



1783, 11

~~2188~~

NY

DISSERTATIO INAUGVRALIS

QVA DISQVIRITVR

QVAENAM ACTIO A
DESPONSATIS AD MATRIMO-
NIVM CONSVMMANDVM, INSTITVI
POSSIT?

Q V A M

SVB AVSPICIIS REGIIS

CONSENSV ET AVCTORITATE

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS

P R O

L I C E N T I A

SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES RITE CAPESSENDI

D. VI AVG. MDCCLXXXIII

PVBLICE DEFENDET

AVCTOR

IOANNES CHRISTIANVS WINCKLER

HAMBVRGENSIS.

GOETTINGAE,

TYPIS IOANN. CHRISTIAN. DIETERICH.

ACADEM. TYPOGR.



DISSERTATIO INAVGVRALIS
OVI DISCVRSVS
OVAVENAM ACTIOVA
DEPONSATIS AD MATRIMIO
MVM CONSUMMANDVM INSMVM
FOSSIT

SVB AVSPLICIS REVALIS
CONCESSV ET AVSPICIBVS
ILLVSTRIS ELECTORVM ORDINIS
MAGNO IN KINO ET WELT ORDE
D. M. LXX. MDCCXXIIII
PUBLICE DEFENDIT

IOVANNES CHRISTIANVS WIVCHER
HABSVRGENSIS

GOETTINGAE
TYPIS IOVANNIS ERNSTII BIEBERII
MDCCXXIIII



INCLYTAE
LIBERAE SACRI ROMANI IMPERII
CIVITATIS HAMBVRGENSIS
SENATI
SPLENDIDISSIMO

VIRIS
MAGNIFICIS, PERILLVSTRIBVS EXCELLENTISSIMIS
CONSULTISSIMIS AMPLISSIMIS

PATRIAE PATRIBVS

INCLYTAE

FAVTOBIBVS OPTIMIS

CIVITATIS HAMBURGENSIS

HAS STVDIORVM SVORVM PRIMITIAS

SACRAS FACIT

VIRIS

TANTORVM NOMINVM

CONSULTISSIMIS

CULTOR OBSERVANTISSIMVS

AVCTOR.



CONSPECTVS.

Introitus.

- §. I. de principiis iuris ex quibus matrimonialia sint diiudicanda.
§. II. sponsalia. Eorum diuisio in ea quae de futuro et de praesenti celebrantur.
§. III. huius diuisionis incongrua praxis; atque
§. IV. incommoda quae inde proueniunt.
§. V. sponsalin pura et conditionata.
§. VI. publica et clandestina.
§. VII. quatenam sponsalia esse debeant, ut actio inde institui possit.
§. VIII. de actione ex sponso Romana.
§. IX. de dispendio arrhae et poena conuentionali.
§. X. quid ius canonicum statuat circa admissibilitatem poenae conuentionalis.
§. XI. de confirmatione sponsalium per iuramentum.
§. XII. actionis ex sponso, non usus hodiernus.
§. XIII. ex sponsalibus agendum per conditionem ex lege siue ex moribus.
§. XIV. quae tamen supponit sponsalia perfecta,
§. XV. quamuis perinde sit, quomodo consensus declaretur.
§. XVI. haec actio non est praeiudicialis sed personalis.
§. XVII. unde nec datur actio negatoria ex praetensis sponsalibus.
§. XVIII. Tendit ad matrimonium ipsum consummandum.
§. XIX. dubia a quibusdam mota reselluntur.
§. XX. continuatio.

§. XXI.

- §. XXI. quomodo in casu contumaciae, iudex coactione uti possit.
 §. XXII. non differunt hac in re sponsalia de praesenti et de futuro.
 §. XXIII. in quo consistat, condemnatio ad praestandum interesse.
 §. XXIV. de usu poenae coelibatus.
 §. XXV. de officio iudicis disciplinari.
 §. XXVI. an datur actio duplex ex sponsalibus?
 §. XXVII. de libelli conceptione.
 §. XXVIII. de foro quo peragenda est.
 §. XXIX. de tempore huius actionis.
 §. XXX. conclusio.



INTROITVS.

Cum peractis studiis academicis inclytus atque illustris Ictorum ordo aditum ad supremos in iure honores mihi benignissime aperuerit, de themate, quo ingenium exercerem elaborando, cogitandum fuit. Hoc consilio quod omnem temeritatem atque omnem excludit scribendi prurium, naturam actionis exponere decreui, quae a desponsatis ad fidem datam implendam et matrimonium consummandum haud raro instituitur. Quamvis enim libris Ictorum et in rerum ipsis argumentis haec actio maxime frequentetur, iura tamen eius specialia atque effectus speciales a nemine quantum scire potui ita tradita sunt, ut omnia, quae huc dirigunt, ex legitimis fundamentis cognosci et vno intuitu perspici queant.

Confiteor quidem, me tantis doctrinae
 copiis, et ingenii dotibus minime praeditum
 esse, vt quid egregii aut omnibus numeris
 absoluti proferre, vel veteranos noui docere
 possim, sed omnem collocabo operam, vt
 legibus publicis obtemperans in scribendis
 huius paginis, principia legitimae scientiae
 euoluam et ordine systematico seu naturali
 exponam omnia, quae ad argumentum facere
 videntur.

Quae elaboratio vt mihi laeta contingat,
 omnes quotquot forsitan nanciscor lectores hu-
 manissime rogatos cupio, vt eam benigniter
 diiudicare et ea velint accipere indulgentia,
 qua rerum aequi aestimatores, primitias stu-
 diorum et operam iuuenilem intueri et remis-
 sius de illis sentire solent.

DISSERTATIO

DE

ACTIONE QVAE A DESPONSATIS AD MATRIMONIVM CONSVMMANDVM INSTITVITVR.

§. I.

De natura et indole remedii, quod desponsati ad fidem datam implendam in foro proponere solent acturus, necessarium putavi generalia quaedam de sponsalibus ipsis et iuribus inde oriundis praemittere.

Licet enim de pragmatica materia iuris matrimonialis praeter commentatores Iuris canonici et romani, Ict. celeberrimi etiam in libris et tractatibus singularibus egregie egerint atque differuerint, tamen a re minime erit, vel ea tetigisse, quae ad cognoscendam actionis huius naturam atque singularia eius tractanda quam proxime accedunt.

Generatim vero monendum est, in explicandis iuribus matrimonii non solum ea considerari, quae ex statu coniugali fluunt ac deriuantur, sed cum mediante conventionione illud perfi-

perficiatur principia quoque ex iure rerum ad rem desumpta, applicari aliquando debent.

Vnde recte monuit THOMASIVS a) qui caute procedendum ait, ne actio ex statu praeiudicialis instituat, ubi potius ex conventionem vel sponsalitia vel matrimoniali fuisset agendum.

Consequitur ergo, quod ius matrimoniale conficiat particulam iurisprudentiae mixtam, id est ex iure *personarum* et *rerum* compositam, quamvis illud communiter et praeunte D. IUSTINIANO, qui libro primo Institutionum suarum id inseruit, a Doctoribus per eminentiam iuri personarum inferi solet.

Haec mixtura iuris compositi, haecquae diversitas principiorum, minime ad sponsalia trahenda est. Quamdiu enim matrimonium tanquam futurum consideratur et sermo est de statu coniugali adhuc assumendo, neque iura praesentia inde desumi, neque actiones ex eo unquam fundari possunt b).

Itaque egregie falluntur et singularem errant errorem Icti qui haec discrimina negligentes, omnia fere quae vlla ratione ad lites inter desponsatos vel coniuges componendas tendunt ex statu hominum explicanda esse crediderunt.

§. II.

a) In Dissert. de validitate coniugii, inuitis parentibus contracti §. 2.

b) Hoc elegantissime observatum est ab I. H. BOEHMER in doctr. de Actionibus Sect. 2. Cap. I. §. 46. lit. t.

§. II.

In definiendis sponsalibus et leges ciuiles et iura papalia, quae vt vulgus noscit in hac materia vtramque faciunt paginam, amice conspirant. Dicunt enim conuentionem maris et feminae de matrimonio inuicem contrahendo *c*) et requirunt ad stabilitatem eorum consensum ac personarum habilitatem, nec non communia omnia, quae in reliquis etiam desiderantur conuentionibus.

