

DISPUTATIO INAUGURALIS
DE
OBLIGATIONE
AFFIRMANTIS
CIRCA STATUM HOMINUM,

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDER. WILHELMO,

REGNI BORUSSICI HEREDE,
EX DECRETO ET AUTORITATE ILLUSTRIS
Jctorum Ordinis
PRÆSIDE

DN. SAMUELE STRYKIO, Jcto,
SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ CONSI-
LIARIO INTIMO, PROFESSORE PRIMARIO, FACUL-
TATIS JURID. ORDINARIO, h. t. DECANO,
PROMOTORE ET PATRONO MAXIMUM DEVENERANDO,

In Academia Fridericiana
PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ET PRIVILEGIA
RITE CONSEQUENDI,

In Auditorio Majori horis ante & pomeridianis
d. Novembr. An. M DCC IV.

publico Eruditorum examini submittit

JOH. HENRICUS PAGENSTECHER,
Osnabrug.

HALÆ, typis Orphanotrophii.

DISPUTATIO IN ALCANTARIS

DE
OBLIGATIONE

AFFIRMANTIS
CIRCA STATUM HOMINUM

RECTORIS MAGNIFICENTISSIMO

DR. FRIEDRICH WILHELMO

EX DECRETO ET AUCTORITATE HUIUS
ORDINIS

DR. SAMUELE STRYKIO, IURIS

PROMOTORE ET ALCANTARIS MAXIMUM DE VENERANDO
TATE PUBL. ORDINARIO, H. A. DECANO,
LARIO INTIMO, PROFESSORE PRIMARIO, FACULT.

IN ALCANTARIS FACULTATE

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTRIQUE IURE HONORES ET PRIVILEGIA

IN AUDITIONE HUIUS IURE HONORIS & PRIVILEGII

4. Novemb. An. MDCCLVII.

JOH. HENRICUS PAGENSTECHER,

Alcantaris

H. A. L. T. P. S. O. P. A. N. T. A. R. I. S.



INGRESSUS.



um loquelam hominibus in universum omnibus à Deo concessam vident mortales, illam sibi pleriq; licentiam sumunt, loquendi, dicendique, quod in os venerit, male persuasi, se sicuti rerum suarum, ita & verborum Dominos, nec ad illorum evictionem adstrictos esse; Etenim si secum perpenderent, factorum non tantum, sed & dictorum omnium, imo & cogitationum se aliquando coram judicio Dei reddituros esse rationes, accuratiorem certe dicendorum susciperent censuram, nec à verbis tantum quae famam alterius laedunt, sed & ab inanibus semet studiosius abstinerent. Verum ne quidem in foro humano semper immunis erit, qui in verbis admodum liberalis est, & plura vel jactat vel affirmat, quam veritas negotii admittit. Nam qui effuso sermone se jactat, in promptum incidere sui periculum, jam olim serio monuit D. Im-

perator Justinianus *in l. ult. Cod. de Dot. promiss. in fin.* Et enim sermo ex ore emissus difficilius retinetur, quam navis exposita ventis; hanc enim à vento correptam funibus & anchoris inhihent, ejusque velocitatem frangunt: Orationi tanquam e portu semel egressæ, nulla statio. nullus anchoræ jactus reliquus est, sed magno cum sonitu & fragore vecta autorem in magnum & grave aliquod conjicit & demergit periculum; teste Plutarcho. Quamobrem expedit, ut quisque verborum ore professorum rationem habeat, antequam emittat, & à superfluis se absteat. *Mey. ad jus Lub. p. 3. tit. 10. art. un. n. 40.*, ne illis jam temere prolatis serius sapere discat. Huc quoque referendum est illud, Jctorum assertum, quod quisque illud præstare teneatur, quod affirmavit. Quatenus autem hoc in judicio attendi mereatur, & an omni casu locum inveniat affirmantis obligatio, dignum disquisitione inaugurali existimavi. Cum vero hæc materia prolixior sit, quam ut ordinariis pagellis academicis includi possit, ideo hic saltem statum personarum & quatenus hic affirmanti nascatur præjudicium, exhibebo. Deus adsit conatui, cujus auxilio fretus ad rem progredior.

§. I. Quem-

§. I.



Uemadmodum usus sermonis à Deo homini benignissime concessus inter beneficia maxima referri debet, dum infiniti inde in genus humanum redundant fructus, & quamvis ipsa vocabula, quibus sermo figuratur, dependeant ab impositione humana. Quintil. *Instit. orat. lib. 1. c. 6.* Puffend.

Sermonis utilitas in vita humana.

de Jur. N. & G. lib. 4. c. 1. §. 4. tamen ipsa facultas loquendi & sermones miscendi, summo creatori accepta ferenda est: ita quoque sermo humanus suis non destituitur effectibus juris, dum pro varietate circumstantiarum, nunc hos, nunc illos edit effectus. Hinc recte Grot. *d. Jur. B. & P. in Proleg. §. 7. in fin.* societatis inter homines à natura constitutæ hoc peculiare esse dicit, ut instrumentum habeat sermonem, per quem excolere possit illam societatem, quæ juribus naturæ dirigitur, & Cic. *lib. 1. de Offic. c. 16.* eleganter ait, quod *oratio docendo, dicendo, communicando, disceptando, judicando* conciliet inter se homines. Quid itaque mirum? quod & jure civili tot utilitates & effectus supersint. Quam multa per nuncupationem constituuntur & conciliantur negotia? quorum spectant testamenta nuncupativa, verborum obligationes, & quæ olim formulis solennibus dirigebantur, negotia tum judicialia, tum extrajudicialia. Barnab. Briffon. *de solenn. pop. Rom. Verb.* Ipsa rerum absconditarum ac dubiarum veritas eruitur, per testium depositiones, quæ nuncupative fieri debent, neque enim admittuntur, si scriptum vellent edere testimonium. *l. 3. §. 1. de testib. C. 3. c. 5. q. 2.* Et quis omnes usus sermonis in vita civili obvenientes recenseret?

