204.* quasi non possit per donationem inter viuos dominium aequae reuocabile transferri in donatarium, ac per aliam quamcumque alienationem; siquidem *conditio redhibendi* in *L. 42. §. 1. D. de M. C. D.* ad quam Menochius frustra prouocat, non adicienda est de redhibenda re *ipso patri, in extremis vitae constituto*, cui haec redhibitio nihil profutura esset, sed *de conferenda re donata in hereditatem paternam*, vt tota orationis series docet. Similis farinae sunt argumenta, quae apud Menochium sequuntur, vt: si donatio pio loco facta sit ab infirmo, qui ex ea infirmitate decessisset; aut si donatio fiat tempore pestis, cuius erroris correos habuit Vallam *Tr. II. de reb. dub. §. 10.* Dau. Meuium *Lib. I. Comm. in Ius Lubec. tit. 9. art. 4. §. ult.* et Sam. Strykium *Vf. mod. Pand. tit. de M. C. D. §. 2.* quum tamen eos admonere

B

de-



deuisset *d. L. 42. §. 1.* solum mortis periculum, nisi aliae adcedant coniecturae, mortis causa donationem minime efficere. Quam ob rem satis mirari non possumus, quomodo Hotomannus *Comm. ad §. 1. l. de Donat. p. m. 151.* eo audaciae procedere potuerit, ut ad omnem adeo mortis causa donationem mortis periculum necessarium esse, et a solo periculi metu hunc liberalitatis modum pendere, contenderet; iusto proinde risu a Iac. Cuiacio *Consult. 23.* exceptus. Nec insistant infirmandis ceteris exemplis a Menochio adlatis, quorum id, quod a professione vitae monasticae, donationem insequuta, arcessiuit, satis refutatum est a Des. Heraldo *Lib. II. de Res. iudic. auctoritate c. 10. §. 3. et ult. in Thef. Off. T. II. p. 1198. sgg.* A numero autem testium donationi adhibitorum, quem ipsum quoque Menochius pro signo mortis causa donationis venditauerat, quam fragile ad nostrum donationis genus ducatur argumentum, nuperrime demum docuit Ill. Ern. Christ. Westphalius in *Responsorum iur. priuati*, hoc anno, sermone vernaculo, editorum, *Tom. I. p. 171. et T. II. p. 369.* qui et substitutionem, donatario factam, ac donationi insertam, e coniecturarum, quae m. c. donationem adiuuent, censu recte proscriptis.

Itaque missis his somniis, veniamus iam in rem praesentem, et communem interpretum doctrinam de mortis causa donationum finibus regundis exponamus. Quae quidem iam a Glossatoribus *ad L. 33. D. Solutio matrim.* vnanimi consensu tradita, et a recentioris aevi Iurisconsultis fere omnibus, si a paucis, quos infra indicabo, discesseris, recepta, eo potissimum redit, ut mortis mentio, donationi adiecta, prodat mortis causa donationem, nisi adsint causae grauiiores, ob quas donatio magis habenda sit pro ea, quae inter viuos, quam quae mortis intuitu celebrata videatur. Verum enimvero, quod in primis animaduerti velim, in multiplicandis
hisce

hisce caussis grauioribus tantopere sibi placuit vulgus docto-
 rum, vt iam prae exceptionibus vix regulam ipsam adgno-
 veris; de quo artis nostrae abusu acerbè conuestus est Eberh.
 Habernikkel in *Diff. inaug. de methodo iuris priu. quo per Germ.*
vtimur, cap. 2. §. 10. p. 39. his verbis: *Plurimi in ea videntur*
fuisse opinione, pugnare cum decore iuridico, regulam sine exceptione
comite in publicum prodire. Quare anxie laborarunt in inuenendis
et excogitandis et colorandis falsis quoque exceptionibus, quamuis
regula, quam destruere conantur, omni exceptione sit maior. Nemo
 autem plures regulae, quam de cognoscendis mortis causa
 donationibus tradidimus, exceptiones, a Glossographis
 maxime excogitatas, congeffit Menochio ipso, qui in *Ope-*
ris commemorati Lib. III. praef. 35. quindecim adeo propo-
 suit coniecturas, vnde, licet mortis mentione facta, tamen
 inter viuos donatum esse, colligi possit. Pauciores, sed et
 ipsas a Menochio adlatas, exhibent Giphanius *ad L. 13. D.*
de M. C. D. in Lelt. Altorph. p. 265. sqq. et Henr. Hahnus
Obss. ad Wesenbecium Lib. XXXVIII. tit. 6. obs. 2. T. II. p. m.
 622. quare Menochii locum pro sede communis doctrinae
 recte habebimus, quum in eo consentiant omnes eius opi-
 nionis adseclae, vt regulam, a mortis mentione petitam, cer-
 tis limitibus includendam esse statuunt, quamuis numero ex-
 ceptionum ipsi egregie variant. Itaque, vt de tota huius
 sententiae vi ac ratione constet, ipsum coniecturarum, quae
 donationem, sub mortis mentione factam, inflectere, et ne-
 gotiis inter viuos gestis aequiparare dicuntur, agmen ex Me-
 nochio huc transferam, quo facto postea de earum efficacia
 tanto melius poterit iudicari. Ait autem Menochius, ad-
 iecta quamuis mortis mentione, tamen inter viuos donatum
 intelligi: 1) si donator expresse dixerit, se donare titulo et
 causa donationis inter viuos: 2) si mortis mentio facta sit
 per modum dilationis, atque ita solum in verbis exsequuti-

vis, vt, si quis alteri fundum donauerit, reseruato sibi usufructu vsque ad tempus mortis; 3) si in donatione celebranda quinque testes non interuenerint; 4) si in donatione facta sit mentio heredum donatarii, vt et ad hos donatio perueniat; 5) si merita donatarii praecefferint; 6) si donatio omni meliori modo, iure et forma, quibus magis potuit donator, facta sit; 7) si mentio mortis facta sit tantum generatim, vt puta, si mulier alicui donauerit soluto matrimonio; 8) si quis ita donauerit, vt numquam reuocetur liberalitas, nisi filii superuenerint; 9) si praecefferit causa donationis inter viuos, vt causa matrimonii, vel alimentorum, ad quae praestanda donator obligatus fuerat; 10) si donationi adiectum sit pactum de eadem non reuocanda; 11) si donator sibi reseruauerit multa bona ex rebus donatis, vt de illis posset disponere; 12) si donatio sit actis insinuata; 13) si addita sit donationi lex constituti, qua dominium et possessio statim transferretur in donatarium; 14) si verba *habendi* vel *tenendi* in donatione sint adhibita; 15) si coniunctis personis sit donatum. Addi potest ex Fabri *de Errorib. Pragmm. Dec. XXXXIII. Err. 2. §. 3.* aliud signum, excogitatum ab his, qui donationem inter viuos a donatione mortis causa ita potissimum differre putant, vt mortis causa donatio praesenti tantum fiat, inter viuos autem etiam absenti. Itaque si quando dubitetur, vtrum donatio, adiecta mortis mentione, inter viuos dicenda sit, an donatio mortis causa, solent praesenti factam donationem habere pro mortis causa donatione, absenti, pro donatione inter viuos. Denique et exemplum in *L. 29. §. 2. D. de Pact. dotal.* obuium, a nonnullis venditari pro donatione inter viuos, quamuis ibi facta sit mortis mentio, ex Iasone referunt Giphanius *l. l. p. 264.* et Hahnus *l. l. T. II. p. 623.* Iam vero tantus exceptionum, quibus coniectura a mortis mentione petita vulgo dicitur circum-

cum scribi, cumulus adegit magnam interpretum, in primis recentiorum, partem, vt breuitati consulturi, alias substituerent regulas, quae tamen, si adcuratius indagentur, ipsum vulgari opinionis sensum exprimunt, et ab ea, tamquam a communi fonte, proficiscuntur. Ita quidem sentio de notissima illa iuris regula, in indoctorum pariter ac doctorum ore versata: si de donationis genere ambigatur, praesumi talem, quae inter viuos celebrata sit; de cuius vsu forensi testantur Bened. Carpzouius *Iurispr. for. Part. II. Const. 12. def. 24.* Sim. van Leeuwen *Lib. IIII. Censurae forens. c. 12. §. ult.* Strykiius *l. l. ad tit. de M. C. D. §. 2.* de Berger *l. l. p. 203.* Menckenius *l. l. p. 607.* et Augustin. a Leyser *Meditt. ad D. Sp. 438. m. 1.* vt taceam Io. Voetium *Comm. ad tit. D. de M. C. D. §. 2. T. II. p. m. 590.* qui eam pluribus argumentis confirmare adiuuatus est. Eodem fere reedit praeceptum aliud, tum ab laudatis interpretibus, qui donationem inter viuos in causa ambigua praesumi volunt, tum ab aliis diligenter commendatum: non quamlibet mortis mentionem sufficere ad mortis causa donationem indicandam, sed eam demum, quae causam donationis contineat, vel quae in principali donationis parte, seu, vt barbare aiunt, in verbis dispositiuis, occurrat: v. Pet. Gregorii Tholosani *Lib. XXVII. Syntagm. iur. viui. c. 14. §. 5. et ult.* Hahnii *l. l. T. II. p. 622.* Io. a Sande *Lib. II. Deciss. Friis. tit. 2. def. 4.* Gottf. Lud. Menckenii *Disi. de donatione mortis causa valida, licet expresse in casum mortis non differatur, §. 11. Opuscc. p. 567.* et b. Io. Gottf. Baueri *Pr. de forma donationis causa mortis, Opuscc. T. I. p. 283.*

Ab hac communis doctrinae via regia fuerunt pauci, qui discederent, suoque ipsi genio indulgerent: quamquam nec horum exstitit quisquam, qui mortis mentioni talem vim tribueret, vt ex ea sola nostrum donationum genus pendere contenderet. Nam, qui vel hoc largiuntur, mortis mentio-

ne facta praesumi mortis causa donationem, (vt adeo in Francia olim iudicatum esse, ex Bern. Autumnno et Phil. Bugnonio refert Arn. Vinnius *Comm. ad §. 1. I. de Donat.*) hi tamen, admissa vna vel altera exceptione, ita restringunt sententiam suam, vt parum a vulgari opinione abesse videantur. Sic Reinh. Bachouius *Notar. et Animaduerss. ad Treutlerum Vol. II. P. II. Disp. 19. th. 9. litt. A. p. 70.* postquam probauerat coniecturam mortis causa donationis a Treutlero ex mortis mentione captam, ipse quoque calculum adiicit verbis Treutleri, quibus hanc coniecturam rursus limitauerat: „*nisi contraria donantis voluntas adpareat, quoniam semper potior voluntatis, quam verborum habetur ratio.*“ Paulo liberaliores in finibus m. c. donationum amplificandis se praebuerunt Giphanius *l. l.* et de Retes *Opusc. de donat. c. 17. §. 16. Thes. Meer. T. VI. p. 638.* Ac Giphanii quidem de refutandis singulis exceptionibus, a Iasone suppeditatis, solliciti, argumenta infra exhibebimus; Hispani autem Iurisconsulti sententiam ipsis eius verbis statim exprimere placet: *facta commemoratione mortis, in dubio censetur celebrata mortis causa donatio, nisi tale pactum adiectum sit, per quod remissum sit ius reuocandi donationem per poenitentiam, et per praecocem mortem donatarii. Quorum vestigia sequutus Vir immortalis memoriae, b. Car. Ferd. Hommelius, Rhapsod. Vol. III. obs. 513.* mortis vtcumque facta mentione, negauit esse donationem inter viuos, nisi diserte expressum fuerit, vt res donata numquam reuocetur, et tantummodo usufructus ad dies vitae referuetur aut possessio; in qua tamen coniectura prosequenda videtur incidisse in vitium, quod ab initio huius capituli arguimus, contrarium, vt etiam sine mortis mentione a moribundo, aut periculum metuente collatam liberalitatem in mortis causa donationum censum referret.