Porro vtrumque ius, in eo quoque conuenit, quod matrimonium societatem maris et feminae liberorum procreandum et educandorum causa initam pro obiecto agnoscat huius conuentionis. Circa modum vero, quo ad matrimonium conuentionio sponsalitia dirigatur, longe discrepant iura peregrina. Ius Quiritum sponsalia spem matrimonii vocat *d*) nec agnoscit nisi vnicum eorum genus, quo matrimonium tanquam res futura consideratur *e*). In omnia alia ius canonicum abit introducendo famosam distinctionem inter sponsalia de praesenti et de futuro, quorum haec sua subsistunt natura et eadem sunt, quae in iure romano et secundum vsum loquendi sic denominantur. Illa vero consensum matrimonialem continent,

c) Huc spectant Verba FLORENTINI in l. i. ff. de sponsalibus C. 3. C. 30. qu. 5. C. 2. X. de sponsalib.

d) L. 13. §. 3. ff. ad l. iul. de adulteriis.

e) L. i. ff. de sponsal.

nent, et desponsati inuicem sibi promittunt, vt iura matrimonii statim incipiant, licet desint solennitates eius in legibus praescriptae. Debetur haec distinctio patribus ecclesiae, qui nulla alia ratione loca sacrae scripturae de indissolubilitate matrimonii conciliari posse crediderunt, et verisimile est, Papam, cui arrideret, eam sui collectioni inferuisse *f*), sic vt ex systemate Theologorum in foris recepta dici queat. Narrari vix potest, quantum confusionis noua doctrina attulerit, et quem in modum omne sponsalium ius inde immutatum atque incertum redditum sit. Simul vero patet non posse non ignotum esse hoc discrimen conditoribus iuris romani, cuius leges neque faciunt eius mentionem, neque facere possunt, quia ad matrimonium ineundum solennitates ecclesiasticae nullae requirebantur, ideoque secundum illud ius sponsalia de praesenti verum confecerunt matrimonium *g*).

Caeterum etsi secundum iuris Canonici doctrinam ex sponsalibus de praesenti ortum sit ius quoddam ex statu descendens,

f) C. 31. X. de sponsal. Consules I. H. Boehmer in Iure Eccl. Prot. L. 4. Tit. 1. §. 15. et Nettelbladt de genuina sponsalium de praesenti et de futuro notione §. 13.

g) Sunt admodum imbecilles rationes, quibus alii hanc differentiam iuri Romano tribuere solent, quos videre poteris apud H. COCCII de matrimonio momentaneo Sect. 3. §. 11. seq. — Veriorem autem eamque communiorem opinionem iam docuit, CYPRAEVS de sponsalibus C. 2. §. 9. ex cuius scriptis deinde a quamplurimis Doctoribus in suos libros translata est.

scendens, neque tamen actio praedicialis inter desponsatos locum habere potuit, quippe quae merito cessare debet, donec accedentibus solennitatibus leges ei adstipulentur.

Nec aliud euincere possunt leges quae sponsalium de praesenti aliquando sub nomine *matrimonii* faciunt mentionem h). Loquuntur enim de obiecto, quod matrimonium est, non autem de forma idem contendunt, quippe quae in sponsalibus alia est, ac in matrimonio. Vnde et prono alveo sequi videtur, nec hodie sponsalium de praesenti esse effectum alium, quam ut agi possit ad matrimonium iam praesens, per solennitates ecclesiasticas magis consummandum i), quae quamdiu absunt iura ipsius matrimonii annullare faciunt.

§. III.

Quamvis negari non possit, ius papale ex rationibus antea nominatis differentiam sponsalium introduxisse, tamen et hoc a nemine in dubium vocari debet, quod apud nos interprotestantes ista distinctio, numquam in eo sensu recepta vocari possit. Iam enim LUTHERO duce retentis quidem nominibus sequiori tempore aliae substituebantur notiones,

h) C. 22. 31. X. de sponsal.

i) Reuera nec inter Catholicos hodie dari sponsalia de praesenti sed ea vel conficere matrimonium verum, quoties nempe parochus et testes adfuerunt, vel sponsalia de futuro mera, docuit, I. H. BOEHMER I. E. P. Lib. 4. T. I. §. 23.

nes, et sic factum est, quod magna ICtorum protestantium
 cohors pedetentim sub sponsalibus de futuro intelligeret.
 1) nudos tractatus de sponsalibus nondum perfectis, sed
 adhuc perficiendis 2) deinde sponsalia impuberum, nec
 non 3) sponsalia conditionata. Reliqua vero omnia adnu-
 merata sunt sponsalibus de praesenti. Haec perversa ad-
 plicatio nominis diu antiquati effecit, vt summa imis mi-
 scerentur, et quae ius canonicum circa indissolubilitatem spon-
 salium, circa iuramenti delationis, et transactionis exclusio-
 nem statuerunt, infausto iure ad illa transferrentur, quae
 falso sponsalia de praesenti vocarentur *h)*

§. IV.

Multa sane enarrari possunt incommoda, quae Iuris-
 prudentia nostra ex hac confusione accepit et quibus vitiis
 haec doctrina suis constans principiis, inde labefactari in-
 coepit, sed cum infausta haec conamina vel nullum vel pa-
 rum discrimen circa actionem ex sponsalibus oriundam inuol-
 uant, et a proposito meo me longius abducant, merito illis
 excutienda relinquo, quorum themati propius inseruit talia
 excutere atque proponere.

h) I. H. BOEHMER de incongrua praxi doctrinae de sponsalibus
 futuro et de praesenti.

Reliquas etiam distinctiones sponsalium, quae a doctolibus passim adferuntur, verbo nominasse sufficiat. Abeunt nempe in pura et conditionata, prouti vel ab incerto dependent euentu vel paciscentium voluntas sine omni declaratur restrictione. Quoniam sponsalia per conventionem celebrantur (§. II.) omnia haec ex generali doctrina de pactis conditionatis sunt explicanda. Conditione ergo impossibili adiecta tam secundum ius Civile quam Canonum praecepta pro non initis et inualidis habentur, quippe ob iocum praesumptum paciscentes haud vere consentire creduntur 1).

§. VI.

Alia consideratio est, qua sponsalia in publica et privata, seu clandestina distinguuntur. Hoc fit, quoties respicitur ad circumstantiam istam, vtrum in ineundis, illis forma legalis adhibita sit, nec ne. Quamvis enim ad stabilitatem eorum re naturaliter et in se spectata, sufficiat consensus partium legitime declaratus, tamen propter argu-

B 3

1) Hanc communiorem doctrinam veram puto, quidquid alii dissentiant, qui rem ex conditione impossibili ultimae voluntati adiecta explicant, et eam pure accipiendam statuunt. *U. V. D. O. V. I. C. I. de sponsalibus sub conditione impossibili.* Videatur somnino *VOET* in *Comment. ad Dig. Tit. de sponsal. §. 8.* qui rem ex utroque iure eleganter exposuit.

menti grauitatem et ob salutem publicam, quae in singulorum commodis constat, legislatoribus sapientissime placuit, certam praefinire formam et modum praescribere, a quo obseruato vel neglecto singulares dependent effectus. Haec forma quidem ex iure communi nequiquam addisci potest *m*). Sed leges prouinciales insuper quam maxime diuersae sunt consulendae. Illud vero praecipue quoad effectum attendendum est discrimen, vtrum forma legalis sub poena nullitatis praescripta sit, num simpliciter desponsatis, hoc tamquam melior et commodior via commendetur.

Ibi

m) Ex iure romano huc iam pertinuit necessitas consensus paterni. L. 7. §. I. L. II. sqq. ff. de sponsal. quae ex vniuersali iure germanico etiam matrem, immo deficientibus parentibus ad tutores siue curatores desponsatorum pertinet. I. P. LVDEWIG *Differentia Iuris Rom. et German. in connubiali imperio consensuque parentum*. Hal. 1721. G. L. BOEHMER *de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum cum legitimorum tum illegitimorum*. Hal. 1740. (in *electis Iuris Ciu.* Tom. I. p. 642.) Praeterea omnes fere leges prouinciales in eo conueniunt, vt testium certus numerus requiratur, coram quibus desponsati consensum vel interponunt, vel repetunt iam antea interpositum. Quantum vero ad numerum testium et modum quo consensus est declarandus, admodum a se discrepant variaram regionum variae leges hac de re disponentes. Vnde concludi potest, quid sit statuendum de generali definitione sponsalium publicorum, quam exhibet P. MILLER *ad Struuium. Tit. de sponsal. §. 15. not. L.* quod nempe sunt quae cum consensu parentum in praesentia testium contrahuntur.

