



1710, 2
3
12
DISPVATIO IVRIDICA

DE
accurato discrimine

inter

CONSENSVM EXPRESSVM
TACITVM ET PRAE
SVMTVM

Quam
opitulante DEO

IN ELECTORALI ERFVRTENSI ACADEMIA

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
REVERENDISSIMO AC ILLUSTRISSIMO DOMINO
DOMINO

PHILIPPO VVILHELMO

SACRI ROMANI IMPERII COMITE

DE BOINEBURG

SACRAE CAESAREAE MAIESTATIS CONSILTARIO INTIMO ET CA
MERARIO ECCLESIARVM MOGVNTINAE ET TREVIRENSIS ME
TROPOLITANARVM COMPARATE SVPREMO CHORI EPISCOPO ET
CANONICO CAPITVLARI SENIORE EMINENTISSIMI PRINCIPIS
ELECTORIS MOGVNTINI CONSILARIO INTIMO CIVITATIS AC
TERRITORII ERFVRTENSIS PRO PRINCIPE

ET RELIQA

PRAESIDE

FRIDER. GREGORIO LAVTENSACK

I. V. D.

A. D. XXII. AVG. A. C. MDCCX. publice

loco et horis solitis defendet

RESPONDENS

HIERONYMVVS ZACKE

Erfurtensis.

LITERIS IO. HENRICI GAOSCH ACAD. TYPOGR.

DISPUTATIO JURISPRUDENTIAE

ACCURATO DISCUTIMINE

CONSENSVM EXPRESSVM
TACTVM ET PRAE
SERTVM

OPINANTE DEO

IN ELECTORALI ERVARTENSIS ACADEMIA
RECTORIS MAGNIFICENTISSIMO
HONORABILISSIMO AC REVERENDISSIMO DOMINO

PHILIPPO VVILHELMO

SACRI ROMANI IMPERII COMITE

DE BOINBERG

SACRAE CAESARAE MAJESTATIS CONSILIARIO INTIMO ET CA
MERSARIO COLLEGIARVM MONTANARVM ET REVERENDISSIMO ME
TRONOLITANARVM COMPARATE PRAESENSI CHORISTICO ET
CANONICO CATHEDRALI SENIORE EMERITISSIMO PRAESIDI
DIGNITATIS AC
RECTORIS MONTANI CONSILIARIO INTIMO CIVITATIS AC
TERRITORII ERVARTENSIS ET REVERENDISSIMO

PRAESEDE

FRIDER. GREGORIO LAVENSACK

I. V. D.

A. D. XVII. MDC. LXX.

HIERONYMVS NACKE

Thuringia

typis in officina Joh. Gleditsii



EX innumeris iuris capitibus vix ullum *in praxi*, ut loquuntur, et vita communi, frequentius obvenire, eoqve utilius ceneri debere, quam illud *de pactis* (utor in laxiori sensu vocabulo) qui in dubium vocare ausit temere, arbitror futurum esse facile neminem. Cum autem, quicquid in quovis pacto roboris inest, id fere omne ab mutuo paciscentium *consensu* proveniat; eorum ad minimum spero censuram praesentem laborem evasurum, quibus non magis infructuosum, quam plane absoum et indignum scitu habetur, quicquid *practicum*, sive, ut alio stilo loquuntur, *pani lucrando* aptum non autumant, sacerdotibus illis similes, a quibus pecuniam pro alio libro dare, quam triti nominis *postillis*, in prodigalitate vitio consuevit numerari. Quamquam praeterea ad tractandum hoc argumentum etiam hac altera causa sum adductus, quod tam perplexe vulgo ab iuris non solum privati, sed etiam naturalis publicique explanatoribus, cetera haud imperitis, materiam hanc agitari deprehendamus licet, ut, quae maxime discrepant, fere communiter pro



unis iisdemque vendident, eamque ob cau-
sam in multos errores cum ipsi deflectant,
tum alios incaute sequaces abducant. De
Puffendorffio certe conspirantes, opinor, eru-
ditorum sunt sententiae, et insignis eum iu-
dicii virum exstitisse, et naturalis iuris instaur-
ratorem. At enim cum ne iste quidem, ut
inferius commonstrabitur, pro eo ac oport-
tebat, in hoc argumento sit versatus, facile
hinc, quid de reliquis iurium interpretibus,
illis praesertim sit statuendum, potest existi-
mari, qui ut destituti plerumque solidioris
doctrinae ornamentis sunt, ita exscribere si-
ne iudicio quae ab aliis tradita invenerunt, et
non cohaerentium opinionum farraginem ex
confuso cerebro in chartam coniicere, more
a maioribus tradito habent receptum. Quo
vero rite ac decenter in hac expositione ver-
semur, tractandi ordinem talem sequemur,
ut primo omnium, quid *expresus*, quid *taci-
tus*, quid *praesumptus* denique *consensus* nobis
dicatur, aperiamus: deinde, ut quaeque spe-
cies ab altera discrepet, subiiciemus, tandem-
que, quam insignis in plerisque iuris argu-
mentis

iiii

A

mentis accuratioꝛis huius discriminis usus fit,
adductis exemplis, ante oculos proponemus.
Tu vero quisquis es lector, faveas quaeso
conatui, ac si forte illud minus tibi placeat,
quod doctorum allegationibus ad singulos
numeros dicta ex more non sint corroborata,
cogites, in argumento nos tali occupari,
ubi, meo quidem iudicio, non autoritas magis,
quam ratio debebat imperare.

I.

ET si alienissimum a vero, mea quidem sententia, commune illud sapientum axioma est, hominem animal esse sociabile, hoc est, naturae infito quodam et irrefragabili instinctu ad colendam cum aliis hominibus amicitiam, societatemque ineundam impelli: illud tamen, humanae naturae conditionem penitius contemplanus, certum exploratumque constituo, adeo homines alterum alterius ope carere non posse, ut in lucem ediri infantes perexiguus temporum momentis spiritum ducere, facti autem adultiores commode vitam continuare vix possint, nisi ab aliis adiumentum afferatur. Atque hac in causa cum deterioris longe conditionis simus, reliquis brutis animalibus, etiam vilissimis quibusque: indole praeterea tam feroci et prava instructi, ut iuvare alios aut nunquam, aut rarissime, contra laedere fere continuo et possimus et velimus, fuit sane tum indigentia haec summa, tum nocendi mutua proclivitas, quam mutuus insequabatur metus, vera et unica causa, quae coire in societates, et mutua pace consulere salutis suae, vel invitum adegit humanum genus.

