





1739, 4 15/26

JOACH. GOTTH. SPARMANNI  
J. U. D.  
TRACTATIO JURIDICA  
DE  
PRÆROGATIVA  
JURIS GERMANICI  
PRÆ  
JURE-ROMANO  
IN MATERIA  
PACTORUM DOTALIIUM  
IN ALMA GRYPHICA  
ANNO MDCCXXXIX ET XL.  
DUABUS DISSERTATIONIBUS  
PUBLICÈ PROPOSITA.

---

GRYPHISWALDIÆ.  
apud JOHANN JACOB WEITBRECHT Senat. Bibliop.  
Anno 1742. w

[Braes. Aug. Balthasar]

50

IOACHIM COELEN SPAKMANI  
 P. D. D.  
 TRACTATUS JURIS  
 PR. ERGATIVA  
 JURIS GERMANICI  
 JURIS ROMANO  
 IN MATRIA  
 IN TORUM DOTALIUM  
 IN ANNA GR. WICH  
 ANNO MDCCXXIX. ET XL.  
 DUBIUS DISSERTATIONIBUS  
 JURIS PRINCIPALIA  
 GOTTFRIDUS W. H. H.  
 JOHANNES JOHANNES WILHELMUS  
 ANNO 1744





## PRAEMONENDA

ad

### Humanissimum Lectorem.

**S**cripsi Ao. MDCCXXXIX & XL. duas de *Praerogativa juris Germanici, praejura Romano in materia Actorum Dotalium*, Dissertationes, easdem. que publice in Alma ventilavi Gryphica. Quam vero varia non irrepserit solum vitia typographica, sed & hinc inde quaedam dicta fuerint & asserta, quae vix ac ne vix quidem examen, quod vocant rigorosum, sustinerint, necessarium hinc duxi, haec qualia qualiacunque relegere specimina; errores passim commissos notare potiores, novumque & quidem generalem reliquis intactis, quae supersunt, exemplaribus praefigere titulum, vel quod idem, in forma peculiaris hoc institum meum exhibere tractationis. Pag. 5. accuso THOMASIIUM nimiae in adstruendo pandectarum exiguo usu liberalitatis; recte eatenus quidem, male vero eundem notavi, quod juris Naturae in nullum redegerit censum praecipua; qui enim jus Nat. hoc seculi apud nos dici potuerit receptum? Pag. 21. Contra BOEHMERUM disputo frustra, quippe, citra *formularia*, apud Romanos stricti juris fuisse negotia. Cardo Quaestionis erat, utrum omnia indistincte Pacta Dotalia *legitima* fuerint nec ne? sin prius, BOEHMERUS erraret manifeste, *Justinianus* enim §. 29. *Inst. de action.* non omnem pro Dote petendaque actionem, bonae fidei statuere voluisse, manibus potest palpari. Sed salva res est, rationibus enim, quae huc facere videntur, accuratius subductis, facile animadverti, ea saltem pacta dotalia, quae marito pro Dote exigenda mulierique ac ejus parenti pro Dote repetenda competunt, hic a *Justiniano*, prout *legitima* & bonae fidei. supponi, vid. *L. 6. C. de Dote Promis* & *L. Unc. C. de Rei ux act.*, cetera omnia Pacta ab extraneis interposita personis pertinuisse ad *Nuda*, hinc solemnem requisivisse stipulationem, & ob id ipsum stricti mansisse Juris. Non obstat *L. 1. C. de Pact. conv.* *Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet, nec obesse*

esse feribi debet, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est; alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, utilis est conditio. Commode enim hæc Lex de Patre adoptivo intelligi potest, & noranter subiicitur a Severo & Antonino: alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, utilis est conditio, ex quo apparet, hic non pactum simplex, sed contractum potius realem innominatum præstatione scilicet, seu causa civili nixum subsistere. Pag. 22. communi DD. inhæreo opinioni, quod nimirum contractus sic dicti reales, sua natura rei requirant traditionem, in quo tamen aperte substantia contractus, quippe quam consensus absolvit, cum ejusdem executione confunditur. Miror sane STRYCKIUM & HEINECCIUM JCtos acutissimos alias, hanc passim fovere sententiam, & inter pactum de mutuando, commodando &c. & ipsum contractum mutui, commodati distinguere, cum tamen nullum interesse, num quis ex pacto, an agere dicatur contractus? possit afferri. Taceo in contractibus innominatis Virorum celeberrimorum philosophiam sua sponte cadere. Instar HEINECCIUS in Elementis Jur. Nat. Lib. I. Cap. 13. §. 342 quamvis, dicendo, enim jure naturali & solus consensus de usu rei alteri præstando, obliget: nondum tamen commodatum est, quia is, cui hoc promissum, ad rem, quam nondum accepit, in specie restituendam nondum est obligatus, sed pactum de commodando. Inter hæc vero re ipsa discrimen esse, vel inde patet, quod ex commodato obligatur commodatarius ad rem restituendam, ex pacto autem de commodando, promittens, vel commodaturus, ad rei usum præstandum, adeoque diversæ obligationes ex illis negotiis nascuntur. Verum hac ratione quoque inter ipsam locationem conductionem v. g., & pactum de locando conducendo distingui posset, nimirum, cum & hic diversæ sint locatoris & conductoris obligationes, nec quis dixerit unquam, conductorem ad exsolvendam pretium conventum teneri prius, quam res revera locata fuerit. Hæc pauca præmonere volui, debui, in cæteris, salvo humanissimi Lectoris judicio, subsistens, Dabam Grypbie VII. Cal. Jun. Ao. ære Christ. MDCCXLII.

J. G. SPARMANN.



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

§. I.



ualem qualem etiam Jus Rom. in Germania Patria nostra  
sibi vindicaverit auctoritatem, domestica & Rom: &  
tamen jura ut funditus extirparentur, Germ: admi-  
majorumque mores ac instituta penitus nistratur  
abjicerentur, hucusque usus non effecit, jure.

nec hac stante rerum facie unquam effecit. Egregie  
pro more suo *Illust. HEINECCIUS in Præfat., priori edit.*  
*Elem. Jur. Germ. præmissa, hanc rem exponit, ubi pag 5.*  
postquam diversa DD; partim nimis abjecte partim  
nimis magnifice de utroque & Rom. & Germ. jure  
sententium, judicia reprehenderat, ita pergit: *Expensis*  
*enim que huc facere videbantur omnibus, rationibusque paulo ac-*  
*curatius subductis, facile animadverti, verissimum esse, quod ex in-*  
*stituto & non sine adparatu demonstrarunt Viri doctissimi: regnare*  
*in foris nostris Romanam jurisprudentiam; sed ita regnare, ut*

A

nondum

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

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

## §. II.

Varia sunt recentiorum (turbam enim proletariam *Legislarum* illam, quæ, nescio quotquot in legibus Rom. deprehendi divina effata, sibi, imaginatur, tanto in easdem incidit



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

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

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

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

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

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

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

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

§. III.

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

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

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

mania

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

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

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

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

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

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

§. IV.



## §. IV.

Inter has sibi e diametro contrarias opiniones, *Strykii sententia multaq; obnoxia dubiis, examinatur & rejicitur.*  
 mediam quodammodo tenere viam videbatur *sape laud.* SAMUEL STRYK in *cit. Discurs. pralim. de usu & aut. J. Rom. §. 31.* ubi, postquam in anteced. ex *Recess. March. de 1534.* inter alia hæc habente: Und weil vormahls die Stände unserer Landschaft, sich einträchtig mit uns vereinigt, und verwilliget, daß hinfürder in unserm Churfürstenthum und Lande, Kayser-Recht *» »* Derowegen unsere Prelaten, Herren, Mann und Städte, sich aller Gebräuche und Gewohnheiten, voriger Gerichte und Rechts verziehen und abgesetzt; (refert sese quidem hic *Elect. ad aliquam jam antea f. Etam Ordinum Provincialium generalem omnium pristinorum jurium renunciationem, verum ex ipsis casibus specialibus qui hic deciduntur non obscure liquet, renunciationem illam in specie saltem ad istas Speculi peculiare & juri Saxon. proprias respexisse consuetudines*) ordnen und wollen, daß hinfürder in Erbtheilung, kein Heer gewette, gerade noch Auftheil genommen, &c. nec non ex *Constit. Duc. Brunsvicensi de 1675.* ubi ita: Wir RUDOLPH AUGUST Herzog zu Braunschweig &c. Demnach wir wahrgenommen, daß unser Stadt Braunschweig, das vormahls in unserm Fürstenthum und Landen zwar im Gebrauch gewesen, nachgehends aber von unsern löblichen Vorfahren aus erheblichen Ursachen abgeschaffte Sachsen-Recht (respicitur forte hic ad *Art. 32. des Land-Tags-Abchieds zu Catzdahl de 1597.*, de quo vid. BRUNQUELL. P. III. C. X. §. 41. l. 2.) bis hieher in Übung behalten; & postea: So setzen *» »* wir, daß a dato dieses *» »* in unser Stadt Braunschweig durchgehends kein ander, als das allgemeine beschriebene und in unsern Landen recipirte Kayserliche Recht, samt denen Reichs- und unsern Landes-Constitutionen gültig seyn u. pristinorum Saxon. jurium abjectionem, ac generalem Jur Rom. receptionem in his provinciis adstruxerat: item, ex COTHMANNO P. I. *Cons. 27. & 28.* ac CARPZOV. de

*L. Reg. C. II. Sect. XIII. n. 7.* probaverat, idem etiam in aliis vicinis Provinciis ut Ducatu Pomeran. & Megapol., factum esse, tandem ita concludit: In talibus ergo locis, ubi de generali receptione constat, pro omnium legum (Romanarum) observantia presumendum, donec de nova contraria consuetudine manifesto constet. At vero, ubi pristinis juribus & consuetudinibus non renunciatum, dubium omnino est, an duobus in judicio contendentibus, uno legem Justinianeam, altero observantiam antiquam allegante, huic vel illi probatio injungenda. Et puto; si observantia non sit notoria, pro illo, qui legem civilem pro se habet, pronuntiandum, donec probata fuerit observantia contraria. Jus civile enim generatim pro jure communi in constitutionibus Imperii habetur, salvo tamen rationabilibus moribus, (quo etiam SCHILBER Exercit. ad ff. l. §. 11. & 12. nec non Exere. XII. §. II. collimat \*): (Atqui vero, quam diu de his moribus nondum constat, nihil obstat obligationi juris civilis. Aliud omnino foret, si consuetudines ille notorie, vel literis consignate, uti quidem Saxonice sunt; hoc casu uno se in jure Saxonico fundante, altero in jure Romano, huic incumbit probatio jus civile hoc casu obtinere, quippe quod alioqui non aliter, nisi Saxonico deficiente, obtinetur &c. Quod ulterius §. 33. ita declarat: Constat vero ex batlennis adductis: an Advocatus in foris Germania fundatam pro se intentionem habeat, si ad causæ decisionem allegaverit legem juris Justiniani? Sane non est erronea illorum opinio, qui adstruunt: eum, qui se fundat in jure communi, ad probationem observantia non obligari: Nam sive consuetudinem illius loci particularem, sive consuetudinem Germaniæ universalem, sive tandem jus statutarium juri civ. obstare dixeris, facile simul advertes, omnia illa in factis consistere & sic nec consuetudinem nec statutum alleganti fidem haberi, nisi iis probatis. Ut inde concludendum sit consuetudini Germaniæ probate magis standum, quam juri Rom. Verum consuetudine non probata statuitur juri Rom., tanquam Imperii communi. Mens Auctoris breviter hæc est: distinguit nimirum inter loca, quæ Speculum Sax. abjecerunt, & quæ illud retinuerunt; Utrisque quidem Jus Rom. commune,

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

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

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

ita pergit: *Rurfus alii media incedunt via, ut Johannes Schilte-  
rus, Samuel Stryckius alique, & præter jus patrium ac ve-  
teres leges Germanicas, etiam jus Rom. ufu & obferuantia rece-  
ptum esse, ita ut fundatam intentionem habeat allegans legem  
Romanam, nec debeat obferuantiam eius probare, fed aduerfario  
incumbat demonstrare, illam propter contrarium jus Germanicum  
non potuisse recipi, putant, conicias, STRYCKIUM & SCHIL-  
TERUM hic per leges antiquas Germanicas, præfcas illas fcriptas,  
ut fcriptas, intelligere, vel de cætero in omnibus convenire.  
Sicuti enim, [ut taceam, hanc fententiam, uti a Brunquellio ex-  
ponitur, magis esse Lynckeri, cui tamen ipfe accedit, quam Schil-  
teri rut Stryckii a quibus recedit: nec Schilterus nec Strykius,  
hic verbum de legibus illis præfca Germ., qua fcriptis interfertur,  
fed per jus antiquum Germanicum, præter quod jus Rom., ut  
commune fubfidiale, receptum esse, uterque recte existimat, illud  
confuetudinarium faltem, quod in Germania ante receptionem  
juris Rom. ut commune valuerit, intelligunt: ita de hoc jure  
Germ. in relatione ad jus Rom. plane diverfam fovent opinionem.  
STRYKIUS, uti ex adductis verbis clare conftat, juri Rom. præ  
jure Germ., ut ut univerfali, generalem vindicat præfumptionem,  
hocque faltem qua illa loca, quæ præfina jura, h. e. juxta fuum  
conceptum, *Specula* retinuerint, limitat. Contra SCHILTERUS  
melius, indiftincte univerfalibus Juris Germanici principiis, præ  
jure Rom. præfumptionem vindicat, hocque cit. *Exerc. XII. §. 11.*  
inter alia ita exponit: *Enimvero, inquit, certum est, moribus  
Germanicis id, quod diximus, [quæftionem nimirum: num quis,  
a compromiffo, ut jure Rom. præftando pœnam, vel id quod  
interest, liberetur? moverat, hancque ob communem jure  
Germ. pactorum validitatem ac præfifam ad ipfam factum obli-  
gationem; negative decidit] obtiniffe antequam jus Rom. rece-  
ptum a Germanis; atqui receperunt illud, quatenus genuini juris  
principiis non repugnat. Neque enim illa receptione jus atque mo-  
res patrios abrogatos, voluere. Quare regula inftar habendum:  
quoties juris Romani principium, principiis juris patrii repugnat,  
præfumi, jure patrio Germanos uti nifi juris Romani difpofitio lege  
vel confuetudine recepta probetur.* Ex quibus fimul liquet, præ-  
fime hunc SCHILTERI locum & *Exerc. I §. 12.* intellexiffe HEI-  
DELMANNUM *Seft. III. caf. 3. §. 1.* existimantem: *Schilterum  
cum Kuipfio fupra refutato, in ipfo conceptu de jure antiquo  
Germ. ejusque cum jure Rom. pugna convenire; ubique enim  
Schilter. ad mores faltem & confuetudines Germanicæ, nullibi  
vero ad legem aliquam antiquam fcriptam provocat.**

(\*\*) Qualis

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

## §. V.

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

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

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

C

natura,

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



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

## §. VI.

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

Instituti ratio exponitur.

CAPUT II.  
DE  
PACTIS DOTALIBUS  
IN GENERE.

## §. I.

Pacta dota-  
lia jure Rom.  
immediate  
a lege.

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

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

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

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

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

## §. II.

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

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

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

(\*\*) Variis quidem in paciscendo Germani nisi fuerunt ritibus, v. g. dextra manu oblata, digito erecto stipulisque, &c. de quibus eorumque reliquis vid SCHILTER Exercit. II. §. 5. in not. non tamen est, quod existimemus, illos naturalem vim ac obligationem pactorum, ex ejusmodi solemnitatibus metiri, ac aliter, quam confirmationis gratia, easdem adhibere voluisse, & licet alii aliis scrupulosiores hac in re fuisse videantur, sensim sensimque tamen anxiam hanc rituum religionem, cessasse vel ipsi veteres juris Germ. paroemia: Ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann. item: Zusagen macht Schuld, non obscure indigitant. Conf. HEINEC. L. II. tit. XII. §. 377. Notabilis vero est locus juris prov. Sax. L. I. art. 7. Wer et was borget, oder gelobet, der soll es gelten, und was

er thut, das soll er stett halten. Will er es aber lügen darnach, (wil he aver des versäfen darina,) er erwehret sich des mit seinem Lyde, (he entgeit is ein up den Zilligen,) wo er es vor Gericht nicht gethan hat. 1c.