Ibi ob neglectum eius, negotium omnino nullum euadit, sic vt nulli profus remaneant effectus. Hic vero, licet illicite actum sit, tamen dici non potest, sponsalia clandestina omni carere effectu, sed nisi in collisione plurium sponsalium, alter ex publicis, tamquam vinculo fortiori teneatur, semper obligatus erit, et legitimis remedijs conueniri potest ad conuentionem suam (implendam. n). In priori casu, qui legibus particularibus aliquando stabilitus est, regula admodum vulgaris, quod nempe hodie ex omni pacto deliberato actio detur ciuilib, haud minimam recepit limitationem, quia aequum erat, eam ex iustis rationibus a legislatore moderari et restringi. Immo magis cum seueritate cautum legimus, vt ne tunc quidem vllus tribuatur sponsalibus clandestinis effectus, cum concubitus accesserit o), et vel alter desponsatorum, vel parentes dissentiant.

§. VII.

Hactenus proposita euincunt duo copulatiua requiri momenta, ad actionem ex sponsalibus feliciter instituendam. Primo enim necesse est, vt constet de veritate sponsalium a personis naturaliter et ciuilibus habilibus contractorum; deinde etiam accedere debet, forma ibi locorum legibus determinata, quo conuentio inita, et lis ex ea est

n) ESPEN. in Iurn Eccles. Protest. sect. 1. Tit. 12. Cap. 3. §. 12.

o) huc respicit paroemia: heimlich Ver bönis stiftet keine Ehe, Wisenharth vom Recht der Sprichwörter, p. 98.

instituta. Quoties enim unum atterunt eorum, quae
 his regulis comprehenduntur abest, inanis actio erit, et
 iudex bellum ex officio reiiciendum curabit. ^{p)} Fundamen-
 tum igitur, cuius naturam atque effectus iuridicos nunc ad-
 curatius explicare apud animum decreui constituunt spon-
 salia vera contracta, et forma legali iure particulari prae-
 scripta, concomitata. Quae conclusio vera est, licet in iis
 regionibus, quae formam non praecise, nec sub poena nul-
 litatis addunt, haud absolute ad eam respiciatur, sed tunc de-
 mum per modum exceptionis attendatur, cum decidendum
 est, cui ex pluribus iuris sponsalibus praecipuum ius com-
 petat, ideoque prae altero tribuenda sit praerogativa.

§. VIII.

Naturam actionis ex sponsalibus oriundae recte cognosce-
 re et legitimos ipsi tribuere effectus; aliter non possumus, nisi
 sedulo fecernamus Romanorum hac in re praecepta, ab infi-
 tutis et placitis, quae mores patrii et domesticum ius, quae-
 libet tuens pacta serio animo celebrata; constituerunt.

Videamus igitur primo loco quomodo conditores iuris ro-
 mani philosophiae suae subdlexerint rationes, et quibus modis
 effecerint, ne cuiquam cauto homini iuris sui defensio et auxi-
 lium legum et iudicis vlllo tempore deesset.

Moris

p) Meuius in Decisi, p. 3. Dec. 382.

Moris fuit apud veteres Romanos, vti A. GELLIVS harum rerum optime gnarus docuit q), sponsalia non nisi per contractum stipulationis inire. Negotium illud vocabatur contractus sponsonum et paciscentes inde accipiebant nomen *sponsae* et *sponsi*. Sic haud difficile est iudicatu actionem semper in promptu fuisse, *ex stipulatur* *sue ex sponsu*; cuius quidem nomen in legibus non occurrit, quae vero ex natura stipulationum optime cognosci et explicari potest. Erat nempe *actio sticti iuris*, qua actor petit, ut reus adigatur ad id praestandum, quod intuitu sponsalium, in solennes formulas deductum erat. Dum nemo extreme contumax ad factum aliquod facile cogi potest, credibile est, hanc actionem praecipue ad interesse praestandum, fuisse institutam, quod auertendae futurae litis causa, plerumque in antecessum stipulatione comprehendebatur. Docent quoque verba ex GELLIO relata, hanc actionem

q) In *noctibus Atticis Lib. 4. Cap. 4.* eius verba saepius allegata haec sunt? qui uxorem ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium ductum iri; qui daturus erat, itidem spondebat. Qui contractus stipulationum sponsonumque dicebatur, sponsalia. Tunc quae promissa erat, *SPONSA* appellabatur; qui sponsonerat ducturum, *SPONSVS*. Sed si post eas stipulationes vxor non dabatur, aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudex, quam ob rem data acceptaue non esset vxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique intersuerat eam vxorem accipi aut dari, eum qui sponsonerat, aut stipulatus erat, condemnabat.

C

nem et sponso aequae ac sponsae eius patri competisse, semperque ad officium iudicis spectasse, videre, ne quis temere eam institueret, dum forsitan per facta sua causa fuerit, cur alter a conuentione recedere, cuperet.

Plerique interpretum ex GELLIO r) demonstrare allaborant, hanc actionem ex usu venisse, a tempore quo ciuitas uniuerso Latio Lege Iulia data esset, seu ab aevo Iulii Caesaris, qui iura ciuitatis constitutione sua cum incolis Latii communicauit. Interim non video, qua ratione id ex verbis eius demonstrari posset, quae potius indicant, usque ad Iulium Caesarem veterem sponsalium morem, quo mediante stipulatione conuenirent, *unicum* fuisse, eum autem plane abrogatum nemo contendit, qui recordatur fundamentum illius, quod actus continet stipulationis, non desisse, sed saepius frequentatum fuisse. GELLII ergo sententia haec fere esse videtur: Vsque ad legem Iuliam a. u. C. DCCLXIII. conditam, unica methodus celebrandi sponsalia valida erat contractus stipulationis, in quem uti ex principiis generalioribus constat, quaeuis conuentiones deduci poterant. Ob hanc rationem, necesse haud fuit, ut quis anxie de actionis instituendae genere sollicitus esset, nam ex sponso

r) *Hoc Ius inquit GELLIVS l. c. sponsaliorum obseruantiam dicit seruius ad id tempus, quo ciuitas uniuerso Latio lege Iulia data est. Haec eadem Neratius scribit in libro, quem de nuptiis composuit.*

sponſu ſiue ſtipulatione actio ſponſalitia dabatur aduerſus eum, qui promiſſis ſtare detrectaret. Poſt vero introductam libertatem ſponſaliorum, et licentiam mittendi repudium, ceſſare quidem coepit mos per ſtipulationis ſolemnia promittendi et repromittendi futurum matrimonium, interim cum nulla lege id prohibebatur, forſan mores maiorum hac in re non plane ceſſauerunt, ſed aliquando a cautis hominibus in actum fuerunt deducti.

Tunc nil aequius eſſe potuit, quam actionem iure antiquo prodiſtam ex ſimili ratione retinere et refractariam partem ſic condemnare, vti natura promiſſi ſolemnis id poſtulare ſ). Quoties verò modus tunc temporis ordinarius electus, vel ideo omne actionis deſuit auxilium, quia cui-libet ius reſiliendi quam liberrime datum et ſponſalia nudam continebant conuentionem, ex qua ſecundum Romanorum ſyſtema actio ciuiliſ efficax inſtitui haud poteſt. Caeterum hoc aduerſariis lubenter concedam, morem effrenatum recedendi pro lubitu a ſponſalibus populo valde placuiſſe, ideoque minus frequentioreſ fuiſſe rigidioreſ conſuetudinem quam vetus aetas commendauit, et quae animis tantum grauiorum hominum ſe inſinuare potuit, Vnde et factum eſt, quod

C 2

conſi-

b) Habeo conſentientem v. HYBERVM qui in *Praelect. ad Pand Tit. de ſponſalibus* § 19. defendit uſum actionis ex ſponſu non plane euaniſſe, ante tempora, quibus omnes ceſſauerunt ſtipulationes,

constitutiones codicis de efficacia sponsalium, hunc tamquam magis consuetum casum pro obiecto habeant dictionis imperatoriae t).

§. IX.