CAPVT

CAPVT III

*Profligatis aliquot apertis interpretum erroribus noua
sententia de mortis caussa donationum coniecturis ex sola
mortis mentione capiendis proponitur.*

Expositis iam aliorum sententiis, sequitur, vt nostras coniecturas qualescumque proferamus. Quae tamen quum prodire non possint sine aliqua eorum, qui a nobis dissentiunt, modesta reprehensione, ante omnia, quid potissimum tam in communi doctrina, quam in singularibus virorum doctorum, qui ante nos ab illa diuortium fecerint, opinionibus, improbare ausi simus, profitebimur. Vt vero de vi argumentorum, quibus receptam sententiam impugnaturi simus, constet, lubet praemittere causas, quae doctos indoctosque interpretes videantur in varios errores induxisse, atque eo tandem adegisse, vt plane alienam a disciplina Iurisconsultorum Romanorum, et vero etiam *uulgata* recentiore indolem mortis caussa donationibus adfingerent. Ac prima quidem variorum errorum origo, si quid video, repetenda est ex male intellecta donationum inter viuos potestate, quae, dum solae *proprium* nomine veniunt, distinguuntur a m. c. donationibus, conditionem, quae soluendi vim habeat, admittentibus, et ideo *non propriis*: L. 1. pr. D. de Donat. Vnde potius pro eo donationis genere pronunciant, quod pure possit celebrari, nec ab admixta aliqua conditione pendeat, quam pro eo, quod nequeat intelligi sine aliquo conditionis temperamento. Qua ratiocinatione communi opinioni de praesumenda inter viuos donatione, Voetius in primis et Westphalius // // subuenire conati sunt. Verum enimvero, vt
taceam,

taceam, esse etiam donationum inter viuos celebratarum
 plures species minus proprias, quarum singulas adcurate ex-
 posuit Bachouius *l. l. Vol. II. P. II. Dissp. 19. th. 2. litt. A.*
p. 36. tota haec distinctio minime prodest ad praefendum
 vnum genus alteri, quoties adest signum eiusmodi, quod
 ipsum causam idoneam, cur aliqua donatio a propria dona-
 tionum forma discrepet, contineat. Ac tale quidem signum
 esse iam solam mortis mentionem, infra adparebit. Cui ad-
 cedit, quod donationum m. c. etsi a propriis distinguantur,
 tamen non minor sit frequentia in ipsis rerum argumentis,
 quam largitionum inter viuos concessarum.

Alteram errorum causam deprehendere nobis visi su-
 mus in regula, quae negotia mauult ita explicari, vt rata sint,
 quam, vt euanescent. Cuius in donationibus potissimum
 interpretandis vsu quamquam defenderunt rerum foren-
 sium scriptores tantum non omnes, vt Franc. Mantica *Lib I.*
de coniecturis ultimarum voluntatum tit. 13. §. 15. p. 21. Meno-
 chius *d. l. praef. 35. §. 5. et praef. 36. §. 7.* Osv. Hilliger
Not. ad Donelli enucl. L. XIII. c. 33. litt. D. Carpzouius *l. l.*
P. III. Const. r. def. 41. et ipse adeo Hommelius *l. l.* vereor
 tamen, ne intempestiuo aequitatis studio adducti legum ra-
 tiones deseruerint. Ipsa enim iuris ciuilis argumenta, ad
 quae prouocauerunt, velut *L. 12. D. de Reb. dub.* et *L. 3. D.*
de Testam. mil. a donationibus plane sunt aliena, siquidem vel
 de ambigua testatorum voluntate, vel de ambiguis actionibus
 et exceptionibus praecipunt; nec quidquam praesidii est in
L. 32. §. 4. D. de Donat. int. V. et V. primo intuitu pro eorum
 sententia militante, licet a nemine, quod sciam, in auxilium
 vocata. Quando enim iudex, si res in obscuro sit, procli-
 uior esse iubetur ad comprobendam donationem: obscuritas
 latet in facto reuocationis dubio, non in donationis for-
 mula. Donationibus vero male adplicari istam regulam, id
 potissi-

potissimum euincit, quod, ea admisa, omnis legum, solemnitates certas etiam donationibus praescribentium, euerteretur auctoritas, et ius certum rursus euaderet incertum, cederetque arbitrio iudicis, quo nulla peior esse potest pestis in republica.

Praeterea, qui iam plurimum arti nostrae nocuit, rationum ad similitudinem legum perperam excogitatarum abusus hos quoque, quos nunc impugnamus, errores, si non genuit, at aluit certe et male confirmauit. Fuerunt enim, auctore Giphanio *l. l. p. 264.* qui coniecturarum pro donationibus inter viuos capiendarum praesidium quaerent in *arg. L. 1. §. 1. D. Si quid in fraud. patron.* qui tamen locus agit de rebus in fraudem patroni sine doli suspitione alienatis, quas, mortis causa alienatas esse, probare debet actor propterea, quoniam is solus alienandi modus ipsi ad agendum prodest.

Restat vltima eaque grauissima errorum multiplicis generis, quibus locus noster scatet, causa, quam cum Menkenio *laud. Diff. §. 7. Opusc. p. 561.* quaero in male descriptis ab interpretum vulgo finibus vicissitudinis eius, quam sub Iustiano donationes cum vniuersae, tum in primis m. c. factae subierunt. Quemadmodum autem fateor, hunc locum esse difficillimum omnium, et praeter ingentem eruditionis apparatus etiam singulare ingenii acumen poscere: ita tanto certius confido, me, neutro auxilio instructum, a lectoribus aequis esse veniam impetraturum, si in explicando argumento tam arduo aliquoties lapsus fuero, quo saepius vel viros in arte nostra summos in hoc mari aestuoso fluctuasse animaduuerint. Desudarunt enim in hac quaestione indaganda Hotomannus *ad tit. C. de Donat. c. m. Opp. T. II. p. 632. sqq.* Faber *de Errorib. Pragm. Dec. XXXXIII. Err. 1 — 7.* Casp. Schifordegherus *Lib. III. Dissp. forens. ad Fabr. Tr. 26. qu. 8. et 9. de Retes Opusc. laud. c. 17. §. 5. sqq.* Thes. Meerm. *T. VI. p. 634. sqq.* B. Branchu *Obss. Dec. I. c. 4.* Io. Pet. a Ludewig *Diff.*

C



*Diss. de Differentiis iur. Rom. et Germ. in donationibus et, barbari adnexus, adceptione passim, Phil. Rich. Schroederus Orig. praecipuarum iur. ciu. materialium c. 39. Voorda Comm. ad L. Falcid. c. 6. §. 6. et Lib. III. Interpretatt. et Emendatt. c. 19. Menkenius Diss. laud. §. 7. et 8. Opuscul. p. 561. sgg. S. R. Ios. Lud. Ern. Püttmannus Pr. de m. c. donatione, absente licet et ignorante donatario facta, iure valida, Lips. 1787. et nouissimè Cramerus l. l. c. 10. ad quorum maxime diuersas sententias lectores ablegamus. Nos quidem, quos temporis et libelli limites in alienos agros excurrere prohibent, sepositis virorum doctorum de hoc argumento contentionibus, id dumtaxat agemus, vt paucis, quid nobis de ista vicissitudine videatur, exponamus. Vt autem nouissimam de mortis causa donationibus legislationem plene perspiciamus, comparanda est ea ante omnia cum veteris iurisprudentiae disciplina: quae comparatio optime succedet, dummodo *formam* m. c. dd. et *effectus*, pro diuerso iuris antiqui et noui habitu, distinguamus. Quod ad *formam* adinet, fecerni debent in ea stipulatio, traditio, praesentia donatarii, declaratio eiusdem, quod velit rem adcipere, insinuatio. Et alterutro quidem modo, aut stipulatione, aut traditione, olim celebrari debuisse mortis causa donationem, non solum e generali legis Cinciae sanctione, de qua supra diximus, sed etiam ex multis aliis testimoniis colligimus. De *stipulatione* res certa est tum propter *L. 35. §. vlt. D. de M. C. D.* tum ob locum Festi v. *Mortis causa stipulatio: Mortis causa stipulatio existimatur feri, vt ait Antistius Labeo, quae ita fit, vt mortè promissoris confirmetur, aut, vt quidam dixerunt, cuius stipulationis mors fuit causa.* Quae verba cum Iac. Raeuardo *Comm. ad L. 17. D. de R. I. Opp. T. I. p. 180.* ita adcipio, vt stipulatio demum a morte promissoris effectum sortiatur; viuo autem eo nihil profus operetur. Eodem sensu occurrit etiam *mortis causa promissio* apud*

apud Tryphoninum *L. 76. D. de iure dot.* nec obstat, quod Imperator §. 13. *I. de Inutil. stipul.* ex antiquo iure a se mutato adtulit: *neminem stipulari potuisse, post mortem suam dari sibi, non magis, quam post eius mortem, a quo stipulabatur.* Ratio enim veteris rigoris haec fuit, quod obligatio non posset in herede incipere, quae defuncto non competiisset: *L. 36. §. 1. D. ad L. Aquil.* plane, ut olim post mortem quoque heredis aut legatarii inutiliter legabatur: §. 35. *I. de Legat.* Iam etsi Iustinianus *L. un. C. Ut act. ab her. et contr. her.* utrumque impedimentum sustulit: tamen iam ante hanc constitutionem mortis mentio ideo fraudi esse non potuit mortis causa donationibus per stipulationem contractis, quia non tam heres obligatus, quam hereditas ipsa et bona defuncti obnoxia videbantur; quod secus in obligationibus aliunde, v. c. ex mutuo contractis, quae post mortem promissoris ex stipulatione peti non poterant, quia heres, non hereditas, secundum subtilitatem prisca iuris conveniri debuisset; heres autem non magis, quam defunctus, obligari poterat. Vnde etiam magnum pondus adcedit coniecturae Corn. van Bynkershoek, qui *Lib. VII. Obs. c. 7.* mortis causa donationes prudentum interpretatione putat exaequatas fuisse legatis per vindicationem relictis. Quemadmodum autem omnino per stipulationem contrahi potuit *m. c. donatio*, ita et per adceptiones, novationes et delegationes haud raro facta est: *L. 18. §. 1. L. 24. L. 28. L. 31. §. 1. D. de M. C. D.* Atque haec de stipulatione. De *traditione* in *m. c. donationibus* olim necessaria quantumvis dissentiant interpretes: tamen id pro certo adfirmare audeo, nullam *m. c. donationem* potuisse per nudum pactum contrahi, (nisi aliquando remittendae obligationis gratia) sed, si stipulatio abesset, debuisse rem donatam donatario tradi, vel per mancipationem, vel per cessionem in iure, vel per simplicem dominii translationem.