(\*\*\*) Immo major hodie pacti, quam olim apud Romanos solemnis stipulationis, vis ac efficacia. Sic jure Rom. alteri per alterum, qui non erat in potestate, ne solemnique stipulatione acquirebatur, p. l. 53. ff. de acq. rer. dom. & §. 18. Jur. de inutil. stipul. quod tamen hodie fit nudo pacto. HEINEC. d. l. §. 347. Potro jure Rom., qui sese stipulatione ad factum obligaverat, ad id precise compelli non poterat, sed, offerendo interesse, liberabatur, quod tamen jure Germ. & moderno secus. Conf. GROENEWEGEN de LL. abrog. ad l. 13. §. 1. de re jud. & SCHILTER d. Exere. II. §. 2. ubi: Certum enim est, inquit, moribus Germanicis hoc obtinuisse, antequam jus Rom. introductum in Germania, quibus fides precise servanda: principia vero Quiritum que ex eorum libertate dependent, Germanorum mores non agnoverunt: ergo probandum potius jus Germ. hoc in passu fuisse abrogatum, jure civili, per contrariam observantiam hac in parte introducto. Dissentit STRYCK in U. M. tit. de Pact. §. 10, ex nulla vero solida ratione, quippe dum principium: majorem hodie esse pacti quam jure Rom. stipulationis vim, §. 12 d. l. in primo proposito casu non obscure admittit, hic vero negat. Ceterum laud SCHILTER Exere. XII. §. 111. dubium, quod heic Glos jur. prov. Saxon. lib. II. art. 11. Geschehe es auch / daß seine poen oder Straff in Ermehlung der Schieds. Leute dareuf gesetzt ssi / oder dergleichen / welches wir: Scha. de. Geld) oder auf alt. Sächsisch: Golschas; heissen / so bindet es einen auch nicht / in casu compromissi jus Rom. amplectens, movere possit, tam ex suspecto stylo, quam, quod in Cod. Mser. non extent, demonstrando, adducta verba a manu recentiori fuisse adjecta, hincque esse minoris auctoritatis, sufficienter excutit.

### §. III.

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

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

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

## §. IV.

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

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

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

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

qui lege vocabantur, Rome testamenta, ut leges quaelibet apud populum Rom., calatis comitiis condebantur: *sin aliter, inter viros per as & libram familia transferenda erat, ita tamen, ut dominus, quamdiu viveret, sibi eam retineret, &c.* Verum, quod pace M. V. dixerim, nec ipsam legem distincte describit, nec tempora recte distinguit: a] per ipsam legem intelligere videtur L. XII. *Tabul.*, dum modum testandi in Comitiis, ad tempora post investitionem juris *Attici* [utrumque enim, tam in Comitiis, quam per as & libram testandi modum, quasi uno eodemque tempore obtinuisse proponit] rejicit, quod tamen cum antecedentibus minime coheret, cum vix credibile, Romanos eousque plane incerto vixisse jure, ac potius ex iis, quæ III. HEINEC. cit. *Antiq. Rom. lib. II tit. X. §. 5.* acute proponit: Ceterum, scribens, *testamenta in Calatis Comitiis facta, exolevisse videntur, latis legibus XII. Tab.* In iis enim, cum cautum *&c.* - Et paulo post: *Unde cum cives jam suo arbitrio possent de bonis disponere: quis, quæso! adeo despuisset, ut mallet in Comitiis calatis, auctore populo collegioque Pontificum, testari? Ergo tunc demum videntur testamenta proprie sic dicta, exemplo juris Attici, invaluisse, concludendum erit, huncce in Comitiis testandi modum, primario ante investitionem juris Attici, ac sub Regibus, obtinuisse: b] modum testandi per as & libram ad illum saltem restringit casum, si nulli adferent proximi heredes quod aliter vero se habet, dummodo consideremus, ipsum jus XII. *Tabul.* quibus hincce modus deberetur, plenariam cuius patrifamilias, *super familia pecunie &c. legandi,* concessisse facultatem. Hinc legem vel rationem, quæ testamenta comitialia supposuerint, omnino jure *Attico* antiquiorem esse crederem, eandemque, partim ex jure suitatis liberorum, quod ex *Romuli* de patria potestate instituto, de quo conf. HEINEC. cit. *Antiq. lib. I. tit. IX §. 2. seq.* descendisse videtur, partim ex jure totius populi, suis heredibus deficientibus succedenti, derivandam esse; successionem vero agnaticam ex XII. *Tab.* jure demum, promanasse existimarem. Ceterum, solemnitas illa rogationis ad populum in arrogatione ulitata formula: *Velitis jubeatis, Quirites, uti L. Titius, L. Valerio, tam jure legeque heres sibi fiet, quam si ejus filius familias proximusve agnatus esset.* Hæc ita ut dixi, ita vos Quirites rogo, quam HEINEC. lib. II, tit. X. §. 2. ex GELLIO refert hucque*



hucque applicat, cum grano salis mihi viderur accipiendi; cum enim ipse *Illustr. Vir.*, uti jam vidimus, eo propendeat, quod, introducto jure *XII. Tab.*, modus in *Comitiis* testandi cessaverit, at vero ipsam successionem agnaticam *L. III. tit. I. §. 1.* ex *XII. Tabul.* jure deriver; hinc valde dubito, num hæc fecunda qua agnatos unquam obtinuerit.

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

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

## §. IV.

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

Jure Germ.  
vero, materia  
Pactorum  
dotalium, ob  
communem  
pactorum  
successorio-  
rum validi-  
tatem, omnia  
bona sunt.

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

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

Germanos parentum hereditatem, sola ratione naturali, quasi tacita lege, liberis ab intestato esse delatam, eumque successionis modum, liberis deficientibus, in proximis etiam agnatis ac cognatis obtinuisse, sic, ut in tali casu nullum testamentum intervenerit &c, tandem concludit, majoribus nostris, liberis vel cognatis deficientibus, omnino modum quandam, bona sua ultima voluntate in alium transferendi, usurpatum fuisse. Peculiares vero hujus hypothese suæ probationes ex *Seculo* demum *V.* & seqq. maxime vero ex *d. tit. 48. L. RIPUAR.* nec non *cap. 19. L. IV. CAPITULAR.* aliisque veteribus monumentis (ex quibus tamen ipsa pacta successoria probari solent) petit desumitque. STRYKIUM notat *Illustr. HEINEC. d. l. §. 42. seq. &*, in *subseq. tit. VII. p. 207.*, ex multis argumentis ac documentis per omne ævum evincit: testamenta plane non esse Germanicæ originis, sed usum eorum Germanicos populos ab ipsis demum devictis Romanis extra Germaniam didicisse, in Germaniam vero eundem serius penetrasse, ac primitus saltem inter illustres personas, in genere vero, ante peregrinorum jurium invectionem, magis in simplici quadam forma, ac pro animæ saltem remedio, quam secundum juris Rom. subtilitates, substituisse. Ipsa STRYKII argumenta & probationes levioris mihi quidem videntur esse momenti, qua ipsam rem tamen crederem, facili negotio hanc litem inter *Viros Illustr.* componi posse, dummodo ipse controversiæ status recte formetur. STRYKIUS enim *d. l. §. 4. & 5.* ubi huic veterem testandi modum, aut pactum, aut pacto tamen non ab similem conventionem fuisse, concedit, non obscure indigitat, se a conceptu testamentorum, non solum proprie sic dictorum ac in juris Rom. sensu consideratorum, sed & ad ejus imitationem forte, sub medio ævo a Germanis pro animæ remedio, vel sub specie legati ad piam causam, conditorum, plane abhorrere; Et hinc id, quod *Illustri HEINECCIO d. l. Pactum successorium, illi testamentum* est; Quapropter unica saltem adhuc remanet quaestio: numne & aliquando majores nostri, sub analogia quadam ultimæ voluntatis in genere considerata, vel clarius: numne aliquando revocabiliter sibi constituerint heredem, ac factam declarationem (non enim semper actualiter, sed ut plurimum fiste saltem ac eventualiter bona sua tradidisse videntur) ad mortem usque suspenderit? Ex iis quidem locis, ad quæ STRYKIUS provocat, id difficillime probari poterit, num vero alias simpliciter negandum? adhuc altioris mihi videtur esse indaginis,

(\*) Quid

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

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

## §. V.

Forma pactorum dotalium est vel *essentialis*, vel *acci-* In forma ef-  
*dentalis*, seu probatoria. Essentialis, ut omnium omnino sentiali ali-  
conventionum, consistit in consensu, (\*) quippe sine qualis inter  
quo nulla contrahitur obligatio; unde & firmissima re jus Rom &  
gula est: quod illi qui valide consentiant, valide etiam Germ. est  
obligentur, vel, quod idem est, valide paciscantur, & differētia.  
contra; Ex quo porro sua sponte fluit, quod personæ vel  
ipsa natura, ut mente capti, furiosi, quibus & extreme  
ebrius non absimilis habetur, vel ob animi defectum, ut  
impuberes, ad paciscendum matrimoniique contractum  
ineundum inhabiles, nulliter etiam pacta ineant dotalia.  
Verum quis heic differentiam inter jus Rom. ac patrium  
statuere, vel hæc horribilia secreta multis legibus juris  
Rom. corroborare vellet? In persona minoris tamen,  
animadverto, utriusque non convenire juris principia.  
Jure Rom. tutela, adæpta pubertate finiebatur, & hinc mi-  
nor jure veteri D. & cum, & sine consensu curatoris  
omnia, salvo tamen restitutionis in integrum beneficio,  
valide agebat. Hoc, licet postea jure noviori, & quidem  
l. 3 C. de in integr. restit. ratione minoris curatorem haben-  
tis limitatur, ipsa minoris persona tamen, omniaque ean-  
dem respicientia negotia, a curatela libera ac excepta ma-  
nebant, & hinc minor non solum sine curatoris consensu  
matrimonium, p. l. 20 ff. de Ritu nupt. & l. 8. C. eod., sed & per  
consequentiam pacta dotalis, quippe, quæ ipsum concer-  
nebant matrimonium, celebrare poterat, arg. l. 73. ff. de  
jure dotal. & l. 8. ff. de Pact. dotal. Verum, has juris Rom.  
E conclu-

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

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



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

## §. VI.

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

Sic quoque  
in forma  
probatoria.

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

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

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

(\*) *Vulgatissima* alias pactorum dotalium divisio est, in simplicia, h. e. in vim contractus, & mixta, h. e. in vim ultimæ voluntatis substantia. Non unanimis tamen *DD* de ea est opinio. Sunt, qui omnia pacta dotalia in vim contractus subsistere, ac invito altero plane non revocari posse, existimant, alii contra directe contrarium defendunt. *conf. laud. STRYCK d. l. §. 37. seq.* Praxis tamen eandem sub certis formulis recepit, distinguendo: num verba ad bona saltem respiciant, v. g. *Sie soll meine Güther haben und behalthen* / an successione mentio injecta fuerit: *Sie soll meine Güther erben*; *Sie soll darin succediren*; hoc posteriori vero casu ad imitationem donationis m. c. quinque testes requirendo, ac revocationem permettendo. Verum inconuenientiam hujus rei, & insulam juris Rom. immixtionem, bene animadvertit *Illustr. LEYSER cit. Med. Spec. CCCVIII rb. l.* ita edisserendo: *pacta sic dicta mixta, pugnare cum natura pactorum, pugnare cum principiis juris patrii, pugnare cum candore Germanorum, ac esse denique verum monstrum, partim ex jure Rom. partim jure Germ. constat.* Imprimis vero notabilia sunt, quæ in subsequentibus tradit: nimirum: *Pacta dotalia in dubio per modum contractus inita censeri, voces Hereditatis, Successionis item legitimæ, etiam in pactis per modum contractus initis, adhiberi posse, vocem erblich, contractum magis indicare quam ultimam voluntatem, pactorum dotalium inter vivos*

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

## §. VII.

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

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

(\*) Commu-

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

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

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

- (\*) Nescio vero quid STRYKIUM d. l. §. 35. moverit, ut ex hoc jure hereditario descendente realem actionem, contra heredes saltem defuncti, ad exemplum realis actionis pro legatis consequendis, non vero contra tertium possessorem institui posse existimet, cum tamen illa realis actio pro legatis consequendis, omnino contra tertium possessorem detur p. l. 25. pr. de obl. & act. & jam ex HOPPIO in *Comment. ad §. 11. J. de Leg.* notum sit, transire ipso jure dominium rei legatæ [speciei sc.] in Legatarium, ita ut vel contra heredem ex testamento, vel etiam rei vindicatione contra tertium possessorem agere possit. Quod & multo magis locum habebit, si superstes sub universali titulo succedit, eo ipso enim non potest non iisdem remediis, quæ civili competunt heredi, contra tertium possessorem vel universalem vel particularem gaudere.

CAPVT III.  
DE  
DONATIONE PROPTER  
NUPTIAS.

§. I.

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

Donatio sim-  
plex in jur.  
Rom. quid?

F. (\*) Equidem

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

## §. II.

Donationis  
ante nupt.  
a simplici  
differentia.

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



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

## §. III.

In prioribus *LL. Tit. C. de donat. ante nupt. simpli.* Donationis pp. nuptias origo.  
 cem saltem desponsatorum donationem, seu sponsalitiæ largitatem præter arrham factam, invenimus; quæ vel sine respectu ad futuras nuptias, vel etiam intuitu earum conferebatur. (\*) Prior, licet etiam nuptiæ non essent in secutæ, valida tamen ac irrevocabilis manebat *l. 10. 11. & 12. C. hic*, ac semper, nisi expressum esset, num intuitu nuptiarum fieret, nec ne, subintelligebatur. Quod vero *Con-stantinus in l. 15. hic* mutat, sentiendo, quod quævis ab uno desponsatorum in alterum facta donatio, intuitu futuri matrimonii facta præsumenda esset, ac nuptiis, v. c. morte alterius non insecutis, nisi donans causam non contrahendi matrimonii præbuisset, repeti posset, quod tamen in *seq. l. 16. hic* ratione sponsi, sponsæ, interveniente osculo aliquid donantis & ante nuptias decedentis, ita limitat, ut h. c. dimidia pars apud superstitem sponsam remaneret, altera, defuncti sponsi heredibus restitueretur. Sicuti vero, juxta scrupulosam *L. Cincia* dispositionem (quam *D. PIUS* in personis conjunctis saltem sustulerat, cujusque in *l. 4. C. THEOD. de donat.* mentio injicitur) cuius donationi mancipatio ac traditio accedere debebat, ita & hæc ante nuptias donatio actua-lem requirebat traditionem *arg. l. 3. C. THEOD. de Sponsal. & ante nupt. don.* quam traditionis necessitatem tamen *THEODOSIUS junior* in *l. ult. C. THEOD. eod.* (cujus legis posteriora saltem verba, *TRIBONIANUS* in *l. 17. C. hic*, & insuper legis sententia interpolata, adducit) itidem, ad imitationem forsam *Constitutionis D. PH.* remittit; sunt vero legis verba: *Si donationis instrumen-*

strumentum ante nuptias, actorum solemnitate firmatum sit, de traditione, utrum nuptias antecesserit an secuta sit, vel penitus praetermissa minime perquiratur &c. Cum itaque ex eo tempore, hæc in sponsam ante nuptias facta donatio, apud sponsum maritumque remanere cœpit, hinc & subsequentes Imperatores occasionem coepisse videntur, novam aliquam, ex hac simplici ante nuptias donatione, efformare donationem, & quidem talem, quæ non solum sponsæ non traderetur, sed & saltem eventualiter in casum soluti matrimonii, conscriberetur. Talem vero donationem ante nuptias jam in *Constitutione LEONIS in l. 9. C. de Pat. conv. & ZENONIS in l. 18. C. de donat. ante nupt. offendimus*; quocirca verosimillimum est, quod *Justinianus in d. s. 3. 7. de don. per juniores Principes*, qui hanc introduxisse donationem ibidem feruntur, LEONEM ac ZENONEM (nisi jam ipsum THEOD. JUN. auctorem habere velis) intelligat. Duo vero singularia, & simplici sponsalitiæ largitati propria, in hac ante nuptias donatione remanebant, nimirum, ut tam ante nuptias constitui, quam summam legitimam, (quam THEOD. JUN. in *d. l. ult. C. Theod. ad ducentos aureos restringit*, JUSTINIANUS vero, primo ad trecentos, mox quingentos aureos extendit *l. 34. & 37. C. de donat.*) excedens insinuari deberet; quod utrumque JUSTINUS in *l. 19. C. de donat. ante nupt.* qua augmentum dotis, constante matrimonii facti, limitat, JUSTINIANUS vero in *l. 20. eod.* tollit, vocem *ante*, in *propter* convertendo disponendoque, ut non solum constante matrimonio initiari, sed & insinuari posset.