II.

Ex his vero omnibus sua quidem sponte consequitur, principem hanc naturae legem existimari debere, ita ut nos geramus,

quo pax atque tranquillitas cum aliis hominibus modis omnibus tum quaeratur, tum conservetur. At cum fieri id aliter haud possit, nisi, remittendo de iure nostro, mutuis officiis alter alterum colamus, et de hoc vel illo faciendo omittendoque fortiore vinculo invicem nos constringamus: hinc non solum pacta sunt coorta, sed etiam servanda esse, quae pepigimus, solidissime potest demonstrari.

III.

Quo autem implendi necessitatem producat, et validum sit pactum, *consensus* in primis requiritur, isque mutuus, eorum scilicet, qui pacifici instituunt.* Proinde haud incongruens censetur definitio illa pacti, Romanis quoque ICtis familiaris, *quod sit duorum vel plurium ad aliquid vel dandum, vel faciendum* (quo et omissiones comprehendo) *consensus*.

* Idque in omni pacto obtinet, etiam non mutuo, hoc est, ubi unus tantum ad dandum vel faciendum se obstringit, alter non item; id quod, improprie tamen, *pactum gratuitum* dicitur. Illud tantum interest, ut, quae sola praestat, illa pars promittere, cui autem praestatur, altera pars, acceptare dicatur. Quocirca promittas Caio centum aureos dono dandos; ille non acceptat, solutus praestandi obligatione es, nisi tamen ante, ut dares, te rogaverit, atque adeo acceptationem anteverterit. quamquam et hoc casu, ut responsio cum rogatione undiquaque conveniat, hoc est, cum nec excedat, nec diminuat, requiritur. Neque ut praeter recusantem Caium, in Titium aut alium, quae promissisti, conferas, iure potes compelli: non enim propterea, quod Caius accipere noluit, prius, quod tuum est, derelictum cupis: et causa, ob quam Caius dare volebas, non eadem in Titio reperitur. Esto adhuc aliud exemplum, idque in republica literaria haud infrequens. Spondidisti, velle te proximo vere librum in publicum emittere; ponamus de *erroribus Fanaticorum* fuisse. Incidunt autem causae, cur continere domi malis, quam luci publicae exponere sapientiam tuam. Potes id sane illaesa existimatione, nec quisquam sapientior violatae idcirco fidei te incuset. Obvertis: legi et vidi tamen, viros magnos et doctos in libris suis saepissime sic praefantes, ut potissimum liberandae, quam dederint, fidei causa ad scribendum se pervenisse declarent. Respondeo. Legi vidique et ego, Sed, mihi crede, verissimum ambitionis pallium vides, quoties haec talia vides et legis.

IV.

Describi autem consensus potest, voluntatis quaedam nostrae certa ac deliberata determinatio * ad certum aliquid vel dandum vel faciendum.

* Vnde simul colligitur, quod dignum observatu est, et infra occurret, consensum tanquam causam obligationis allegari non posse in iis rebus, quarum praestatio nobis incumbere, etiam non consentissemus. Quomodo enim deliberata voluntatis determinatio intelligi nisi in iis actionibus non potest, quam quae liberae et in arbitrio nostro ponantur, suscipere an omittere velimus; ita frustraneus sane actus foret,

foret, si velles aliquem per consensum suum ad aliquid praestandum devincere, quem per legem, ut praefaret, perfecte devinctum iam habebas; plane ut foedus illud, ne nomine foederis dignum censendum esset, saltem tanquam fundamentum et origo obligationis haberi non posset, quod alias condiciones non contineret, quam ad quas iam ante pacificentes alter alteri erat obstrictus.

V.

Est igitur omnis consensus in mente quidem primo, sed qui inutilis tamen esset, nisi ulterius sese explicaret. *

* Reddi hinc ratio potest, cur neque inire pacta cum belluis, neque ius ullum illis vel tribuere vel auferre possimus, propterea quod utroque, et intellectu, et sermone, desituntur. Dices. Ergo ut cum DEO paciscamur, aut voto ipsi nos obstringamus, fieri pariter non potest? nam nec iste suam acceptantis voluntatem declarare consuevit. Verum responderi potest: habere DEVM in his terris quosdam, imprimis autem plurimum reverendos verbi sui ministros, qui ut alias, ita his in rebus vices ipsius gerant, et, quae pie voverunt, acceptant.

VI.

Habet autem homo facultates, quibus, quae cum animo decrevit, explicare potest, imprimis duas: *verba*, et *facta*.

VII.

Vti vero, quae per verba fit, voluntatis nostrae declaratio modus et frequentissimus et ordinarius est; ita *consensus* haud incongrue dicitur *expressus*, quem verbis, (sive ore tantum prolatis, sive in scripturam redactis) *tacitus* contra, quem *factis* declaramus. Etenim opposita sunt inter * homines, tacere et loqui: qui igitur non loquitur, et tamen facto signisque animi sui sensa explicat, tacens sane is loquitur. ** Sic qui consensum in re aliqua suum declarat, id quod ordinarie sermone et verbis facimus, tacet autem, et verborum loco factis utitur, nae is, quod tacite consentiat, rectissime potest dici.

* Dico notanter *inter homines*: tacere enim et loqui non semper sunt opposita. Non loquuntur lapides, nec tamen tacent, quia tacere de lapide dicitur non *privative*, sed *negative*.

** Qua in re appellandi ratio omnis sita est: cui nihil obest, si obiciat, esse tamen unum eundemque consensus effectum, sive *verbis*, sive *facto* exprimat. Imo huic maiorem in ipsis etiam legibus Romanis vim interdum adscribi, cuius rei exempla praebant cum *L. 48. §. 3. de aedilit. edict.* tum quae de revocatione testamentorum *ad §. 7. Inst. quib. mod. testam. infirm.* communiter inculcentur. Nam ut taceam quae circa interpretationem posterioris doctrinae inoneri adhuc possent (de quibus videre caepedit Huberum *ad Inst. §. 8. 9. 10.*) pacti quoque eadem vis est, quae legis, quam tamen multis modis constat a pacto discerni.