nem. Si vero per mancipationem perficeretur donatio, puto adiectum fuisse pactum fiduciae: ut, si superstes esset donator, vel ipsum poeniteret, remanciparetur ipsi res a donatario vel eius heredibus. Quod ut verum esse putem, efficiunt plura Pandectarum testimonia: in primis vero *L. 15. fin. D. de Manumiss. L. 4. et L. 56. D. de Donat. int. V. et V.* ac potest idem probari de antiquissima aetate ex loco Ciceronis *Lib. II. de LL. c. 19.* sicut probavit Ge. d'Arnaud *Lib. II. Variar. Coniect. c. 1. p. 216.* cf. Pauli *Lib. III. Sentt. Recc. tit. 7.* Quae quum ita sint, nemo facile in dubium vocabit, praesentiam donatarii, eiusque de adicienda donatione voluntatem etiam in m. c. donationibus antiquo iure fuisse necessariam; quod praeter stipulationis et traditionis indolem satis notam etiam *L. 38. D. de M. C. D.* euincit his verbis: *mortis causa datur, quo praesens praesenti dat.* Nec dimoueri nos ab hac sententia patimur per sensum in *Basilicis T. VI. p. 242.* ita expressum: *ἡ θανάτου αἰτία δωρεὰ παραχρῆμα δίδοται, ἡ δὲ θανάτου αἰτία ληψίς ἐπὶ πληρώσει αἰετέως.* Donatio, quae mortis causa fit, datur illico; mortis autem causa capio conditionis expletae causa, ut vulgo vertitur; seu potius: post expletam conditionem. Quomodo enim illico dari, h. e. tradi, res donata potest, nisi a praesente praesenti? Adcedunt noua argumenta tum ex disertis *L. 75. et 77. D. de Leg. II. et L. 25. C. de Donat.* sanctionibus, tum ex usu personarum interpositarum, in *L. 11. §. 2. — 8. L. 49. et L. 58. §. 2. D. de Don. int. V. et V.* nec non in *L. 18. §. 2. D. de M. C. D.* obuio, quibus certe opus non fuisset, si absenti donari mortis causa potuisset. Nec discessum est ab hac donationum forma, si in testamento mortis causa donaretur, quo ipso differunt m. c. dd. testamentis infertae a legatis et fideicommissis: *L. 3. pr. D. de Legat. praestand. c. t. b. p. p.* Superest vltima insinuationis sollempnitas, quae et ipsa in m. c. donationibus ante

Iusti

Iustinianum fuit necessaria. Quumque vicissitudinem eius
 variam praeter scriptores, quos laudauimus, descripserint
 quoque Brummerus *Comm. ad L. Cinciam c. 15. §. 6. — 11.*
 et Io. Chph. Amadutius *Nott. ad Leges Nouellas V. anecdotas*
Imperatorum Theodosii Iun. et Valentiniani III. p. 135. et 215.
 nos, ablegatis ad hos lectoribus, eas tantum inuentionis
 successiones strictim commemorabimus, sine quibus Iustinia-
 nei iuris indoles intelligi haud potest. Itaque generali Edicto
 sanxerat Constantinus M. *L. 1. Cod. Th. de Donat. (Lib. VIII.*
tit. 12.) et L. 25. C. Iust. eod. vt donationes omnes, siue di-
rectae essent, siue mortis causa institutae, non solum in
scriptis fierent, sed etiam insinuarentur, seu gestis adlegaren-
tur; quam sollemnitate abrogauerunt rursus Theodosius
et Valentinianus, dum L. 29. C. eod. etiam sine scripto fieri
donationes permiserunt, insinuari vero eatenus iusserunt,
quatenus ducentorum aureorum summam excederent: L.
ult. Cod. Th. de Sponsal. (Lib. III. tit. 5.) L. 34. C. Iust. de
Don. donec Iustinianus primo donationem ultra trecentos
aureos d. L. 34. postea, mutata sententia, eam, quae quin-
gentos superaret, insinuari praecepit: L. 36. §. ult. C. eod.
 Quae quidem constitutiones post Constantinum, in primis
 a Iustiniano conditae, quatenus ad nostrum quoque dona-
 tionis genus spectauerint, statim adiiciam, quum iam, quid
 Imperator circa vniuersam donationum m. c. formam immu-
 tauerit, adcuratius sit exponendum. Pendet vero forma no-
 strarum donationum Iustiniana a recto intellectu duarum
 Imperatoris sanctionum, quarum ea, quae tempore prior est,
 existat in *d. L. 35. §. ult. C. de Donat.* posterior in *L. 4. C. de*
M. C. D. quibus iungi praeterea possunt §. 1. et 2. l. de Donat. et
Nou. LXXXVII. praef. Ac primam quidem constitutionem, qua
 donationibus, per stipulationem haud contractis, traditionis
 sollemnitas remissa est, vt, quamuis nudo pacto celebratae,

tamen actionem aduersus promissorem gignant, ad solas donationes inter viuos faciendas spectauisse, iam supra monui, adductus potissimum argumentis, a Voorda *Interpret. et Emend. l. l.* in clarissima luce positus, quorum summa huc fere redit. Praeterquam scilicet, quod ipse Imperator, optimus mentis suae interpret, legem illam in *d. §. 2. I.* retulit ad solas donationes inter viuos, possunt etiam rationes huius sententiae peti ex indole constitutionis, cuius primaria caussa, *quod oporteat eum, qui iam donauit, non defraudare propositum suum*, profecto non cadit in donatores *m. c.* quibus omni tempore sit facultas poenitendi. Vltima vero sanctionis verba: *resque donatas non solum eos (donatores) dum supersunt, sed etiam eorum successores reddere compelli non tantum his, in quos donatio facta est, sed etiam eorum heredibus*, manifeste indicant donationem, ad quam viuus donator compelli possit, quaeque vel heredibus donatarii profit; qualis numquam est *m. c.* donatio. Vnde iam cum Voorda colligimus, ciuili quidem iure fieri mortis caussa donationem non posse, nisi traditione vel stipulatione, et hac re differre eam a legato et fideicommissio. Sed obstrepere videtur nostrae sententiae altera Imperatoris constitutio, in *d. L. 4. C. de M. C. D.* obuia, quae omnes *m. c.* donationes legatis exaequasse, et quinque adeo testium adhibendorum necessitatem donatoribus praescripisse dicitur. Concedo, exaequatum esse nostrum donationum genus vltimis voluntatibus quoad effectus; nego, quoad formam. Si enim paullo adcuratius inspiciamus Imperatoris verba, ea solummodo pertinere intelligimus ad quaestionem: vtrum *m. c.* donationes exemptae sint ab insinuationis sollempnitate, an eidem obnoxiae? Plane igitur non ambigebatur de omnibus *m. c.* donationibus, sed de iis tantum, quae excederent summam legitimam, qualis tempore *d. L. 4.* editae erat summa trecentorum solidorum
propter

propter d. L. 34. C. de Donat. His sane remittit Imperator infirmationis necessitatem, et in locum eius substituit quinque testium praesentiam, dum eas sanxit *actis minime indigere; neque expectare publicarum personarum praesentiam, et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi; sed ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus vel in scriptis, vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere: et sine monumentorum adfectione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam adcipiat: neque propter hoc, quod gesta non adfuerunt, inefficax esse atque inutilis videatur.* Quae verba adeo efficiunt, ut discedamus in sententiam Fabri et Schifordegheri, quamvis vsu fori plane reprobata, nec quinque testes in omnibus donationibus m. c., sed tunc demum adhibendos esse censuimus, quando legitimum modum excedant: siquidem aperte Iustinianus testes in publicorum monumentorum locum surrogavit. In ceteris ergo inferioris pretii donationibus mortis causa, nisi adhibiti fuerint quinque testes, obtinere statuimus ius antiquum, et formam vel stipulationis vel traditionis; eaque omnia ex Iustiniani mente, reluctante licet sere toto agmine interpretum.

Haec de forma donationum mortis causa, a Iustiniano certe non tantum, quantum vulgo creditur, immutata. Nec de effectibus earundem aliter sentimus, quos tamen definire non possumus, nisi cognita prius controuersiarum, olim certe inter Iurisconsultorum sectas de hoc argumento agitarum, indole. Quas quamquam alii in dubium vocare conati sunt, ut Bachovius *Comm. ad §. 1. I. de Donat. p. 368.* Vinnius *ad eund. Inst. locum*, Io. Schilterus *Prax. Iur. Rom. Exerc. XXXXIII. §. 28. T. III. p. 29. ed. nouiss.* Voorda *Comm. ad L. Falcid. c. 6. §. 6.* Menkenius *laud. Diss. §. 8. Opuscc. p. 563. sqq.* et Ill. Walchius *Nott. ad Eckhardi Hermeneut. Iur. Lib. I. c. 4. §. 158. p. 302.* rectius tamen defenderunt Hottomannus

mannus ad *L. 1. et ult. C. de Donat. causa mort. Opp. T. II. p. 632. et 634. sqq.* Branchu *l. l. 10. Sal. Brunquellus Diss. de Jurisconsultis Erciscundis §. 24. Opuscc. p. 445.* Gotfr. Masco-
vius *Diatr. de Sectis Sabin. et Procul. c. 9. §. 25.* Wielingius
Lib. II. Lectt. iur. ciu. c. 30. et Conf. Cramer l. l. p. 83. licet
eas minime probari posse putem ex *L. 4. C. de M. C. D.* ubi
Iustinianus more suo de diffidiis, dudum ante se compositis,
loquutus est, quorum vestigia, si modo tunc temporis super-
fuerunt, potissimum in quaestione de insinuationibus m. c.
donationum decidenda adparuerunt. Grauius ergo argu-
mentum repetimus ex *L. 35. §. 3. D. eod.* occasionem vero
ex Legis Papiae Poppaeae dubia interpretatione. Quae etsi
Senatusconsulto ibidem commemorato ad certum modum
est redacta: nondum tamen finis factus est ceteris controuer-
siis, circa indolem m. c. donationum agitatatis. Nam et in
aliis causis, quas e Digestis colligere licet, potuit superesse
Iurisconsultis disputandi materia, ut dubitaretur, utrum do-
nationes m. c. factae legis Falcidae essent comparandae, nec ne.
Cuiusmodi sunt quaestiones de legis Falcidae ad m. c. dd.
propagatione: *L. 27. L. 41. et L. 42. §. 1. D. de M. C. D.*
L. 77. §. 1. D. de Leg. II. de filiifamilias militis circa eas pri-
vilegiis: *L. 15. D. de M. C. D.* de reuocandis donationibus
mortis causa, a debitore obaerato celebratis: *L. 17. D. eod.*
denique de actionibus, a donatore, quem factae donationis
poeniteret, ad repetendas res m. c. donatas, instituendis.
Quemadmodum vero prima quaestio constitutione Septimii
Seueri, quae in *L. 5. C. ad L. Falcid.* commemoratur, decisa
est: ita ad secundam et tertiam Iulianus, Marcellus et Paulus
vno quasi ore responderunt, rationibus a similitudine legato-
rum et m. c. donationum petitis, ut proinde nec hic Iustiniani
tempore rixa quaedam reliqua esse potuerit. At tanto gra-
uoribus diffidiis olim certe locum fecisse videtur quarta
quae-