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

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

## §. IV.

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

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

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

## §. VI.

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

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

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

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

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

## §. VII.

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

hujus confusionis duobus exponere posteaque differentias juris Rom. ac Germ. brevibus conferre. Discimus vero jam ex TACITO de moribus Germ. Cap. XVIII. dotem non uxorem marito, sed maritum uxori obtulisse: quem morem etiam mediis perficitur ævis, patrii juris monumenta sicut ac abunde evincunt. Sic cautum in L. RIPUAR. Tit. XXXVII. Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsim permaneat. Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, & tertiam partem de omni re, quam simul contabuleraverint, sibi studeat evindicare, vel quicquid ei in morgengaba traditum fuerat, similiter faciat, Similiter L. BAIORIORUM Tit. VII. c. XIV. si quis liber liberam uxorem suam, sine aliquo vitio per invidiam dimiserit, cum quadraginta & octo solidis componat parentibus. Mulieri autem dotem suam, secundum genealogiam suam solvat legitime. Et quicquid illa de rebus parentum tibi adduxit, omnia reddantur mulieri illi. Nec minus L. SAXON. tit. VI. VII. & VIII. ubi inter OSTPHALOS, ANGRARIOS & WESTPHALOS hoc fuisse discriminis videmus: OSTPHALI, fertur ibidem, & ANGRARII volunt: si femina filias genuerit, habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivat, filiisque dimittat. Si vero filii matre supersite moriantur, ipsaque post obierit, dotem proximi ejus in hereditatem accipiant. Si autem filios non habuerit, dos ad dantem, si vivit, revertatur; si defunctus est, ad proximos heredes ejus. Apud WESTPHALOS, postquam mulier filios genuerit, dotem amittat, si autem non genuerit, ad dies suos dotem possideat, post decessum ejus dos ad dantem, vel si deest, ad proximos heredes ejus revertatur. Conf. plur. SCHILTER. in Exercit. ad Pand. XXXVI. §. 6. 8. seq. ubi, et idem apud LONGOBARDOS, WISIGOTHOS, Burgundiones, &c. obtinuisse, ex LL. eorum probat (\*) nec non Illust. HEINEC., Elem. jur. Germ. L. I. tit. XI. §. 236. seq. Quicquid autem mulier suo attulerit marito (\*\*\*) non dotem fuisse, sed maritum, ut legitimum tutorem, in bono-

G

rum

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



nisque in pactis dotalibus adsignatæ proprietat (olim enim dos Germ. regulariter saltem in usufructu ad dies vitæ consistebat, finito vero eo, ad liberos cætorosque mariti heredes redibat, conf. HEINECC. d. l. §. 23.) ad imitationem donationis pp. nuptias conscriberetur, hinc itidem nova vocabula, quibus alias in specie hac donatis insigniri solet, ut v. g. *Wiederlage*, *Gegensteuer*, *Gegenvermächtniß* &c. excogitata fuerunt, quibus omnibus tamen, juris Rom. principia ita fuerunt immixta, ut & solidior praxis, restaurata licet à quibusdam *Viris doctissimis* nunquam satis laudandis, jurisprudentia Germ., sese vix ac ne vix quidem ex hac utriusque juris pessima confusione extricare potuerit. His præmissis, ad ipsas speciales juris Rom. ac Germ. profiliam differentias.

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

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

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

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

## §. VIII.

Differentia  
Juris Rom.  
ac Germ. pri-  
ma.

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

## §. IX.

Differentia  
secunda.

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

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

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

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

## §. X.

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

Differentia  
Tertia.

## §. XI.

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

Differentia  
Quarta.

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

## §. XII.

Differentia  
Quinta.

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

## §. XIII.

Differentia  
Sexta.

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

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

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

debuisset, cum hic, ut totus legis contextus docet, *Imperator* saltem de quantitate loquatur, & insuper in toto *jure C.* de dominio hujus donationis altum silentium sit, quippe, dum alias *Imper.* in *Novell. 61.* nil novi introducere ac antierius jus corrigere potuisset,] quod donatio pp. nupt. dotis securitatem concernat, subnuitur, ita & hoc, licet etiam id admitteremus, in unico saltem casu, nimirum, si res nondum obligata in donationem pp. nuptias conscripta esset, contingere posset; cum tamen de cætero jus tacitæ hypothecæ cum *jure protopraxias*, omnino hoc dominio pinguius maneret, quippe dum & contra anteriorem hypothecarium prodesse posset. Cæterum vero cavendum, ne ipsa hujus *Novellæ 61.* dispositio, in praxin reducatur, cum alias sæpissime casus possent contingere, ubi mulier ratione lucri hujus donationis, majori, quam dotis ipsius, gauderet privilegio, quod tamen contra bonos mores,

- (\*\*) Ratione dotalitii alias communiter a *DD.* distinguitur, num in locum dotis surrogetur, eamque absorbeat v. g. quadruplicatis usuris, an vero præter dotem mulieri adsignetur: priori casu dotis privilegium, altero vero jus donationis pp. nuptias, h. e. tacitæ hypothecæ, a tempore illationis mulieri competere fertur. *Conf. MEV. P. I. Dec. 173.* *HORN. jurisprad. Feud. d. l. Quousque* utrumque obtineat, hac vice non disquiram, cum non tam ex *jure Com.*, quam potius ejusvis loci statuto ac consuetudine feudali, decidendum sit; id saltem adjiciam, ipsam *MEVIUM d. l.* licet alias primario de dotis saltem privilegio loquatur, in rationibus suis decidendi non obscure indigitare, donationis pp. nuptias adplicationem, & hic claudicare. Sic enim n. 8. *At in posteriori [specie] ex titulo lucrativo exigitur, [dotalitium] qui per rationem æquitatis evidentem post NB. omnes alios creditores est;* & in nota hanc adjicit rationem: *Satis absurdum, creditoribus jus suum persequentibus legitimum auxilium denegare, his, qui de lucro certant paratas leges accommodare, l. fin. §. 5. C. de inre delib. porro n. 10. & 11. Sive igitur ex conventionione præter dotis restitutionem promittitur dotalitium, sive lege constituitur, non est petitioni locus, antequam satisfierit NB. omnibus mariti creditoribus: quod in nota ita explicat: *Pactis debitoris petitio creditorum mutari non debet, l. 25 C. de Pact., non præsumitur, legem voluisse creditoribus jus suum auferre propter alienum lucrum.* Cæterum, quid de privilegio dotis ratione augmenti, seu lucri dotis sentiat, in not. 13. *ibidem*, satis prodit, ubi ita: *Quando lex & consuetudo est domina omni-**



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

## §. XIV.

Claudo has meas quales qualescunque de donatione pp. nuptias meditationes, cum verbis B. SCHILTERI Exerc. XXXVI. §. 86. ubi in collatione Juris Romani, cum juris patrii principiis inter alia ita: *Quemadmodum in jure statutorio, ex vetusti juris patrii & superinducti juris Romani principiis ac hypothesebus intermixto, sic etiam porro in praxi ipsa & rerum argumentis, confusio orta sapa fuit. Moribus nostris, primarium in contrahendo matrimonio ex parte mulieris est, ut ipsi certum quid ex bonis mariti deputetur, unde se post mortem ejus exhibere possit: id dotem vocant veteres & morgengabam, dotalitium, recentiores ad aemulationem juris Romani, donationem propter nuptias.*

*Nomen tolerari facile possit, sed natura plane diversa est.*



COROL-

## COROLLARIA.

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



COROL.



CAPUT IV.  
DE  
PACTIS DOTALIBUS  
INVALIDIS.

§. I.

**S**icuti ex duobus *anteced. C. C.* luculenter constabit, ob diversam juris patrii rationem, diversam quoque esse hodiernorum pactorum dotalium, ab iis, quæ in jure Rom.prehendimus, naturam, ut & hujus juris principia non, nisi invita omnino, ad praxin Germ. adcommodari queant; ita & plane, aliam horum pactorum adstruendam esse definitionem, res ipsa docet. Jure Rom., ut supra *Cap. II. §. 3.* vidimus, ea saltem desponsatorum ac conjugum pacta hoc proprie nomine veniebant, quæ de dote, ac donatione pp. nuptias erant concepta: Jure Germ. vero, cum non solum omnia conjugum bona, in pactorum dotalium cadant materiam, juxta *§. 4. ibid.*, sed & ipsum matrimonium concernentes conventiones, hoc nomine soleant insigniri, id quod ex vocibus synonymicis: *Ehepacten, Ehezerren, Eheberedung, Ehestiftung* comparet, rectius describuntur, per: *pacta desponsatorum vel conjugum super omnibus eorum bonis, ipso ac matrimonio conventa, futuram successionem & ipsius connubii rationem determinantia.* Restat, ut in collatione utriusque juris occupati, juxta hunc latiore conceptum, ad specialiora quædam progrediamur, ac videamus, quousque heic juris Germ. principiis, præ jure Rom. in materia pactorum invalidorum, competat prerogativa. Ubi vero id præmonendum erit, me non infinitas illas, ex ipso diversissimo connubiorum statu

Connexio cum prioribus II. CC. superstruitur, & quonam heic accipiuntur pacta dotalia sensu, indigitatur eorum definitione.

J pro-



profuentes differentias collaturum, eaque, quæ jam ex antecedentibus sua sponte fluunt, heic repetiturum latiusque deducturum, sed in id saltem laboraturum, ut speciales quosdam, jure Rom. invalidorum pactorum conjugum casus, cum contrariis juris Germ. principiis conferam, ac simul evincam, ex his unice esse petendam decidendi rationem.

## §. II.

Factum dotale, ne ob res donatas agatur, ex juris Rom. principiis non valet.

Notabile in *l. s. ff. de pact. dot.* occurrit pactum dotale invalidum, ubi PAULUS *§ Cuius* inter alia ita: *ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas agatur,* (h. e., ne donatio, ab uno in alterum conjugem facta, revocetur,) hancque adjicit rationem: *ne jus civile impugnetur.* Fontem hujus juris prohibitivi, illimitatam illam, apud Romanos divortiorum licentiam fuisse, supra *Cap. II. §. 1.* demonstravi, licet alii primario, ad veterem illam mulierum in manus maritorum conventionem, confugiant. (\*) Quicquid sit, in ipso singulari connubiorum Rom. statu, hujus prohibitionis rationem esse fundatam, nemo facile in dubium vocaverit. Quod vero GREGORIUS noster, in *Cap. 8. X. de donat. inter Vir. & uxor.* ubi hæc habentur: *Donatio, quæ constante matrimonio, inter conjuges dicitur esse facta, ex qua alter locupletior, & pauperior alter efficitur, (respicitur forte ad orationis ANTONINI verba, quæ refert ULPIANUS in pr. l. 3. ff. heic) firmitatem non habet, nisi donatoris obitu confirmetur: quæ tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite, vel expresse, vel, qui donatum accepit, prius debitum nature persolvat, tam anxie ac stricte juri Rom. inhæserit, mirari quis potuerit. Ad antiquissimam illam apud Romanos usitatam in manus mariti conventionem, (ponamus illam fuisse primariam hujus prohibitionis rationem) quæ jam diu in statu *L. Rep.* cessavit, ac cum ea, quam suo forte tempore inter*

inter conjuges viderit; communione, nulla ex parte comparanda (\*\*), respicere non potuit, multo minus divortiorum licentiam, tanquam suæ dispositionis rationem supponere, quippe, quam Ipse, ni fallor, ac *Antecessores* sui, jam ita coarctaverant, ut huic donationi non magis obstare posset. At, quid mirum, quod hicce *Petrus* noster, in tenebris illis microscopiis suis uti non potuerit? quid mirum, quod in scitis juris *Latii* sepulti antea, nunc vero vires recipientis suas, substiterit? & quid denique mirum, quod & hæc, jure *Pontif.* confirmata juris Rom. pars, ad Germaniæ fora, suas voluerit protendere manus? Dico: *voluerit*, licet hucusque non, nisi aliquam confusionem in praxi efficere potuerit; quapropter illis, qui rotunde asserunt, donationes inter conjuges, non solum jure *Civili* ac *Pontificio*, sed & totius *Europa* consuetudine, esse interdictas, gratulor quidem animitus, interim tamen velim, mihi permittant, posterius, qua nostram Germaniam, paulo accuratius inquirere.

(\*) Has duas rationes conjungit *Illustr. BOEHMERUS in Jure Eccles. L. IV. T. 10. de donat. inter V. & Ux.*, cumque animadvertit, id, quod in *l. 1. l. 3. & l. 31 ff. de moribus majorum* dicitur, tam ad antiquissimum, quam ad recentiorum annu-  
biorum statum quadrare, totus totus est in eo, ut hos, pro diverso matrimonii statu, diversos quoque Romanorum mores conciliet, ac demonstrat, antiquissimam illam in manus conventionem, introduceudi primitus recipiendique, divortiorum facilitatem vero, retinendi conservandique hujus juris fuisse rationem. Doctissimæ ac laboriosissimæ *Illustr. Viri* deductioni, equidem nihil detrahere aserim; id saltem adjiciam, mutatione matrimoniorum introducta, i. e., neglecta in manus conventionem, divisione bonorum in dotalia ac paraphernalia inventa, maxima denique divortiorum licentia suborta, plane diversa etiam, ac cum prioribus vix compatiblem jura exitisse: h. e. donationes ex eo simpliciter fuisse prohibitas, ac invalidas, ita, ut nec morte confirmari, nec inter alias personas conjunctas, iunctu matrimonii sibi quid donantes, magis subsistere potuerint,

donec ANTONINUS, hunc veteris juris aliquantum relaxavit rigorem, vide *supra* C. III. n. 1.

[\*\*] Differentiam antiquissimæ Rom. conjugum communionis, ab ea, quam majorum nostrorum debemus institutis, quæque in plerisque Germaniæ locis, non obstante juris Rom. receptione, adhuc conspicua, imo, per ipsam jurium peregrinorum investitionem, quippe, quæ distinctionem illam bonorum in *hereditaria* & *acquisitiva*, in plerisque locis sustulerunt, aucta magis magisque est, optime alias *Illustr. BOEHMER d. l. §. 76.* exponit: *Equidem, inquit, olim etiam jure Romano, quadam communitio inter conjuges usitata fuit, verum ab hac, quæ inter Germanos obtinuit, longe diversa. Jure Romano enim uxor erat in manu mariti, & uxoris bona ad maritum devolvebantur, ut magis jure proprietatis ea possideret, solo usu communi relicto uxori, cum spe succedendi - - Ast jure Germanico vera magis communitio inter conjuges locum habuit, ex natura societatis individua & artificiosa, quæ in connubio dprehenditur, quod Germani magis simplicitatem juris Gentium secuti videantur, cum Romani suam communionem, vel quasi, ex alio subtiliori & rigidiori fundamento traxerint.* Hinc, tutela legitima, bonorum pro indiviso possessio, acquæstus conjugalis, successio statutaria &c. quæ omnia jus Rom. ignorat.

### §. III.

Antiquissimo jure Germ. donatio inter V. & ux. in casu liberorum existentium restringitur saltem.

In iure patrio, & validam, & invalidam inter conjuges dprehendimus donationem, verum ex plane alio, quam iuris Latii fonte promanantes. Valida regulam constituit, ac in communi pactorum validitate fundatur, nec requirit ad subsistentiam suam, ut confirmetur morte: Invalida ad exceptionem pertinet, & partim ex solo heredum iure, partim etiam, ipsa diversa bonorum qualitate, minime vero, ex lubrico quodam, ut apud Romanos, connubiorum statu metiendus, indeque ita qualificata, ut nec morte quidem convalescere queat. De utraque coniungam. Ad antiquissima, si respexerimus patrii iuris monumenta, invenerimus, cuivis, qui filios non reliquerat, statuendi de rebus suis, quicquid voluerit, competitte potestatem. Sic in *L. WISIGOT L. IV. tit. II. §. 20.* cautum

cautum legimus: *Omnis ingenuus vir atque femina, sive nobilis sive inferior, qui filios vel nepotes, aut pronepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quicquid voluerit, indubitanter licentiam habebit &c.* porro *L. V. tit. II. §. 4.* qua maritum & uxorem in specie disponitur: *Si mulier a marito extra domum, de quibuscunque rebus, quacunque donatione vel profligatione acquisitis, aut illi debitis, quocunque tempore, quodcunque donatum acceperit, si filii de eodem conjugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui possideat. Quodsi ex ipso conjugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus suis donatis — facere elegerit, liberam habeat potestatem, nec non §. 7. ibid: Maritus, si uxori sua aliquid donaverit de hoc, quod ipsa habere voluerit, scripturam manus suae subscriptione, vel signo confirmet: ita, ut duo aut tres ingenui subscriptores vel signa facientes (animadvertite heic iuris Rom. immixtionem) accedant, & sic voluntas ipsius habeat firmitatem &c.* ex quibus omnibus liquide adparet, hanc donationem, in casu saltem liberorum fuisse restrictam, de caetero vero validam ratamque. *conf. LL. antiquas, quas supra Cap. II. §. 5. in materia successioneis pactitæ, nec non Cap. III. §. 7. de dote Germanica, adduxi, in quibus omnibus, fortissimum argumentum validæ inter coniuges donationis, inveneris. Egregium denique, ratæ eiusmodi donationis exemplum, sistunt nobis omnes ferme LL. antiqua, in vulgatissimo & adhuc hodie usitatissimo dono matutinali, Morgengaba dicto (\*), uxori, postridje nuptiarum, in signum initi consortii omnis vitæ iurisque universi cum eadem communicati, (juxta plerorumque *DD.* ingenii lufum, in commiffæ virginittatis proemium, ac operæ nocturnæ pretium) facto, de quo *conf. 7. Illustr. HEINEC. Elem. jur. Germ. Lib. I. tit. XI. §. 235. seq.**

[\*] Quæ donatio ita facta est privilegiata, ut & in rebus sine heredum consensu alias non alienandis constitui potuerit. Audiamus

mus *Speculatorem Saxon L. I. Art. 20.* Nun vernehmt, was ein jeglich Mann von Ritters Art, mög seinem Weib zu Morgengab geben, des Morgens, als er mit ihr zu Tisch gehet, vor Essens, ohne der Erben Laub. Er mag ihr geben einen Knecht oder Magd, [qui alias juxta ART. 52., cum bonis immobilibus hereditariis sine heredum consensu non alienandis, eodem jure censentur] die bey ihren Jahren seynd, gezeuner, Zimmer und Geldgeng Vieh. Quod tamen ratione non nobilium in f. limitatur: Alle die von Ritters Art, nicht seyn, mögen ihren Weibern nicht mehr geben zu Morgengab, dann das beste Pferd oder Vieh das sie haben. Idem Morgengabe jus in *Speculo Sæv. C. 67. edit. SCHANNETTI* confirmatur.