VIII.

Sunt autem, de quibus loquor, facta ista, duum generum.

Quae-

Quaedam enim ex more et consuetudine communi ad certas significationes sunt instituta, ita ut unusquisque videns ea et audiens statim, si ratione utatur, aliud quid iisdem indicatum re velle, possit intelligere: quaedam autem ita sunt comparata, ut etsi remotiora paulo receptas communi quodam quasi consensu et usu significationes tales non contineant, aequitas tamen naturalis postulaverit, ut certa quaedam obligatio iisdem a Legislatore sit inducta.

IX.

Ex primo genere factis qui utitur, *tacite* is consentire, et consensus, quem ea ratione exprimit, *tacitus* dicitur: contra qui ex alterius generis facto colligitur consensus, vocabulo is fit forte non latino fatis, recepto tamen in iuris arte, *praesumptus* est appellatus, forte propterea, quod civili et iuridica *aestimatione bonus quilibet, atque adeo talis praesumitur, qui ultro iis omnibus, quae naturalis aequitas postulat, velit, saltem debeat, consentire.

* Dico iuridica aestimatione: secus enim est in disciplina morali, ubi quilibet praesumitur malus.

X.

Quae omnia etsi intellectu haud difficilia sunt, atque, quid inter utrumque consensum intersit, fatis perspicue indicant; quoniam tamen omnes doctrinae dilucidiores paulo exemplis fiunt, conabor et ego, quae haecenus tradita sunt, exemplis nonnullis efficere clariora. Ex quibus una illud cognosces, limatissimum alioqui Samuelem Puffendorffium tamen, ubi ad hoc caput ventum est, adeo accuratum non esse, ut, errore ductus, neque discrimen consensuum recte constituat, nec exempla, ut par est, ordinet ac discernat, sed misceat potius pleraque, et iam quae ad tacitum consensum pertinent, ad praesumptum referat, iam quae praesumpti sunt, tacito adscribat; id quod quidem liquido apparebit, cui volupe est conferre eius *L. III. cap. VI. de I. N. et G.* cum iis, quae et iam dicta a nobis sunt, et mox dicentur.

XI.

Refero autem inter quamplurima alia taciti consensus exempla primo *nutum*. Enimvero rogat abs te Caius, utrum filiam

liam tuam dare ipsi in matrimonium velis: etsi ne verbulum respondeas, capite tamen annuas, consensisse existimaris, nec erit quisquam, qui aliter tuum hoc factum interpretetur. Porro dedisti eidem Caio mutuo imperiales centum, atque super hoc mutuo chirographum ab eo accepisti. Post autem aliquanto reddis ipsi chirographum: tacens donasse censeris, quae tibi debebat, nisi, quae contrarium evincant, aliae circumstantiae adsint. Pari modo divertis in cauponam, cum prandendi tempus est, accedis ad mensam, etsi ne verbum cum hospite commutes, ipso tamen accessu facis, ut tacite ad solvendum, quod comedisti, videaris consensisse.

XII.

Atque sunt haec taciti consensus eiusmodi exempla, in quibus, quod quisquam reprehendat, vix puto inveniri posse. At utrum silentium quoque ad hunc censum pertineat, ex eo forte scrupulus suboriri posset, scilicet quod ipsi nos ad tacitum consensum factum aliquod requiramus: iam vero silere, non esse factum aliquod, sed facti potius negationem. Nam etsi in ore fere omnium, etiam iuris privati Consultorum, brocardicum illud inveniat, quod qui taceat consentire videatur, falsum tamen id esse, ac praeterea repugnare expressae legi 142. de reg. iur. c. 44. eod. in 6. ubi dicatur, qui taceat, nec sateri eum, nec diffiteri. Verum uti morali * aestimatione, positis certis circumstantiis, factorum nomine veniunt etiam non facta; ita quin ad tacitae obligationis vim silentium quoque pertineat, me quidem iudice, negari non potest. ** Quamobrem si v. c. sciens patiare, ut alius rem, cuius ad te dominium pertinet, tanquam sua esset, possideat, neque, cum commode posses, eam ipsi auferas, aut taces saltem, tacite sane, nisi stultorum numero vis adscribi, indicas, te rem, ab altero ita possessam, in numero rerum, quae tuae sunt, habere amplius noluisse, sed dereliquisse potius. quae tacita derelictio fundamentum censeris debet unicum, *** quae inter gentes obtinent, praescriptionum et usucapionum. Sic locavisti non nemini aedes tuas: effluxit tempus locationi praesinitum: siletis uterque, tu et conductor: ipso silentio efficitis, ut nec tu expellere conductorem invitum, nec conductor recedere

VIX

B

a loca-

a locatione posfit. *vid. L. 13. §. ult. locati conducti.* Similiter: passus es, ut aliquis fidem pro te interpofuerit. flendo indicas, consentire te, velleque adeo obligari ipsi, non aliter ac si verbis expressis mandaviffes. *L. 6. §. 2. it. l. 18. mandati vel contra.*