Quamuis ergo praeter casum stipulationis ius romanum nullam agnoscat actionem, sunt tamen alia media, quibus rebus suis intentus damnum auertere, et licentiae a sponsalibus resiliendi, se se opponere potuit. Huc maxime spectare videtur dispendium eius quod arrhae nomine datum est. Is enim qui absque iusta causa recedere et fidem datam fallere cupit, olim ad arrhas quadruplicatas restituendas tenebatur; hoc deinde moderatum, et restrictum est per constitutionem Imperatoris Leonis et Anthemii u) sic ut refractarius amissione eius quod ipse dederat, et restitutione duplicatarum quas acceperat arrharum, multaretur w). Dubium autem non habet, hanc nouam constitutionem intelli-

gen-

t) l. 1. Cod. de sponsalib. l. 2, Cod. de repudiis. l. 2. Cod. de diuort. fact.

u) l. 5. Cod. de sponsal.

w) VOET in *Comment. ad ff. h. t.* §. 12. Iftam poenalem sanctionem obtinere in arrhis re vera iam *datis* et tantum *promissis*, naturae rei maxime conueniens est, quamuis de vltima specie id neget BRUNNEMANN in *Comment. ad Cod. tit. de sponsal. ad l. 5, n. 4.*

gendam esse de casu quo inter partes nil cautum fuit hac de re, nam communi consensu interueniente, cur quadruplex poena locum habere nequeat, perspicere equidem non possum.

Cum arrhae dispendio, similitudinem habet, adiectio poenae conuentionalis, quae tanquam naturalis modus impediendi licentiam repudii spectari potest, licet non eadem sit circa admissibilitatem et valorem eius, Doctorum virorum sententia. Sunt enim x) qui generaliter poenam conuentionalem in sponsalibus non esse tolerandam fratuunt, moti praecipue per l. 134. ff. de verb. oblig. l. 2. Cod. de inutil. stipul. l. 5. Cod. de repud. Alii vero aliter has leges intelligunt, indeque poenam efficaciter sponsalibus adiiciendam putarunt y); quia causa honesta subesset et leges allegatae prohiberent, ne libertas coniugii a tertio restringeretur per promissionem poenae, licet nil obstaret, quo minus ipsi promittentes multa conuentionali se magis obstringere possent ad fidem seruandam. Licet hac in re HVBERO acutissimi ingenii viro adstipulari haud possim, tamen non audeo admissibilitatem poenae conuentionalis inter desponsatos ipsos neque in totum defendere, neque generaliter eam reiiciendam puto. Optima erit expositio, quae verbis legum inhaeret.

C 3

x) GONSALER TELLER ad Cap. 29. X. de sponsal. n. 5. VOET loc. cit. §. 12. BRUNNEMANN l. c. ad L. 5. n. 12.

y) V. HVBER in prael. ad ff. tit. de sponsal. nr. 19.

haeret. Extra definitionem inquirunt Imperatores 2) huius legis, si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis negotiis libera potestas esse debet. En igitur vides damnatam et prohibitam omnem poenam conuentionalem, praeter eam, quae in definitione legis continetur, eiusque verbis comprehenditur, tanquam exceptio a sua regula. Qualis haec sit exceptio, iterum ex constitutione eadem addiscendum est. Loquuntur Imperatores, de eo, quod circa arrhas iustum esse debeat, quoties vnus alterave a sponfalibus recedere cupit. Concludamus ergo, poenam conuentionalem licitam esse, quoties relationem habet cum arrha, quae in signum eius, quod concernit perfectionem negotii, data est; eamque improbari a legislatoribus, quoties simpliciter promittitur, vbi vel arrha non data, vel poena per se spectata adiecta est. Atque summam id habet rationem. Nam qui arrham dedit, et poenam ad eam dirigit, hoc magis deliberato animo facere videtur, quam is, qui poenam promisit, cuius nulla pars data vel accepta est, et quae ob hanc causam, non tam serio animum eius occupasse censetur. a)

§. X.

2) l. 5. Cod. de sponfal.

a) Mecum facere videtur P. MÜLLER ad Struuium tit. de sponfal.

§. 11. p. 136. n. 10. In nouella Leonis 18. generaliter omnes permittuntur, sanctiones poenales quae ad restringendam licentiam Romanorum sunt adiectae,

§. X.

Hoc certum est, ius canonicum adoptasse principia Romanorum; et quamvis canones licentiam repudiorum maxime odio persequerentur, ideoque omnis ratio prohibitionis cessare videretur, Papa tamen damnauit et inualidas declarauit, omnes a desponsatis adiectas conuentionales poenas. *Cum itaque matrimonia*, inquit GREGORIUS IX *libera esse debeant, et ideo talis stipulatio propter poenae interpositionem sit merito improbanda, mandamus, quatenus si est ita, eundem B, ab extorsione desistat, ecclesiastica censura compellas.* b) Haec impulerunt et ICTOS primi ordinis c) vt textum iuris canonici ad specialem causam restringerent, et sponsalia ob adiectam poenam tunc demum inualida dicerent, cum res inter personas impuberes est composita. Interim, quod pacitantorum virorum dictum sit; leges nunquam explicandae sunt, ex circumstantiis singularibus, quae in casu substrato aderant, si legislator rationes decidendi inde haud sumsit; Papam vero, inualidas declarando poenas adiectas ad impubertatem non respexisse vel inde, vt mihi videtur, apertum est, quod tunc ambagibus opus non fuisset. Sponsalia enim impuberum omnino corruunt, quoties pubes factus recedere cupit. Cur itaque Legislator ad causam remotam confugeret? cur sponsalia, quae ob aetatem paciscentis iam

b) c. 29. X. de sponsal.

c) I. H. BÜHMER *I. E. P. L. 4. T. I. §. 130.* I. L. BÜHMER *in principis Iur. Canon. §. 392. not. 6.*

corruebant, irrita declararet ob rationes subtiles, atque parum inconcinnas, a poena adiecta desumptas. Itaque non dubito, ire in partes eorum, qui papam ius romanum hac in re retinuisse credunt licet ratio eius dudum obsoluerit, nec genio iuris canonici conuenire, potuerit d). Hoc vero lubenter concedam, nihilominus factum esse, quod eiusmodi pacta poenalia hodie sustineantur. Quod qui negare audiret, accedit velim consistoria, quae toto die partem refractariam condemnare solent in summam promissam, modo probari possit, serio animo aliquid esse stipulatum e). Est igitur defensio non in re ipsa sed in fundamentis vnus eiusdemque rei. Omnes concedunt valorem hodiernum pacti poenalis ad euitanda repudia. Alii, dum statuunt, papam non interdixisse poenas conuentionales, nisi inter inpuberes; alii adfirmantes legislatoris generalem voluntatem, negant saltem usum eius prohibitionis practicum, et habent ista in re adstipulantes, omnes qui negotiis forensibus occupati, res quotidianas narrarunt.

§. XI.

Vidimus hactenus, secundum leges Romanas haud firmam fuisse obligationem ex sponsalibus ortam, et praeter ca-

d) BROWER *De iure connubior.* L. 1. c. 24. n. 26. in fin. BRUNNE-MANN *ad L. 5. C. de sponsalib.* n. 12. 13.

e) s. STRYK *in usu moderno Pandect.* tit. de sponsalib. §. 4.

sum stipulationis aut poenae conuentionalis secundum formam legalem adiectae (§. 9. in fine) nulla fuisse media, quibus temeritati et mutabilitati hominum fines ponerentur. Iuramento enim maiorem vim sponsalibus addere inconsumtum fuit apud Quirites, qui per asseuerationem religiosam, nouas vires actui dari impie negarunt. Correxerit hoc ius canonicum, tam per generales dispositiones, in quibus omnia iuramenta, quae salua salute aeterna seruari possunt, sancte seruari iubet, tum per verba ad hunc casum expresse directa *f*) quae firmiter obligari dicunt desponsatos, qui iurato fidem sibi dederant.

§. XII.

Iam progredior ad singularia circa actionem ex sponsalibus instituenda, quibus quidem mores patrii ius peregrinum auxere, et simplicitati naturali magis accommodare studeo. Missae sunt dudum, vt tirones sciunt, stipulationes et anxiae formulae stricti iuris, quae maioribus nostris, aequitatem in omnibus profitentibus, nunquam placuerunt. Missa quoque esto, antiqua *ex sponsu* actio, quae vnicum fundamentum habuit in contractu verborum solenni, est haec sine dubio suppellex foro nostro minus necessaria, quidquid alii dissentiant.

Inter

f) cap. 10. 20. X. de sponsalib.