## §. IV.

Jure mediæ ævi vero, partim ex hereditum jure, partim e bonorum qualitate limitatur tantum

Jura mediæ ævi quod attinet, si externum intueamur colorem, videntur illa quidem hanc donationem inter coniuges prohibere, verum si paulo penitius rem ipsam attenderimus, citra respectum ad quædam specialia heredum iura, ac bonorum qualitatem, nihil disponere eadem viderimus, quod ex ipsa matrimonii, ut apud Romanos ratione, huic donationi ob stare queat. In *jure Prov. Saxon. Lib. I. Art. 52.* Ohne der Erben Laub und ohne Gericht, mag kein Mann sein eigen (*hereditarium*) Gut so vergeben, non de quibusvis bonis immobilibus, sed *hereditariis* saltem (\*) sermonem esse, iam diu ab *Eruditis* evictum est, & *Illustr. Dn. Cancell. de LUDWIG in Diss. de Donat. Cap. VI. §. 5.* probe monet: Vocem: eigen, heic in sensu iuridico esse accipiendam, ut designet *Allodium*, quod *Saxo* male expressit per appellationem: eigen, loco cuius potius: Erb, Guet, substituere debui. Set, quod veteres *Allodium* vocarunt: eodemque sensu, *Art. 21. L. 1.* Man mag Frauen wohl eigen geben zu ihrem Leib, mit der



der Erben Laub, res ipsa docet. Si itaque Maritus de bonis acquisitivis immobilibus, nec non de quibusvis mobilibus, iuxta subseq. cit. Artic. 52. verba: Alle fahrende Zaab aber gibet der Mann wol ohne Laub der Erben, in allen Städten und an allen Orten, liberrime disponere potuerit, quid quæso! impediverit, quominus & in uxorem eadem transferre potuerit? conf. Illustr. BÖHMER. d. l. §. 82. Ratione mulieris, singularem quandam continet dispositionem, Art. 31. qui, cum mirifice DD. ingenia torfit, meretur, ut integer adjiciatur; verba sunt: Mann und Weib haben nicht gezwelt Gut zu ihrem Leibe, Mann und Weib en hebben nyn getwoyet Gut to erme Live) stirbt aber das Weib bey des Mannes Leben, sie erbet keine fahrende Habe, dann allein gerad und eigen, als sie das hat, an ihren nehesten. Rein Weib mag auch ihres Guts ichts vergeben ohn ihres Mannes Willen, daß er es durch Recht leiden dörf. Wann ein Mann ein Weib nimpt, so nimpt er in sein Gewehr alles ihr Gut (alii malunt: so nimpt er in sein Gewehr und alles ihr Gut) zu rechter Vormundschaft. Darum mag kein Weib ihrem Mann eine Gabe geben, an ihren eigen, oder an ihrer fahrenden Zaabe, da sie es ihren rechten Erben nicht entfremde, nach ihrem Tod, dann der Mann mag an seines Weibes Gut kein andere Gewehr gewinnen, denn als er zu dem ersten mit ihr empfang in Vormundschaft. Plerique DD. rationem hujus dispositionis, in ipsa communione, ac tutela legitima quærunt, quod, qua donationem mulieris in maritum factam, satis speciosum est, maxime cum ejusmodi donatio, durante matrimonio, nullum plane effectum habere potuerit; si tamen rem ipsam paulo accuratius ponderaverimus, parum aut nihil hæc in recessu habere, deprehenderimus. Sicuti enim, ex omnibus aliis patriæ institutis luculenter adparet, ipsam Germ. communionem in se consideratam, huic

huic donationi minime obsticisse, præprimis cum eiusmodi donatio, minimum post mortem donantis, effectum suum habuerit, id quod vel solum *Jus Lub.* de quo mox, optime probat; ita & inconveniens foret, ex eo, quod, alterum coniugem in communionis detrimentum, nihil facere, nec in tertium posse transferre sua bona, disponatur, concludere velle, ergo, nec ipsos conjuges sibi invicem aliquid posse donare. Obstare videntur verba posteriora: Darum mag kein Weib *s s* dann der Mann *s s* verum heic manibus palpari potest, ipsam communionem, vel tutelam legitimam veram non esse causam, sed illam jam in antecedentibus: Da sie es ihren rechten Erben entz fremde, latere. Quid vero sibi velint hæc: an ihren eigen, oder an ihrer fahrender Haab *s s*, & num omnia mulieris bona, an hereditaria ac Geradica saltem subintelligantur? difficilior est quæstio. Communis opinio est, de Gerada heic *Saxonem* loqui, & veriore quidem eandem esse contextus docet, interim tamen, rem plane confuse & indistincte ab illo exponi, in oculos incurrit. Quod casum præmorientis mulieris, non mariti, *Speculator* supponat, ipsa verba indigitant: Darum mag kein Weib ihrem Mann ein Habe geben an *s s* da sie es ihren rechten Erben nicht entfremde nach ihren Tod; casu enim mariti præmorientis supposito, non tam in ipsum maritum, quippe qui, constante matrimonio, ut tutor legitimus omnibus uxoris bonis jam utebatur ac fruebatur, quam ejus heredes, in effectum facta fuisset, & mulier non tam suis heredibus, quam sibi potius præjudicasset, quod tamen, & cum textu, & cum natura rei male cohæret; Nunc vero statim ab initio inter fahrende Haabe (bona mobilia in genere) & Gerade (utensilia) distinguit, ac eorum maritum, horum vero proximum cognatum constituit heredem, conf. *Artic. 76.L.III.* & tamen heic pergīt, mulierem nullam marito suo facere posse donationem in mobilibus suis, an ihrer fahrend

fahrender Zaab, sui immemor, cum per se jam potuisset  
 intelligi, mulierem non posse: die fahrende Zaab, in mari-  
 tum donationis titulo transferre, quippe quam ille post  
 mortem, jam proprio jure acquireret; & hinc loco: fah-  
 render Zaab, substituere debuisset: Gerad (\*\*). Quod  
 porro vocem: eigen, concernit, sub ea heic intelligi bona  
 immobilia, res ipsa docet; num vero, & heic cum *Illustr.*  
 BÖHM. d. l., ad distinctionem, inter bona *hereditaria*, &  
*acquisitiva*, (quæ alias, qua maritum, juxta sensum *juris*  
 WEICHBILDICI, de quo vid. *not. i. b.* recte se habet) con-  
 fugere queamus, valde dubito, cum præsuppositis ipsius  
 textus principiis, vix, ac ne vix quidem, casus existere  
 potuerit, quo mulier bona immobilia, a se ipsa acquisita  
 habuerit, ut taceam vocem: eigen, in antecedentibus  
 occurrentem: dann allein Gerad und *WERN*, non,  
 nisi de omnibus posse intelligi bonis immobilibus. Ex  
 his vero præmissis, non potuit non sequens enasci con-  
 clusio: Dann der Mann mag an seines Weibes Guet kein  
 andere Gewehr gewinnen, denn als er zu dem ersten mit  
 ihr empfang in Vormundschaft; De rebus immobilibus,  
 quippe quæ iam ex alio fundamento, non poterant sine  
 heredum consensu donari, nullum erat dubium; de re-  
 bus mobilibus, von der fahrenden Zaab, id per se in-  
 telligebatur, de rebus utensilibus, quæ simpliciter ad  
 uxoris heredes spectarent, itidem; quapropter hæc ver-  
 ba, magis effectum, quam rationem, quippe quæ iam in  
 duplici illo, in bona uxoris succedendi iure, tam a parte  
 mariti, quam heredum posita erat, denotant, & sic reve-  
 ra nihil significant, quod, prouti iacent, ac præ se ferre  
 videntur, fundamentum hujus juris prohibitivi contineat.  
 Quicquid tamen sit, singulare quid heic, ratione mulie-  
 ris esse statutum, facile quis animadvertet, quod non tam  
 ex connubii ratione, quam bilaterali illo irrevocabili  
 succedendi iure, proxime esse derivandum, per se patet.

K In

In *jure ALAM.* æque, arctissimam quidem coniugum deprehendimus societatem, ac communionem; sic enim *Cap. 271. edit. BERG. p. 56.* dispositum invenimus: Mann und Weib mögen nit haben kein gezwertes Guth, similiter: Ein Weib mag ihres Guths nit geben hin, an [ohn] ihres Manns Urlaub und an seinen Willn: noch ein Mann an seines Weibes Willen; casus donationis, inter ipsos coniuges vero, dispositioni iuris Com. (*Saxonici*) relinquitur. (\*\*\*) Omnium clarissimum est *Jus Lubecense*, inter *Statuta particularia*, excepto *Saxatico*, sine dubio antiquissimum, ac potissimum, *Lib. I. tit. VI. Art. I.*: Weder Mann noch Weib, wann die in der Ehe sitzen, und Kinder mit einander gezeuget haben, können ihre Güeter einander geben noch schencken, daß es zu Recht kräftig sey, es verwilligen dann, NB. die Kinder darein (\*); ex quibus videmus, hanc dispositionem, unice in favorem liberorum factam esse, de cætero vero, in casu non existentium liberorum, liberrimam coniugibus, non obstante communiõne, sibi invicem donandi esse relictam facultatem, nisi, quod illa in *sequenti Art. 2.* in casu reciproca omnium bonorum donationis, ad certam solemnitarem restricta fuerit: Welch Mann, oder Frau, die da keine Kinder mit einander im Ehestande gezeuget haben, vor dem Rath treten, und ihr Gut gegen einander *reciprocè doniren*, und auflassen; Ist dann die Frau hervormundet, (licet enim maritus constanter matrimonio legitimus alias esset Tutor, [Ehelicher Vormund] non tamen in rem suam poterat fieri Auditor, quod intellige, non de quovis, inter uxorem & maritum, pacto convento, sed solemnĩ sultem, ac maioris momenti) so ist die Ubergab kräftig, von ihr beyderseits erworbenen Gute, (bona enim *hereditaria* immobilia, æque hoc iure, non poterant in heredum præiudicium alienari, iuxta *102. tit. 10. L. I.*) doch sollen sie ihren nechsten Lebnehmen, einen

einen islichen acht Schilling, und vier Pfenning verlassen. In quibus omnibus tamen, maxime juris patrii a Romani inventis discrepantium. Jus Romanum, ex sola infirma matrimoniorum ratione, hanc improbat donationem, differentiam honorum ignorat, heredum heic rationem non habet; quod unicum tamen patrii iuris fundamentum est, & hinc habemus, suppositis supponendis, donationem inter Virum & uxor., vel simpliciter validam, vel simpliciter invalidam, (quæ posterior tamen exceptionem saltem format) nunquam vero regulis ac limitationibus juris Rom. subiacentem.

[\*] Num heic textus vero, de bonis saltem avitis, von Erbs Stamm-Gütern, sub quibus intelliguntur, non quæ præsens possessor, nec quæ pater ipsius quæsit, sed quæ minimum ab avo quæsit, jure hereditario, absque interveniente contractu, ad alienantem sunt devoluta, sit intelligendus? difficilis est quæstio. Usualis interpretatio eandem affirmat: vid. *Const. Elector Saxon. P. 2*, ex mente tamen *juris communis Saxon*, non præcisè requiri, ut ab Avo devoluta sint, ex ARTICULO 20. Weichbild, ubi: Mit der Erben Laub, ob es Erbe oder gabhafft Gut ist, das ist, daß es nicht unbeerbt oder ungabhafft Gut seye, also daß ers gekaufft habe um sein Geld, denn so mag er es geben wem er will, ohne jemandes widersprechen, coningere licet; cum ea saltem heic eximantur bona, quæ quis ipse pecunia, vel quod idem, industria sua acquisivit, *conf. BEYER in Specim. Jur. Germ. L. II. C. XI. §. 5. & 7.* unde ad subsequencia hujus ART. 52. verba: alle fahrende Haab aber, gibt der Mann wol &c. si forte dubium moverent, facilis est responsio.

[\*\*] Et hinc est, quod STRYK in *U. Mod. L. XXIV. tit. I. §. 1.* se seduci passus est, ubi de hoc textu ita: imo inquit, *si textus penitus consideratur, potissimum loquitur de Gerada, quæ sub nomine: fahrende Haabe, intellecta fuisse videtur, cum res mobiles eorum tantum fere, in usensilibus olim subsisterent, quorum*

sum etiam collimat COLERUS dec. 12. n. 12. Nec enim STRYK, nec COLERUS ita sensissent, dummodo verba *b. Art.* initialia: Stirbt aber das Weib bey des Mannes Leben, sie erbet keine fahrende Saab, dann allein Gerade und eigen, attendissent.

[\*\*\*] Alias *Illustr.* V 6 HM. d. 1. §. 81. ARTICULUM 272. *Jur. Alam.* Ain Weyb mag ihrem Mann chain Erb gegeben, des sy dannoch nicht geerbet hat, und des sy wartet tze erben, und also en mag auch der Mann seinem Weyb tze gleicher Weise, so mag auch nieman &c. huc etiam in censum redigit, & juxta, in *anterioribus* §§. suppositam differentiam, inter bona *hereditaria* & *acquisitiva*, ita explicat: *Verba, inquit, hæc duntaxat videntur excludere bona hereditaria futura, quorum successionem sperat conjux; sed non alia ratio hujus dispositionis est, quam, quod hereditaria, sive præsentia, sive futura, ab omni donatione exempta sint, nec legitimis heredibus interverti queant, adeoque etiam ad præsentia hereditaria, hæc verba adplicari possunt: Verum enim vero, licet bene animadvertam, hanc explicationem Sententiæ meæ, non solum non adversari, sed & potius illam confirmare, nec unquam adstruere audeam, Speculatorem dispositioni juris Communis Saxon. heic aliquid derogare, vel singulare quid, ratione conjugum voluisse disponere, eamque ipsius fuisse mentem, quod fututa bona quidem non, præsentia vero indistincte alienari queant; ita tamen valde dubito, num Speculator heic, ad bonorum distinctam qualiter respexerit, & ane potius in genere, de fututa quadam hereditate loquutus fuerit, vel quod idem, numne heic de specie quadam pacti *dispositivi* sermonem instituerit? Ipsa textus verba: des sy dannoch nicht geerbet hat, und des sy wartet tze erben, similiter: So mag auch nieman dem andern chain Gut geben, noch geschaffen, das er dannoch nicht geerbet hat, satis indigitant, in specie de pacto quodam, super quavis fututa hereditate, esse sermonem, ac fundamentum prohibitionis latere in nondum facta devolutione, quod tamen indistincte ad quævis bona quadrat: & hinc malle, cum *Illustr.* HEINECCIO in *Elem. Jur. Germ. L. II. tit. VI. §. 166.* sentire, heic speciem pacti dispo-*

dispositivi subesse. Numne vero heic quædam juris Rom. immixtio, vel si hoc tibi suspectum, aune regulæ juris Rom. de jure *fisci*, ex mente *Speculatoris* exulent? alia quæstio est; quod posterius ego nunquam negaverim; certissime persuasus, fundum *fisci* jam diu fuisse exhaustum, nisi alios habuisset ductus ac rivos, conf. *supra* C. 1. §. 4. n. 2. Licet enim quædam, contra ejusmodi pacta, obvia sint *Ætiorum responsa*, omnia tamen ita concepta esse deprehendimus, ut, re adhuc integra, conventionem de tertii *infeii* hereditate futura initam, annullent quidem, de effectu vero *L. ult. C. de Pact.* nil habeant.

[\*] Equidem MEVIUS ad *b. Art.*, existimat, nec heic, nec alibi in *Jur. Lub.* reperiri quidquam, unde firmiter colligi possit, circa prohibitionem donationis inter Virum & uxorem discessum esse a jure Com. Quocirca, cum quid statuti expressa correctione heic nihil mutatum reperitur, non aliter sentiendum, quam quod ex donationes, quæ jure communi prohibita sint, inter conjuges, & jure *Lubec.* remaneant prohibita & v. v. Verum, ut tacitam, expressiones: *discessum esse a jure Com: expressa statuti correctione nihil mutatum reperiri*, minus convenienter esse adpositas, quippe, cum *jus Lubec.* ut probabilissimum videtur, sub fine *Sec. XII.*, tempore HENRICI LEONIS Ducis *Brunsw.*, consequenter, diu ante *Juris Rom.* receptionem, jam conscriptum fuerit, immo a quibusdam *Viris Doctiss.* recte dubitetur, num *Compilator* unquam *Juris Rom.* veram notitiam habuerit, & numne potius ea vocabula, quæ ex jure *Rom.* desumpta esse videntur, a quadam recentiori manu admixta fuerint? ita & manibus potest palpari, hanc dispositionem unice in liberorum esse factam favorem hincque ad solum eorum consensum, sine ullo respectu ad revocabilitatem ipsius donantis, esse restrictam, id quod & subsequens *Art. 2.*, fat clare indigitat. Quod porro ipsius MEVII explicationem n. 4. *ibid.* ita se habentem: *De quibus bonis hic ART. loquatur, non convenit. Reperi nonnullos, ita explicasse, quod maritus nihil, ne quidem rem quinimam uxori, ex quavis etiam jure comm. licita causa, sine assensu liberorum donare possit. Quos errare nullus dubito, tum per textum expressum in ART. §. tit. 2. verb: Hat er ihr darüber etwas gegeben, tum quia nullibi conjugibus dispositio, super bonis suis, ob liberos adempta reperitur, nisi illa inofficiosa sit, sed permittitur potius, ART. 2. & 3. tit. 9. &c. sum denique quod ipsa verba: ihre Güeter, & Art. 2. b. tit.*

ad donationem omnium, aut majoris partis bonorum respiciunt, illamque solum definire volunt, attinet, suspecta illa mihi quidem videtur, dum valde dubito, num *Compiler* unquam, ad inofficiosam tantum donationem, prouti heic depingitur ab *Auctore*, respexerit; [inter mediocrem largitatem enim, & inofficiosam donationem, datur adhuc tertium, ad quod tamen textus æque quadrare videtur] si tamen dicendum quod res est, magis contra *MEVIUM*, quam pro illo pugnati ponamus enim, ipsos liberos, in quorum unicum favorem hæc dispositio facta est, non, nisi inofficiosam parentis mortui donationem in superstitem factam, revocare posse, quanto minus, quæso! ipse donans, durante matrimonio, eandem revocare, & quod semper Germanis turpe visum est, proprio facto contravenire poterit?