* Atque ipsius Pauli iudicio *L. 189. de V. S.*

** Quo pertinet Germanorum illud: *Schweigstu still / so istts dein Will.*

*** Dixi notanter: *quae inter gentes obinet.* Nam etsi cum iis quidem neutquam facio, qui plane inter gentes usucapiones aut praescriptiones sublatas volunt, id quod Scriprores inprimis Galli, Auberius et Puteanus faciunt, ut scilicet habeant, quod absurdum et obsoletis suis in Germaniam postulatis praetexant: Illud tamen tenendam probe est, tantum inter praescriptiones, quae naturae iuris sunt, et eas, quas Romani iuris disciplina inculcat, discriminis interesse, ut nihil fore iis repugnans, qui prorsus ex gentium iure vocabula haec, tanquam in congruentia, et mera iuris Romani inventa, volunt exterminata. Etenim quae gentium iuris est usucapio I. uoce in tacita prioris Domini derelictione praesidium suum habet, ob eamque causam II. ut possessionem requirit, etiamsi eadem III. nec centenaria semper, nec eius temporis sit, cuius memoria amplius non extat. Ex aduerso, quae Romani iuris est praescriptio vel usucapio, I. non tam in tacita prioris Domini derelictione, quam negligentiae coercitione innixa, atque adeo poenae quasi loco iis est, qui negligenter cum rebus suis agunt. Quapropter II. etiam invito, imo ubi res sua sit nesciente, atque extra iudicium saepe protestante priori Domino subsistit, ac III. pro rerum, quae usu sic capiuntur diversitate, spatio certo, atque interdum etiam brevissimo conualefcit. Ne autem avarae faciendi occasio malis hominibus subministreretur, IV. bonam fidem et qui hanc demonstrat, V. iustum titulum requirit, tandemque VI. ut res, quam usu capere velis nec extra commercium privatorum, nec VII. furtiva, aut VIII. vi possessa sit, postulat. quibus autem omnibus naturae iure non indiget, quae per diuturnam possessionem paratur rerum acquisitio. Equidem non ignoro, diversum non nihil hic sentire alios naturalis iuris doctores, interque eos ipsos etiam instaauratores illos, Grotium et Puffendorffium, quando fluctuantes quodammodo non ex sola tacita derelictione praescriptionis iustitiam tueri audent, sed praeterea ius quoddam gentium voluntarium in auxilium adsumunt, ut ex consensu quoque aliquo gentium robur eidem concilient, cum ad communem pacem pertineat, ut litium bellorumque finis sit, gentiumque ea re tranquillitas conservetur. ille *de I. B. et P. L. 2. c. 4. §. 9. hic de I. N. et G. L. 4. c. 12. §. 7. et 9.* Verum uti gentium quoddam ius voluntarium, idque praecipuum et consensu communi roboratum, ab iureque naturae distinctum ego et quotquot rem, praedudiciis vacui, accuratius pensitant, agnoscerem nullum possunt; ita nec autoritas facit virorum, cetera maximorum, ab sententia mea ut desistam. Quod autem confutare rationes illorum longum hic nimis futurum foret, reservabo id conflictui si occasio subministreretur.

XIII.

Habes quae taciti consensus sunt exempla, non ea quidem omnia, talia tamen, quae sufficere possint meliori praeceptorum intellectui. Iam, quae ad praesumptum pertinent pariter accipe.

XIV.

XIV.

Erat Titius, cum adhuc iuvenis esset, militiam secutus: parentibus interim vita functis, Caius pro veteri amicitia hereditatis, a parentibus relictæ, administrationem in se suscipit, idque absente adhuc et incio herede Titio, quæ *negotiorum gestio* appellatur. *L. 41. de Neg. Gest.* Facit hoc factum, ut inter Caium et Titium consensus quidam, ex eoque obligatio certa contracta a legibus pæsumatur. in illo quidem, ut redditis rationibus, hereditatem, quam administravit, restituat, et damna, sive culpa eadem, sive dolo dederit, resarciat. in hoc, ut impensas, si quas utiles et necessarias fieri oportuit, gestori restituat, prorsusque eum indemnem præstet. utrumque propter evidentes naturalis æquitatis rationes, partim ne cui officium suum sit damnosum, partim ne desint, qui expresse mandare impeditis humanitatis istud officium præstent: §. 1. *Inst. de oblig. ex qf. contr. L. 2. L. 6. §. fin. L. item 8. §. 1. L. 19. §. pen. de Neg. Gest.*

XV.

Simile factum *hereditatis aditio*, item *tutelæ administratio* est. Etsi enim neutrum per se efficax satis est, ut consensus inde tuus, verbi causa ad reddendam administrationis tuæ rationem, ad rem legatam præstandam, suapte vi et directo possit colligi, lex tamen civilis, ob naturalem æquitatem, consensum tuum præsumit, atque ad obligationes istas te adstringit. §. 2. et 5. *Inst. de oblig. ex qf. contr. L. 7. et 9. C. Arbitr. Tut. L. 18. de Tut. et rat. distrab. L. 5. §. 2. de O. et A.* Possent præter hæc quamplurima alia utriusque consensus afferre exempla. Sed volui his inprimis uti, quoniam et notiora sunt, et sufficientia instituto.

XVI.

His autem iam intellectis, non magnopere desudandum mihi erit, ut triplicis huius consensus differentiae ita perspicue discernantur, ut neminem in dubio relinquam. Visum autem est, ad ductum celeberrimi Thomasi in *jurisprudencia divina*, rem omnem sequentibus regulis includere.

XVII.

Ac primo quidem: Quicumque consensum et voluntatem suam non potest declarare expresse, hoc est, sermone et verbis, idque vitio quodam animi intrinseco impeditus, ille nec potest tacite, hoc est, facto. Esto igitur: hominem aut mente captum, aut cui ob aliam causam usus rationis non est, nunc ad rogationem aliquam respondisse, chirographum reddidisse. nihil ea re ad alterum vel iuris vel commodi redundabit. Contra gesisti eius negotia, nihil rationis defectus impedit, quo minus ad faciendas impensas tibi obstringetur. II. Quae ex consensu tacito facto usi: at quae ex praesumpto est, etiam ad eos, a quibus nullum est factum adhibitum. Confirmat hoc exemplum *num. XIII.* adductum. Enimvero absens erat Titius, nihilque prorsus fecerat, et tamen Caio est obligatio acquisita. III. Impedit expressa contrariae voluntatis declaratio consensum tacitum: praesumptum non item. Vanum enim est, quaerere, utrum tacite quis obligationem contraxerit, ubi expresse, obligari se velle, negavit. Sic reddis *n. X.* Caio chirographum: subiungis autem non id donandi animo abs te fieri; nullum redditio illa detrimentum tibi afferet, nec Caius solvendi necessitate ea re liberatur. Ex adverso, suscipis *num. XIII.* rem alienam administrandam, idque sine mandato. declaras autem expressis verbis, nolle te ad quidvis ea re alteri teneri; nihil hoc tibi conducit; nihilominus teneberis. IV. Ex consensu tacito obligationis effectus non potest redundare nisi in volentes. At consensus praesumptus obligat etiam invitos. V. Consensus tacitus est species consensus veri. Consensus praesumptus est consensus fictus. VI. Ille obligationem producit ex libertate voluntatis, hic ex auctoritate legis civilis, idque *immediate.*

XVIII.