D

Inter omnes quantum mihi constat, amatores et defensores rerum antiquarum A. LEYSER praecipue eminet, qui g) studiosissime contendit, actionem ex sponsu, qualiter GELIVS h) eam docet, hodie esse retinendam, tum quia prisci iuris conditoribus haec cognita fuerit, tum quia nomen actionis matrimonialis parum sufficeret, quippe actio quae ex sponsalibus descendit aliquando non ad implendum matrimonium, sed ad interesse praestandum insitueretur. Primum vero argumentum ad antiquitatem erit ablegandum, ubi lubenter concedo, illud utramque paginam esse confecturum, et secundum nil omnino probat, quia incongruum esse potest, nomen *actionis matrimonialis* ab aliis adhibitum licet simul incongrua sit denominatio LEYSERI. Nemo itaque hanc rem tam facile concedet Viro celeberrimo, uti quidem credere ille videtur; licet in eo omnem mereatur adplausum, quod actionis ex sponsalibus instituendae longe frequentior hodie usus sit, quam apud Romanos ex rationibus supra adductis id fieri poterat.

XIII.

Si itaque recte contenditur, *actionem ex sponsu* moribus nostris haud convenire, ideoque usu eam destitui, operae pretium erit despiciere, quale sit illud remedium, quod ex spon-

g) In meditationib. ad ff, spec, 293. m. I,

h) in l. §. 8. citat.

sponsalibus toto die in foris peragitur. Quo loco ante omnia cogitemus necesse est, actorem secundum ea quae supra (§. 2. 7.) proposita sunt, urgere implementum eius quod ab altero promissum est, siue in natura, siue per subsidiariam praestationem faciendum. Sequitur inde fundamentum actionis esse conuentionem serio animo declaratam super futuro matrimonio. Haec deinde consideratio cum fide ac dexteritate germanorum comparata, nullum admittit dubium, actionem ex sponsalibus, quam vulgo *matrimonialem* siue *die Ehe = Klage* adpellitant, nullam aliam esse, quam *conditionem*, siue ex lege, siue ex pacto, aut moribus eam deriuare velis; cum qua denominatione coincidit eorum sententia, qui naturam eius exprimere credunt, quando *implicationem* vocant *officii iudicis* i).

Quam itaque ius romanum restrinxit ad casum stipulationis, eamque ob solemnitates ciuiles stricti iuris esse voluit,

D 2

- i) Haec omnia quamuis raro id fiat, aliquando tamen a Ictis adhibentur. s. STRYK in *Vsu moderno Pandectar. tit. de sponsalib. §. 3.* IDEM de *actionibus inuestigandis Sect. I, m. 2. §. 27.* BRUCKNER de *vi pactorum nudorum hodierna, eiusque vero fundamento.* Alii saltim in re ipsa conueniunt, quando diligenter commendant, eam ex natura et ratione pactorum esse explicandam. BOEHMER in *I. G P. L. 4. T. 1. §. 48. et 145.* et nemini integrum esse, inuito altero a promissis recedere suis. I. L. BOEHMER in *principiis iuris canon. §. 392.* VOET *commentar. ad Pand. Tit. de sponsalib.*

luit, eam actionem maiores nostri generaliter elargiti sunt, quoties constans et seria voluntas personarum habilium de matrimonio futuro declarata, omniaque obseruata sunt, quae ob rei grauitatem, in legibus particularibus passim praescribuntur. Licet ergo hodie priuatio arrhae, licet poena conventionalis, et iuramenti adiectio, quae olim tanquam vincula sponsalium vtramque faciebant paginam, neuiquam sint abrogata ^{k)}, tamen ad supellectilem minus necessariam erunt referenda, dum cuique innocenti et sincero homini non potest non superesse remedium iuris efficacius atque magis salutare, quo aduersus refractarium iura sua defendere queat.

§. XIV.

Hoc vero sedulo animaduertendum est vtrum *vera sponsalia* adsint quae hanc actionem vnice fundari possunt, vtrum negotium in *meris* subsistat *tractatibus*. Saepius enim fieri adfolet, quod is ad actionem instituendam properet, qui non nisi oblationes nudas, et imperfecta probare potest sponsalia. Hoc minime procedit, nec felix euentus ab eiusmodi lite sperari debet, quia consensus quamdiu abest specialis et mutuus, nullum statuendum est ius cogendi alterum ^{l)}. Igitur

^{k)} in alia abire videtur A. DE LEYSER *spec.* 293. m. 6.

^{l)} I. H. C. DE SELCHOW *elementa iur. germ.* §. 53r. Vnde vero nudi tractatus a sponsalibus discernantur docet C. THOMASIVS *de pactis futurorum sponsalium*. Maiores nostri id formula etiam in-

tur in casu litis contestationis negativae actori incumbet probatio: se sponsalia perfecta et cui omnia insunt pastorum requisita celebrasse, neque quidquam ex his abesse, quae praeterea in legibus loci sunt praescripta *m*). Hoc eo magis est attendendum, quo grauius negotium est indissolubilis illa coniunctio, cuius initium conficiunt sponsalia. Quamuis haec res per se clara et dubiis omnibus exempta videatur, tamen alii contrarium defendere sunt conati *n*); in quem errorem prolabuntur, dum negotia diuersa minus adcurate separantes actionem ex sponsalibus adesse statuerunt, vbi tamen ex alio fundamento fuisset agendum. Latet ergo in eorum conclusionibus illud vitium, quod logici fallaciam causae non vt causae adpellitare solent.

§. XV.

inculcare voluerunt: *Anwerbung macht keine Verbindung. Eisenharth vom Recht der Spruchwörter p. 93. sequ.*

m) Vid. MÜLLER *ad Struuium L. 23. Tit. 1. §. 10. lit. I. n. o.* et praedictum hanc rem optime illustrans habes apud WERNER *in obseruation. forens. T. 1. P. 10. obs. 30.*

n) BRÜCKNER *in decis. iuris matrimon. c. 1. §. 15.* refert: se meminisse, iuuenem qui diu spem matrimonii puellae fecisset, et postea absque iusta causa non impleteret, ad praestandum interesse condemnatum. Et recte quidem in eo vir doctus argumentatur, quod iuste condemnatum putat; minus recte autem, quod hoc actione matrimoniali factum contendit. Sponsalia enim tanquam huius fundamentum non aderant, sed dolus quo puellam circumveniebat, ipsi imposuit obligationem satisfactionis, et damni reparationis.

§. XV.

Vbi tamen verus consensus sponsalitiis adesse intelligitur, parum refert quo modo sit declaratus, et an oraliter an per litteras interponatur. Sic etiam perinde est, an ipsi pacta dotalia accesserint nec ne? an pacta quae adsunt pro validis habenda sint, an nulla ex illis oriatur obligatio? Sufficit ad fundandam actionem, ea adesse, quae en natura rei et legibus prouincialibus ad sponsalia valida requiruntur; nam quae solemnitatis et stricti iuris erant dudum sunt profligata, sic vt dexteritati et simplicitati hodiernae nocere nequeant, nisi liquido doceri possit, hoc vel illud esse retentum vel noviter praescriptum o).

§. XVI.

Quae de fundamento actionis ex sponsalibus oriundae hactenus sunt proposita, quemlibet convincere possunt, eam nullo modo esse *praeiudicalem*. Hoc qui credunt eam ex *flatu* vel sponsalitiis vel immo matrimoniali deriuandam censent; quorum tamen opinionem principis iuris parum convenientem iam §. I. satis remonstrasse putauerim. Sponsalia

o) Si quaestiones speciales non possunt definiri nisi ex legibus prouincialibus, quo pertinent: an permutatio annulorum sit necessaria; an praesentia agnatorum in actu desponsationis accedere debeat; num praeter sponsalia requiratur *das Ja Wort* et quae sunt reliqua. Consulat. WERNHER de *pactis sponsalium*.

lia enim seu conventiones de futuro matrimonio, respiciunt quidem statum nouum assumendum, nondum vero assumtum, ideoque naturale est, nulla iura exinde deriuari posse, quamdiu assumtio eius tanquam res futura spectatur. Si igitur verum est, ex promissis acceptatis ab altero, oriri ius ad rem siue obligationem inter contrahentes simplicem, et actionem ciuilem semper imitari fundamentum suae originis, necessarium quoque erit, actionem personalem ex facto obligatorio tam diu statuere, donec per implementum praestitum status ciuilis et peculiaris incipiat, ex quo in personam ipsam iura adquirantur, quae in posterum negata per actionem praeiudicalem persequi licet *p*). Qui hoc non attendentes, actionem nostram pro praeiudicali venditant, vnde quaeso discernere volunt remedium a desponsatis institutum ab eo quod coniuges durante matrimonio proponunt? quae tamen maxime diuersa esse debent, ob diuersam personarum conditionem, et intentionem quam libello suo profitentur.