## §. V.

Ex juris  
Germ. prin-  
cipiis, etiam  
in praxi cen-  
sentur dona-  
tiones conju-  
gum, hinc di-  
spositio d. l.  
5. ff. de Pact.  
dot plane  
supervaca-  
nea.

Ad ipsam Germaniæ praxin; si nos contulerimus, & qua regulam, & qua exceptionem, omnia, ni fallor, ex limpidissimo juris Germ. fonte hauriri, deprehendimus: quicquid etiam heic jurium peregrinorum amatores obstreperint, sibi que persuaserint, omnia Juri Rom. contraria iura, particularia saltem esse, hincque juris Rom. usum, parum, aut nihil enervare evertereque posse. De usu *Juris Saxon. Com.*, in ipsis Germaniæ locis, ubi rentum fuerit, nemo facile dubitaverit, & quidem eo minus, cum per sublatam differentiam bonorum *hereditariorum & acquisitorum*, regula magis magisque stabilita, & adhuc maior coniugibus donandi alienandique potestas relicta est: vid. *Illustr. BÖHM. d. l. §. 86.* Jure *Austriaco, Tirolensi, Boico, Marchico, Franconico, Francofurtensi &c.* coniugum donationes, maxime deficientibus liberis, simpliciter, valere, distincte docet. *Illustr. Dn. de LUDWIG, citat. Diss. add. STRYK. in U. M. d. l. §. 5. 6. 7.* ubi & in *anteced.*, idem de *Jure Borussiae ac Lubecensi*, testatur: nec non *Mev.*, ad *Jus Lub.* d. l., licet hic ægre, non usum juris Rom. ferat. Nec desunt alia iura *municipalia* hanc donationem comprobantia: Sic *Jus Novicunæ*



cum P. II. reformat. tit. 25. leg. 7, ita disponit: So ein Ehegenosß dem andern in seinem Leben, in Zeit bescheidenlich, aus freyer Willkühr schenckete, und unbeswungen würcklich übergebe und einantwortete, alsdann ist dieselbe Gab oder Schenckung kräftig: Similiter Hamburg. p. III. tit. I. art. 14.: Die Erben mögen ihr auch nicht weßern ziemliche Gaben, doch nicht über den dritten Theil, ihren Mann zu thun von solchen wollgewonnenen Güthern &c.; Quæ Jura tamen, si quis posthabitis iuris Germ. principiis, juxta philosophiam SICHARDI ad rubr. C. de Donat. ante Nupt. n. 12, ubi de Morgengaba ita: *Quamvis hodie illa donatio habeatur pro valde valida, propter errorem juris, tamen ego puto non tenere, propter rationem, quæ traditur communiter in tit. de donat. inter V. & ux. Certum enim est, quod illa donatio sit, jam constante matrimonio, post copulam. Ita si solveretur morte uxoris, vel divortio, crederem, esse invalidam; ita consului, sed fui irrisus, ex regulis juris Com. metiri, ac credere vellet, eadem, minimum ipsis coniugibus reliquisset revocandi licentiam, mereretur sane, ut eodem censetur iudicio, quod de SICHARDO recte fert Illustr. BÖHM. d. l. §. 84: Merito, inquit, suo derisus fuit SICHARDUS, quia in ipsa Germania jura docens demonstravit, se jurium patriorum prosum imperitum, & peritiam juris peregrini tantum tinctum fuisse, quod Romani quoque in Jctis improbarunt, turpe esse, asserentes, causas orantii - - jus, in quo versaretur, ignorare. Inprimis vero notatu digna sunt, quæ idem Vir illustr. d. l. §. 75. habet, ubi, postquam diversissimum Rom. & Germ. connubiorum statum descripserat, pergit: Equidem allegant, mortuo donatario, ante donantem, adhuc hodie huic facultatem revocandi superesse, quod tamen itidem rarissime evenit, quia vix ulla provincia deprehenditur, quæ de successione conjugum, quæ revocatio ut plurimum impeditur, aliquid non disponat, ut mihi nunquam casus de revocandis his donationibus oblati fuerit, quantum quidem memoria assequi*

qui possum. Ex his omnibus vero, facillime diiudicaveris, quid hodiernum magis, hac in materia, Juri Rom. tribuendum, quidque de iis sentiendum, qui in *pandectarum* officina tantum defudantes, viridam observantiam tituli *de donat. inter V. Alex.*, crepant, & iuxta *supra* §. 2. adductum PAULI *7Cri* principium, sentiunt, adhuc hodie, pacta, circa coniugum donationem, interposita esse nulla ac invalida, cum tamen, si dicendum quod res est, eadem, suppositis domestici iuris principiis, magis sint inutilia, ac supervacanea, quam invalida.

## §. VI.

Jure Romano quævis pacta dor. quæ liberis adimunt legitimam, ac matrimonii legitimos tollunt effectus, improbantur, hinc omnia matrimonia sunt æqualia.

Progredior ad aliam, & quidem nobilissimam Juris Rom. maxime *Novissimi*, & Germanici in hac materia, differentiam. Indubitatum ac firmissimum est iuris Rom. principium, liberis ex iusto matrimonio natis, deberi legitimam (\*), quippe iuris auctoritate iisdem adsignatam, nec aliis pactis vel ante, vel postnuptialibus parentum, adimendam, arg. *l. 35. C. de Inoff. testam. & l. 3. C. de collat.* Porro, licet ius Rom. in concubinato, speciem matrimonii inæqualis comprobet, (\*\*), de cætero tamen nullam inter æquale, ac inæquale matrimonium, agnoscit differentiam, sed utrique eosdem attribuit effectus, ita, ut & coniugibus inæqualis alias conditionis, aliter cavendi interdicit licentiam, id quod utrumque ex *l. pen. ff. de ritu nupt. l. 9. C. de incol. Nov. 78. C. 3. Nov. 117. c. 4. & Auth. Sed novo, C. de Nupt.*, partim directe, partim indirecte fluit. Hæc, sua etiam ratione non prestituta, & iure Canon. confirmata iuris Civil. principia, ad Germaniæ quidem penetrarunt fora, non tamen tantam obtinuerunt auctoritatem, ut Germani, omnes pristinos abiecerint mores, sibi que circa matrimonii rationem paciscendi libertatem simpliciter adimi passi fuerint; uti id exemplis matrimonii, sic dicti *Disparagii*, & ad *Morganaticam*

naticam contracti, quippe quæ unice ex juris Germ. principiis sunt metienda, demonstrabo.

[\*] Quarta illa Legitima, a JUSTINIANO postea pro liberorum numero in *trientem* ac *semissem* commutata p. Nov. 18. & 92., quando, & qua occasione inoleverit, non constat inter *Eruditos*. Redivivæ jurisprudentiæ nostræ parens JAC. CUJACIUS, incompertum id sibi esse, facetur, *Observ. II* 21. JAN. a COSTA *princ. Inst. de inoff. test.* ANTON. SCHULTING in *jurispr. Anteq.* p. 381. cumque illis *Illustr.* HEINEC. in *Antiq. J. Rom.* L. II tit. 17. § 7. conjiciunt, legitimam illam ab intestato debitam, ex *legis Falcidie* rationibus, prudentum interpretatione esse inductam, indeque ad AUGUSTI tempora, quibus *L. Falcidiam* latam esse constat, referendam; quod & probabilissimum mihi videtur. Non obstat, quod *quærela inofficiosa*, quæ se tamen ad hanc legitimam referre videtur, jam *Liberæ Repub.* obtinuerit, uti ex CICERONE *adv. Verr. I* 42. & VALERIO MAX. *VII* 7. §. constat; hanc enim ex solo tantum Jctorum cerebro promanasse, nec certam, ac lege definitam portionem, sed generaliter injustam exheredationem ac præteritionem, ad similitudinem bonorum possessionis contra *Tabulas*, supposuisse, jam diu evictum, conf. *Illustr.* BYNCKERSH. *Observ. L II c. 12 p. 153.*

[\*\*] Concubinitus, qui alias in sensu veteris jur. Rom. recte describitur, per *conjunctionem liberi hominis, cum femina inæqualis conditionis, quam leges in connubio habere non permittunt, licitam quidem, illegitimam tamen, effectibus justæ matrimonii, b. e. jure familie & successiois, destitutam*, varias passus est mutationes. Ante AUGUSTUM, cum pellicatu coincidebat, nec concubina pellice honestior censebatur, donec sub eodem celeberrima *L. Julia, & Papia Poppæa* lata, qua cautum erat: *quas personas per hanc legem uxores habere non licet, eas concubinas habere jus esto. Ingentium in concubinato habere jus ne esto*, conf. *Illustr.* HEINEC. *Comment. ad b. L. p. 165. seq.*, unde per *leges* concubinitus nomen accepisse dicitur in *l. 3. § 1. ff. de Concub.* Ex eo, libertinæ, publico judicio damnatæ, questum corpore facientes, ancillæ, ingenuæ testatione id manifestum facientes, item obscuro loco natæ, in concubinato esse cœperunt, ita tamen, ut non nisi cælibes in concubinato vivere, nec plures simul, sed unam tantum habere possent. Differebat itaque concubinitus a connubio seu

L

justo

justo matrimonio, solemnibus nuptiis pactisque dotalibus, ipsa concubina vero, ab uxore legitima, affectu maritali, ac animi destinatione, unde & liberi exinde nati naturales saltem, non legitimi erant. Huncce concubinatum jam CONSTANTINUS M. in solemne vertendi matrimonium, minimum per indirectum eundem abolendi, h. e. duriozem liberorum naturalium conditionem faciendi, suscepit curam in l. 1. C. de natural, quod tamen effectu caruisse, vel ex eo apparet, quod adhuc JUSTINIANUS in l. 8. C. ad Scdm Orphis, concubinatum licitam dicat consuetudinem. Pedetentim tamen magis coarctatus restrictusque fuisse videtur. Sic jam antea, DIOCLÉT. & MAXIM. in l. 15. C. de nupt., manumissori libertam suam uxorem ducere, permiserant, quod JUSTINIANUS in Nov. 78. c. 3. non solum confirmat, sed & Nov. 117. c. 4. usque etendit, ut quibusvis personis, in maxima etiam dignitate constitutis, pacta consignare dotalia, jubeat, cum addito: *si autem etiam hoc non custodierint, & ex solo affectu celebratas nuptias firmas esse sancimus, & ex eis natos legitimos esse filios jubemus.* Tandem LEO Sapiens, postquam in novell. 89. publica lege sanciverat: *ut sacrae benedictionis testimonio matrimonia quævis confirmarentur & eundem in Nov. 91. plane profligavit.* Interim tamen in Occidente tam altas egit radices, ut sub specie liciti matrimonii, ad Saecul. usque XVI, vigorem suum habuerit, conf. SCHILTER *de libert. eccles. Germ. L. VII. C. 2. p. 882*; donec sub initio ejusdem Saeculi, Concilium Lateranense quædam decreta, quæ in 7. *Decretal. L. V. tit. 16. c. 1.* exhibentur, concubinatuui opposuit, quæ postea, *Confess. Ordin. Imperii, in Ordin. Polit. Augst. de an 1533. tit. 33 & Concilium Trident. in Sess. 25. c. 14. confirmarunt, Conf. Illustr. BOEHM. in Jure Eccles. L. III. tit. 2. per tot. & Illustr. HEINEC. in Antiq. Jur. Rom. Adpend. L. 1. C. 1. §. 38. seq.*

## §. VII.

Jure Germ.  
antiquo, cu-  
jus adhuc  
dum vestigia  
quamplurima  
superfunt,

Ad antiquissima si respexerimus patrii juris monu-  
menta, deprehendimus, Germanos hac in re ipsis Ro-  
manis, partim delicatiores, partim duriores fuisse, ac ma-  
trimonium cum imparis conditionis femina initum,  
non solum illegitimum, sed & gravissima poena dignum  
judicasse. De Saxonum jure testatur ADAMUS BREMENSI-  
S

Lib,

*Lib. I. C. 5. biflor. eccles.*, nobilem nobilem, liberum liberam, libertum libertam, servum ancillam uxorem debuisse ducere, hæcque adjicit: *Si vero quispiam horum sibi non congruentem, & genere præstantiorem duxerit uxorem, cum viæ sua damno componat.* Idem apud Burgundos obtinuisse, & apud Alamannos sese impari matrimonio nectentem, gravissimam contraxisse maculam, refert. GUNDLING in *Dissert. An nobilitas veniet C. III. S. 30.* Sic jam a PHARAMUNDO an. post Christi. nat. 422., sequentem esse latam legem: Ein Fräncischer Edelmann / so eine Ueble freyhet, wird auch vor unedel gehalten: wird er aber eine Dienst-Magd nehmen / so soll er aller adelichen Freyheiten entsethet seyn / ex REVESEBARIANO ac ANDLERO refert; *Clar. Dn. WOLFART Professor. Gymnas. Hanov., in Tractat. de Matrim. ad Morganaticam. Sect. II. S. 43.* ubi invenies plura testimonia. Hæc dura, perque omnia æva alte Germanorum mentibus pulpitisque infixæ principia, tempora & jura peregrina emollire quidem, nunquam tamen extirpare potuerunt. Conspicua sunt *Regum Francorum*, quæ collegerunt *Illustr. BÖHM. in Jur. Eccles. c. l. nec non Illustr. HEINEC. in Element. jur. Germ. L. I. tit. 13.* exempla, quæ, licet habuerint juris naturalis ac divini requisita, (unde & merito a concubinato, quo nomine tamen a plerisque *annalibus scriptoribusque* insigniuntorejusdem ævi, distinguuntur,) rarissime tamen justæ ac legitimi matrimonii effectus habuerunt. Nauseaverunt enim semper Germani inæqualia confortia, quotquot etiam ritibus ac solemnitatibus confirmata fuerint; nec unquam imparis conditionis scemellas liberosque inde natos, ad familiaris dignitatisque paternæ jura admiserunt. Promanarunt hinc duæ matrimonii imparis species, nimirum, sic dictum *Disparagium*, & ad *Morganaticam* contractum, quæ, licet communiter ab *Eruditis* distinguantur, revera tamen ex uno eodemque fluunt juris Germanici fonte.

L 2

Illud

Illud, alias *Mefalliance*, *Mifheurath* &c. dictum, recte describitur, per *inequale maris ac femina consortium*, quod jura & consuetudines Germaniae, ob *imparem femina conditionem*, vel *omnibus, vel quibusdam privant justis ac legitimi matrimonii effectibus*. (\*) *Matrimonium ad Morganaticam* vero Germanis a ritu adhibito: *Eine Trauung zur lincken Hand*, nihil aliud est, quam *Viri Illustris, nobilis, vel in alia dignitate constituti, & feminae inferioris vel plebejæ conditionis conjunctio, eo pacto inita, ut nec uxor, nec liberi inde prodituri, dignitatis paterna aliorumque jurium participes, sed certis bonis, per pactum dotale morganaticum assignatis, contenti sint*. De hoc succincte.