Satis, dicat aliquis, perspicua quidem haec sunt: verum quemadmodum ad civilem iurisprudentiam exempla pleraque pertinent; ita habeant fortassis tradita tua locum aut usum aliquem in iure privato. latius tamen non porrigetur. Ad quae respon-

respondeo, habere momentum in omni iure, usumque in multis materiis tam insignem, ut sine iis absque offensione vix possis te expedire. quod ut per se quisque facile deprehendat, si, quae observata nobis sunt, ad obvientes materias et quaestiones rite accommodaverit; ita praeibimus nos uno alterove exemplo, ut, quam diximus, ordinis legi omni ex parte satisfiat.

XIX.

Est famosa iuxta ac perplexa inter DD. quaestio, * *utrum ius Gentium sit species iuris divini, an vero humani*, sive, ut alia ratione effertur, *utrum detur ius Gentium voluntarium, ab iure naturae specie distinctum?* Qui in **Puffendorffii schola sunt edocti negant quaestionem, atque sese eum in modum explicant. Praecepta utriusque iuris, naturalis scilicet et gentium, una eademque esse. Quod si autem considerentur eo respectu, ut singulis v. c. Caio, Sempronio agendi normam praescribant, posse eadem speciatim appellari ius naturae. quod si autem integris gentibus, civitatibus et nationibus applicentur, vocari ius gentium. cetera nihil interesse.

* Quam scriptis olim inter se disceptarunt Puffendorffius et Rachelius; ille *L. 2. de I. N. c. 3. §. 22. versu: nec est quod nomeno quiritur*, ubi Rachelio responder. Hic peculiari dissertatione *de I. G.* sed quam praeter Puffendorffium erudite confutavit Excell. Thomaeus, disputatione *de Crimine Bigamiae*, inter Lipsienses, coniunctim editas, *VII. §. 15.*

** Quamquam iam ante Puffendorffium eandem sententiam, ut solet, ingeniose defenderit Hobbesius, *de Civitate c. 14. §. 4.*

XX.

E contrario affirmant eam Hugo Grotius, et quotquot tanti doctoris placitis recedere religioni sibi ducunt. Argumentorum, quibus utuntur, summa huc redit. Scilicet non repugnant quidem, gentes, uti inter se pares sunt, et superiorem, praeter solum DEVM. neminem agnoscunt, ita lege aliqua positiva humana, utpote quae sine superiore ne fingi quidem potest, obligari non posse. Verum utut constringi humana lege non possunt, posse tamen pacto. Pactum autem sicut eandem, quam Lex, vim habeat, ita ut Legis appellatione insigniatur, nec absurdi quicquam continere, nec exemplo destitui, siquidem in privatis

B 3

etiam

etiam pactionibus conventio v. c. inter emtorem et venditorem inita, *lex commissoria* vocetur, et Zasius observet, in universo Romano iure vocabulum legis in Contractibus pro conventionione accipi. Esse autem pacto saltem tacito, per imitationem et continuatum seu propagatum usum, ius quoddam, ad modum fere iuris non scripti seu consuetudinarii, inter illas constitutum, dubitationis nihil habere; quod etsi, ut fit in lege, non a voluntate cuiusdam superioris auctoritatem et obligationem obtinuerit, obtinuisse tamen a voluntate contrahentium, neque licere uni populo, reliquis invitis, postquam semel liberae voluntatis vinculum hoc placuerit, sine iniustitiae nota, ab eodem recedere.

XXI.

Vides praecipuum huius sententiae fundamentum in pacto constitui: pacti autem vis omnis in consensu consistit. Age igitur, videamus, quemadmodum ad decisionem causae huius exposita hactenus de consensu doctrina accommodari, atque utilitas eius eo modo demonstrari possit.

XXII.

Consensus vel *expressus* est, vel *tacitus* vel *praesumptus*. Sicuti autem, quod expresse consensum suum declaraverint gentes, eiusque rei causa aliquando congressi fuerint, nusquam invenitur; ita *pacto expresso* inter se devinciri, apertissime falsum est.

XXIII.

Vt tacite quis consensisse credi possit, *num. VI* facto, eoque *num. VII* tali opus esse docuimus, quod sua natura moreque communi ad inferendum consensum aptum sit. Numquid igitur eiusmodi factum aliquod gentium afferri potest? Potest utique, inquires: habes enim *imitationem*, et *continuum* inter illas *usum*. Sed dupliciter tibi respondeo. Primo enim illum, quem iactas, usum* universalem et continuum demonstrari postulo. deinde, etiamsi demonstrares, nego tamen, imitationem solam in rebus, quae meri sunt arbitrii, ** eiusmodi factum esse, unde consensus tacitus pactumque colligi possit. Aliquot iam *lustra* sunt,

sunt, quod Gallos, ut in aliis rebus, ita in vestiendi ratione, imitati sumus Germani. Quis autem sanus dixerit, obligationem inde non contraxisse, ut abstinere ab imitandi illa ratione aliquando non liceat? Ponamus, esse moris in urbe quadam, ut qui gladio accinguntur, illud ad dextrum latus faciant. *Willstu / so magstu / noch dieses Reim-Gebetlein beten / und darauf schlaffen gehen.* Nempe potes, si velis, gestandi gladii morem istum imitari; sin nolueris, nemo ad id te obstringet. Potes etiam ubi per aliquot menses in dextro latere gladium gestaveris, quandocunque libuerit ad sinistrum reponere.

* Si dicas: ne opus quidem universali aliquo consensu esse, sed sufficere, si moratorum solum gentium consensus ostendatur. Tum quidem respondeo: ineptam esse illam divisionem Gentium in moratioris et Barbaras. Gentes inter se pares sunt, nullus inter eas arbiter, qui determinet, moratior, an barbara aliqua sit. A stulto fastu Graecorum, et qui hos imitati sunt, Romanorum ortum sumit haec appellatio. Ut taceam, haud raro, quas barbaras vocamus, antequam virtute moratioribus; nisi forte inania ceremoniarum, atque ad luxum et pompam comparatorum rituum multitudinem virtutis falso titulo velis colorare. Erant olim in Romanorum oculis nostrates Germani barbara natio, et tamen gravis scriptor, et, quod caput est rei, ipse Romanus, Cornelius Tacitus testatur: *plus apud illos valuisse bonos mores, quam Romae bonas leges.* Ac ausim ego affirmare, esse hodieque nationes, barbararum nomine insignitas, multis tamen nominibus eas antecellunt, quae moratorum titulo superbiunt.