A 3

§. II. Im-

§. II.

Præcipue in
contrahendis
obligationi-
bus.

Imprimis vero huc spectat, quod sermo non tantum sit medium declarandi suam voluntatem & mentem, sed etiam se obligandi. Cum enim obligatio, imprimis ex consensu duorum perficiatur *l. 1. pr. ff. de pact.* & omnium fere obligationum fundamentum in eo consistat *l. 1. §. 3. ff. ibid.* hic vero intra mentem latitet & sic per signa quædam externa declarari debeat, nullum efficacius signum declarandi consensum & se obligandi inter homines consistere potuit, quam sermo. Bene Grot. *de Jure B. & P. l. 2. c. 4. §. 3. juris effectus qui ab animo pendent, non possunt tamen ad solum animi actum consequi, nisi is actus signis quibusdam indicatus sit*, & quamvis signa hæc de actibus voluntatis nostræ non habeant certitudinem mathematicam, sed probabilem, cum & verbis aliud eloqui possint homines, quam quod volunt & sentiunt; interim judice Grotio *alleg. §. in fin. natura humana societatis non patitur ut actibus animi sufficienter indicatis, nulla sit efficacia*, ut adeoque id, quod sufficienter indicatum est pro verò haberi debeat, adversus eum qui indicavit, quo ipso reservationes mentales ab aliis alias approbaræ (vid. Leonhard. Lessium *in tr. de Just. & J. lib. 2. cap. 42. dubit. 9. n. 47.* & Theophil. Rainaud. *sing. tr. de Verit. Moral.*) merito rejiciendæ veniunt. Puffend. *cit. l. §. 14.* Dn. Præles *de Jur. Sens. disp. 19. cap. 3. n. 26. seqq.* Quæ cum ita sint per se, jam inde declaratur commune illud principium, cordibus hominum implantatum, promissa sunt servanda.

§. III.

Affirmatio
quo sine adhi-
beatur.

Quod jam in thesi de sermonis usu & effectibus dictum est, in specie quoque ad affirmationem, quæ principa-

cipaliter sermone fit, applicari potest. Hæc enim eum in finem inter homines adhiberi solet, *ut ei cuius interest, certam & constantem, cui fidere possit ingeram opinionem, de qua antea vel adhuc dubitavit vel non satis instructus vel certus erat.* Cum itaque principium juris naturæ quoque fit, ut cum altero, quorum in societate humana vivo, bona fide & sincere agam; ita quoque eodem jure quilibet obligatur, ad illa demum affirmanda & alteri inculcanda, quæ cum animi sui sententia conveniunt, alioquin si inde discrepent, alterque damnum inde patiatur, merito ad damnum illud resarciendum affirmans tenetur. Hanc sinceritatem videtur voluisse ipse Salvator inculcare, *Matth. V. 33. Esso sermo vester ne ne, non non, quod ultra hac est ex malo, quod & repetit Jacobus c. 12. quod ita homo sincere agere debeat cum altero, ut quæ affirmanda sint, affirmentur, quæ neganda negentur.* Unde & Clemens Alexandr. *lib. 8. Strom. p. 729. lit. b.* hoc ita egregie explicat, *sed neque (Christianus) eat, ut qui in affirmatione quidem, ita vel est, in negatione autem, non, usurpare constituerit, sufficit ergo ei, vel affirmationi vel negationi illud addere, vere dico, ut fidem iis faciat, qui responsi ejus non perspiciunt stabilitatem.* Quo ipso præterea affirmationes illæ temerario juramento stipatæ reprehenduntur, maxime in causis extrajudicialibus adhiberi solitæ, cum enim affirmatio simplex, absque ulla additione juramenti, iisdem sufficere possit, merito juramenta eatenus pro temerariis & superfluis habenda & sic reprobanda.

§. IV.

Potest autem affirmatio vario modo fieri. Potissimum quidem fit sermone, sed tamen & nutus æque receptum inter homines affirmandi indicium est. Id quoque testatur Puffend. *de I. N. & Gent. l. 4. cap. 1. §. 2. dicens: Passim*

Affirmatio
quor modis
fiat?

rece-

DE OBLIGATIONE AFFIRMANTIS.

De nutu.

receptum ut capite modice inclinato aliquid affirmemus, eodem in latere concusso, negemus, & tergoobverso aliquid respuamus, quo ipso etiam apud mutos talis affirmatio deprehenditur. Grot. de Jur. B. & P. lib. 3, c. 1. §. 8. in his itaque, quæ verba non requirunt, nutus etiam sufficit ad arguendum consensum vel dissensum l. 48. de Obl. & Act. adeoque muti per nutum contrahere possunt, Paul. Montan. de Tutel. c. 9. n. 44. Michalor. de Cæcis, Surd. & Mut. c. 37. n. 2. imo & sponsalia quoque celebrare & matrimonium inire, cum & hic vel nutus sufficiat. cap. tuæ fraternitati 25. X. de sponsal. l. mutus 73. de sure dot. Thomas Actius de privileg. infirm. p. 1. c. 12. n. 7. Dnus Præses de jure sens. diss. IV. cap. 2. n. 2. 9. & seqq. nam ut ait Pontifex all. text. quod mutus verbis non potest, signis valet declarare. Cæterum, cum præter nutum, etiam alia sæpe signa a nutis adhiberi soleant, quibus præter affirmationem aliquid declarent, cum non semper absoluta sit affirmatio, utile & ut cognati ejus adhibeantur, qui nutuum & signorum notitiam habent, quo alteri contrahentium voluntatem ipsius exponere possint. Angel. Aretin. in §. mutus Inst. de inutil. stipul. n. 4.