[\*] Plurima, hujus matrimonii ipso jure imparis, supersunt in Germania vestigia. *Matrimonia Statuum imperii* quod concernit, jam diu, hæc delicata inter *Eruditos* mota est quaestio; num, cum *inæqualis nobilis scilicet, vel plebejæ conditionis femina, contractum matrimonium, gaudeat omnibus legitimi consortii effectibus, an, ad imitationem matrimonii ad Morganaticam, ejusmodi uxori liberisque dignitas mariti vel patris, juraque familiae ac successioneis, sint deneganda?* Prius affirmant MYLER ab EHRENBACH in *Galat. Person. Illustr. Cap. 5. §. 19.* STRYK in *Trahat. de Dissens. Sponsal. Sect. 5. §. 74.* nec non HORNIUS in *Jurisprud. Feud. C. VI. §. 10.* ubi ex ITTERO exemplum adducit, quod cum *Eduardi Marchionis Badensis filio Wilhelmo*, ab *Agnatis* quaestio de *successione* mota sit, quod ex *Mariae Jodoci Baronis ab Eicken* filia, natus esset, praesente *Imperatore Ferdinando II.* in *judicio Aplico pro Wilhelmo* sententia dicta fuerit. *Primum* vero hujus sententiae fundamentum, ex *jure Com. & quidem Aurb. sed novo. C. de nupt. & Nov. 117. C. 4.* desumitur. *Verum enim vero, sicut, plerumque* decisiones, in *causis publicis*, ex *jure civili Rom.* desumte, claudicare solent, ita & merito, ac *malis majoribus argumentis, contrarium* defendunt *Illustr. Cane. de LUDEWIG in Comment. ad Aur. B. P. II. p. 1359.* seq. *BOEHMERUS in Diss. de secund. nupt. Illustr. Person.* nec non *SECKENDORFF im Fürsten Staat, p. II C. 7. §. 26* ubi inter alia hæc habet: *Nach alten Herkommen des Teuschlandes, verheyrathen sich die Teuschischen Fürsten, und vorechnl. d. Reichs. Grafen*

fen/ an keine andere Person/ als welche Fürstlichen/ Gräfflichen oder denselben gleichgeachteten Geschlechts/ welches zumahl im Reich be- fand/ und etwa auch dem Landes Fürsten/ der da heyrathet/ nicht unter- worffen/ oder Land-säßig wäre/ geboren ist/ und sind Exempel anzuzie- hen/ daß im Fall es eine Fürstliche oder hohe Person hierinnen an- derst gehalten/ und an eine gemeine von Adel/ oder Bürgerl. Standes- Person sich vermählet/ es ihnen nicht allein zur bösen Nachrede gerei- chet/ sondern auch denen also erzielten Kindern ihr Stand und Recht zur Landes-Regierung sehr beschnitten/ auch wohl aberkandt/ oder sie mit geringen Gütern abgewiesen worden. Quod posterius *Laud. LUDEWIG l. c.* multis corroborat exemplis hancque regulam tot argumentis confirmat, ut de veritate ejusdem vix dubium ampli- us remanere possit. Quapropter Principes Germaniæ, cum in- æquali fœmina matrimonium inire cupientes, prudentissime sem- per egerint, cum eandem, re adhuc integra, in statum sibi æqua- lem per diploma *Cæsareum*, eyebendam curaverint, nec agna- torum neglexerint consensum, quippe, qui forte *authenticam*: sed *novo C. de nupt.* illuserint, si quis in eadem se voluerit fundare. Remanserunt & alia quamplurima, qua ipsos *Nobiles* ac *Landsas- sios*, ratione quorum alias, indubitanter jus civile esse recep- tum, ferrur, in multis Germaniæ territoriis pristini juris vestigia, prout id, de *Electuratibus Brandenburg. & Brunsvic.*, *Saxonia, Du- catu Magdeb. ac Westphalia*, testantur *Dn. de LUDEWIG l. c. p.* 1386, & STRYK in *Usu Mod. ff. de ritu nupt. § 7.* nec non in *not.* ad BRUNNEM. *jus eccles. Lib. 2. Cap. 16. ad §. 18.* quo brevitatis amore B. L. remitto. Dantur præterea pacta *familiarum Illu- strum* domestica, ejusmodi imparibus matrimoniis opposita, qui- bus cautum, ne quis ex iis, qui sunt de familia, fœminam inæqua- lis conditionis sibi in thori fœciam eligat, uti id, de *domo Saxo- nica, Dn. de LUDEWIG ad STRYK exam. juris feud. Cap. 7. Qu. 1.*, & de familia principum *Albanie*, ipse STRYK in *Usu Mod. l. c. §. 24.* referunt; conf. etiam *Laud. Dn. WOLFART in cit. tractat. Sect. II. §. 53.* ubi idem in *domo Anhaltina Bran- denburgica, Zollerana, Iffenburgica* &c. factum esse invenies. Non minus etiam particularissima quædam ordinum v. g. *Equestr. Teuton. & Johannit.*, *collegiorum Ecclesiarum Cathedr.*, *Societas- tum Ganerhiorum* &c., adsunt statuta, quæ, si quis in numerum eorum recipi velit, requirunt, ut ex materna æque ac paterna fa- milia, majorum imagines recenseantur, eamque prolapsam jure- jurando, tum suo, tum aliorum probeat candidatus; Das er seh- ven

von echten alten Adel geböhren/ und seine 4/ 8/ oder mehrere Ahnen/ so wohl väterlicher als mütterlicher Linie aufweisen könne. De quibus vid *Dr. de LUDEWIG* p. 1385. 14c. & *HEINECC. Elem. juris Germ. lib. 1. C. 10. §. 126.*

## §. VIII.

Sedes hujus, de matrimonio ad *Morganaticam*, doctrinae est *II. feud. 29.*, ubi hæc occurrunt verba: *Quidam habens filium ex nobili conjuge, post mortem ejus non valens continere, aliam minus nobilem duxit, qui nolens existere in peccato, eam desponsavit, ea lege, ut nec ipsa, nec filii ejus amplius habeant de bonis patris, quam dixerit tempore sponsaliorum, v. g. decem libras, vel quantum voluerit dare, quando eam desponsavit: Quod Mediolanenses dicunt accipere uxorem ad Morganaticam, alibi Lege Salica. Ipsi in proprietatem non succedunt aliis existantibus, sed nec in feudo etiam aliis non existentibus, qui licet legitimi sint, tamen in beneficio minime succedunt &c. ad quorum faciliorem intellectum paucissima adhucdum erunt præmittenda. Constat ex §. *anteced.* majores nostros ab impari ac inæquali maris formæque consortio, non solum maximopere abhorruisse, sed etiam eo usque exercuisse duriciem suam, ut & gravissimis poenis aliisque incommodis afficere illud, haud dabitur. Quem admodum vero, ab hoc pedetentim discesserint rigore, maxime, cum Romanorum, de concubinato philosophia, ad eos penetrare, eorumque animos demulcire cœpit, [\*] ita in specie *Franci* primi fuisse videntur, qui ejusmodi toleraverint inæquales conjunctiones, novumque iisdem adjecerint colorem. Concubina enim in eo potissimum ab uxore legitima distabat, quod sine solemnibus nuptiis, sine dote, privato assumeretur pacto, cum alias mariti legitimis uxoribus dotem constituerent, ac solemniter cum iisdem celebrarent nuptias. Cum vero pristini tam alte mentibus impressi essent mores, ut funditus vix  
ac ne*



ac ne vix quidem eradicari, possent, indeque imparis fortis foeminae, dotatione licet interveniente, non tamen paris consortii viderentur capaces; hinc media *Franci* incedebant via, hoc est, inter legitimum matrimonium & concubinarum, tertium consuetudinis inveniebant genus, ac ducentes imparis fortis foemellas, iisdem certi quid ex bonis suis deputabant, quo contentae cum libris nascituris, de caetero a dignitate ac haereditate futura mariti patrisque, essent exclusae. (\*\*\*) Ad hanc *Francorum* consuetudinem se se heic refert *Compilator juris Longob.* in verbis: *alibi, Lege Salica*, idque, quod in genere *Francorum* moribus debebat originem, *huic in specie Legi*, (in qua tamen alias, nec vola ejus, nec vestigium occurrit) attribuit. Confer. *illustr. HEINEC. Elem. jur. Germ. Lib. I. tit. 13. S. 301.*

[\*] Caeterum tamen, ad imitationem *Juris Rom.* stricte in limitibus concubinatus substituisse videntur Germani. Sic enim *CAROLUS M. in Cap. Lib. H. C. 42.* concubinam ab uxore distinguit: *Quicumque, inquit, filiam suam viro habenti concubinam, in matrimonium dederit, non ita accipiendum est, quasi eam conjugato dederit, nisi forte illa mulier, ingenua facta, & dotata legitime & honestata publicis nuptiis videatur. Non est conjugii duplicatio, quando, concubina relicta, uxor assumitur, sed profectus honestatis.* Similiter *Lib. 7. Cap. 41.* non omnis mulier, viro juncta, uxor est viri, neque omnis filius haeres est patris. *Itaque aliud est uxor, aliud concubina, aliud ancilla, aliud libera, quae quidem, ex jure Rom. hausta esse, res ipsa docet.*

[\*\*] Hinc, cave, si scriptores ac *annales* ejusdem aevi legitimi matrimonii, vel e contra, concubinatus injiciant mentionem, existimes, ejusmodi consuetudinem ex omni parte legitimum matrimonium, vel etiam ex altera parte, verum fuisse concubinatum. De *PIPPINO* legimus, quod nobilem & elegantem quandam *ALPHEIDAM*, solempni more duxerit, & ex ea inter alios genuerit *CAROLUM MARTELLUM*, cui tamen post mortem patris, praemortuis licet omnibus, ex *PLETRUDE* uxore legitima, susceptis filiis, *Franci* negotium facessere non desierunt,

ROM

non ob aliam, ut recte suspicatur *illustr.* HEINECCIUS l. c. §. 303, causam, quam, quod ex impari matrimonio natus fuerit. Sic etiam CAROLUS M. apud STEPHANUM PP. III. in *Cod. Carol. epist.* 45., quendam HIMMILTRUDEM nobilem virginem, legitimo conjugio copulatam habuisse fertur; de quo conjugio tamen, apud PAULUM WARNEFRIED. *de Epist. Metens.* p. 76 edit. *Pitb.* hæc legimus: *Hic ex Hildegarde conjugio, quatuor filios & quinque filias procreavit; Habuit tamen ANTE LEGALE CONNUBIUM, ex HIMMILTRUDE nobili puella, filium, nomine PIPPINUM; Ex quibus recte conjeceris, fuisse hæc matrimonia Lege salica contracta, vel quod idem, ad Morganaticam, inita, ita ut nec mulier nec liberi jura adipiscerentur familie successioneque; licet tamen effectus aliquando contrarium comprobaverit; uti & ARNULPHI Imperatoris, ex LUTOWIDA, CAROLIMANNI patris sui secundaria uxore, nati exemplum testatur.*

## §. IX.

Hæc ex statu connubiorum tunc temporis delibata, non minimam *cit. textui II. F. 29* affundent lucem. Suggesterit nimirum *Compiler* nobis, duplicem de matrimonio ad *Morganaticam* conceptum substantialem; a) in impari fœminæ conditione, quam mores in æquale non permittent accipere consortium, b) in quodam, huic inæquali matrimonio, *adjecto pacto*, a quo in specie apud *Mediolanenses*, audierit *ad Morganaticam*. Prius ex verbis: quidam habens filium ex nobili conjugio, post mortem ejus non valens continere, aliam minus nobilem duxit, qui nolens existere in peccato &c. dilucide adparet. [\*] Posterius vero ex verbis: eam desponsavit, ea lege, ut nec ipsa &c. liquet. Hinc, inter *DD.* valde agitata quæstio, quoniam nimirum heic sensu vox legis, num proprio, ut ipsam *Francorum Mediolanensiumque* denotet consuetudinem, ac conjugium ipso jure tale, an *improprio*, ut ipsum pactum seu adjectam condi-

ditionem significet, sit accipienda? facili negotio poterit resolvi. Per vocem enim *Legis*, heic ipsum intelligi pactum, & ab eo in specie vocari ad *Morganaticam*, ipse contextus verborum, ac præprimis immediate cohærens particula: Ut, sat satis demonstrat; supponi tamen non minus inæqualem fœminæ conditionem, ex verbis *initialibus* jam constat; quapropter hi duo conceptus non seperandi, sed potius sunt conjungendi. [\*\*] Mores ac consuetudines, ut jam audivimus, non permittebant, cum imparis fortis fœmina, æquale inire connubium; quo tamen ejusmodi fœmina à concubina distingueretur, nec omnibus plane effectibus destitueretur ejusmodi matrimonium, modica quadam intercedebat dotatio, ad imitationem *Morgengabe*, unde vox: *Morganatica* orta mihi videtur, licet alii malint, eandem a vocabulo: *Morgengnad* derivari, Confer, *Illustr.* HEINECC. l. c. §. 306.

[\*] Ideo graviter errant, qui existimant, verba: minus nobilem hic exempli causa saltem, vel quia ita in facto forte contigerit, a Compilatore esse inserta. Quid enim, hoc supposito conceptu, significarent verba: *non valens continere, nolens existeri in peccato*? Hæc, non ad quasvis quadrare secundas nuptias, vel ex eo apparet, quod nullibi inveniamus, secundas nuptias apud *Longobardos* fuisse prohibitas. Hinc potius concludere licet, supponi matrimonium impar ac inæquale, nec non talem fœminæ conditionem, quæ juxta mores consuetudinesque, obstiterit æquali connubio, id quod exempla, aliaque juris patrii monumenta, satis & abunde testantur, confer. §. 7. & 8.

[\*\*] Ex his facile judicaveris, falsissimam esse HORNII in *jurisprud. feud. cap. 6. §. 4.* aliorumque hypothefin, dum ex solo adjecto pacto, naturam essentiamque hujus matrimonii metiantur, indeque sibi matrimonium ad *Morganaticam* cum persona æquali concipiant. Licet enim pactum, quo cautum, ne liberi futuri in feudo succedant, subsistere, ego nunquam negaverim, in id ra-

M

MCCII

men minime consenserim, ejusmodi matrimonium ex mente, ac genuino sensu juris feudalis, si non simul personæ supponamus inæqualitatem, dici posse ad *Morganaticam* contractum. Sic etiam *Illustr. BOEHM*, in *cir. diss. de secundis uupt ill person. Cap. II. §. 29.* nec non *Dn. WOLFART l. c. §. 67* sibi falsè persuadent, in exemplo *NICOLAI III. Marchionis Ferrariensis, Ricardam Suluziarum Marchionem*, eo pacto in thorum recipientis, ut filii ex ea nati, in *Marchionatu Ferrariensi* non succedant, exemplum matrimonii ad *Morganaticam*, cum æquali persona contracti, invenisse; hoc enim non ex lege *Morganatica*, sed ex *II. feudorum 26. §. filii*, de quo mox, esse metiendum, longe lateque evincit *HENRICUS COCCEJ*. in *diss. de Lege Morganat. Sect. IX. add. ill. HEINECC. l. c. §. 313.* Ex eodem falsissimo principio, ac malo *cir. textuum* juris feud. intellectu, alia quædam falsâ & confusâ promanavit conclusio alleg. *HORNII §. 3. l. c.* ubi, postquam in *antecedentibus* (rectè alias quidem) deduxerat, præter *Status imperii*, & alios *Nobiles Landsässosque*, ejusmodi posse inire matrimonium, ita pergit: *Jus feud. vero II. feud. 26. & II. feud. 29. primam* [conditionem scilicet de exclusionem filiorum a successione] *tantum probat; de secunda autem* [dignitatis privatione] *nil habet, nec temere, quod circa bona licet, ad dignitatem est extendendum, atque adeo ex principiis antea constitutis, tantum quoad primam conditionem, aliis qui non sunt Status imperii, conjugium Morganaticum inire licebit, nisi probetur, usum & mores in hoc vel isto territorio, etiam quo ad hanc secundam conditionem licitam fecisse, vel quod perinde, eam interpretationem firmasse, qua id, quod de bonis dictum, etiam ad bona dignitatis extenditur.* Quemadmodum enim heic, duo plane diversi textus aperte confunduntur, quod vel ex eo liquet, quod in *II. feud. 29.* filii *Morganici*, etiam a *propriæ* successione excludantur, in *II. feud. 26. §. filii* vero, filiis nil, nisi sola in *beneficio* successio adimatur, ex quo tamen, absurdum foret, eosdem *Morganicos* vocare, ac de omni patris hereditate ejusque dignitate exclusos habere velle, ita & ex genuino, ac secundum modo constituta principia, formato hujus matrimonii intellectu, sua sponte fluit, inæqualem fœminæ conditionem, ipsam ingredi hujus matrimonii essentiam, ac ut formale requisitum, in *II. feud. 29.* supponi, consequenter ea, quæ *Antor de non*, apud *Landsässos*, recepta secunda conditione philosophatur, esse mera supervacanea.