** Nisi alius contradixerit, et tu acquieveris. Pertinetque huc vulgata regula: *res merae facultatis non praescribi*, ab ipso Hugone Grotio exemplo vicini, qui per plures annos societatem cum uno duntaxat vicino habuerat, cum tamen habere et cum aliis posset, eleganter illustrata. *De J. B. et P. L. II. c. 4. §. ult.*

XXIV.

Apparet ergo, etiam tacitum pactum inter gentes non dari. Confugiendi autem forte ad praesumptum ex *num. XVI.* respondere potes, pactum praesumptum non esse verum pactum, sed pertinere ad fictiones iuris Romani, quoniam consensum, quo constitui illud debet, fictum atque improprie dictum consensum esse ibidem demonstravimus.

XXV.

Multo autem minus in consuetudinarii iuris ratione praesidium causae, quod nonnulli quaerunt, inveniunt. Enimvero etsi non infitior, patientiam * legislatoris scientis in republica eiusmodi factum esse, unde tacitus eiusdem consensus posset intelligi,

telligi, moribusque non scriptis iuris et legis auctoritas conciliari: potest tamen vel ex hoc ipso argumentum contra eos depromi, ostendique, nescire fere quid loquantur, quando revera pugnantia docent, dum legislatorem inter gentes, ob agnitam paritatem illarum, ipsi admittere non possunt, et tamen ius suum, quod extruere conantur, gentium voluntarium cum iure non scripto comparant, quod quicquid habet auctoritatis a legislatoris tacita voluntate nanciscitur: quamquam, si quod res est dicendum, ne ipsius quidem consuetudinarii iuris is effectus est, ut obliget, sed ut impunitatem solum et validitatem actibus producat. Sed ad aliud exemplum progrediamur.

¶ Nam et silentium ad facta pertinere evictum supra num. XII. est:

XXVI.

Cum in disciplina iuris naturalis ventum est ad caput de officii parentum et liberorum, multa inter DD. est disceptatio, cuiusnam potissimum fundamento potestas, quae parentibus in liberis competit, sit adscribenda. Puffendorffius consensum in medium adducit: verum sicuti, quod supra ostendi, non accuratus in materia consensuum est; ita tacitum modo, modo praesumptum nominat. Etenim, quemadmodum parentes, eo ipso, quod infantem tollant, declarent, impleturos se obligationem a natura iunctam, infantemque bene educaturos; ita contra infantem, etsi propter latitantem adhuc rationis usum reciproca officia expresse promittere nequeat, contrahere tamen ex ipsa parentum opera obligationem, non minus, quam si expresse ipsius consensus accessisset. Praesumi enim, si usum rationis, eo, quo sublatum est, tempore habuisset, ac perspexisset, vitam se citra parentum curam, iunctumque illi imperium servare non posse, lubenter ipsum in idem consensurum, commodamque sibi educationem ab iisdem vicissim fuisse stipulaturum. qui consensus, cum ratione praesumptus, pro expresse valeat, non secus atque is, cuius absentis et ignorantis negotia gesta sunt, intelligatur velut ex contractu tacito obligationem contraxisse, pensandi eius, quod in ipsius utilitatem est impensum.

XXVII.

Haec utut satis speciose prolata videri possint, examinata tamen ad doctrinam superius a nobis traditam, tantum abest, ut subsistere possint, ut potius sua sponte corruant. Primo enim quo minus patria potestas in univcrsum ex consensu, quocunque demum, derivari possit, illa ratio impedit, quod consensus, tanquam fundamentum obligationis locum habere non queat, nisi iis in actionibus, quae ante consensum liberae sunt. *Supra num. IV. in nota.* Iam vero nec patri fas est, educationis officium negligere, nec filio integrum, paterno imperio se non subiicere. Deinde etiamsi ponatur, posse societatem paternam ex consensu substantiam per naturam rei capere, non poterit tamen per alias causas. Ut societas ex consensu orta dici queat, consensu est opus, non singularis socii unius tantum, sed mutuus omnium. At hic nullum conspicias. Non patris, quoniam a consensu in societatem nuptialem ad paternam nulla valida est argumentatio. Non liberorum, quoniam ab ipso momento nativitatis societas incipit, ubi tamen, ipso Puffendorffio non repugnante, tantum abest, ut consensum aliquem infans possit declarare, ut potius ne ullum quidem signum rationalis animi possit edere. Si dicas tacitum intelligi debere, in promptu ex *num. XVI.* responso est, non posse eum *tacite* consentire, qui non possit *expresse*. Sin, quod in primis Puffendorffius facere * videtur, ad praesumptum confugas, obsistit tibi, quod pariter supra ostensum est, consensum praesumptum non esse consensum verum, sed fictum.

* Quod exempli, a *negotiorum gestione* repetiti, adductio ostendit, quoniam illud non ad taciti, sed praesentis consensus exempla pertinere *num. XIV.* est demonstratum.

XXVIII.

Vt ergo verior sententia illorum est habenda, qui statuunt fundamentum imperii paterni unicum esse iniunctum a natura * officium educationis, utpote quod expleri sine imperio, et respondente liberorum obsequio non potest; ita Puffendorffio et aliis, cur consensum quoque in subsidium vocaverint, illud causam videtur praebuisse, quod intellexerint, postulare quodammodo naturam societatis, exemploque reliquarum omnium confirmari.

C

con-

consensu ut quaevis contrahatur ac subsistat: non considerantes. exceptionem ab regula facere societatem paternam, eamque inter omnes solam sine directo et speciali consensu iniri.

* Non ergo officium a iure, sed ius ab officio parentum; oportet derivari: reddique ratio potest, quare cum alioqui iuri suo renunciare quilibet possit, parentes non possunt, quia non possunt officio, ab naturae lege praecepto. Et quoniam lex, quae parentibus iniungit officium, eadem et imperium iniungat, consequitur, liberos ad obsequendum teneri etiam invitos, neque querendi idcirco idoneam causam ullam habere, atque adeo ne opus quidem consensu illorum esse.