quaestio, siquidem Cassiani, propterea, quod rei mortis causa traditae dominium a donatore recessisse statuerent, conditione utendum esse, quasi re non sequuta, putauerunt: *d. L. 35 §. 3.* quam sententiam, quamvis sprete eius ratione, sequuti sunt plurimi e veteribus Iurisconsultis: Iulianus *L. 13. pr. L. 19 et L. 37. §. 1. D. de M. C. D. et L. 4. D. de Donat. int. V. et V.* Africanus *L. 23. et 24. D. de M. C. D.* Scaeuola *L. 56. D. de Donat. int. V. et V.* Tryphoninus *L. 76. D. de Iure dot.* Ulpianus *L. 30. D. de M. C. D.* et Paulus *d. L. 35. §. 3. L. 39. et L. ult. D. eod.* Vnde Branchu et Mascouius *ll. ll.* perquam acute collegerunt, Proculianos, negato domini in donatarium transitu, donatori in rem actionem concessisse, et ita legatis exaequasse nostrum donationum genus, quod Sabiniani ad normam donationum inter viuos exegissent. Nec desunt profecto loca Digestorum, quae in rem agi ad reuocandas m. c. donationes posse confirmant; in quo numero sunt *L. 14. et L. 29. eod.* (nam in *L. 30. eod.* sub *uili actione* intelligo cum Wielingio *l. l.* personalem in factum) Maxima vero difficultas in eo est posita, quod haec testimonia ab iisdem Iurisconsultis profecta sunt, qui alibi, ut vidimus, conditionem donatori tribuerant, puta, a Iuliano et Ulpiano. Quid, quod Ulpianus ipse in *L. 11. pr. D. de Donat. int. V. et V.* sic scripsit: *Interim res non statim sunt eius, cui donatae sunt, sed tunc demum, quum mors insequuta est: MEDIO IGITUR TEMPORE DOMINIUM REMANET APVD EVM, QVI DONAVIT:* quem locum adicio de omnibus m. c. donationibus, nec solum de his, quae fiunt inter virum et vxorem. Ergo oportet tempore, si non iam Iuliani, certe Ulpiani, vel hanc sectarum contentionem deserbuisset, in primis ex quo, comparatis a praestantissimo quoque Iurisconsulto (ceu ipse Imperator *Nou. LXXXVII. praef. iudicat*) mortis causa donationibus cum legatis, tres earum donationum species distingui coeperunt,

quas ipse Ulpianus *L. 2. D. de M. C. D.* ex Iuliano refert, et
 quarum secundae et tertiae adcuratè respondet *d. L. 29. eod.*
 Habebit enim donator ex qualibet donatione m. c. siue nullo
 praesentis periculi metu, sed sola cogitatione mortalitatis li-
 beralitatem exercuerit, siue imminente periculo commotus
 ita donauerit, ut statim res fieret adipientis, siue eiusmodi
 suspitione adductus dederit hac lege, ut res, morte demum
 insequuta, fieret adipientis, his omnibus, inquam, in caus-
 sis habebit donator praeter conditionem causa data, causa
 non sequuta, etiam in rem actionem, sed in altera specie
 non prius, quam superato periculo, vel recuperata valetudi-
 ne. Medio enim tempore in rem agere potest is, cui dona-
 tum est. Quidquid igitur Iustiniani aetate superesse potuit
 altercationis de m. c. donationum indole, id omne spectauit
 ad insinuationis necessitatem, quam dum Imperator plane
 tolleret, ut maiora etiam molitus videretur, suaeque vanitati
 indulgeret, non potuit non, oblata hac occasione, mortis
 causa donationum effectus, quales iam dudum antiquitas
 agnouerat, magna verborum pompa sibi vindicare: cuius
 adrogantiae repetita vestigia exstant in §. i. *l. de Donat.* et *d.*
Nou. LXXXVII. praef. Neque tamen eo valuit m. c. do-
 nationum cum legatis instituta comparatio, ut omnes utrius-
 que generis differentiae proscriberentur; quas post Graecos
ad d. L. 25. 27. et 35. D. de M. C. D. animaduertent, quotquot
 fere Digestorum libros aut iustis commentariis illustrare, aut in
 artis formam redigere adgressi sunt. Quibus si quis e Voor-
 dae *Interpp. et Emend. l. l.* adiecerit, quae vir doctissimus de
 actionibus ad legata petenda proficuis, sed a m. c. dd. prorsus
 alienis, obseruauit, id certe nobis concedatur, necesse est,
 iuris Iustiniani in hac materia vicissitudinem non esse tam
 insignem, ut, posthabita omni Digestorum auctoritate, solani
 Codicis aut Nouellarum disciplinam religiose sequi debeamus.

Sed

Sed redeat, vnde digressa est oratio, ad errores communis opinionis, nunc multo facilius profligandos, ex quo de causis sinistrae interpretationis consistit. In quo argumento persequendo ita versabimur, vt, detectis aliquot apertis aduersariorum calumniis, nostram ante omnia opinionem confirmemus, confirmatam autem a reliquis dissentientium iniuriis, quarum iniquitas e nostrarum demum rationum firmitate elucescat, vindicemus. Sequuntur autem in refellenda regulae a mortis mentione profectae exceptionibus Menochii ordinem, supra indicatum, primum disputabimus contra coniecturam donationis inter viuos, inde captam, quod in ea celebranda quinque testes non interuenerint: cui praeter Menochium adstipulati sunt Mantica *d. l. Lib. I. tit. 13. §. 15.* et Carpzouius *l. l. P. III. Const. 1. def. 41.* Praeterquam vero, quod constitutio Iustiniana, quae quinque testium sollemnitatem introduxit, non de qualibet m. c. donatione, sed de ea tantum, quae modum legitimum excedat, est adicipienda, vt proinde minoris pretii donationes etiam absque testibus valeant, tamquam mortis causa conditae, adhibita modo stipulatione vel traditione: illud certe vel contra hos, qui, forensam trituram propugnaturi, quinque testium usum ad omnes m. c. donationes propagant, cum Giphanio *l. l. p. 270.* et Bauero *Pr. laud. Opuscc. T. I. p. 289.* monendum esse videtur, efficere donatorem non posse, ne leges in donatione sua locum habeant; quemadmodum nec sustinetur vltima voluntas ob neglectam formam instar codicilli, si adparuerit, testatorem non codicillum, sed testamentum facere voluisse: *L. 14. C. de testam.* Qua cerebrinae aequitatis specie confutata, veniamus ad alteram Menochii coniecturam, ex mentione heredum donatarii, in donatione facta, desumptam; quam etiam Andr. Alciatus *ad L. 19. D. de Reb. cred. Opp. T. I. p. m. 282.* et Strykius *l. l. tit. de M. C. D. §. 8.*



probauerunt. Sed iure iis intercessit praeter Giphanium *l. l.* Faber *de Errorib. Pragm. Dec. XXXXVII. Err. 6.* qui vel huiusmodi donationem putat factam esse causa mortis, cum vulgari substitutione in fauorem heredum donatarii: qualem m. c. donationibus adiici posse, *L. 10. D. de M. C. D.* manifeste euincit. Et occurrit sane exemplum illustre huiusmodi liberalitatis, pro mortis causa donatione habitae in *L. 42. pr. D. eod.* cui doctissimus contigit interpretis Cuiacius *Lib. III. Obsf. c. 17.* Sequitur aliud signum donationis inter viuos, a meritis donatarii, quae donationem praecesserint, petitum, quod, tamquam incertum et a iuris ratione alienum, recte reiecerunt Giphanius *l. l.* Hahnus *l. l. T. II. p. 622.* et b. Bauerus *laud. Pr. Opuscul. T. I. p. 286.* Quamquam enim, quod inter viuos donatum est remunerationis gratia, reuocari nequit, quamuis infinite donatum sit: *L. 34. §. 1. D. de Donat.* mortis tamen causa meritis donatarii non mutatur, siquidem alioquin nulla fere futura esset m. c. donatio, quae non hac ratione conuerti possit in donationem inter viuos, quum plerumque aut sub meritorum donatarii in donatorem commemoratione, aut certe propter ea m. c. donari soleat. Quem in modum iam veteres Iuriconsultos respondisse, adparet ex *L. 9. D. Pro socio*, vbi Vlpianus: *nec adiecit Sabinus, hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa, siue non mortis causa: fortassis haec ideo, quia non sine causa obueniunt, sed ob meritum aliquod adcedunt: vnde idem in sequente Lege II. hereditatem, legatum et donationem, auctore Q. Mucio, coniunxit.* Ac si vera esset Menochii coniectura, haud video, cur non et legata bene meritis relicta, quae eodem iure cum donationibus mortis causa factis vt, vel *d. L. 9.* comprobant, tam firma sint, vt nullo modo a testatore reuocari possint; quod tamen nemo vnquam adfirmare ausus est. Venio ad proximam donationis inter viuos coniecturam, quam, licet mortis

mortis mentione facta, tunc capi posse vult Menochius, si donatio omni meliori modo, iure et forma, quibus magis potuit donator, facta sit. Quisque autem intelligit, hanc speciem pendere a formula donationis, superflua profecto, dum ipsa donatio formae receptae conueniat, nec plane vtili, si ab ea recedat. Id igitur vnice ex istis verbis sequitur, voluisse donatorem, forsan, ne vitii quid in donationem irreperit, veritum, omni modo efficere, vt liberalitas sua exitum habeat, nec formae neglectae obtentu impugnari possit. Iam quum etiam m. c. donationibus sollempnitates a legibus sint praescriptae, quidni donatorem de harum dumtaxat medicina cogitasse dicamus? Sed pudet immorari his nugis, quibus non multo subtiliora sunt bina, quae apud Menochium sequuntur, pro donationibus inter viuos argumenta. Nam, si mortis mentio facta est tantum generatim, vt, si a muliere donatum est soluto matrimonio, intelligitur donatio sub conditione collata, cuius tamen vis non haec est, vt necessario demum post mortem donatricis existat. Ergo nec potest proprie sub mortis mentione facta dici huiusmodi donatio, nisi omnem donationem, cuius conditio mortuo demum donatore impleta sit, in hunc censum referre velimus; quod tam absurdum foret, quam quod absurdissimum. Quae vero octauo loco a Menochio adlata est pro donationibus inter viuos coniectura, non differt a decima, ac pertinet ad donationes huiusmodi, in quibus reuocandi facultate donator sponte se abdicauit; quarum veram indolem, quum a recta mortis in donationibus commemoratae interpretatione vnice pendeat, infra indagabimus. Nonam vero, petitam a causa, quae inter viuos dumtaxat locum habere potest, v. c. matrimonii, vel dotis, vel alimentorum, optime refutat *L. 76. D. de iure dot.* vbi pater mulieris, qui mortis suae causa dotem promiserat, si conualuerit, condictionem