§. V.

An tacens affirmet?

Sed & tacens sæpe affirmat l. 142. de Reg. Jur. l. 2. §. 2. sol. matr. præsertim si in tali negotio quis acquiescit & tacet, ubi tamen quam maxime contradicere debuisset, prout in l. 18. ff. Mand. & l. 60. de R. J. Hinc Grotius de J. B. & P. l. 2. c. 4. §. 5. dicit: *Sub factis moraliter veniunt & non facta, considerata cum debitis circumstantiis*, sic qui sciens & præsens tacet, videtur consentire. Quo eleganter spectat caput 30. v. 12. & 15. Numeror. à Grotio in supra citato loco allegatum. Quemadmodum enim reliqua signa recepta sunt inter homines, ut consensus & mentis nostræ faciant indicium, ita quoque, ubi taci-

taciturnitas, inter homines pro signo affirmante communiter habetur, ibi etiam merito habetur pro affirmatione. Imprimis vero tunc pro affirmante & consentiente habetur tacens, quando quis ibi tacuit, ubi scivit aliquid geri in suum præjudicium, quod sua contradictione potuisset impedire e. g. qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. *l. sup. all. 60. de R. 7.* Duo ergo requiruntur, 1. ut aliquid geratur in præsens & certum ejus præjudicium, & ita maxime in judicialibus tacens sibi præjudicat. Tiraq. *de Jure connub. gl. 7. n. 37.* Surd. *Decis. 47. n. 9.* Jac. Caneer *variar. resolut. lib. 1. c. 20. n. 21.* Hinc utiliter protestari solent advocati, quod tacendo noluerint affirmare illa, quæ altera pars proposuit: **Sie wollen dem Gegentheile mit Stillschweigen nichts eingeräumt haben.** Quod si autem tacentis præsens præjudicium non adsit, pro affirmatione, taciturnitas haberi nequit. Proinde taciturnitas agnati non præjudicat agnato, si adsit feudi alienationi, cum ad eum feudi successio non sit devoluta. Gothofr. Anton. *disp. feud. 9. th. 4. lit. e,* nec creditori obest, si eo præsentem & tacente fundus ipsi oppignoratus venditus sit. *l. c. 39. de pignor. act. l. 8. §. 15. quibus mod. pign. solv.* quia sciebat jus suum nihilominus durare; idem de jure retractus dicendum, quod non tollitur scientia (præfinito tempore non elapso) Carpz. *p. 2. c. 32. d. 3.* nec præsentia & silentio, Tiraqu. *de retract. §. 1. gl. 9. n. 148, §. 153.* 2. ut potuerit contradicendo actum impedire, alias consentire & affirmare non videtur *l. 39. ff. de pign. act.* Menoch. *Cons. 120. n. 10.* Steph. Gratian. *discept. forens. c. 38. n. 21.* sæpe enim potentia aliorum impedit, quo minus contradicere hi, de quorum præjudicio agitur, non possint. Klock. *de Contribut. c. 7. n. 41.* quo casu sæpius murmuratio pro contradictione solet esse.

DE OBLIGATIONE AFFIRMANTIS.

§. VI.

De affirmatio-
ne pœnali ob-
contumaciam.

Tandem quoque affirmatio ex legis declaratione, ali-
quando ex alterius contumacia, qui respondere, h. e. negare
vel affirmare recusat, inducitur. De jure Saxon. hoc
certum est, quod in pœnam contumaciæ, lis pro affirmati-
va contestata, & hinc pro confesso & convicto, habeatur,
Carpz. *in process. tit. 8. art. 3. 32.* Coler. *de proc. execut. p. 1. c. 2.*
n. 14. Brunnem. *in proc. Civ. c. 4. n. 9. §§.* quod itidem quo-
que in jurare detrectantibus juris est. *l. 38. ff. de jurejur.*
Quo etiam referri potest, si pater ex mera protervia, factu
vel superstitione non vult consentire in nuptias liberorum
suorum, nec tamen justas dissensus causas allegare potest,
hic Consistorium defectum consensus ipsius supplere solet
und wird sein Nein vor Ja erkläret / Brunn. *de jur. eccles.*
l. 2. c. 16. ibique Dn. Preses.

§. VII.

Affirmatio
simplex

vel qualificata.

Cœterum affirmatio est vel simplex vel qualificata.
Illa dicitur, quæ nullum effectum juris producit, nec fit illa
intentione inter partes, ut aliqua inde oriatur obligatio,
quo pertinet, nuda assertio, ubi quis saltem de sua scientia
respondet, non fraudulenter, nec animo commendandi,
v. g. Si mercator alteri de Titio quærenti respondeat: Ich
habe oft mit ihm gehandelt / und allezeit guten Glauben
gefunden. Mev. *ad jus lubec p. 3. tit. 10. art. un. n. 37. seqq.* Hæc
vero, quæ simul aliquam affirmantis obligationem conti-
net, ad illud quod affirmavit, de se vel de alio, vel de re ali-
qua, præstandum. Hujusmodi generis obligationes per
totum jus se diffundunt, & ubique casus sufficienter se si-
stunt. Sic affirmatio specialis, de qualitatibus certis rei
venditæ inhærentibus obligat venditorem ad rem in illa
qualitate præstandam; exemplum est *in l. 43. ff. de Contr.*
Empt.