## §. X.

Ad imitationem hujus, apud Longobardos & Francos, usitati ad *Morganaticam* matrimonii, varia in Germania exempla, maxime *Personarum Illustr.* sunt obvia, quorum adparatum apud COCCEJ. in *cit. Dissert. de lege Morganat. Sect. V. §. 10. seq.*; *Illustr. BÖHM. in laud. Dissert. de secund. nupt. &c. nec non Illustr. HEINECC. d. l. §. 307.* habebis. Accessit ratio quædam politica, quæ moverit quosdam Principes, ut hanc matrimonii speciem, præ ordinario, quippe, ex quo suscepti liberi, sibi plenissima jura familiæ, titulum, igitur, cumque iis convenientem pompam ac magnificentiam, non sine familiæ detrimento, ac subditorum incommodo, vindicaturi essent, elegerint, simulque caverint, ne in multas territorium scinderetur partes. Inde etiam aliquando inter Principes, eorundemque filios primi thori, pacta intervenisse legimus, quibus cautum, ne secunda uxor vel noverca, aliter, quam *Lege Salica*, assumatur, cujusmodi pacti, *Laud. WOLFART in cit. Tract. Sect. II. §. 55. ex KÜCHENBECKERI Anal. Hass. coll. 3. p. 15.*, de OTTONE Landgravio Hassia memorabile refert exemplum; verba sunt: Hochgedachter Herr Landgraff Otto zu Hessen / hat sich gegen seine Eöhne dahin erkläret / daß wenn ihm seine Gemahlin / die Adelheit stirbe / er keines Fürsten / Herren oder Grafen Tochter nehmen wollte / damit durch zweyer Kinder das Land nicht zertheilt würde / sondern wollte eine Jungfrau von Adel zur Ehe nehmen, und die Kinder mit Gelde / Lehenschafft und andern Güetern wohl versorgen. Cave vero ex hic conjicias, hanc matrimonii ad *Morganaticam* rationem *Principibus* saltem esse propriam, vel *Statibus imperii* tantum, ex illimitata quadam (ut plurimi male sentiunt *DD.*) contra jus Com. paciscendi licentia, tale contrahendi matrimonium competere facultatem; prius enim falsum esse, vel ex eo adparet, quod & pro conservatione nobilis familiæ, eadem aliquando

subesse possit ratio. Posterius vero, quemadmodum cum sensu *textus II. Feud. 29.* quippe, qui de nobili in genere loquitur, aperte pugnat; ita etiam cum iis, quæ juxta §. 7. de impari principum matrimonio sunt supplicanda, principiis male cohæret, maxime; cum hic casus magis ad quandam necessitatem politicam, quam *Principis prærogativam vel reservatum* videatur referendus, h. e. matrimonia Principum ad *Morganaticam*, magis jam ipso jure, quam pacto sint talia. Conf. *illustr. de LUDEW. ad A. B. c. l. p. 1391*, seq. ubi quæstionem: Ob nicht Kayserliche Majestät befuget/ die quæstionirte Heurath eines Fürsten mit einer Person Bürgerlichen Standes (vel quod idem nobilis ord.) ex plenitudine potestatis, pro matrimonio ad *Morganaticam* zu erklären? cum elegantissimo apparatu, ita decisam deprehendes: Daß von Kayserlicher Maj. gestalten Sachen nach/ keine andere Erklärung zu erwarten/ (vel potius, ut ex rationibus decidendi liquet: daß Kayserl. Maj. dem Reichs-Herkommen nach/ vielmehr schon verbunden/ folgende Erklärung zu thun) als/ daß die quæstionirte Ehe des Mevii, mit einer Person Bürgerlichen Standes/ pro matrimonio ad *Morganaticam* (animadverteris, *Virum Illustr.* ubivis, in hac, de *Disparagio* ceu matrimonio ipso jure jam impari, materia, uti vocabulo: *Morganaticam*, id quod, cum in re conveniamus, facile tolerari potuerit) zu achten/ und die aus solcher ungleichen Ehe erzeugte Kinder/ von aller Lehens- und Landes-Folge auszuschließen. Ex quibus facile, ad ipsum *Principem*, seu Statum imperii argumentari, ac judicare potueris, quæstionem illam, ob ein Fürst oder Landes-Herr Macht habe/ ein matrimonium ad *morganaticam* zu contrahiren? eodem modo decidendam esse.

## §. XI.

Ipsa tamen quæstio: num *Nobilitas ac Landsassio*, vel alii *Civici Ordinis*, sublimioris splendoris tamen Viro, liceat inire

inire matrimonium ad *Morganaticam*, paulo pleniorē meretur discussionem. Quod attinet territoria, ubi juris Germanici, de impari matrimonio ipso jure tali, principia retenta fuerunt, vid. supra §. 7. in not. ibi nullum erit dubium, nobilem sub hoc pacto *morganatico*, sibi inæqualem scēminam jungere posse, maxime, cum non possint non, eadem jura, quæ in §. *antec.* de ipsis *Statibus Imperii* vidimus, etiam quoad *Landgraffios* obtinere, nisi supponamus, ejusmodi imparia matrimonia simpliciter esse prohibita, quod tamen ex eo: Daß keine unadeliche Person (consequenter auch die Kinder nicht) durch heurathen adelich werde; daß der Ehe-Mann seinem Ehe-Gemahl keine Geschlechts- & Würde mittheilen möge &c.; porro: daß verschiedene Fürstliche Häuser (als Ehur-Brandenburg / und Ehur-Braunschweig) die alten Gewohnheiten wieder erneuert / und ausdrücklich in ihren Lehens-Satzungen versehen haben / daß welcher Lehen-Mann / aus Bauren, oder andern gemeinem Stande heurathen würde / auf desselben Kinder / weder der Adel vererbet / oder auch die Lehen-Folge solchen angedeihen / vielmehr alle und jede von der Lehen-Folge ausgeschlossen seyn solten / sunt (paucis mutatis) verba *Illustris Cancell. de Ludew. l. c. p. 1363. & p. 1386.* minime sequitur, maxime si contrahentes sese his juribus ac consuetudinibus submittere velint. Itaque saltem videndum, quid juris, qua illa loca, ubi principia juris Rom. invaluerint, & ejusmodi imparia matrimonia ipso jure pro æqualibus, ratione effectus juris civilis, habeantur, obtineat? num, dico, in his locis *Landgraffios* aliisque civici ordinis in dignitate constitutis personis, simpliciter sit interdictum, tale pactis dotalibus constituere matrimonium? Communis ferme *DD. Schola*, juris Rom. principiis inhæret, ac negativam, nimirum: non, nisi Principibus licere ejusmodi contrahere matrimonium, ad minimum, nullum habere hoc pactum effectum, amplectitur sententiam; cui etiam *STRYK. in Tract. de Dissens. Spons. Sect. V.*

additus, ubi §. 12., licet in *antecedentibus* concefferat, consuetudines *Feudales* in Germania esse receptas, adeo, ut vim legis habeant, nec ejusmodi matrimonium amplius pro illegitimo reputari queat, ita tamen concludit: *Non tamen ita generaliter hoc passu receptum puto Jus Feudale, ut cuius Vasallo liceat, sub pacto morgánico, uxorem sibi jungere, sed potius, hoc solis Imperii Statibus reservatum censetur, (attende erroneum de hoc matrimonio conceptum, & confer §. ant. in f.) ut hinc, si alii Statuum Imperii Landsassii & Vasalli, sive Nobiles illustres sint, tale connubium inire velint, consensu Domini territorii opus habeant: obligantur enim hi LL. consistorialibus ordinariis, a quibus hoc matrimonium, tanquam anomalum discedit; & jus Feudale quoque, ultra receptionem, nemini licentiam concedere potest, hæcque Responso (\*) confirmat. Ast salva res est, & affirmativa verior, imo facilis ad hæc omnia responso. (a) Constitutiones speciales, v. g. *Consistoriales* non præsumuntur Juri Com., quale est *Jus Feudale*, derogare, hinc opus est expressa prohibitionem, quam tamen in paucissimis saltem invenies locis; multo minus *Jus Civile Rom.* tanquam peregrinum, Juri *Feudali*, tanquam domestico indeque primario, ultra modum, quem hæc vel illa regio sponte recepit, quid potest detrudere; nec valet argumentum: hæc vel illa Germaniæ pars eatenus pristina abjecit jura, ut matrimonium inæquale non magis ipso jure habeatur impar, ac effectibus juris civilis carens; ergo omnis licentia, circa hanc matrimonii rationem, quid pactis dotalibus determinandi, est adempta ac sublata. (\*\*). Quæ propter non video, quo jure, qua *nobiles*, aliosque in dignitate constitutos viros, hoc ad *legem Morganicam*, cum imparis fortis foemina, in initum matrimonium improbari, ac conditio: *ne jurium familie & successionis, ultra in pactis dotalibus assignatam portionem, cum liberis sit particeps*, pro non adjecta reputari queat. Nec enim juri divino nec naturali repu-*



repugnat; nemini fit injuria; nemini auferitur jus quæsitum; familiæ conservationi inservitur, & quæ hujus rei sunt plura argumenta, quæ habet. HORNIIUS c. 1. & BEYER in *Specimine juris Germ. L. 1. C. XXIV. §. 8. seq.* quo B. L. remitto.

[\*] Ipsum quod attinet responsum, partim id falsis nititur rationibus, partim, ad ipsam materiam matrimonii ad *Morganaticam* reverentis, parum aut nihil facit Ad sequens enim factum & quæstionem: Hat ein gewisser Edelmann im Stifte Brehmen/ nachdem er bereits erwachsene Kinder/ aus voriger Ehe gehabt/ sich anderweit mit eines Edelmanns Tochter verheerathet/ jedoch die Pacta dotalia dahin aufgerichtet/ daß zwar zwischen beyden Personen eine wahre Christliche Ehe seyn/ und die erzeugten Kinder vor recht ehelich geböhren gehalten werden/ jedoch dabey erwehnt/ daß dieses ein matrimonium ad *morganaticam* seyn/ und daher eines aus dieser Ehe erzeugten Kinder/ nicht mehr als 1000 Thlr. haben/ im übrigen aber von aller Erbschaft gänzlich excludiret seyn sollen: Da nun aus dieser letztern Ehe ein Sohn vorhanden/ welcher bereits etliche 20 Jahr erreicht/ so wird gefragt; Ob dieser Sohn nicht mit den übrigen Kindern zu seines leiblichen Vaters Erbschaft in portionem filialem zuzulassen/ oder ob er de necessitate juris, sich mit denen in der Ehestiftung benannten 1000 Thlrn. vergnügen müsse; subductis (sed male) rationibus dubitandi ac decidendi, ita responsum legimus: So erscheint hieraus allenthalben so viel, daß der aus anderer Ehe erzeugte Sohn/ des aufgerichteten Pacti *morganatici* ungeachtet/ mit denen Kindern erster Ehe/ zu seines Vaters Erbschaft in portiones æquales zuzulassen seyn; in quo ipso casu tamen *Juri Wittsbergenses* testante HORNIO d. 1. §. 2. contrariæ [ & quidem recte ] fuerunt sententiæ. Licet enim heic in rationibus decidendi rectissime indigetur, ex genuino textus II. Feud. 29. sensu, ad substantiam matrimonii ad *Morganaticam* requiri, ut uxor sit minus nobilis, hinc matrimonium quæstionis, ut *Morganaticum* non substituisse, ex eo tamen pessime concluditur, quod ipsum adjectum pactum de exclusione ab hereditate paterna, sit invalidum, & pro non adjecto habendum. Hoc enim pactum, dummodo *Vir B.* à principiis juris *Civilis* Rom. abstinisset, & textum II. Feud. 26 in censum redigisset, omnino potuisset filiarum, filiusque ex secundo matrimonio natus, ab hereditate paterna excludi, *vid. nota seq.* [\*\*]

[\*\*] Alii quod mirandum pro tuenda *negativa*, in ipso se fundant jure Feudali, provocantes ad textum *II. Feud. 26. filii*, qui ita se habet: *Filii nati ex una persona, cum qua matrimonium, tali conditione, contractum est, ne filii ex ea nati patri ab intestato succedant, in feudo succedant, nam quamvis ratione improbetur talis conditio, ex usu tamen admittitur*: & hunc textum *Laud. WOLFART* in *cit. Tract. §. 76.*, hunc in sensum detorquet: quasi loquatur, de liberis ex matrimonio, cui a parentibus pactum *morganaticum* adjectum sit, ortis, adque feudorum successione, non obstante pacto admittendis, eam nimirum ob causam, quod ejusmodi pactum apud *Longobardos* improbetur, licet apud alios usum admittatur: quem in finem posteriora verba; **Nam quamvis ratione improbetur talis conditio, ex usu tamen admittatur** ita transponit: **Nam quamvis ex usu** [juxta suam hypothesein: apud alios populos] **admittitur talis conditio: ratione tamen** [*Jure Longobardico*] **improbat**: Verum enim vero, sicuti heic ab *Auctore* falsissime matrimonium ad *Morganaticam* concipitur, dum saltem de sola exclusione a feudo agitur, cujusmodi pactum tamen non efficit mulierem filiosque *morganaticos*, quippe; cum ampla hereditas patris allodialis esse, imo mulier ejusdem ac majoris dignitatis, hoc pacto assumi queat, vid. §. 9. *not.*; ita etiam *Auctoris* explicatio, & verborum transpositio, uti in oculis incurrit, est falsa, perplexa ac valde erronea. *Compiler* enim juris *Feud.* non aliorum populorum, sed *Longobardorum* nobis depingit consuetudines, ideoque vox *usus*, si non in specie de aliis sermo sit, non, nisi de *Longobardorum jure*, subintelligi potest. Hinc verba: *Nam quamvis ratione improbetur talis conditio*, de ipsius *Compileris* judicio, quippe, cui forte nimis durum ejusmodi usum est pactum; verba vero: *ex usu tamen admittitur*, de ipsa *Longobardorum* consuetudine, sunt accipienda, adjecta solummodo voce: **NON**, h. e. *Filii nati ex - - in feudo NON succedunt; nam quamvis ratione - - usu tamen admittitur*. Et hunc esse genuinum textus sensum, ac veram *Compileris* mentem, ipsa naturalis verborum connexio fat ac abunde demonstrat. His vero suppositis, facile judicaveris, quid de sententia, nomine

DE PACTIS DOTAL. INVALIDIS. 93

nomine Regie Svecica Curie provinc. in Ducatu Brem., a Facul-  
tate jur. Witt. m. Augusti an. 1700. dicta sit sentiendum, quam habet  
Laud. HORN in adpend sub N. VI. sequentis tenoris: Auf Klage  
Except. &c. - - - Daß die Klage nicht statt hat &c. - -  
Rat. dub. Ob nun wohl Kläger zu Behuß solcher seiner Intention  
anführet/ daß das Jus Feudale an einem Theil in genere in Deutsch-  
land andergestalt nicht/ als so ferne es an einem und dem andern  
Drt hergebracht/ gültig/ andern Theils insonderheit der textus II.  
Feud. 29 von dem Ducatu Mediolanense verfaßt/ demnach so-  
fort auf andere Lande nicht zu erstrecken; Hiernechst allein von  
Standes, Personen/ worunter aber Klägers und Beklagter Vater  
Benedict B. nicht gehörig/ zu verstehen/ sowol an Seiten des Wei-  
bes/ personam minus nobilem præsupponire/ da hingegen Klägers  
Mutter Magdalena W. mit ermelbten ihrem Ehemanne gleichen  
Udel-Standes gewesen. Worzu komme/ daß die zwischen Klägers  
Eltern aufgerichtete Ehe-Pacta allenfalls nur der Mutter/ keineswe-  
ges aber Klägers als einem tertio, so zu der Zeit noch nicht geboh-  
ren gewesen/ auch vermöge herührter Ehe Pacten selbst als recht ehe-  
lich gehalten werden sollen/ nachtheilig seyn können/ und denselben  
Inhalts des Ritter-Rechts die Erb- Stamm- Güther/ so wohl von  
dem Väterlichen Vermögen/ nach Verordnung gemeiner Rechte/  
wenigstens die Legitima vollständig verbleiben müste. Rat. dec.  
Dennoch aber und diweil das Jus Feudale commune allerdings  
pro portione Juris Germanici zu achten/ auch in denen Reichs-  
Constitutionibus mit ausgedrückten Worten confirmiret zu befind-  
den/ hiernechst/ was insonderheit den Text in II. Feud. 29. betrifft/  
selbiger denen Worten nach/ in gemein ohne Unterscheid derer Der-  
ter/ auch von solchen Personen/ deren eine nobilis, die andere aber  
minus nobilis, verfaßt/ gestalt denn darinnen zwar die Benennung  
des Matrimonii ad Morganaticam contracti, nicht aber auch die  
Sache selbst denen Mediolanensibus zugeeignet wird/ da beneben  
angeregtes Wort: nobilis keinesweges von denen Reichs-Ständen/  
sondern inmassen ex II. Feud. 52. zu erkennen/ & in sensu latiori,  
also auch von denenjenigen/ so adelichen Geschlechts/ und gleichwohl  
eines andern Hobeit unterwürfig/ zu verstehen/ ingleichen vermittelst  
des in angezogenem Textu II. Feud. 29. befindlichen andern Wortes:  
minus nobilem, nicht sowohl differentia Speciei, als gradus ange-  
zeigt wird/ bey welcher Verwandniß/ und da Benedict B. der Äl-  
tere ein guter von Udel/ hingegen dessen anderes Ehe-Weib/ Magda-  
lene

lene M. in Ansehung derer von Beklagten in der Excoption-Schriſſe N. 3. angeführten und von Klägern in der Replic N. 4. meistens theils eingeräumten Umstände/ comparative pro minus nobili gar wohl zu achten/ obermelte Dispositio Juris Feudalis auf gegenwärtigen Fall füglich gezogen werden mag. Wozu kommt/ daß nicht sowohl auf die in factio II. Feud. 29. angegebene Umstände/ als vielmehr auf die eigentliche Ration solcher Disposition, damit durch gleiche Succession derer Kinder erster/ und anderer Ehe ansehnliche Familien nicht geschwächt/ sondern dem Lande zum Besten bey gnusamen Kräften erhalten werden müßten/ das Absehen zu richten &c. Rectissime heic *jus Feud. Longob.*, pro portione juris Germ. [ quippe dum constat, illud non ex Italia in Germaniam, sed primitus e Germania in Italiam esse translatum ] accipi: rectissime quoque esse responsum, non nego: febriculofum vero supponi fundamentum, & male ex II. Feud. 29. [ quem textum ab *Auctore*, sicuti & a plurimis DD. minus recte intelligi, jam supra ad §. 9., notavi ] argumentari, ac potiori jure, ex II. Feud. 26 §. Filii, decidendi fundamentum desumendum fuisse, manu palpaveris. Præterquam enim, quod *Auctor* heic iterum ex falso suo, de hoc matrimonio principio, quod jam supra §. 9. n. 2. notavi, argumentetur, ac falsissime hujus introducendi in eundique matrimonii rationem, ex solo pacto, ac familiarum conservatione metiatur, quippe quæ æque in II. Feud. 26. fundata est; sic etiam erroneè superstruitur, per verba: **minus nobilem**, non tam differentiam speciei, quam gradus denotari, cum tamen textus ex ipsa Germanorum consuetudine explicatus, sic clare evincat, diversam potius ad hoc matrimonium requiri conjugum conditionem ac statum, & hinc per verba **minus nobilem**, non tam comparativum, quam negativum ac contrarium sensum, h. e. matrimonium cum **non nobili** esse accipiendum. Et sic in hoc *Horniano Responso*, revera deprehendes sententiam, ex falsis rationibus decidendi veram, & in supra adducto *Serykiano*, decisionem, ex quibusdam veris decidendi rationibus falsam, id quod horum duorum textuum consilio effecit.