nem habere dicitur reuocandae promissionis gratia; quae certe cadere non potest in aliud genus donationis, quam quod morte denum donatoris confirmetur. Porro nec ex hoc quidquam sequitur pro amplificandis donationum inter viuos finibus, si donator exceptit multa bona ex rebus donatis, vt de illis posset libere disponere: quae species est apud Menochium vndecima inter exceptiones. Siue enim omnium bonorum (quae iam iure Rom. donari posse, *L. 35. §. 4. C. de Donat.* aperte probat), siue plurimorum facta sit hoc modo donatio: nihil aliud tamen exinde potest colligi, quam donatorem quoad reliqua bona renunciaſſe potestati, liberalitatem reuocandi; ideoque nec haec species differt ab alia quauis lege, qua donator donationem voluit esse irreuocabilem; qualem infra cum nostro donationum genere conciliabimus. Multo minus ab insinuatione donationis ad mutatam eius indolem cum Menochio et Mantica *dd. ll.* duci potest argumentum; siquidem abundans cautela nec nocet, nec naturam negotii inflectere valet: *L. 6. §. 1. D. de Negot. gest. L. 17. C. de Testam.* Nos vero propter *Constit. Elect. Sax. 1. P. III.* eo iure vtimur, vt adeo necessaria sit aliquando in m. c. donationibus insinuatio iudicialis; puta, in iis, quae omnia donatoris bona adficiunt; quapropter pessime consulturus esset menti donatoris in Saxonia, qui ex sola confirmatione iudiciali coniecturas donationum inter viuos caperet. Sequuntur apud Menochium duo donationum inter viuos signa, tam aperte falsa, vt verbo ea refutasse sufficiat: quis enim, iuris siue antiqui siue noui de m. c. donationibus vel tantillum peritus, sibi persuaserit, dominium rei donatae in donatarium statim translatum, aut verba *habendi et tenendi*, in donatione adhibita (quae ipsam adeo m. c. donationis definitionem a veteribus Iurisconsultis propositam ingrediuntur), efficere posse, vt donatio, ceteroquin mortis causa factae

haud

haud abfimilis, degeneret in donationem inter viuos? Itaque vltima fupereft Menochii coniectura, ab arctiore donatarii cum donatore coniunctione petita; quae optime refellitur verbis b. Baueri *l. l. obuiis: talis cauffa rationem quidem reddidit, cur donator huic magis, quam alteri alicui donauerit, fed non prohibet, ne donatio, ob mortis fufpicionem peracta, fub conditione facta cenfeatur.* Ceterum poteft ad hoc argumentum eodem modo responderi, quo fupra respondimus ad meritorum donatarii male auctam a nonnullis efficaciam. Quae vero alii, teftes Fabro *l. l.* indicio effe vifa eft, donatarii praefentia aut abfentia, ex qua colligeretur vel mortis cauffa, vel inter viuos donatio, tantum abeft, vt femper locum inueniat, vt innumera occurrant exempla donationum inter viuos, praefentibus factarum; quamquam id fateamur neceffe eft, mortis cauffa donationes nec ex antiqui, nec ex recentioris iuris difciplina conferri in abfentes poffe. Vnde fi abfenti donatum fit mortis cauffa, non magis valebit huiufmodi donatio, quam fi alia quaecumque donationis forma fuerit neglecta, nifi, quod in fola debiti per m. c. donationem remiffione obtinet, pacto nudo celebrari poffit; quale exemplum exftat in *L. 15. pr. D. ad L. Falcid.* Tunc enim efficit pacti nudi indoles, vt etiam abfenti conferre liberalitatem fuam donator poffit. Quam quidem interpretationem fi vfu fori haud comprobari lectores intellexerit, meminerint, quaefumus, nos in tota iuris nouiffimi, quod circa m. c. donationes introductum fit, indole conftituenda a communi interpretum opinione difceffiffe. Reftat, vt de *L. 29. §. 2. D. de Pact. dotal.* ex qua Iafon potiffimum coniecturam donationis inter viuos exculpfit, fententiam dicamus; in qua optimum ducem fequemur Giphanium *l. l. p. 266. fq.* Species legis haec eft: *mulier de dote, quam dedit, pacta eft, vt, fi in matrimonio deceffiffet, fratri eius redderetur: ifque in eum cafum ftipulatus eft.*

est. Mulier decedens quasdam res dotales marito legauit, et alius; quasdam ex seruis dotalibus manumisit. Quaesitum est, an maritus earum nomine, quas legauit mulier, et seruorum, quos manumisit, fratri tenetur? Respondi, nihil proponi, cur non teneretur; quum etiam heredes defunctae tam legatariis, quam libertatibus obnoxii sint. Videntur autem Glossographi in hoc exemplo sibi inuenisse donationem inter viuos, quia dos fratri restituenda non minuitur per legata et manumissiones, quibus alioquin vera mortis causa donatio, antea facta, reuocatur. Putant ergo id sequi ex denegata donatoribus, qui inter viuos liberales fuerunt, poenitendi facultate. Praeterquam vero, quod L. 2. C. de D. C. M. quae eandem plane exhibet speciem, difertis verbis eam ad m. c. donationes refert, ac legi Falcidiae subesse pronunciat, fratri, qui dotem sibi reddi a marito stipulatus est, non potest auferri ius suum propter ipsam illam stipulationem, quae maritum plene obligat: non propter sororis voluntatem irreuocabilem, utpote quae, dum viueret, potuisset maritum liberare a tota obligatione, si voluisset. Quod quum factum non sit, maritus integram praestabit dotem fratri, sed heredes vxoris rursus marito praestabunt, quidquid legatorum vel manumissionum nomine de dote exsoluerat.

Diu vero immorati aliorum opinionibus refutandis, tandem, quid nobis de m. c. donationum indole videatur, exponamus. Summa autem sententiae nostrae, quam statim pluribus argumentis confirmabimus, huc redit: nullam conferri posse donationem in euentum mortis, nisi quae et ipsa mortis causa donationis naturam induat; mortis mentionem solam sufficere ad coniecturas m. c. donationum capiendas, nec alio iudicio opus esse; proferendos ergo potius esse m. c. donationum fines, quam, quod hactenus factum sit, coarctandos.

CAPVT

CAPVT IIII

Primum nostrae sententiae argumentum repetitur ex constantia Iurisconsultorum Romanorum in definienda mortis causa donatione.

Quemadmodum vero iam ipsae rationes, quibus plurimas donationum inter viuos coniecturas, in superiore capite comprehensas, infirmauimus, eo valent, vt, a sola mortis mentione mortis causa donationum indolem pendere, intelligatur: ita nec peculiaria desunt argumenta, quae nostrae sententiae nouum robur addant, et veros m. c. donationum fines vindicent. Quam quidem mortis in donatione commemoratae vim primum adiuuari censemus constantia Iurisconsultorum Romanorum, qui, mortis causa donationem descripturi, non alia fere formula vtantur, quam hac: *mortis causa donationem esse, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat; magisque eum, cui donat, quam heredem suum: v. L. 1. pr. et L. 35. §. 2. D. de M. C. D. §. 1. I. de Donat.* quamquam Institutionum locus praeter realem illam, exhibet quoque aliam nominis definitionem, vt animaduertit Giphanius *Comm. ad d. §. 1. Inst. p. 189.* more Iurisconsulti sollempni, cuius indolem praeclare exposuit b. Io. Theoph. Segerus in *Diff. de consilio veterum Iurisconsultorum in coniungendis nominis ac rei definitionibus, Opuscc. p. 236. sqq.* Vulgaris formulae sensum expressit non solum Imp. Antoninus, dum in Oratione de confirmandis donationibus inter V. et V. *fas esse, sanxit, eum quidem, qui donauit, poenitere: heredem vero eripere forsitan aduersus voluntatem supremam eius, qui donauerit, durum et auarum esse: L. 32. §. 2. D. de Don. int. V. et V.* sed etiam Gothicus
E
Pauli

Pauli *Lib. II. Sentt. Recc. tit. 23. §. 6.* interpres, qui hac verborum sollemnitate m. c. donationes celebrari tradidit: ILLVM AGRVM, AVT ILLAM DOMVM TE MALO HABERE, QVAM ME (vbi inuēsa ratione legendum esse: *me m. h. q. te*, viderunt iam Conr. Rittershusius et Ant. Schultingius *ad h. l. Iurispr. Anteiust. p. 312*); TE, QVAM HEREDES MEOS. Nec absurda est comparatio eius, qui mortis causa donat, cum vectore, qui nauis exonerandae causa mercium iactum facit, a N. a Salis *Sicilimentor. p. 323.* instituta. Vt enim ille mauult se habere, quam donatarium: ita hic mauult rem saluam habere, quam ea carere, alteriusue eam facere; sed quia vterque, quod vult, desperat, quod non vult, tentat. In constituenda autem m. c. donationum indole videntur sane veteres artis nostrae conditores ante oculos habuisse in primis antiqua donationum exempla, quale est celebre illud Homeri *Odyss. Lib. XVII. v. 78. sqq.* quod docte illustrauerunt Iac. Gothofredus *Diatr. de Cenotaphio p. 14. Opuscul. a Franc. Car. Conradi edit.* Sam. Fermat *Diss. de auctoritate Homeri apud Iurisconsultos, quae exstat in Suppl. Thes. Meerm. p. 538.* et Gerh. Oelrichs *Diss. de vita, studiis, honoribus et scriptis Aelii Marciani, cap. 5. §. 3.* Similes certe species leguntur in Euripidis *Alcestae v. 1020. sqq.* Demosthenis *Or. aduersus Callippum, Vol. II. p. 1242. ed. Reisk.* et Liuii *Lib. XXXII. c. 38.* in quibus singulis propter periculum imminens res ita sunt traditae, vt statim fierent adicipientis, reddendae demum donatori, si saluus e periculo euassisset. Vnde etiam Paulus *Lib. III. d. l. tit. 7. §. 1.* mortis causa donationem a periculi metu ait proficisci: *mortis causa donat, qui ad bellum proficiscitur, et qui nauigat, ea scilicet conditione, vt, si reuersus fuerit, sibi restituatur; si perierit, penes eum remaneat, cui donauit: cf. Branchu l. l. p. 24.* Postea, quum subtilius disputare coepissent de natura harum donationum

Iuris-

Iurisconsulti, receperunt in earum censum et has, quae, sola cogitatione mortalitatis, sine metu imminentis periculi factae, saepenumero ita celebrarentur, vt res, morte demum donatoris insequuta, fierent eorum, quibus donatae essent. Quae tamen finium m. c. donationis propagatio minime reddidit frustraneam operam, definiendae eius indoli a praestantissimo quoque Iurisconsulto ad id vsque tempus adhibitam, quum vel is, qui nullo periculi metu commotus rem in euentum mortis promittit, nec statim tradit, eam magis ipse habere velit, quam donatarium suum; hunc vero magis, quam heredem. Inest enim huic descriptioni mortis conditio, quae ex heredum donatoris mentione fluit, nec ab vlla m. c. donatione abesse potest; quapropter formula eius et nouissimi iuris rationibus consentanea, et ad probandam veram m. c. donationum indolem, ex sola mortis mentione diiudicandam, aptissima nobis videtur; quantumuis displicuerit Iusto Claprothio, V. Ill. qui, dum in *Iurispr. heuremat.* (*Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte*) T. I. p. 336. hanc definitionem tamquam ineptam reprehendit, caussa tamen, propter quam ita censet, haud addita, id ipsum vituperat, sine quo naturam m. c. donationum intelligi non posse, arbitramur.