Empt. l. 19. ff. de Edil. Ed. Rövenfrunk medit. edilit. l. 1. c. 3. n. 63.
 quamvis non nimis amare talis affirmatio interpretanda
l. 18. pr. ff. de edil. Edict. Ne vero nimis diffundar in hac am-
 plissima materia, hos cancellos mihi ipse circumscripti, ut
 tantum effectus ostendam affirmationis, quantum ad sta-
 tum hominum.

§. VIII.

Ut vero hæc qualificata affirmatio recte sese habeat,
 ante omnia requiritur, 1. *ut sit deliberata & libera*, nam si er-
 rore sit prolata, obligare nequit, quia errantis nullus est con-
 sensus *l. 15. de Jurisdic. & absque consensu nulla est obliga-*
lio l. 9. ff. Contr. Empt. idem, si metu gravissimo & quidem il-
licito extorta sit, cum nihil magis consensui adverlari possit,
quam vis & metus. l. 116. de reg. jur. c. 8. X. de renunt, & ne-
mo metum alienum in suam rapere debeat utilitatem l. 9.
l. 14. §. 5. ff. quod met. Caus. Idem forsan dici posset, si ex præ-
 cipitancia, ira, ebrietate vel alio vitio consensum vel delibe-
 rationem impediende, affirmatio processerit, neque enim
 potest dici cogitatum, quod nimis festinatum, *cap. cum*
Bertholdus, X. de re judicata. Idem forsan dicendum,
 esset, si quis dolo alterius ad affirmandum esset indu-
 ctus, & bona fide aliquid affirmavit. 2. *ut sit sincera.*
 Neque enim jocosæ affirmationes aliquam possunt produ-
 cere obligationem, qualia sæpe occurrunt exempla in spon-
 salibus, ubi quis per jocosum affirmavit, se hanc vel illam vir-
 ginem velle ducere uxorem, id quod ex circumstantiis ju-
 dicandum, in re enim seria serio agendum, 3. *ut sit certa &*
specificæ. Generalis certe non semper vim obligandi habet,
 quo pertinent generales commendationes mercatorum
de mercibus vendendis. l. 19. pr. ff. de edil. edict. l. 43. de contr.
empt. l. 37. de dolo malo, Hilliger ad Donell. lib. 13. c. 3.

Affirmatio
 qualitatis ut
 obliget; quid
 requiratur?

§. IX.

Affirmativa
debet esse cla-
ra.

Porro qualificata hæc affirmatio, 4. imprimis esse debet *clara & perspicua*, ut affirmantis intentio inde possit conjici. Hoc potissimum attendi solet in judicialibus, ubi responsiones dubiæ incertæque merito rejiciuntur, adeoque in litis contestatione non admittitur responsio, *Et stelle es dahin/es könne wohl seyn/* Carpz. in process. tit. 10. art. 3. n. 48. & p. 6. l. 40. per tot. Brunnem. in proc. civ. c. 14. n. 16. Neque enim potest dici palam, quod sciri non potest. l. 40. pr. de jur. fise, cum tamen affirmationis vel negationis ea sit natura, ut alteri certa ingeratur opinio. Idem quoad positiones observatur, quæ si obscuræ sint, rejiciuntur. Mascard. de prob. concl. 1176, n. 22, Michalor. de posit. c. 7. Cæterum si de contractibus sermo sit, quæstio moveri possit, contra quem affirmatio obscura interpretanda? quod quidem in l. veteribus 39. ff. de pact, ita deciditur, ut ei potius nocere debeat, qui pactum contractui in sui favorem adjecit, & per hoc singularem quæsitivit utilitatem, huic enim merito imputandum esse, ratio svadet, quod non curaverit, ut clarius omnia exprimerentur. Proinde si emptor accedere Stichum servum fundo, de quo principaliter venditio facta, voluit, & tantum venditor per affirmationem suam in hoc consensit, ut Stichus esset instar additamenti, als eine Zugabe; postea vero de persona Stichi dissentiant, quod plures essent ejusdem nominis, venditor potest dare quem volet, quia emptori imputatur, quod quem voluit fundo accedere, non clarius expresserit l. 34. pr. de Contr. empt. Cum enim affirmatio se referat ad præcedentem interrogacionem, ita sane hæc debuisset institui, ut clarior quoque sequi potuisset affirmatio.

§. X.

§. X.