§. XVII.

Hactenus asserta qualitas personalis huius actionis, notabilem offert circumstantiam. Nempe non ens iuridicum esse actionem negatoriam ex sponsalibus institutam. Hanc ad-

p) Anemine quantum scio haec apertius obseruantur BOEHMERO in tractat. de actionib. S. 2. c. 1. §. 46.

aduocati parum instructi et rerum ignorantes fundamenta aliquando instituere solent, cum alter sponsalia publice declarat, seque in eiusmodi vinculo esse praetendit, alter vero cuius omnino interesse potest mundum scire se in eiusmodi connexionione non versari, iudicem implorat, vt eum ab alterius assertis et falsis praetensis liberare velit. Talia ius nostrum haud noscit. Actiones personales ex conuentione ortae, minus recte in affirmatorias at negatorias diuiduntur. Interim vero iniustum esset, puellam honestam hominis iniusti dictis exponere eamque aduersus falsa eius praetensa, quibus famam eius minuere vel saltim nocere ipsi potest, defendere nolle. Itaque illi non in re ipsa sed in modo tantum errarunt. Communicauit mecum causarum patronus istiusmodi casum quo puella honesta aduersarium suum per prouocationem ex lege diffamari reprimere eumque adigere studebat vt actione instituta, sponsalia quae praetenderat rite probaret, aut silentium vt sibi imponeretur, expectaret. Aliud medium iura non suppeditabant, quia primo intuitu sponsalia iusta adesse videbantur et prouocans ipsa occasionem praebuerat, cur aduersarius prouocatus eam cum specie quadam veritatis pro sua habere poterat sponsa. Quae si ita non fuissent, praeter prouocationem ex lege diffamari, etiam actione iniuriarum tanquam commodiori remedio experiri potuisset. Hoc tunc praecipue agendum est; cum inter personas conditione dispares alter sponsalia cum altero iniuste fingere

ingere et in publicum diulgare non erubescit. Vidimus itaque leges cuiilibet satis prospexisse, neque actionis defectum adesse, quamuis actio negatoria ad declinandum vinculum sponsalitiū propter inconcinnitatem suam hic adplicari non possit.

§. XVIII.

Iam in viam est redeundum a qua vltimae obseruationes me abduxerant. Vidimus actionem ex sponsalibus oriundam esse personalem atque speciem conditionis ex lege siue ex moribus; haec principaliter tendit *consummationem matrimonii*, quippe quod in promissis continetur. Et quia ex conuentione rite et pure inita, firma sine dubio oritur obligatio, certum est, aduersarium *cogi* posse ad matrimonium consummandum, et per consequens nil admittendum quod adimplendae promissioni aduersetur. Non magis enim ac in aliis conuentionibus licitum esse potest; ex vnilaterali consensu recedere et promissis suis sese subtrahere velle.

Hanc coactionem legitimis obtinere mediis, non solum suadet analogia reliquarum conuentionum, sed expressis verbis ius canonicum eum compelli iubet qui officio suo se vllō modo subtrahere audet. Pertinent huc sancita ALEXANDRI III. dum *q)* *mandamus inquit quatenus si hoc tibi consiterit eum moneas,*
q) c. 10. X. de sponsalib. E

neas, et si non acquieverit monitis ecclesiastica censura eum compellas, ut ipsam in uxorem recipiat et maritali affectione pertractet. Eundem in modum etiam INNOCENTIVS constituit r). Praeterea hi, qui de matrimonio contrahendo pure et sine omni conditione fidem dederunt, commoneudi sunt et modis omnibus inducendi, ut praestitam fidem obseruent.

Media coactiva generaliter quidem arbitrio iudicis relinquuntur, interim facile perspicuum est, aduersus refractarium eundem in modum procedendum esse, ac in aliis casibus summae contumaciae consuetum est. Vilioris nempe conditionis homines incarceratione, honestiores multa arbitraria adiguntur. Ad poenam excommunicationis vero iure canonico admodum consuetam, iudices hodie vix procedere solent, partim, quia haec poena, incommodum habet, partim, quia nulla proportio adest inter admissum eiusque luitionem s).

§. XIX.

r) c. 2. X. de sponsalib. cum quo fere conueniunt quae in c. 22. eod. leguntur.

s) STRYK de actionib. inuestigand. S. I. m. 2. §. 28. IDEM de Dissens. sponsalit. Sect. I. §. 15. 16. CARPZOV Iurisprud. ecclesiast. def. 133. n. 8. 10. Def. 134. BRUCKNER in decis. matrimonial. c. 1. n. 7. seq. I. H. BOEHMER in I. C. P. L. 4. Tit. 4. §. 52. qui omnes testantur de iure magistratus adigendi refractarium etiam adhibitis poenis, ut promissum adimpleat et in consumationem matrimonii consentiat.

§. XIX.

Aduersus eam iudicis potestatem, mediis coactivis refractarios adigendi, varia sunt quae a doctoribus subinde moventur. Primo vrgere solent, obligationem ex sponsalibus in faciendo consistere, huius vero naturam alternatiuam admittere t); ideoque electionem reo tribuendam esse, vtrum matrimonium, quod in obligatione erat, consummare, an statim ad praestationem subsidiariam eius, quod interest, recurrere velit. Verum enimvero dudum explosa est eorum philosophia, qui obligationem alternatiuam et subsidiariam commiscentes talia statuerunt u). Ex quavis obligatione petitum recte dirigitur ad implementum in natura, et sicuti promissum est, faciendum; nec in actione ipsa distinguitur, vtrum ad factum tendat, an ad rem dandam siue tradendam sit concepta. Iudicis vero officium vbicunq; erit, praestationem subsidiariam ad interesse iniungere, quando vel implementum naturale praestari non potest, aut summa reluctantis et renitentis adparet contumacia.

§. XX.

Deinde interpretes cespitant etiam circa hanc rem, occasione *cap. 17. x. de sponsalib.* quo haec referuntur verba:

E 2

cum

t) FRANSKIVS in commentario ad *Pandect. tit. de Praescript. Verbis* n. 63. COCCII *ius controuers. Tit. de Pactis. qu. 42.*

u) I. H. BOEHMER in *I. C. P. l. c. § 48.* THOMASIVS *an promissor facti liberetur praestando, id quod interest.*

cum libera esse debeant matrimonia, monenda est potius quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere. Et videntur haec media coactiva excludere, quae in supra relatis constitutionibus papalibus permixta sunt; unde alii x) istum textum restringere solent ad casum specialem, quo nempe is qui matrimonium consummare detrectat, iustas allegare potest causas. Sed sepositis reliquis argumentis, quae hanc interpretationem non admittunt, ratio in lege subiecta obstat huic explicationi, cum libera esse debeant matrimonia; ratio generalis secundum regulas hermeneuticas censituet etiam generalem dispositionem.

Magis itaque placet, alia huius capituli explicatio. Verisimile est Papam non esse locutum de coactione ipsa, quippe de qua ex tot aliis legibus iam constabat, sed de modo coactionis. Damnare et prohibere voluit, actus quo per vim absolutam refractarius et reclamans ad altare rapitur, et benedictione sacerdotali licet consentire nolit iungitur. Non vero improbauit, mediis durioribus refractarium inducere, vt quamuis inuitus in copulam sacerdotalem consentiat y). Praecipua etiam intentio Papae haec fuisse videtur, vt excludat medium

x) GONZALEZ TELLEZ in commentar. ad doct. capit. SANCHEZ de matrim. L. 1. Diss. 29. n. 4.

y) Hanc viam interpretandi capitulum allegat ingressus est I. H. BOEHMER in I. P. C. L. 4. Tit. I. §. 51.

medium excommunicationis, quod hactenus saepissime in
vium deducebatur.

§. XXI.