CAPVT V

Ex mortis causa donationum exemplis, quae in ipsis legibus recensentur, alterum nostrae sententiae argumentum ducitur.

Quam recte autem sibi constet veterum illa definitio, totaque de m. c. donationum indole, quam nos defendimus, sententia, amplius adparebit ex ipsis nostri negotii speciebus, in iure Romano obuiis, quarum singulas ad mortis conditionem, qualem supra posuimus, posse reuocari, nunc probabimus. Quo melius autem intelligi queat, in quo variae m. c. donationum figurae vel conueniant, vel discrepent, placet tabulam, ex ipsis fontibus haustam, quae singula σχήματα exhibeat, oculis subiicere.

Mortis causa donatio celebrari potest

- A) propter mortem tertii (L. 8. L. 11. et L. 18. pr. D. de M.C.D.)
- B) propter mortem ipsius donatoris. Quod donationis genus diuerium est
- I. pro causa, quae ad donandum impulit donatorem. (L. 2. L. 31. §. 2. et L. 35. §. 4. D. et L. 4. C. eod.) Fit enim
- a) vel extra suspicionem ullius periculi, ex sola cogitatione mortalitatis; (L. 35. §. 4. D. eod.)
- b) vel ob periculi suspicionem; (L. 35. §. 4. D. eod.)
- α) aut ex praesenti periculo.
- β) aut ex futuro.

II. pro

II. pro *conditione*, sub qua donatarius rem donatam teneat.
(L. 2. D. eod.) Haec enim

a) vel ita concepta est, vt donatarius rem donatam *iam nunc habeat*; (L. 2. D. eod.) vbi

A. aut *de reddenda vel non reddenda re sermo* fuit, vt donatarius eam

α) aut *numquam reddat*, ne si conualuerit quidem donator, vel e periculo euaserit; (L. 13. §. 1. L. 27. et L. 35. §. 4. D. eod.)

β) aut *reddat* quidem, sed solummodo

1) si donator periculum superauerit; (§. 1. I. de Donat. L. 8. L. 13. §. 1. L. 29. et L. 35. §. 4. D. de M. C. D.)

2) si ipse (donatarius) prior decesserit; (§. 1. I. de Donat. L. 13. §. 1. et L. 35. §. 4. D. de M. C. D.)

3) si quaecumque donatorem poenituerit factae donationis; (§. 1. I. de Donat. L. 13. §. 1. et L. 35. §. 4. D. de M. C. D.)

B. aut *de reddenda vel non reddenda re nihil cautum* est; vbi donatio omnimodo euanescit, siue donator superstes fuerit, siue donatarius prior decesserit, siue donator mutauerit voluntatem. (L. 13. pr. L. 16. et L. 32. D. eod. L. 15. fin. D. de Manumiss.)

b) vel ita placuit, vt donatarius rem *nunc quidem non habeat*, sed morte demum donatoris insequuta adcipiat. (L. 2. et L. 29. D. de M. C. D. L. 11. §. 1. D. de Donat. int. V. et V.)

Illustrationis gratia haec addimus. Primum oportet animaduerti, Iurisperitos veteres paulo negligentiores fuisse in describendis singulis m. c. donationum speciebus; a qua reprehensione ne ipsum quidem Iustinianum

num sibi cauiffe, probat *d. §. 1. I. de Donat.* vbi sola commemorantur exempla, quae reddendi conditionem continent, omiffa donatione, a morte demum donatoris perfecta. Nemo autem feftinantius in argumento hoc verfatus eft Vlpiano, qui tres donationum m. c. claffes in *L. 2. D. de M. C. D.* conftituendo rem ita propofuit, quafi in donationes, ex fola mortalitatis cogitatione factas, nullum cadat difcrimen, a traditione vel iam fequuta, vel in tempus mortis dilata, profectum. In *L. 29.* autem idem duobus adeo speciebus adqueiuit, omiffa conditione poenitendi, et praecocis mortis donatarii; quam feftinantiam fub finem eius fragmenti aegre correxit. Omnium contra optimum huius doctrinae magiftrum habemus Paulum in *L. 35. §. 4. eod.* nec multo inferiorem Marcellum in *L. 13. §. 1. eod.* quorum etiam veftigia, quantum fieri potuit, fequuti fumus. Porro, poffe etiam mortis cauffa *tertiu* donari, patet ex locis legum adiectis, et vltius probauit Conf. Cramer *l. l. p. 72. fgg.* Nec abit eiusmodi donatio femper in mortis cauffa capionem, nifi fub hac intelligas etiam donationis mortis cauffa collatae adquisitionem, a donatario factam. Nam, quod obiter monemus, videtur m. c. capio duplici fenfu occurrere; altero generali, quo fignificet omne lucrum, cuius propter mortem alicuius capiendi occafio obueniatur, ne mortis quidem cauffa donatione excepta, quatenus tantum eius adquisitio a parte donatarii fpectetur: vt in *L. 8. pr. et L. 18. pr. et §. 1. D. eod.* ftrictiore altero, quo excipiantur capiendi figurae eae, quae proprio nomine adpellentur: *L. 31. pr. et §. 2. L. 38. et L. 41. D. eod.* Inter donationes vero, quae reddendi conditionem continent, cernitur aliquod difcrimen fubtile, quod obferuauit Ge. Chrift. Gebauer *Ord. Inftit. tit. de Donat. §. 5. p. 55.* vt, quae propter periculum a donatore fuperatum, aut praecocem donatarii mortem irritae fint, abfque

absque reuocatione euanescent, quae vero sola mortis cogitatione sint celebratae, reuocatione egeant, si donatorem rursus poenituerit. Denique et illud monendum est, etiam donationes remissorias, per nudum pactum contractas, quas ipsas quoque mortis causa subinde factas esse, *L. 24. L. 28. L. 31. §. 1. et ult. D. eod. et L. 15. pr. D. ad L. Falcid.* euincunt, in nostra descriptione esse comprehensas, siquidem omnes pertinent ad genus donationum id, ex quo donatarius rem iam nunc habet.

Ei autem vsui potissimum inferuit σχήμα, quod supeditauimus, vt mortis mentionem a nulla donationum mortis causa figura abesse posse, elucescat. Quamquam enim non semper in conditione redhibendi occurrit mortis mentio, nunquam tamen eius cogitatio esse desinit causa, quae ad donandum impellat, siue remotior illa, sit atque ad solam sortis humanae recordationem pertineat, siue proximior, et cum imminente periculo coniuncta. Alias autem donationum mortis causa species praeter eas, quas proposuimus, inueniri in ipsis veteris iurisprudentiae fontibus non posse, nec praeter mortis mentionem quidquam aliud iis *necessario* inesse, facile concedet, quicumque artificium figurarum, quale in tabula nostra exhibuimus, eiusmodi esse intellexerit, cuius singulae formae, quantumuis inter se diuersae, tamen ad communem m. c. donationum definitionem, in superiore capite explicatam, mirifice conspirent.

CAPVT VI

Mortis mentio in mortis causa donationibus qualis esse possit, exponitur, ad confirmandum postremum sententiae nostrae argumentum.

Restat argumentum grauissimum, quod pro nostra sententia ab ipsa mortis mentione, qualis in m. c. donationibus esse potest, ducitur. Vt autem de eius in m. c. donationibus efficacia constet, age, prius, quotuplici consilio mors in aliis quoque negotiis commemorata intelligatur, disquiramus. Esse igitur mortis mentionem triplicem statuimus, *primi* vero generis eam, qua fors humana, tamquam causa, quae ad celebrandum negotium impulerit, exprimitur. Hoc quidem sensu, vt exemplis res clarior fiat, *mortis causa* praeter donationem contingere dicitur in iure nostro etiam manumissio: *L. 15. D. de Manumiss.* amotio rerum maritalium: *L. 21. pr. et L. 22. pr. D. de Act. rer. amot.* alienatio a liberto in fraudem patroni facta: *L. 1. §. 1. D. Si quid in fraud. patr.* Deinde potest a mortis conditione negotium aliquod suspendi, quod fit in qualibet vltima voluntate; denique mors solet habere functionem temporis, vsque ad quod negotium iam iam perfectum subsistat, morte insequuta rursus dissoluendum, velut in stipulationibus in singulos annos, quoad is, a quo alter stipulatus est, viuat, conceptis. Quae quidem mortis commemorandae consilia cadunt tantum eatenus in m. c. donationes, quatenus non repugnant menti donatoris, qui magis se rem habere velit, quam donatarium, donatarium vero magis, quam heredem suum: qualem esse perpetuam m. c. donationum notam, supra obseruauimus. Vnde vix est, quod

quod moneamus, hic sermonem esse de sola *donatoris* morte; magis autem urgebimus, eam *clare debere exprimi*, aut certe *talem conditionem tenendae a donatario rei donatae* adponi, e qua, donatorem maluisse rem sibi habere, quam donatarium, donatarium vero, quam heredem suum, adpareat. Nam, quod ex *L. 7. C. de Condit. ob caus. dat.* probavit Menkenius *Diff. laud. §. 11. p. 566.* causam in mente retentam nihil operari, id etiam in nostro donationum genere obtinere, manifeste patet ex *L. 42. §. 1. D. de M. C. D.* quae negat donationem a moribundo sine conditionis mentione factam accipi oportere instar m. c. donationis. Talis vero conditio non est, si quis, nulla mortis mentione facta, statim det inter vivos, hac tamen lege, ut in partem hereditatis debitam aliquando imputetur; quae species occurrunt in *L. 25. pr. D. de Inoff. testam.* et *L. 3. §. 18. D. de Bonis libert.* Ipsa enim conferendi necessitas, donatario imposita, declarat voluntatem donatoris, ut is, cui facta sit donatio, post mortem suam tamquam heres eam retineat, non vero, ut potior sit donatarius heredibus ceteris. Vivum autem donatorem his in causis sibi habere rem maluisse, nemo dixerit. Ergo nulla m. c. donationum nota cadit in huiusmodi species, quia cum tacita mortalitatis contemplatione, quae sane hic negari nequit, conciliari non possunt cetera donationum mortis causa signa necessaria. Secus vero pronunciandum videtur, si expressam mortis mentionem iniecit donator; quae sane proditura esset vel in huiusmodi exemplis m. c. donationem veram, vivo donatore revocabilem. Similis fere pugna intercedit inter m. c. donationum indolem et mortis mentionem talem, qualem ultimo loco descripsimus. Quamquam enim donator, qui, quoad ipse vivat, donatario aliquid se praestitutum esse promissit, ad mortem suam respexit: tamen non eo consilio respexit, ut et post mortem suam donatarius idem commodum consequatur,