Denique affirmatio alia est *directa* alia *indirecta*. Unde vulgatum assertum, negativa prægnans habet implicitam affirmativam, & quod de uno negatur, de aliis tacite affirmatur. *l. 21. de S. P. U. l. 24. de pign. l. 18. de testib.* Qui enim negat Titium esse mortuum, affirmat eundem adhuc vivere, & qui negat aliquem defectum vel morbum in equo adesse, affirmat eum esse sanum. Quamvis itaque negativæ per rerum naturam non sit probatio. *c. 5. X. de renunc. l. actor. 23. de probat.* Hieron. Fernandez de Otero *in repet. cap. fin. de consuet. n. 30.* Mascard. *de probat. concl. 6.* Franc. Herculanus *in tract. de probat. negat.* tamen aliud dicendum, ubi negans virtualiter affirmat. Herculanus *cit. l. n. II.* Martin. de Fano *tr. qualit. negat. prob.* Menoch. *de præsumpt. pres. 50. n. 14. seq.* Flamin. Paris. *de resignat. benef. l. 8. qu. 2. n. 27.* Neque enim tantum affirmativa, ex verbis desumenda est, sed etiam ex virtute verborum. Franc. Herculanus *cit. l. n. II. in fin.* Hinc etiam duæ negativæ faciunt unam affirmativam. *l. duobus negativis. n. 37. ff. de verb. sign.* ibique Alciat. nisi forsan negationes referantur ad diversa. Bald. *in l. 1. de serv. fug. n. 29. col. 3.*, nam hæc regula tantum procedit, si una negatio ad unum, idemque verbum in eodem membro unius rei intuitu referatur. Goedd. *in comment. ad tit. ff. de V. S. ad l. cit. 237.*

De affirmati-
one indirecta.

§. XI.

Ut itaque nunc à thesi ad hypothesin seu ad specialem obligationis, ex affirmatione quoad statum personarum resultantis, considerationem eo propius accedam, id sane in aprico est, obligationem ex affirmatione descendentem variis modis considerari posse. Vel enim 1. ali- quod delictum in se continet, unde oritur falsum vel

Quotupliciter
ex affirmatio-
ne resultat
obligatio?

B 3

men-

mendacium, & sic ad pœnam, vel ad interesse actione de dolo obligatur. *l. 8. pr. de dolo*, si modo alia actio deficiat, cum hæc alias sit subsidiaria *l. 1. §. 4. cod.* insignis quippe doli species est, affirmare aliquid in alterius præjudicium, seu ejus decipiendi gratia, vel 2. in se continet præstationem aliquam personalem, veluti quod in contractu aliquid affirmatum sit, & sic ex contractu illo agendum est. *l. 9. pr. cod. l. 4. §. 4. de adil. edict. l. 17. §. fin. cod.* Vel 3. affirmatio facta est sine prævia interrogatione seu tractatu super negotio aliquo, sed affirmans sua sponte ad affirmandum processit; vel tandem de se vel de alio quid affirmatum est, & sic ex circumstantiis de obligationis qualitate judicandum; quod jam per specialiores conclusiones ex jure personarum illustrandum erit.

§. XII.

De statu personarum.

In jure personarum autem status personarum & inde dependentia jura considerantur, & quamvis homines infinitis inter se possint variare statibus, vel etiam unus varios sustinere status, vid. Dn. Hertius *disp. de uno hom. plur. sustin. pers.*, potissimum tamen hic tres considerantur, libertatis nempe, civitatis & familiæ, quia circa hunc statum triplicem olim jus commune fere universum variabat. Secundum statum libertatis itaque homines erant liberi aut servi, ubi non raro inter Romanos evenire poterat, ut qui revera servus esset, se liberum affirmaret, & alios ira induceret, & cum eo tanquam cum libero agerent. Famofum hujus rei exemplum occurrit in *l. Barbarius. 3. ff. de offic. prat.* de Barbario Philippo se liberum affirmante, & ita ad præturam promoti, ubi variæ quæstiones poterant moveri: An illa, quæ tanquam prætor ege.

De servo se liberum affirmante.

egerat. subsistant? an si vires non habeant, Dominus inde obligetur, ad damnum restituendum iis, quorum intererat? &c. prior quæstio est præjudicialis, hinc prius de ea videndum; decisio autem clara est in ipsa *cit. l. 3.* quod nempe omnia acta subsistant. Ratio dubitandi est, quod ipse revera prætor non fuerit, cum servi nullius dignitatis sint capaces, sed tamen inhumanum videbatur, rescindere acta ejus, qui semel publica autoritate erat approbatus, licet errore communi pro habili habitus fuerit; accedebat & illa ratio, quod æquum potius esset, ut secure & valide quilibet civium cum eo agere posset, qui publica autoritate constitutus est, in cujus habilitatem vel inhabilitatem inquirere civibus integrum haud fuit, alioquin nemo secure agere posset, quod utilitati publicæ esset adversum. Quod itaque gesta ejus valuerunt, id propter publicam autoritatem factum est. Aliud itaque foret dicendum, si non esset publica autoritate Prætor constitutus, sed se falso affirmasset prætorem, quia sic minime gesta ejus valerent, & ille tanquam falsarius puniendus esset. *l. 27. §. fin. ad l. Cornel. de fals.* Hinc posterior quæstio jam cessat, quia enim hi quorum interest damnum non patiuntur, nisi illo casu, quo publica autoritate minime esset Prætor constitutus, & tamen se pro libero & Prætoress gessit, quin ita ipse servus, tanquam ex delicto publico, publica coercendus esset pœna, cessante actione noxali contra dominum, quæ ex privatis demum oritur delictis *t. t. J. ff. de noxal. act.*

§. XIII.