§. 12.

Multa præterea sub titulo ff. de Pact. Dot: JCtis Romanis improbantur pacta dotalia, quæ tamen ex juris patrii principiis commode possunt salvari. Sic v. g. Ulpianus in lege. 2. h. tit. pactum dotalè, quò conventum, ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneat, inutile esse reputat, in casu scilicet, ubi maritus morte præventus fuerit, quod tamen cæteris paribus hodie, donationis inter virum & uxorem validitate supposita, invalidum haud fuerit. Simili ratione pacta: ne omnino dos repetatur in leg. 12. §. I. h. tit. vel: ut langiore die restituatur l. 16. b. 1. salvari possent. Quid quod, nec ipsi Romani sibi in suis bene constant principiis, pacta, quæ dotis causam non reddunt deteriorem comprobando, pactum vero: ne ob impensas necessarias maritus agat, ex subtili quadam & supervacanea ratione, quod scilicet hæc impensæ dotem ipso jure minuant, reprobando L. 5. ff. hic. Ad posite hanc in rem STRYKIUS Usu modern h. tit. §. 8: admittere, inquit, quidem potest, hoc sensu has impensas dotem ipso jure minuere, quod maritus tam diu dotem retinere possit, donec soloantur impensæ, ut Paul. in c. l. 56. hanc sententiam explicat. Verum nihil obstat, quo minus juri retentionis possit renunciari, cur non ergo pactum adductum valeret. Accedit, quod maritus ex post facto uxori impensas remittere, immo testamento legare possit, KOHL de pact. dot. p. 1. n. 80. Cur non ergo id permissum esset, pacto antecedente id ipsum facere? Cum itaque Germani magis ad fidem pactorum, quam nimiam subtilitatem respexerint, puto in praxi tale pactum servandum esse, quorum etiam collimat GROENEWEGEN de Leg. abrogat. ad. c. l. 5. h. 1. Sic denique quæstio circa pactum: ne de moribus agatur, (\*) de quo in cit. leg. 5. prooem., frustranea plane & inutilis est, idque eo magis, cum jam a Justiniano per Const. L. II. in fine Cod. de repud., hoc de moribus judicium sublatum fuerit.

[\*] Quid significet: de moribus agere? docet ULPIANUS in fragmentis tit. 6. §. 12. & 13. Morum, inquit, nomine graviorum quidem sexta, (pars dotis sc.) retinetur, leviorum autem octava: Graviore mores sunt adulteria

adulteria tantum, leviores omnes reliqui. Maviti mores puniuntur. in ea quidem dote, quae annua bima, trima die reddi debet ita. Propter majores mores presentem dotem reddit, propter minores senum mensum die. Olim tamen etiam mulieres ob graviores mores dotem amisisse totam, constat ex *Plinii Histor. Natural. Lib. 14. cap. 13.*

## §. 13.

Fidejussores, ne dentur pro dote, jure cautum esse communi, notum cuivis. Existimarunt enim Romani, fidejussoris constitutionem non carere contumelia, *L. 17. §. ult. ff. de Testam. tut.*, si quando uxor majorem fidem habeat fidejussori extraneo, quam marito, cui tamen animum corpus & omnem tradiderit vitam, *L. 8. Cod. de pacti conv.* Pignora tamen, quod mirum, pro dotis conlitiui conservatione permittunt Romani *L. 7. §. 6. ff. de Donat. inter vir. & uxor.* cujus differentia ratio redditur hæc, quod pignus rei, fidejussor vero detur personæ, quam vero distinctionem, qua substratam materiam, merito quis ad ridiculas, lepidas & ineptas retulerit. Et hinc est, quod Germani fidem pactorum rationemque magis, quam Romanorum hiulcas fecuti distinctiones, huic philosophiæ omnem præcluserint introitum. Fidejussionem enim a marito sponte oblatam valere, præjudicio comprobatur *CARPZOVIVS P. 2. Const. 42. Def. 17.* & ita quoque *Jus Lubecense Lib. I. tit. 5. art. 10*: Es darf niemad gegen seiner Ehefrauen, damit er unbeerbet, oder auch ihren freunden, ihren Braut, & Haß verbürgen, intelligendum esse, recte conjicit *MEVIUS ad h. art.* Parentibus quoque uxoris, aliisque, qui dotem promiserunt, moderna consuetudine fidejussores a marito exigere licere testatur *FABER in Cod. Sab. L. V. tit. 14. def. 4.* idemque in *Pomerania* juris esse docet *MEVIUS P. 2. Dec. 367.*

## §. 14.

Pœnas denique secundarum nuptiarum, qua binubi prohibentur secundis conjugibus plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, *l. 6. C. de Sec. Nupt.* nec non *Novellam 22.* qua cautum, ut binubi proprietatem bonorum a primo conjugem in se, vel immediate, vel mediate, h. e. per liberorum hæreditatem

pro-

profecta, prioris matrimonii liberis conservare teneantur, in viridi adhuc esse observantia, nec desuper pacta valere dotalia, testantur HUBERUS in *Prælect. ad ff. Tit. de sec. nupt. §. 12.* & LEYSERUS in *Meditat. ad ff. Spec. 300. de sec. nupt.* ubi varia in medium affert præjudicia. Rationes hac vice non disquiram, relinquendo cuivis æquo rerum censori status connubialis Romani & Germanici differentiam expendendam. Hoc saltem, qua praxin plurimorum Germ. locorum dicam, Juri Germ. superstitibus conjugibus bona a prædefunctis delata plenissimo conferenti jure, præ scitis Latii Juris competere prærogativam. Sic jure *Saxon. prov. L. I. t. 20.* cautum legimus: *Diebt sie (das Weib) aber bey den Kindern, oder bey des Mannes Erben, lang, oder kurz, ungezweydet mit ihrem Gut, wenn sie sich dann von ihnen scheidet, so nimt sie alles ihr Recht an dem Gut das da ist, als sie es hatte nehmen sollen, da ihr Mann starb &c.* Clarius *Lib. 3. t. 76.* Stirbet einem Weibe ihr Mann und bleibet sie in des Mannes Gut ungetheilet mit den Kindern, lange weile, oder kurz, wenn sie sich darnach theilen, so nimt die Frau ihre Morgengab Gerade, und Musz Theil an allen dem Gut, das dann da ist, als sie es nehmen solte, zu der Zeit, als ihr Mann gestarb. Hatt aber die Frau einen andern Mann genommen, und wäre er zu ihr und den Kindern in das ungetheilte Gut eingefahren, und stirbet dann das Weib, der Mann behält alle des Weibes fahrende Haabe. Juxta hæc contra usum harum Pœnarum in Collegiis suis responsum judicatumque fuisse, testantur CARPZOVIVS. *P. 2. C. 43. def. 17.* BERLICHIVS *P. 3. Concl. 29. n. 46,* & BERGERUS in *Oeconomia juris p. 117.* Quid extra *Saxoniã* sit juris, dubitatur. LEYSERUS *cit. Spec. th. 5. & 6.* autumat, statuta superstiti conjugi portionem adjicientiam, ex Jure Rom. interpretanda esse. Verum enim vero, quemadmodum mihi semper hæc statutorum, utpote maximam partem ex limpidis juris Germ. communis fontibus promanantium explicatio displicuit, ita & merito accedo STRYKIO de *Sucess. ab intest. Diff. I. C. 2. §. 8.* Portio enim statutaria est instar legitimæ jure Justiniano ignoratæ, & ex com-

communione bonorum, Germanis ab omni usitata ævo, fuit; qua itaque quæso! ratione, dispositiones Rom. locum habere hic possunt? Quid *jure Lubecensi* aliisque veteribus statutis obtineat? docet quotidiana praxis. Idem de statutis recentioribus h. e. post introductionem juris Civ. Rom. conditis statuerem. Cum enim pœnalia non sint extenda, non puto, Justinianas secundarum nuptiarum pœnas, ad illud beneficium extendi debere, quod nova Principum lege simpliciter & pleno jure deferretur, sunt verba STRYKII c. l., *conf. MEVIUS ad Jus Lubec. P. 2. t. 2. art. 12.* Vides itaque multa hic pactis caveri posse dotalibus, quæ juri improbantur Romano. Plures in medium possent proferri casus, ast sufficiat dixisse.

Tantum

S. D. G.

### Errata Potiora.

- pag. 3 lin. 1 pro: *u affectur*, lege: *affectu ut.*  
 pag. 6 lin. 10. pro: *observantu*, lege: *observantur.*  
 pag. 6 lin. 25 pro: *Germ.* lege: *Rom.*  
 eademque pagina lin. 19 post: *ac Rom. jur.* lege: *in Republica nostra origine auctoritateque præsentis, & Kestnerus de defectibus;* corrige quoque ibidem conspectum in margine hunc in modum: *Kulpisv ac Kestneri vero in defectu peccat.*  
 pag. 9. lin. 1. pro: *Saxonicum*, lege: *Saxoniæ.*  
 pag. 10. lin. 26. pro: *Steini*, lege: *Stein.*  
 pag. 11 lin. 2. pro: *viæbatur*, lege: *videtur.*  
 pag. 22. lin. 17 pro: *ipso*; lege: *ipsa.*  
 pag. 27 L. 36. pro: *deferretur*, lege: *deferatur.*  
 pag. 69. totius columnæ R. perversum ac præposterum deprehenderis ordinem, nec non ad §. 8 9 10 11. *conspectus* plane omisos.  
 pag. 94. quæ lin. 15: & sequi in parenthesi dicuntur, commode deleri possunt, quippe cum eadem, paucis in erectis lineis, reperantur.  
 Reliqua, & quæ interpunctionis sepe irrepperint vitia, benignæ humanissimi Lectoris relinquo censura.



## COROLLARIA.

### I.

Datur jus divinum positivum universale, h. e. toti generi humano, in personis illud repræsentantibus, a Deo datum, & ex solo verbo revelato, non ex rationis sibi relicte dictamine deducendum cognoscendumque: Dissent. THOMASIVS in *Fund. J. N. & Gent. Cap. præm. §. 16. & in Observ. 27. tom. 6. Observ. Hallens.* nec non B. BUDDEUS in *Instit. Theolog. mor. P. II. passim.*

### II.

Est vel Morale, vel Ceremoniale, vel Forense; ad prius merito referuntur leges matrimoniales: ut prohibitio polygamie, divortii ac incestus in linea collateralis.

### III.

Hinc pactum dotale, quo maritus sibi licentiam plures superinducendi uxores stipulatur, est contra jus divinum positivum, & consequenter invalidum.

### IV.

Idem dicendum de pacto dotali, quo maritus ac uxor plures, quam, quæ jure divino comprobantur, divortii causas, licet alias admodum sint rationabiles, sibi stipulantur.

### V.

Levit. XIX. non personæ, sed gradus prohibiti sunt, hinc matrimonium cum mortuæ uxoris sorore initum est verus incestus.

### VI.

VI.

Potestas maritalis etiam ex juris naturæ principiis, maxime vero ex generis masculini præstantia deduci potest: quapropter PUFFENDORFF *de Jure N. & Gent. Lib. VI. C. 1. §. 12.* ibi eandem, ex solo mulieris pacto, derivans, notam meretur.

VII.

Hinc pactum dotale, quo potestas, quæ alias ipso jure marito competit, transfertur in uxorem: Daß die Frau den Huet haben soll/ est invalidum, nullum ac cum ipsius connubii ratione pugnans.

VIII.

Idem dicendum de pacto, quo maritus jus castigandi uxorem, remittit, Dissent. STRYK. *in U. M. Tit. ff. de Rit. Nupt. §. 44.*, nec non de pacto: quo maritus operis obsequialibus, officialibusque uxoris reunciat: Daß Sie mit der Haushaltung nicht beschwehrt werden/ im Hause nicht arbeiten/ oder etwas angreifen/ sondern nur lediglich ihrer Commodität pflegen solle.

IX.

Nec pactum, ne mulier maritum domicilium mutantem sequi teneatur: Sie bedinge sich das einmahl für allemahl/ daß der Mann hier in der Stadt bewohnen bleibe/ sals er aber anders wohin zöge/ so wolle Sie mit ihm zu ziehen nicht gehalten seyn/ sondern bey den Ihrigen bleiben/ valet. Conf. STRYK *d. l. §. 49.*







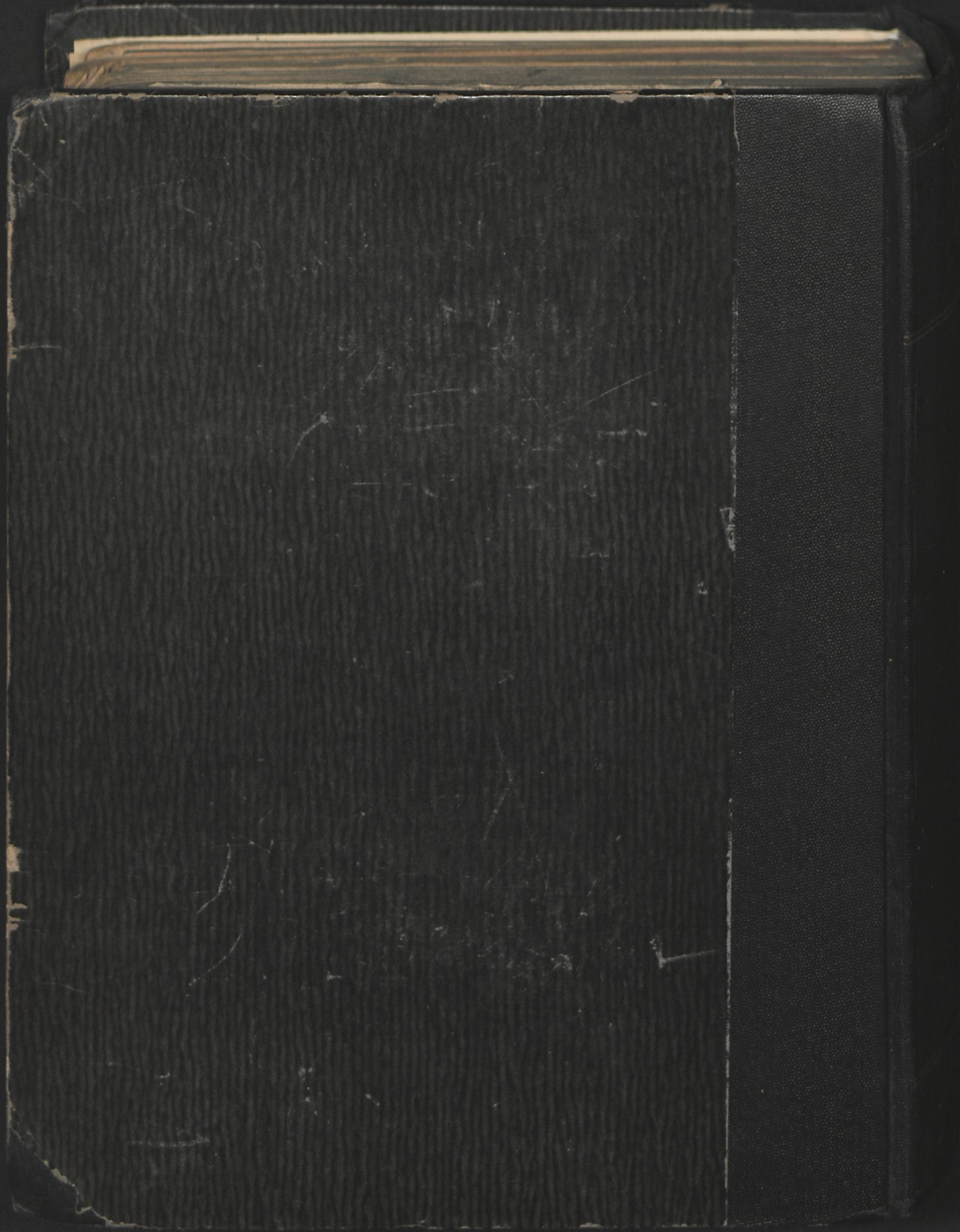
Greifswald, Diss., 1738-40

ULB Halle  
005 360 79X

3



5b





1739/4 15/20

JOACH. GOTTH. SPARMANNI  
J. U. D.  
TRACTATIO JURIDICA  
DE  
PRÆROGATIVA  
JURIS GERMANICI  
PRÆ  
JURE-ROMANO  
IN MATERIA  
PACTORUM DOTALIIUM  
IN ALMA GRYPHICA  
ANNO MDCCXXXIX ET XL.  
DUABUS DISSERTATIONIBUS  
PUBLICE PROPOSITA.

GRYPHISWALDIÆ  
apud JOHANN JACOB WEITBRECHT Senat. Bibliop.  
Anno 1742.

[Preis: Aug. Balthasar]