quatur, ac proinde heredi in retinenda re donata praefertur. Imo finem liberalitatis mors tunc adfert, non initium: magisque dicenda est donatio mortis causa adempta, quam collata. Ac latet quidem in *L. 34. D. de M. C. D.* quae huic sententiae videtur aduersari, plane alia species, dum Marcellus, *mortis causa donationem etiam sic constitui posse*, tradit, *ut quid stipuletur in annos singulos, quoad uiueret: scilicet, VT POST MORTEM PROMISSORIS INCIPIAT EXACTIO.* Ergo addita fuerat stipulationi conditio, ne uiuo donatore exigenterentur annuae praestations, quae ipsa donatio tunc defendi potest, tamquam ab euentu mortis suspensa. Nec intelligimus, quomodo Menkenius *laud. Diff. §. 15. p. 570.* mortis mentioni in nostris donationibus obuia adscribere potuerit conditionis, sub qua soluantur, potestatem, quum certe *L. 1. pr. D. de Donat.* clare ostendat, quatenus m. c. donationibus insint conditiones, quae resoluendi vim habeant. Ita enim Iulianus: *quum quis ea mente donat, ut statim quidem faciat adipientis, si tamen aliquid factum fuerit* (v. c. mors praecox donatarii, donatoris poenitentia, vel recuperata valetudo), *aut non fuerit* (v. c. mors donatoris ex ipso periculo), *velit ad se reuerti: non proprie donatio dicitur. Sed totum hoc donatio est, quae sub conditione soluat, qualis est mortis causa donatio.* Nisi igitur velimus verbis ludere, et morti donatoris (nam donatarii morte non utimur) in nostro donationum genere conditionis resoluendi vim eatenus tribuere, quatenus aliquando, *si non sit insequuta*, donationem rescindat (v. c. si donator saluus e proelio euaserit): duplicem tantum mortis in m. c. donationibus potestatem adgnosceamus, ut sit vel conditionis instar, quae ad donandum impellat, vel temporis, ex quo donatio, aut nondum perfecta incipiat, aut perfecta quidem, sed reuocabilis, in perpetuum conualescat. Quae quum ita sint, quis est, qui dubitet, alterutrum ad m. c. donationem

nem constituendam sufficere, et a sola mortis mentione eius efficaciam pendere? Ac primum quidem mortis, quatenus ad donandum commouit, officium tam praeclare exposuit Menkenius *l. l. §. 11 — 22. p. 566. fgg.* vt addi eius argumentis nihil plane possit. Illud igitur vnice mone mus, verissimum videri, quod vir doctissimus, rationibus e *L. 2. L. 13. §. 1. L. 30. et L. 35. §. 3. D. de M. C. D. in primis vero e L. 16. D. de Manumiss. petitis, §. 19. p. 575.* probatum dedit, *non excusandum esse errorem eorum, qui contendunt, in donatione mortis causa praeter cogitationem mortis declaratam, opus esse, vt donator etiam effectum donationis in euentum mortis, verbis expressis, differat.* Imo habet mortis, tamquam causae, quae ad donandum impulit, mentio eam vim, vt donationem sua natura suspendat in euentum mortis, licet differendae donationis conditio expresse non sit addita, seu, vt verbis B. Phil. Vicat *Vocabul. iur. vtr. v. Donatio, T. I. p. m. 464.* vtar, *mortis mentio in negotio gratuito hanc vim habet, vt donantis voluntas ambulatoria videatur vsque ad mortem, nisi vbi ita donatur, vt nullo casu reuocetur.* Quod etiam sensisse videtur Harmenopolus, dum *Lib. III. Manual. LL. tit. 1. §. 2. Suppl. Thes. Meerm. p. 161.* naturam m. c. donationis his verbis explicatiorem reddidit: *Τῶν δωρεῶν αἱ μὲν — αἱ δὲ, ἐν αἰτία θανάτου γινόμεναι, καὶ μετὰ τὸν, ὡς εἰπεῖν, αἴτιον ταύτης τῆς δωρεᾶς, θάνατον, τὴν περὶ αὐτῶν καὶ τὴν βεβαίωσιν ἔχουσιν.* *Donationum — aliae mortis causa fiunt, et POST CAUSSAM, vt ita dicam, huius donationis, nimirum mortem, vires et confirmationem nanciscuntur.* Alteram vero mortis in donationibus commemoratae functionem, ex qua temporis, vnde eius robur pendeat, loco fit, nemo negabit sufficere ad indicandam mortis causa donationem, siquidem et ipsa simul instar est causae, quae ad donandum induxerit. In promptu est exemplum, quo clarior res fiat. Donat quis centum, hac lege, vt restituan-

tur, si donatarius prior deceſſerit. Nulla hic mortis cogita-
tio, niſi quae in ipſa redhibendi formula occurrat. Et ta-
men eſt mortis cauſa donatio, cui utraque nota inſit, tum
teſta mortis, qua liberalitati exercendae occaſionem prae-
buerit, mentio, tum aperta donationis in mortem donato-
ris collatio. Cf. L. 42. pr. D. de M. C. D.

CAPVT VII

*Vindicatur sententia nostra a tribus aduersariorum
coniecturis.*

Iam quamquam argumentis, quae pro corroboranda sententia nostra protulimus, tantum ponderis inesse confidimus, vt ea vix aliis praefidiis egere videatur: refellendae tamen restant tres aduersariorum coniecturae, quas, Cap. II. iam a nobis propositas, impugnare propterea nondum potuimus, quod iudicium de iis ferendum omne penderet a firmitate rationum, quae, vt a communi opinione discederemus, nos quidem commouerunt. Videtur ergo plerisque interpretibus, vt ab hac specie incipiamus, eam donatio esse inter viuos facta, quam, etsi mortis mentione iniecta, tamen donator ipse disertis verbis adpellauerit donationem inter viuos. In quo errore praeter Menochium, vt ceteros taceam, versatur in primis Mantica *d. l. Lib. I. tit. 13. §. 11.* et Hotomanus *Consil. 73. §. 18. Opp. T. II. p. 377. sq.* qui omnes vrgent, ab oratione clara coniecturas exfulare, et vnice sequenda esse verba donatoris, actum inter viuos a se celebratum esse, haud ambigue profitentis. Nec tamen desunt, qui contrarium opinionem defendant, negentque, vti donator negotium nuncupauerit, ita ius esse. Sic certe iam olim, grauissimis argumentis adducti, censuerunt Valla *l. l. Tr. II. §. 10.* et Giphanius *ad L. 13. D. de M. C. D. in Lectt. Aitorph. p. 265.* siquidem nec contractus, nec testamenta, nec donationes, quae a iure formam habent, fortuita contrahentium aut testatorum oratione immutantur: *a. L. 6. D. de Praescript. verb. et L. 132. D. de Verb. oblig.* Itaque nec is, qui



sub mortis mentione donat, potest efficere, vt in aliud genus donatio transeat, quam quale ex mortis commemoratione nasci necessario debere, supra animaduertimus. Quae quidem donationum interpretatio adiuuatur non solum praeccepto, in *L. 16. C. de Fideic. fideicommissorum causa commendato*, quod ad omnes vltimas voluntates tuto transferri potest, vt in his voluntas magis, quam verba sint intuenta; sed etiam exemplo manifesto *L. 16. D. de Donat.* vbi Vlpianus, ex facto consultus, respondit: *ex hac scriptura: SCIANT HEREDES MEI, ME VESTEM VNIVERSAM, AC RES CETERAS, QVASCVMQVE IN DIEM MORTIS MEAE MECVM HABVI, ILLI ET ILLI LIBERTIS MEIS VIVVM DONASSE*, dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere. Nam tali profecto opus erat ad sustentandam liberalitatem, quae, quum deficiente stipulationis ac traditionis forma, neque inter viuos, neque mortis causa collata dici posset, fideicommissi iure a Iurifconsulto defensa videtur.

Magis autem interpretum ingenia exercuit altera species, cui et ipsi vulgo existimant subesse donationem inter viuos, quamuis sub mortis cogitatione sit celebrata: scilicet, si donator facultate donationem reuocandi sponte se abdicauerit. De qua quam varie senserint viri docti, dixit dudum ante nos Branchu *l. l. p. 28. sqq.* vbi quinque diuersae opiniones recensentur, quibus ipse Obseruationum auctor suam, tamquam sextam, addidit. In eo autem plerique consentiunt, abire eiusmodi donationem in liberalitatem viuentis, nec quidquam ipsi amplius superesse e mortis causa donationum natura, praeter mortis cogitationem. Ita quidem, vt Menochium et Mantica *ll. ll. taceam*, Balduinus *Comm. ad §. 1. I. de Donat. p. 234.* Cuiacius *Consultat. 84.* Hotomannus *Consil. 73. §. 15. Opp. T. II. p. 377.* Bachouius *l. l. Vol. II. P. II. p. 70. sq. de Retes Opusc. de Donat. c. 17. §. 4. et 16. et de Donation.*

nation. int. V. et V. c. 8. §. 16. Thes. Meerm. T. VI. p. 634. 638. et 692. sq. Pet. de Greue Exercit. ad D. loca difficiliora 23. p. 542. Io. Iac. Wissenbachius Disput. ad Instit. 14. th. 1. §. 9. Voetius l. l. §. 1. T. II. p. m. 599. Viuius Lib. II. Selectar. iur. quaestio c. 34. Schilterus l. l. T. III. p. 29. Iof. Aueranius Lib. V. Interpretat. iur. c. 1. §. 9. et 10. et c. 11. §. 13. Ill. Walchius Introd. in controuersas iur. ciu. p. 294. sq. et Westphalius l. l. T. I. p. 171. e scriptoribus vero pragmaticis paene omnes. Dissidentium coniecturae fere eo redeunt, vt alii dicant, posse sic re vera m. c. donari, vt nullo casu sit repetitio, quia dominium tamen non transeat in donatarium, nisi post mortem; quae est doctrina Fabri de Errorib. Pragm. Dec. 45. Err. 1. alii quoad formam hoc donationis gentis conuenire donationibus m. c. quoad vim vero et potestatem donationibus inter viuos largiantur; quod defendunt Giphanius ad L. 27. D. de M. C. D. l. l. p. 281. sq. Vlr. Huberus Praelecit. iur. Rom. ad tit. D. de M. C. D. §. 3. T. III. p. 1401. et de Berger Oecon. Iur. l. l. p. 204. qui tamen in Resolut. LL. obstant. p. 604. mutata sententia varias reuocandi causas discernit, eamque solummodo liberalitatem adcedere donationibus inter viuos voluit, cuius repetendae nullam omnino ob causam facultas donatori sit. Denique plane nouam viam ingressi sunt Bauerus Pr. laud. Opuscul. T. I. p. 284. sqq. et Branchu l. l. p. 31. sq. Ille enim distinguendum esse ait, an is, qui ob mortis suspitionem donet, omni casu repetitioni renunciet, qualem donationem habet pro donatione inter viuos; an vero repetitioni simpliciter renunciet, quod salua m. c. donationum forma fieri posse, concedit. Branchu autem vel hac in quaestione deprehendisse sibi visus est vestigia veteris controuersiae de m. c. donationum indole, inter Iuriconsultos Romanos agitatae, quam quidem hanc vim putat habuisse, vt ii, qui m. c. donationes ad naturam propriarum donationum reuocarent, salua