Eandem decisionem ad Notarios solent applicare, qui se tales affirmant, ubi tamen iterum hi duo casus distinguendi veniunt. Aliud enim est, an is, qui non est Notarius, se tamen falso talem affirmavit, tunc ejus instrumentis fides

De affirmante
se esse Notarium.

fides haberi nequit, quia plane non fuit Notarius, sed potius falsarius, adeoque ad pœnam falsi obligatur. *l. cit. 27. ad leg. corn. de fals.* Tiraquell. *tr. de LL. connub. gl. 8. n. 154.* Pacian, *de probat. lib. 2. c. 21.* Jason *in cit. l. barbarius n. 41.* Bertrand. *lib. 3. conf. 71.* ut hinc merito deferendi sint, qui putant, sufficere, quod in quasi possessione Notariatus talis falsarius constitutus, & pro Notario communiter habitus fuerit, Lanfranc. *de Oriano in c. quoniam in verbo instrumentorum n. 15.* Alciat. *conf. 184. n. 9.* quod quidem ad hoc sufficere potest, ut in dubio si de falso aperte non constat, pro tali instrumento sit pronuntiandum, quia in genere pro possessione vel quasi est præsumptio. Pacian. *cit. l. n. 40.* Hostiens. *in summa de fide instrum. n. 3.* Angel. *ad l. si quis patrem de Scto Macedon.* Verum si de falso satis constat, aliud utique dicendum; neque obstat, quod pro habili habitus fuerit, & habitas quoque in dubio præsumatur. Mascard. *de Probat. Conclus. 848. n. 4.* Nam ratio decidendi *in l. 3. de Offic. prat.* non in eo subsistit, sed potius quod publica autoritate servus Præturam acceperit. Alia itaque quæstio, annon tunc gesta Notarii valeant, si quis se affirmavit habilem ad Notariatum consequendum, & ita legitime ab Imperatore vel Comite Palatino creatus sit, ubi ratio decidendi, quæ *in l. cit. 3.* eminent, hic quoque applicari potest. Brunnem. *ad b. l. 3. de offic. prat. n. 3.*

§. XIV.

An Dominus
inde obligatur?

Quod si jam de negotiis privatis quæstio movetur, discquiri posset, an talia negotia cum servo se liberum affirmante, inita subsistant, & an dominus exinde obligetur? Sane si servus, qui se liberum dixit, testamento tanquam testis adhibitus, & ex errore communi, pro libero habitus fuit, certum est ex §. 7. *Inst. de testam. ordin.* testamentum ex
specia-

speciali æquitatis ratione subsistere; quod & applicari solent ad fœminas, quæ se masculos mutato vestitu mentitæ sunt, & sic sexum occultarunt. Verum an ad contractus id applicari possit, dubito. Cum enim servus pro non ente habeatur, & nulla obligatio in personam servi cadere possit. *l. 32. de Reg. Jur. l. 7. ad L. Cornel. de fals.* & si stipulationibus adhibetur, tamen tantum ibidem ut instrumentum domini considerari debeat, adeoque non sibi sed domino stipuletur *t. t. Inst. & ff. de stip. servor.* hoc in casu autem nullo præcedente domini consensu contraxit, cum se liberum affirmavit, & sic in propriam utilitatem contrahere voluerit, non puto obligationes tales subsistere posse. Cum vero ex dolo servi contrahentes læsi sint, crimenque falsi revera concurrat, non dubium est, quin servus eo nomine debitis subjiciendus sit pœnis, cum ex criminibus publicis servi ipsi ad pœnam rapi possunt. *l. 12. §. fin. de Accusat. l. 4. in fin. Cod. de noxal. act.*

§. XV.

Equidem servi hujusmodi in nostris terris non dantur, & quamvis in propriis hominibus, in patria mea sat frequentibus, simulacrum aliquod servitutis adhuc resideat, tamen si eosdem cum servis hisce Romanis comparemus, magis pro liberis sunt judicandi; habent enim jus connubiorum *t. t. X de conjug. servor.* jus contractuum & testamentorum. Dn. Præses *in Usu Mod. ad tit. de statu homin. §. 6. seqq.* adeoque quam vis in eo falsum committant, si se liberos affirmant, & se subducant dominis; tamen quatenus cum aliis agunt, sub hoc respectu, non adeo aliis præjudicare possunt, cum salvo statu proprietatis ita agere potuissent, nisi aliæ concurrant circumstantiæ. Sic quoad effectum matrimonii hic aliquod posset moveri dubium.

De proprio homine se liberum affirmantem.

An dissolvat hoc matrimonium.

C

utrum

utrum si proprius homo se liberum affirmavit, & sponsa bona fide hoc credidit, an ex post facto matrimonium rescindi possit? De sponsalibus hoc admittit *Mev. intr. Von Abforder. der Bayersleut. c. 2. n. 121*, sed matrimonium rescindi non posse putat, quod de casu, quem præcipue supponit *Mev. cit. l. admitti possit*, quo potius sponsa ex errore credidit, eum esse liberum, hic autem talem se non simulavit; sed si præcise hæc circumstantia adjiciatur, quod dolo se liberum affirmaverit, ut eo facilius sœminam ad matrimonium ineundum induceret, aliud dicendum esse existimo. Neque enim ex sponsalibus dolo initis ulla potest nasci obligatio. *Cypr. de Spons. c. 13. §. 58. n. 2. Nicol. de Repud. l. 1. c. 2. n. 92. & n. 159. Sanchez de matrim. l. 1. disp. 64. n. 3. Dn. Præs. de dissens. sponsal. sect. 2, §. 13.* quod ex infra dicendis plenius apparebit.

§. XVI.

De illo qui falso se civem affirmat.

De illo qui falso se civem affirmat.