XXIX.

Hactenus de iure naturali. Subnectamus iam ea, quae utilitatem instituti nostri etiam in iure privato asserant. Simus autem contenti verbis paucis, quoniam multis non est opus.

XXX.

Pervulgatum est, iure Romano *contractuum*, sigillatim *nominatorum*, alios dici *veros*, alios *quasi contractus*. Si quaeras, quid discriminis intersit, aut in quo fundamento divisio innitatur, unico illud quidem ex nostra de consensuum discrimine doctrina est repetendum. Nempe supponunt omnes quasi contractus consensum praesumptum. Vti vero consensus praesumptus non est verus consensus, sua sponte consequitur, verum quoque contractum producere non posse. Nam quod Lauterbachius ad *Tit. de Condict. indubit.* opinatur, *solutionem indebiti* permanere *quasi contractum*, licet expresse inter partes conventum sit, ut quod errore solutum est, comperto eodem, non possit repeti, in eo quidem non parum absurdus mihi videtur. Namque ut sanae rationi adversum est, dicere velle, contractum tacitum manere talem, etiam si consensus expressus accesserit, ita indignum sane viro tam eximio est censendum, statuere, et, quod mirandum est, legibus confirmare velle, quae revera pugnantia sunt, atque ad prima principia offendunt. Ex adverso in quocumque contractu subest consensus tacitus, ibi non quasi, sed verus contractus constituitur, quoniam consensus tacitus veri consensus est species exempla *vide sis supra n. XII. in fine.*

* Adducit enim *L. 3. C. de fide iuss. it. L. 56. pr. mandat.* sed quam miserè et contorte, differendo, si occasio dabitur, ostenditur.

XXXI.

XXXI.

Visum est Paulo nostrati *L. 4. pr. de pact.* illationem bonorum in habitationes urbanas referre ad conventiones et contractus tacitos. Iam et si ea semper modestia erga Patres hos nostros sum, ut libens iis haud obloquar: fert tamen nunc instituti ratio, ut quam insigniter bonus vir dormitaverit, indicetur. Enimvero invectionem bonorum eiusmodi factum esse, unde consensus ad oppignorandum intelligatur, id nemo ipsi facile credat, qui, quae supra de consensu tacito sumus commentati, in animum admittit. Quin potius satis in aperto est, confudisse Ictum pignus tacitum, cum tacito contractu, quanquam ne pignus quidem ex consensu quodam tacito, sed ex praecepto legis constituatur, atque adeo inania sint, quae Bachovius ex hac lege extorquere conatur, *vol. 2. disp. 1. th. 4. lit. A.*

XXXII.

Simili ratione Pomponius *L. 13. §. fin. Commod.* tanquam exemplum contractus et obligationis tacitae indebiti solutionem memorat. Falso sane, si ad nostras rationes, ut par est, exigatur.

XXXIII.

Porro utilis et practica, si quae ulla, in iure nostro, habetur materia protestationum. Est vero eadem multis quoque subiecta difficultatibus, et quamvis generatim conceptum vulgatum illud *brocardicum* sit: *Protestationem conservare ius protestantis*: patitur tamen illud, quibus nempe casibus cum effectu interponatur protestatio, quibus secus, restrictiones tam multas, ut tot fere non habeat regula exempla, quot habet exceptiones. Esse autem, ut in hoc quoque argumento distinctius multa intelligantur, praesentis nostrae doctrinae partes haud spernendas, quae breviter subtexemus, ostendent. Nemo ambigit, ea quae in commodum nostrum a legibus sunt constituta uti in vitis quidem auferri non possunt, ita extingvi tamen et tolli renunciatione nostra posse.* Quemadmodum autem renunciationem non solum verbis fieri, seu expresse, sed factis etiam, seu tacite, similiter expediti iuris est; ** ita venire usu potest, ut renunciassé

aliquis iuri et legum beneficiis existimetur, etiam ubi nihil tale cogitavit. Huic rei ut obviam eatur, praeiudiciumque, quod redundare inde posset, avertatur, remedium inventum est, quod vocabulo, parum quidem latino, recepto tamen inter ICros, *Protestatio* dicitur. Vti enim expressum consensum praeferrere tacito supra explicatum est; ita sane non aliter oportet accipi quod facis, quam abs te verbis et *protestatione*, siquidem *** statim adiciatur, est indicatum. Ex his autem sine difficultate decidi nunc possunt impeditae alioqui DD. disceptationes, in quibus scilicet negotiis utiliter, in quibus secus, addo ego, in quibus prorsus inepte *protestatio* adhibeatur. Nimirum quoties tale factum abs te est susceptum, ex quo verisimiliter consensus aliquis tacitus inferri potest, toties est utilis et efficax est *protestatio*. Quoties autem factum tale est, quale supra *num. VIII.* in consensu praesumpto descripsimus, ubi scilicet obligatio, illud concomitans, non ex consensu provenit, sed lege, toties, sine effectu et irrita est *protestatio*. **** Quoties autem neutrum adest, toties inepta et stulta est *protestatio*. ***** Exempli causa: citaris a iudice quodam, ut stato die in iudicium venias, et de certa causa respondeas. Venis, dubitas autem, utrum cognitio causae ipsi competat, hoc est, utrum competens sit iudex, an vero secus. Si taceas, hoc ipso tanquam competentem ipsum agnoscis. Sin declares, te non eo animo comparuisse, ut iudicium hoc pro competente agnosceres, quin oppositam potius te velle exceptionem incompetentis iudicis, cum effectu id facis, et valida est *protestatio*. E contrario geris alterius negotium quoddam, adis hereditatem, protestaris autem vel coram notario et testibus, nolle te exinde obligari, frustra id facis et *protestatio* sine effectu est. Tandem iniunctum tibi a iudice est, ut, quod negavit reus, fundamentum petitionis tuae, pro eo ac fieri oportet, probes. Accedis ad probationem, protestaris autem, nolle te hoc ipso adstringi ad probationes, quibus opus non esset, et quae ad rem nihil conferrent, germano idiomate: *mit überflüssigen Beweis unbelasten zu seyn*: non magis superflua, quam plane stulta est *protestatio* haec tua.