salua earum forma renunciari a donatore posse facultati repe-
 tendi res donatas, decreuerint, qui contra legis id dona-
 tionum genus exaequant, degenerare per huiusmodi legem,
 donationi additam, negotium in donationem inter viuos,
 statuerint. Et illius quidem sectae argumenta repetit e *L. 13. §. 1. et L. 35. §. 4. D. de M. C. D.* huius vero e *L. 27. D. eod.* Cui tamen coniecturae quum intelligeret obflare *Novellae LXXXVII. praefationem*, qua Iustinianus, etsi ipse m. c. donationes cum legis comparauerat, tamen Iuliani potissimum auctoritate adductus, mortis causa ita donari posse, vt nullo casu donantem poenitere liceat, edixit: eo progressus est vir doctus, vt ipsum Iustinianum imprudentiae hoc nomine adculare non dubitaret. Nostrum iam erit, quid nobis de hac quaestione videatur, strictim exponere. Ac profecto, quo minus in Branchii sententiam discedamus, efficiunt rationes locupletissimae. Primum enim Iulianus et Paulus, auctores *d. L. 13. et L. 35.* vt supra probauimus, steterunt a partibus eorum, qui mortis causa donationes ad legatorum naturam reuocarent; quum tamen secundum Branchium contrariam doctrinam profiteri, easque propriis donationibus ad censere debuissent. Deinde ipse quoque Marcianus, quem tam acriter putat huiusmodi donationes poenitentiae expertes e censu donationum mortis causa proscripisse, in *d. L. 27.* incipit ab his verbis: *ubi ita donatur MORTIS CAUSSA, vt nullo casu reuocetur*: ac proinde vix aliter loquitur, quam ceteri Iurisconsulti, nisi quod plenius iudicium de vi et efficacia huiusmodi donationum addit, quod sane ab Iuliani et Pauli, qui solas donationum m. c. figuras describere vellent, oratione abest. Eorum vero, qui diuersas repetendi causas in tribus illis locis Digestorum distinguunt, opinioni adcedere ideo non possumus, quia ex schemate m. c. donationum, supra proposito,

posito, intelligitur, verba *Legum* 13. §. 1. et 35. §. 4. *ut nullo casu sit repetitio*, quamuis additum sit: *id est, nec si conuauerit quidem donator*, eandem vim uniuersalem habere, ac simplicem Marciani eloquutionem: *ut nullo casu reuocetur*; liquidem et ex reliquis donationum m. c. figuris, quae modo praecesserant in Iuliani et Pauli fragmentis, nonnullae unam et alteram reuocationis causam adspernantur. Itaque plane concedimus in sententiam eorum, qui in singulis tribus Digestorum capitibus, et adeo in ipsius Iustiniani nouella Constitutione idem statui arbitrantur, ut quoad formam externam huiusmodi donatio, a qua poenitendi arbitrium exsulet, similis sit mortis causa donationibus, quoad vim vero et potestatem donationibus inter uiuos. Et ita adcipio *causam donandi* in d. L. 27. *oppositam mortis causae donationi*, plane sicut Vlpianus L. 3. *D. de Donat.* distinxerat *conditionem donandi a causa*. Tantum uero abest, ut nostra doctrina de mortis causa donationum coniecturis ex sola mortis mentione capiendis hac specie infringatur, ut potius praesidium aliquod haud leue in ipsa illa donationum figura nobis inuenisse videamur. Nam si donatio, quae nulla in re, nisi in mortis mentione et causa suo generi similis sit, non desinit esse mortis causa donatio, quid tandem praeter mortis mentionem expressam ad communem mortis causa donationum naturam amplius desiderabitur?

Vltima superest donationum forma, quae nostris coniecturis aduersari videatur. Quid enim, si donatum sit absque mortis cogitatione, hac tamen lege, ut implementum donationis differatur in tempus, quo donator deceferit? Nonne hic certe dicemus, mortis tempus nec causae instar esse, quum donatum sit sine omni mortis suspitione, nec conditionis, a cuius euentu conualescat donatio antea imperfecta, quum, iam a primo donationis celebratae momen-

to eam optimo iure factam esse, actus inter viuos gestus declarat? Ita profecto ratiocinati sunt, quicumque hanc liberalitatis formam in propriae et inter viuos factae donationis locum succedere sibi persuaserunt, vt Menochius et Mantica *ll. ll. Vinnius Comm. ad §. 1. I. de Donat. T. I. p. m. 283.* de Berger *Resol. LL. obst. et Oecon. Iur. ll. ll.* et Menkenius *laud. Diff. §. 11. p. 567.* Vnde distinguunt tum hi, tum alii, quos ad c. 2. supra adduximus, in primis forensium quaestionum scriptores, verba substantiam donationis ingredientia a ceteris, quae praestationem eius designant, seu, vt cum ipsis loquar, dispositiua et exsequutiua, hoc sine, vt mortis mentio in verbis exsequutiuis obuia prodat donationem inter viuos, verba vero dispositiua, si in mortem concepta sint, efficiant donationem mortis causa. Quod discrimen, iam a Fabro *Dec. 45. Err. 2.* et Giphanio *ad L. 13. D. de M. C. D. l. l. p. 267.* explosum, quemadmodum demum interpretibus recentioribus originem debet, qui soluendarum aliquot antinomiarum, quales ipsis viderentur, gratia id excogitauerunt, vt recte animaduertit Branchu *l. l. p. 30.* ita ex vi, quam mortis mentionem in donationibus habere supra docuimus, sine negotio potest refutari. Neque enim alia lege donatarius rem accipit, quam post mortem donatoris; quod manifesto indicio est, donatorem maluisse, se rem habere, quam alterum; alterum vero, quam heredem suum. En igitur mortis causa donationis effectum praecipuum, qui nec tunc cessabit, si donator se nullo modo voluntatem esse mutaturum, promiserit. Quae promissio plane aliam habet vim in liberalitate nondum collata, quam in ea, qua donatarius iam viuo donatore est potitus: vt proinde in illa specie id potius spectetur, quod actum sit, quam quod sermone donator expresserit. Si quis autem urgeat, abesse ab huiusmodi donatione

natione

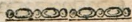
natione mortalitatis cogitationem, tamquam causam: vel hanc induci respondemus ex verbis donationem in tempus mortis differentibus. Quomodo enim quisquam differre potest negotium aliquod in tempus mortis, sine eiusdem contemplatione? Placet igitur, huiusmodi donationem intelligi non solum quoad conditionem habendae rei, sed etiam quoad causam, quae ad donandum commouerit, mortis causa factam: quae sententia adiuuatur disertis *L. 34. D. de M. C. D.* verbis, similem speciem ad mortis causa donationes referentibus: *MORTIS CAUSSA DONATIO etiam sic constitui potest; ut quid stipuletur in annos singulos, quoad uiueret* (donator): *scilicet, ut post mortem promissoris incipiat ex-actio.* *Cf. L. 35. §. 8. D. eod.* Semper autem oportet, ut cuilibet donationi, ita huiusmodi potissimum stipulationi meram liberalitatem, et gratuitum beneficium inesse, siquidem etiam veras obligationes posse in tempus mortis promitti, ex *L. 17. D. de Condiç. indeb.* patet. Quod reliquum est, donatio, retento a donatore ad dies vitae usufructu facta, eiusdem esse indolis, cum liberalitate, post mortem promissa tunc demum videtur, si in alia donationis parte mortis mentio quocumque modo inciderit; cuiusmodi speciem exhibet *L. 42. pr. D. de M. C. D.* ceteroquin usufructus a donatore seruatus (quod plerumque traditionis gratia fieri solebat) conuenit etiam donationi inter viuos, siquidem certe proprietatem donatarius iam viuo donatore consequitur, quem sibi hoc modo perfecte obligat, quamquam demum post eius mortem pleno iure res donata ad donatarium pertinet. Atque sic conciliamus cum priori specie exempla usufructus in *L. 28. et L. 35. §. 5. C. de Donat.* obuia, quae certe de alio donationum genere, quam de eo, quod inter viuos contrahitur, adicipi nequeunt.

Atque

Atque haec quidem de mortis causa donationum ex iure Romano interpretatione. Addere nonnulla de sententia nostra ad usum fori Germanici, et in primis Saxonici, accommodanda animus fuerat, quum, ab operis festinantibus admoniti, filum orationis abrumpere cogere[mur]. Interim ne plane haec disputatio incassum instituta videri possit hominibus forensibus, quid ex ea ad ipsa rerum argumenta transferri possit ac debeat, strictim exponemus. Quum enim certe in Saxonia sit extra dubitationis aleam positum, mortis causa donationes cum iure Romano ad nos peruenisse, siquidem iis, dum omnia donatoris bona adficient, certam adeo formam ipsa *Constit. El. Sax. t. P. III.* praescripsit: iuris quoque Romani decreta, non peruersa illa et ex sinistrae interpreta-

pretationis fontibus hausta, sed veteris ac nouae legum disciplinae consentanea, quatenus ab vniuersa iuris patrii indole non plane abhorreant, ad eas adplicari oportere, arbitramur. Neque enim vtimur singulari Io. Tob. Carrachii opinione, qui in *Diff. de Differentiis iuris Rom. et Germanici in mortis causa donatione*, §. 10. p. 16. magno conatu ausus est docere, hodiernas m. c. donationes esse ad naturam pactorum successoriorum reformatas, a qua opinione nec nouissimus huius argumenti scriptor, Ill. Westphalius *l. l. T. I. p. 171.* multum videtur recedere; quantumuis olim dissenserit, ac iure quidem suo, Frid. Esaias a Pufendorf *Obss. iur. vniu. T. II. obs. 51. et T. III. obs. 260.* Saxonici igitur iuris rationibus, repugnante quamuis quotidiana iudiciorum consuetudine, ita adtemperanda censemus iurisprudētiaē Iustinianae placita, qualia in hoc libello tradidimus, vt 1) cessante hodie stipulatione, m. c. donationes celebrandae sint vel interueniente traditione, vel nuda donatorem inter et donatarium inita conuentione, sine testibus, dummodo non excedant summam D. solidorum; vt 2) hunc modum superantes coram quinque testibus perficiantur, nisi omnia donatoris bona adfiant; quo casu eas actis insinuari expressa legis-

toris



toris Saxonici constitutio iubet; 3) vt et hodiernae m. c. donationes pari potestate cum legatis gaudeant, si effectus spectes; 4) vt denique ex sola mortis mentione mortis causae donationum coniecturae vel apud nos capiantur.



Leipzig, Diss. 1732

ULB Halle

3

005 358 981







1792,7

DE
MORTIS CAUSSA DONATIONVM
CONIECTVRIS
EX
MORTIS MENTIONE
CAPIENDIS

ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
AVCTORITATE

PRO GRADV DOCTORIS
OBTINENDO

A. D. XVI. M. AVG. A. C. MDCCCLXXXII

H. L. Q. CC

DISPV TABIT
IOANNES FRIDERICVS HERMANN

LIPSIENSIS
IVRIS VTRIVSQVE BACCALAVREVS

LIPSI AE
EX OFFICINA SAALBACHIA