Progredior ergo ad statum civitatis, ubi hodie extra controversiam hoc quidem est, non tantam superesse differentiam civium & peregrinorum, quam quidem olim, præsertim postquam in *Autb. Omnes peregrini, Cod. commun. de successione*, peregrinis quoque jura connubiorum & succedendi indulta fuerint. Ex jure tamen retorsionis posse peregrinis aliquando jura succedendi denegari, constat. Cum enim Rex Galliæ ex notissimo albinagii jure, Germanorum aliorumque alibi natorum, & in Gallia decedentium hæreditatem sibi vindicet, imo & externos à successione civium Gallorum excludat. *Renat. Choppin de Doman. regn. Franc. l. 1. tit. 11. n. 3. Feltman de Cadav. inspiciend. c. 15. n. 3. seq. Bacq. tr. du Droit d'aubaine p. 1. c. 2. seqq.* nihil obstabit, quo minus, idem jus quoque contra Gallos in Germania decedentes statui debeat. Quod si ergo ponamus casum,

sum, Gallum pro obtinenda in Germania hæreditate, se Germanum affirmaret, non tantum tanquam impostor & falsarius puniri, sed etiam hæreditas eidem tanquam ab eo qui m. f. pro possessore possidet, cum habeat titulum jure reprobatum, à fisco vindicari, cum omnibus fructibus tam perceptis quam percipiendis, potest. *l. 20. §. 6. de petit. hered. l. 13. pr. §. 1. l. 11. l. 17. eod.*

§. XVII.

Ceterum cum & adhuc civibus cujusdam loci specialia quædam jura competant, quæ forensibus denegantur, facilius in iis contingere potest, ut dolosa sua affirmatione quis jus aliquod consequatur, quod ei alias non competit. Nemo enim gaudere potest privilegiis, nisi sit in numero civium descriptus. *Enenckel. de privileg. l. 1. c. 5. n. 4. sic in l. un. Cod. non licere habit. metrocom. loca sua ad extr. transf. jus retractus territoriale fundatur, quod alicubi solis civibus, alicui in genere inhabitantibus competit. Quod si itaque hoc jus solis civibus esset indultum, & sub hoc prætextu, quod se civem dixerit, aliquis obrinuisset, præ extraneo prælationem, sine dubio contractus esset ipso jure nullus. Brunn. ad cit. l. Cod. n. 2. & si vel maxime per sententiam judicis fundus ex retractu ei esset adjudicatus, tamen nec hanc sententiam eidem posse adjumentum præbere crederem, cum sententia ob falsam causam lata retractanda sit *l. Divus Hadrianus 33. ff. de re judic. t. t. Cod. si ex fals. instrument.* An autem propterea ab officiis publicis quis removendus sit, ad quæ ex loci statutis non alii admitti possint quam cives, & tamen admotus se civem dixerit, alia quæstio est. Quod tamen quidem negari nequit, si dolose se ita ingessit officio, cum dolus nemini patrocinari debeat *l. 12. ff. de dol. & sicuti is qui illicitis mediis involavit munus publicum, dejiciendus est. l. sancimus**

Quod si hoc prætextu ad beneficia civium fit admittus?

6. *Cod. ad l. Jul. repet. l. contra. 14. C. de re milit. Perez. in C. ad l. Jul. ambit. Carol. Maranta P. 3. conf. 2. n. 42. Myler. ab Ehrenb. hyparch. c. 7. ita quoque idem dicendum est de eo, qui se dolose indigenam vel civem affirmavit, quia hoc publico mendacio sibi viam fecit ad officium publicum, ad quod alias ex statuti dispositione pervenire non poterat, quemadmodum plerisque gentibus persuasum, civium in mandandis muneribus potioem esse habendam rationem, quam extraneorum Bodin. *de republ. lib. 6. c. 5. Don. Garf. de Mastril. de magistr. l. 2. c. 7. Crespi de Valdaura Obs. decis. 6. per tot.* quoniam cives magis patriæ utilitatem promoturi præsumuntur, quam extranei, Myler. ab Ehrenb. *cit. l. §. 6.* Hinc in variis regnis lege publica hoc provisum, prout de regno Castiliæ testatur Jo. Bapt. de Larrea *alleg. fig. 94. n. 78.* quod & in regno Neapolitano speciali privilegio cautum. Matth. de Afflict. *in constit. rer. l. i. rubr. 45. n. 56.* Immo etiam in Ducatu Cliviæ, Comitatu Ravenspergenfi & aliis locis, alia regna ut jam taceam. Idem quoque dicendum, de muneribus ecclesiasticis impetrandis, quæ sæpe tantum civibus vel indigenis conferuntur, uti ostendunt Nicol. Garf. *de benefic. p. 7. c. 5. n. 2. seqq. Salzedo pro jure Canon. c. 54. n. 2.* idque in Silesia satis certum est, ubi ad dignitatem episcopalem Vratislaviensis Episcopatus, aspirare extraneus nequit. Jacob. Schickfus *in Chron. Siles. lib. 3. c. 6.**

§. XVIII.

Sed si dolum abfuisse ponamus, quod forsan juste existimaverit, patrem hujus loci fuisse civem, & ita quoque se civem affirmavit, cum jus civitatis in liberos devolvatur, *l. 1. §. 2. ff. l. 3. Cod. ad municip. de incol.*, mitius cum tali ad officia publica promotum agendum esse, existima-

Quid qui se
bona fide ci-
vem dicit ?

stimarem, ob bonam fidem, in qua admotus constitutus fuit, modo de cetero habilis reperiatur. Nam etiam hoc in casu aliquando extranei admitti possunt, nempe in subdium, si idonei cives vel indigenæ non inveniuntur *l. ut gradatim* 11. §. 2. ff. *da muner. & honor. cap. 41. X. de elect.* Gratian. *discept. forens. c. 26. n. 13.* Cresp. de Valdaura *decis. 6. n. 34. & 151.* Quidni ergo hic ex communi errore pro habili judicandus esset; quem bona fides excusat, nisi aliud specialiter statutis vel legibus provincialibus cautum esset.