* Id enim aperte docet L. pen. C. de pass.

** Et qua de re legi meretur Disputatio Schulzii de iacis. veniunt. iur. quæst.

*** Quod si enim ex longo intervallo, et tum demum subsequatur, cum alteri iam est ius quaesitum, nullo effectu gaudebit, *Vid. L. 15. Mandat.* atque ad eas pertinebit, quae factio contrariae dicuntur

**** si, *arg. L. 94 de R. I. L. 26. fin. de adim. et transfer. leg. L. 65. de V. O. fofultus*, dicas *superflua lamen non nocere* (auf teusch: flüßern gehöret zum Handwerck) respon-
deo: etsi non noceant, si tamen usum plane nullum habeant, stulta sane sunt, certe
virum prudentem haud decent.

**** Sive licitum alias, sive illicitum sit factum. Ratio in promptu est, quoniam pro-
testatio conservat tantum ius nostrum, cuius amissio vel translatio in alium a li-
bera nostra voluntate pendet, non autem quod amittimus, aut transferimus in
alium etiam inviti.

XXXIV.

Atque ex his omnibus, puto, liquido cognoscitur, quantum
de *Consensibus* accuratior doctrina etiam in iure privato habeat mo-
mentum. Essent autem mihi, praeter haec, id genus in nume-
rato adhuc quamplurima. Verum ut aliud nobis propositum non
fuit, quam ut principia tantum et regulas, quas accommodare
deinceps ipse quisque ad obvenientes casus posset, constituere-
mus, cuius puto propositi mensuram explevimus: ac paeterea in-
visa semper illorum ratio habita, quorum potissima sollicitudo esse
solet, non quam bona, sed quam longa eorum sit oratio; ita praeter-
mitteremus, quae dici forte adhuc potuissent, finemque sermoni facie-
mus, quo si forte ipsum argumentum, dictorumque ratio displiceat,
certe illud vitio nobis dari non possit, fuisse nos in dicendo
quoque, quam res postulaverit, invisa loquacitate
prolixiores.

PARERGA.

I.

Status Imperii dici non potest, qui ferendi
suffragii facultatem in comitiis pleno iure
non habet.

II.

Sunt autem iure et consuetudine Imperii,
saltem hodierna, suffragia non personis con-
nexa, sed territorio.

* Ad quam consuetudinem idcirco, tanquam ad notoriam
regulam, in comitiis anno 1645. *apud Londorpium* provo-
cabat sequentem in modum Legatus Salisburgensis: Es
sey wissend / daß im Heil. Röm. Reich die Sessiones und
Vota nicht der Fürstl. Dignität sondern dem Lande annecti-
ret. item alius *apud eundem*: es hange ius sedendi et vo-
tandi im Fürsten-Rath nicht in persona, sondern in re et
territorio.

III.

Absonum ut sit, alicuius territorii ratione
suffragium dicere velle, cuius tamen territo-
rii ne glebam possideas.

IV.

Neque tamen non usu amitti, aut prae-
scribi potest ius suffragandi.

V.

V.

Est enim ex numero earum rerum, quae
merae facultatis in iure dicuntur.

VI.

In foro naturae standum pacto est, etiam
vi metuque extorto.

VII.

At vero irritum est pactum, quoties ea,
super quibus paciscimur, aut non licita, aut
in arbitrio nostro posita non sunt.

VIII.

Dedisti ergo fidem Publicio, nunquam
te ipsum deserturum, defensurum potius ad
extremum usque vitae spiritum. Postea
Sempronio adversum, hoc est, deserturum
te Publicium spondes. Ad servandum non
modo non teneris, sed ad rescindendum quo-
que obligaris, quoniam et violare pactum
antiquius illicitum, et utrum destituere Publi-
cium velis, nec ne, in arbitrio amplius tuo re-
lictum non erat.

IX.



IX.

Ius Canonicum, ut alias, ita in materia testamentorum magis ad simplicitatem gentium iuris accedit, quam ius Romanum.

X.

In foris et praxi etiam magis receptum ius Canonicum est, quam Romanum.

XI.

Non habet locum praescriptio, a subdito adversus Principem allegata.

XII.

Hattonem I.* Archiepiscopum Moguntinum, describunt nonnulli veterum Historicorum, speciatim Vitekindus, Saxo, tanquam hominem perfidum, et nullo non vitiorum genere contaminatum. Ego vero calumniatorem Vitekindum ostendam, probaturus, Antistitem probum, prudentem, et laude quavis dignum Hattonem fuisse: *in vindictis Hattonis I. Archiepiscopi Moguntini, propediem e-*
dendis.

* A quo diversus est Hatto II. quem a muribus corrosum imperitum vulgus nugatur.





ULB Halle
005 355 370

3







1710, 2

18

DISPVTATIO IVRIDICA
DE
accurato discrimine
inter

**CONSENSVM EXPRESSVM
TACITVM ET PRAE
SVMTVM**

Quam
opitulante DEO

IN ELECTORALI ERVVRTENSI ACADEMIA
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
REVERENDISSIMO AC ILLVSTRISSIMO DOMINO
DOMINO

**PHILIPPO VVILHELMO
SACRI ROMANI IMPERII COMITE
DE BOINEBURG**

SACRAE CAESARAE MAIESTATIS CONSILIARIO INTIMO ET CA
MERARIO ECCLESIA RV M GVNTINAE ET TREVIRENSIS ME
TROPOLITANARVM COMPARATE SVPREMO CHORIEPISCOPO ET
CANONICO CAPITVLARI SENIORE EMINENTISSIMI PRINCIPIS
BLECTORIS MGVNTINI CONSILIARIO INTIMO CIVITATIS AC
TERRITORII ERVVRTENSIS PRO PRINCIPE

ET RELIQA
PRAESIDE

**FRIDER. GREGORIO LAVTENSACK
I. V. D.**

A. D. XXII. AVG. A. C. MDCCX, publice

loco et horis solitis defendet

RESPONDENS

HIERONYMVS ZACKE

Erfurtensis.

LITERIS IO. HENRICI GROSCH ACAD. TYPOGR.