Vnde consistoria hodierna a coactione absoluta desistere
solent, et quoties adhibita incarceratione et multa pecunia-
ria, reluctantes extremo contumaces matrimonium tamen
consummare detrectant, sequitur condemnatio in expensas li-
tis temere causatae, nec non ad interesse praestandum in-
nocenti adigantur, cui aliquando poena arbitraria et secun-
dum ius canonicum excommunicatio iungitur x). Haec lau-
dabilis et salutaris consuetudo tam vniuersaliter recepta est, vt
matrimonium sub coactione absoluta consummatum, pro nullo
et irritum habendum esse, summi Ictorum saepe decreuerint.
Sic refractarius obtorto collo ad altare tractus, dum postea
cohabitare nollet, ex capite desertionis accusatus, ex senten-
tia Ictorum a) absolutus quidem a vinculo matrimonii, sed
ad interesse et poenam pecuniariam soluendam, condemna-
tus erat. Interim vero putandum non est, coactionem abso-
lutam nunquam licito modo adhiberi posse. Quoties enim
sponsalia vera infecuta est impraegnatio, aut refractarius non

E 3

habet

x) MEVIVS in *Decisionib. P. 3. dec. 382.* S. STRYK de *actionib. inue-
stigand. S. 1. m. 2. §. 28.* B. CARPZOV *Iurisprud. eccles. L. 2.
definit. 135.*

a) Apud I. H. BOEHMER *l. c. §. 54.*

habet unde satisfactionem solvere possit, matrimonium omnino per media coactiua est consummandum, licet iu actu benedictionis sacerdotalis dissentium adhuc interponat. Immo quamvis coniugem deinde deserere audeat, neque ei cohabitari velit, hoc non impedit quominus omnia legitimi coniugii iura currere incipiant.

Leges quidem non adsunt, quae hos casus directe deciderent, interim analogia non deficit, et res praeiudiciis collegiorum confirmatur *b*). Quantum ad casum copulae carnalis quae sponsalia concomitauit res est certa. Nam apud omnes constat, neque vnquam negatum est, hodie ex sponsalibus firmum ius et perfectam oriri obligationem; haec vero impleri non potest nisi per iustas nuptias.

Nec obiici potest, matrimonium consensu perfici, qui tamen media excludit coactiua. Nam et consensus per sponsalia accedente concubitu est declaratus, et suppleri potest a magistratu aut paroco eundem in modum, ac fieri solet, cum parentes ex nullis vel parum sufficientibus causis, matrimonio liberorum sese opponere autumant *c*).

Alter

b) CARPZOV *Iurisprud. consil. L. 2. de fin. 135.* I. H. BOEHMER
in Iure eccles. Profes. L. 4. Tit. I. §. 55. 56.

c) Addunt alii, quod ex sponsalibus accedente copula carnali oriretur ipsum matrimonium, sic vt haec praesumptio sit fortissima, nullam admittens reprobationem. MÜLLER AD STRYV, *tit. de sponsalib. §. 17 Lit. α.*

Alter casus, quo refractarius satisfactionem praestare nequit, ex natura obligationis alternatiuae facile demonstratur. Alterum enim absolute debetur, quoties alterum praestari non potest. Manet vero in defectu satisfactionis reliquum, vt matrimonium ipsum consumetur.

§. XXII.

Cum effectus sponsaliorum praedicti omnes deriuari possint ex natura pactorum communi, et neminem lateat, ea hodie ius indubitatum ac obligationem constantem inducere, facile animaduertitur, non esse distinguendum intuitu huius effecti, inter sponsalia de praesenti atque de futuro, quod praecipue obseruari meretur apud protestantes qui nunquam istam iuris canonici doctrinam vsu receperunt.

Sunt tamen qui sponsalibus de futuro perperam haud maiorem vim assignarunt, ac quidem iure romano illis datum legimus. Sunt etiam alii, qui in modo cogendi ea differre crediderunt; quorum sententias autem adcuratori examini subiicere merito haesitavi, quia quod effectum iuridicum et usum forenses attinet, conclamatum est inter omnes, ea haud amplius differre d).

§. XXIII.

d) Argumenta dissentientium examinat BROVWER *de iure connubior.*

L. I, c. 24, n. 19.

§. XXIII.

Dictum est §. 21. huius libelli; refractarium ordinarie condemnari ad satisfactionem praestandam. Adcuratius ergo examinemus in quo haec condemnatio proprie consistat.

Ante omnia sciri oportet, hanc praestationem non esse assumendam ex regulis verae dotis quae ab vxore ab ferenda matrimonii onera marito inferetur; sed potius diiudicandum esse ex principis, quae de damni restitutione agunt, et considerandum esse tanquam pretium aliquod matrimonii, quod secundum strictum ius, in natura exigi poterat. Vnde colligi potest, hanc obligationem non esse conditionatam, eamque esse praestandam, licet persona innocens matrimonium aliud nunquam inire possit. Deinde etiam conspicuum est, intuitu summae huius satisfactionis, magis spectari facultates et conditionem innocentis, quam bona refractarii; non autem plane negligendum esse statum ac conditionem eius, quia sponsa quae cum homine inferioris conditionis, aut cui res angusta domi est sponsalia iniit, consensum in matrimonium cum eiusmodi homine interposuisse censetur.

Tota haec condemnatio diiudicari potest, ex analogia eius, quod in foro obseruari solet, circa satisfactionem stupratae a stupratore praestandam *e*).

§. XXIV.

e) Vid. WERNHER in *observat. select.* T. 3. P. 2. obs. 363. et STRYBE in *den rechtl. Bedenken* T. 1. nro. 163.

§. XXIV.

Ius canonicum, quod matrimonialibus valde aestimari solet, inter caetera incommoda, quae in refractarium cadunt, etiam poenitentiam ecclesiasticam esse voluit, et ex hac perpetuo continuata, deducta est poena coelibatus. *f)* Vi huius nocenti ius denegatum est, aliud quaerendi matrimonium.

Diu haec poena tanquam annexum necessarium condemnationis spectata est, videamus igitur, num hodie recte adhibeatur, vtrum ab ea sit abstinendum. Quantum ad punctum iuris atinet, res dubio caret, quia nulla lege nullaque constitutione aliquid ea in re est immutatum *g)*. Sed admodum prudenter nihilominus iudices hodie ab ea abstinere solent, ne grauioribus delictis ansa praebetur, et nemini iugum imponatur, quod ferre nullo modo potest; maxime cum innocenti nullum commodum contingit, si videt alterum carere debere vinculo coniugali *h)*. Vnde consistoria recte vel ab initio facultatem aliud quaerendi matrimonium largiri, vel in posterum saltim poenam dictatam remittere solent, modo

f) c. 2. io. 17. 22. X. de sponsalib.

g) B. CARPZOV *Iurisprud. Conssi. P. 2. def. 136. n. 5.*

h) MÜLLER ad STRVV. *Tit. de sponsalib. §. XI. n. III.* LAV-
TERBACH *Colleg. Theor. Praët. tit. de sponsalib. §. 33.* ME-
VIYS in *Dicisionib. P. VI. dec. 356. et praecipue dec. 359.*

modo aliud matrimonium non cum pompa sed remotis omnibus caeremoniis ineatur.

§. XXV.

Hoc vero actioni ex sponfalibus institutae proprium est singulare, quod magistratus non solum officio iudicis fungatur, id est, quod partibus ius controuersum explicet et quid secundum leges iustum sit, exponat; sed praeterea quoque officium disciplinare sibi, impositum sciat, quod uti in omnibus matrimonialibus, ita praesertim sese exerit in hac actione. Admoneat igitur omnibus modis, uti censores facere possunt, partem refractariam, ut sponte in viam redeat, et personam sibi desponsatam, matrimonio iungere velit; immo si haec leuiora parum sufficiunt, mediis utatur durioribus, licet cum regulis iuris, quae de poenis agunt, componi nequeant. Officium illud disciplinare effecit, ut in eiusmodi causis, maxime ubi coram adparendum est, aduocati et procuratores aegre admittantur; in eo ratio quaerenda est, cur aduersus ea quae iudex tanquam monitor accensor suscepit, nulla concedantur media suspensiuam, et quae sunt caereta quae ex communi processu explicari non possunt, et tamen regulis iustitiae conueniunt.

§. XXVI.

Conditio hactenus descripta, est vnicum remedium, quod hodie ex sponfalibus instituitur. Tendit illud principaliter ad

ad matrimonium consummandum §. 19.); ideoque denominatio germanica *die Eheklage*, neququam est absurda aut minus adequata, vti scrupulosi Icti aliquando voluerunt.

Egregie itaque errarunt, qui duplex statuerunt remedium; *unum* ad matrimonii consummationem comparatum; *alterum* quod interesse praestandum respicit *i*). Hoc est argumentari, aduersus ordinariam actionem, quam generatim habent, naturam. Tirones sciunt omnes, vnamquamque actionem, principalem atque primariam intentionem pro scopo habere, ad quam regulariter petitum in libello dirigitur. Quodsi vero ex post adparet, hanc obtineri non posse, iudicis est in subsidium reum condemnare vel in id, quod interest, et tunc eum nihilominus actione ordinaria adactum dicendum esse. Immo constat, actionem manere ordinariam, et ex natura negotii descendente, licet aliquando res principalis ab initio peti nequeat, et actor statim ad interesse recurrere velit. Quod qui vltius negare cupit, statuere debet, ex omnibus etiam contractibus duplex dari remedium, quorum vnum ad implementum naturaliter praestandum, alterum vero ad interesse soluendum instituitur, quoties ob contumaciam vel rei circumstantias illud praestari nequit.

F 2

§. XXVII.

i) LEYSER *sp.* 293. *III.* 1. 2.

Cognita natura huius actionis, restat, vt videamus, quomodo libellus recte formetur, ne vitii laboret et exceptionibus elidi possit.

Regulas quidem communes, de forma libelli eiusque conceptione merito omittere possum; duas tantum obseruationes tangere lubet.

1) Libellus esto certus, non vero alternatiuus. Hic enim quando recte adhibendus supponit obligationem alternatiuam, in qua debitoris electio est, quodnam membrum implere velit. Ex antecedentibus vero adparet, desponsatum simpliciter esse obligatum, vt matrimonium consummet et fidem datam liberet; eumque nonnisi in subsidium adigendum esse ad praestandum id, quod interest, quoties extreme contumax est, et nullae causae adsunt, quae iudici media vere coactiua suadere possunt.

Dum vero reus per libellum hac ratione vitiosum nil amittat, et de actoris intentione satis constet, iudex eum alternatiue conceptum ab actis non reiiciet, sed per officium quod exercet nobile, sustinebit k).

2) Pe-

k) argumento *L. vn. C. vt quae desunt aduocat. parti. iudex. suppleat.* cap. 6, X. de iudiciis, *LEXSER* *fp.* 293, m. 9.

2) *Petitur libelli* mentionem faciat *obligationis sponsalitia*, quae fundamentum conficit huius actionis. Aduocati male edocti petere solent, *ut reus pro sponso vel sponsa declaretur*. Hoc oppido falsum est; nam inducit illa conclusio, declarationem status alicuius, qui vero supponit actionem praeiudicalem. Est autem §. 16. demonstratum, actionem ex sponsalibus non esse praeiudicalem, sed personalem. Potius igitur petendum fuisset, ut reus adigeretur ad obligationem suam implendam.

Libellus propter falsum petitur, quod falsum etiam prodest fundamentum agendi, non solum pro inepto merito habetur, sed a iudice reiicitur, nisi eum emendato vitio per decretum emendare et hac ratione processum abbreviare velit.

§. XXVIII.

Quod ad forum attinet, in quo haec actio proponitur, nemo negabit eam ad forum ecclesiasticum pertinere, quoties ad matrimonium consummandum agitur, ideoque consistorium esse implorandum ad cogendum partem refractariam; tum quia causae matrimoniales coeperunt ecclesiastico foro ex moribus subesse, tum quia id per leges imperatorias aliquando constitutum legimus ¹⁾. Sed nec dubium habet, eam actio-

F 3

nem

¹⁾ *Novell. Leonis 89.* et leges quaedam antiquae de quibus I. H. BOEHMER in *I. E. P. L.* 4. Tit. 3. §. 25.

nem tunc quoque ad forum ecclesiasticum esse ablegandam, cum ab initio implementum matrimonii cesset, et sola postulatur praestatio subsidiaria eius quod interest. Quamvis enim haec condemnatio, per se nil ecclesiastici inuoluat, analogiae tamen consentaneum est, actionem subsidiariam eiusdem iuris esse ac principalem, eo magis cum officium iudicis sine dubio idem maneat, et in actione nil mutetur, nisi modus, quo innocenti sit satisfaciendum.

§. XXIX.

Saepe quaesitum legimus, ex quo tempore a sponsalibus initis computando, implementum eorum possit vrgeri per actionem haftenus expositam.

Est quidem natura obligationis purae vt statim ex ea agi possit *m*) ad implementum. Interim natura eius, quod sponsalibus promittitur, haud admittit, vt haec regula summo rigore applicetur, quia implementum ad tempus restringi et quouis momento impleri vix potest. Videndum igitur, an de tempore inter partes aliquid conuentum sit, quo casu res dubium habere non potest, quia de occidentalibus pacti idem tenendum est, quod de obiecto principali statuebatur.

Quodsi

m) §. 2. *Inß. de Verbor. obi.*

Quodsi autem nullum tempus adiectum est, regulam generalem commendant: *matrimonium quamprimum opportune et humanius fieri potest, consummandum esse.* Videmus autem admodum incertum esse hoc consilium, et dubia non tolli per eius adplicationem; unde propter multitudinem circumstantiarum, quae toto die variae occurrunt, nil superest, quam vt hanc quaestionem prudentis iudicis arbitrio decidendam relinquamus. Absolutam decisionem leges non dederunt, nec dare poterant, ob incertitudinem per naturam rei causatam.

Neque est, quod defendas cum A. LEYSERO *n)*, hanc actionem ante biennium post sponsalia praeterlapsum instituendam non esse. Leges enim *o)* quibus paradoxon suum probare intendit, neutiquam ante illud tempus ius agendi, aut eius effectum negarunt, sed exposuerunt nobis, quando sponsae ob moram alterius integrum sit a conuentione sua recedere, et alteri nubendi occasionem quaerere *p)*. Pertinent

n) in *meditant. ad Pand. spec. 293. m. 8.*

o) Sunt *L. 17. ff. et L. 2. C. de sponsalib.*

p) Vltior huius rei expositio huc non pertinet, sed ab eis tractatur, qui de iustis repudii causis scripserunt. Interim consulas FACHINAEVM in *controuersis Iuris L. 3. cont. 33.* et BRUNNE-MANN ad *L. 2. C. de sponsalib. et L. 2. C. de repudiis.* item LAVTERBACH in *colleg. Theor. Pract. tit. de sponsalib. §. 55.*

nent itaque leges allegatae ad iustas repudii causas, non vero ad temporis determinationem, quo demum haec actio institui et efficaciter iudici libellus offerri queat.

§. XXX.

Haec fuerunt, quae de natura et effectibus actionis a desponsatis instituendae in medium proferre potui. Sunt capita connexa, quae ad eam illustrandam multum omnino facere possunt, et quae hoc respectu opusculo meo iungi potuissent. Huc pertinet tum doctrina de exceptionibus actioni opponendis, tum tractatio specialis, remediorum, quibus pendente lite huic vel alteri parti desponsatorum consuli potest. Sed dum negotia domestica me citius, quam expectavi, ab elaboratione opusculi huius auocarent, melius duxi filum Dissertationis hic abrumpere, earumque rerum expositionem alii tempori forsan referuare.

THE-

T H E S E S.

I.

*P*ignoratitiae actioni 30 annis praescribitur.

II.

*S*ponsalia sub conditione impossibili inita, pro nullis habentur.

III.

*I*s, qui rem singularem non deductis impensis restituit, nullam ad illas repetendas actionem habet.

IV.

*N*uptiae liberorum secundum ius romanum, per ratihabitionem patris non conualescunt.

V.

*C*oactio absoluta ad matrimonium consummandum non admittitur, sed refractaria pars solummodo ad interesse praestandum tenetur.

VI.

*I*n praescriptione actionum bona fides non requiritur.

T H E S I S

I

Pignoratitia actio, et omnis pignoratitia.

II

Spontanea sub condicione impossibilitatis inita, pro nullis habetur.

III

Id, qui rem fugatam non debuit imperio restituere, nisi...

IV

Reptitio librorum fecundum ius romanum, per ratiocinatio...

V

Conditio absoluta ad matrimonium consummandum non ob-

VI

In refectione actionum bona fides non requiritur.





ULB Halle

3

003 341 992







1783, 11
2188
N7

DISSERTATIO INAUGURALIS
QVA DISQVIRITVR
QVAENAM ACTIO A
DESPONSATIS AD MATRIMO-
NIUM CONSVMMANDVM, INSTITVI
POSSIT?

Q V A M
SVB AVSPICIIS REGIIS
CONSENSV ET AVCTORITATE
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
P R O
L I C E N T I A
SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES RITE CAPESSENDI
D. VI AVG. MDCCLXXXIII
PVBlice DEFENDET
AVCTOR
IOANNES CHRISTIANVS WINCKLER
HAMBURGENSIS,

GOETTINGAE,
TYPIS IOANN. CHRISTIAN. DIETERICH.
ACADEM. TYPOGR.