§. XIX.

Econtra quoque in casu inverso contingere potest, ut plane indigenæ inhabiles lege publica judicentur, ad munera publica obeunda, ubi eadem decisio obtinebit, si quis se alienigenam affirmaverit, cujus rei exemplum occurrit *in l. si eadem* 3. ff. *de offic. assess.* & *L. 4. Cod. de crim. sacrileg.* Quia gravior pœna constituta est in eos, qui sub hoc prætextu, quod se alienigenas dixerint, admoti sunt ad officia publica, uti constitutum est *in l. consiliarius* 10. *Cod. de Assessore domest.* ubi Imper. ita: *in consiliariis observari censemus, ut in eum, qui in sua provincia ultra quatuor menses moderatoribus adfederit adversus leges antiquas, & divorum retro principum scita, proscripção bonorum, & accusatio publici criminis imminet.* Conf. *tit. eod. ut nulli patria sue administratio sine spec. princ. permitt. permittatur.* Hoc sicuti ex speciali ratione status publici Romani introductum, ne in tam vasto imperii corpore, cives Reipublicæ administrationem habentes, quid contra rempublicam vel imperium, Romanorum machinentur, ita eo fortius cavendum fuit.

De eo, qui se alienigenam affirmavit.

§. XX.

De matre af-
firmante par-
tum esse illegi-
timum.

Pedem nunc promoveo ad statum familiæ, ubi sine dubio fœcundior mœssis conclusionum huc spectantium deprehenderetur. In hoc statu sunt personæ vel sui juris, ut datres familias, vel alienæ potestati subjctæ, ut filii familias, ubi hoc indubitati juris est, illum pro filio legitimo esse habendum, qui ex justis nuptiis procreatus est. *l. 6. ff. de bis qui sui vel al. jur. sunt*, Ceterum videndum an & quatenus, filio nato præjudicare possit affirmatio matris, quod partus nempe sit adulterinus? Hanc eidem non præjudicare posse, decisum est in *l. 29. ff. de probat.* obrationem satis prægnantem, quod mater hoc modo propriam alleget turpitudinem, ergo ei haud credendum in præjudicium tertii *l. mercalem s. cod. de condict. obturp. caus.* Quin et si mater vel maxime de adulterio convicta fuerit, & in tortura forsan affirmaverit, filium esse ex adultero, tamen, nisi aliæ subsint circumstantiæ, pro partus legitimitate est præsumendum. Brunnem. *ad cit. l. 29. de prob.* Covarruv. *de matrim. p. 2. c. 8. §. 3, 7, 8.* Imo hoc adeo verum est, ut si etiam mater in ultimo mortis articulo affirmaret, partum esse adulterinum seu illegitimum, tamen hanc allegationem propriæ turpitudinis eidem minime præjudicare posse, dicendum, ob eandem supra dictam rationem, quod per allegationem propriæ turpitudinis, sibi ipsimet quidem, non vero aliis præjudicare possit. Excell. Dn. Jo. Sam. Stryck. *disp. de allegat. propr. turpitud.*

§. XXI.

Si pater quem
filium affir-
mat.

Ceterum & affirmatio patris aliquem esse filium suum, singularem in jure effectum producit. Quod si enim de filiatione forsan dubium & controversia moveatur, matrimo-

trimonio forsan in locis peregrinis contracto, ita ut filio non adeo constet, unde probationem matrimonii desumere debeat, utile eidem esse potest, si quasi possessionem filiationis docere valeat. Hæc vero inter alia etiam inde deducitur, si pater illum sæpe filium nominaverit & ita quoque à vicinis pro filio habitus fuit. Mascard. *de probat conclus.* 789. l. 2. Alex. *vol. 1. conf. 51. n. 2.* Pacian. *de prob. lib. 2. c. 6. n. 29.* quæ quasi possessio filiationis, ex affirmatione patris orta, hunc effectum habebit, ut interim pro filio habendus sit, & aliis quoque fructibus suæ quasi possessionis gaudere debeat, non solum patre vivente, sed etiam mortuo, Pacian. *cit. l. n. 30.* & consequenter simul quoque illud obtinebit, ut onus probandi in adversarium devolvatur, licet ex hoc solo filius non fiat. Menoch. *lib. 6. præsumpt. 53.* Vultejus *conf. Marburg. vol. 1. conf. 13. n. 63.* Paul. Rubei. *Decis. Rot. Rom. 330.* Contendit tamen Natta *in conf. 473. vol. 2. n. 24.* utriusque parentis affirmationem aut nominationem probari debere, nec unius sufficere, nisi in præjudicium nominantis; de quo dubito, cum hic tantum de quasi possessione filiationis, non de ejus plena probatione sermo sit, nisi forsan contradictio alterutrius satis doceri possit.

§. XXII.

Sic etiam extra matrimonium affirmatio de concubitu cum aliqua commisso, post se trahit obligationem alendi partum seu spurium. Licet enim vel maxime talis se patrem esse neget, tamen eo ipso, quo affirmat se cum ea concubuisse, interim ad alimenta partui præstanda obstringitur, donec causa principalis fuit decisa Gul. 2. c. 97. n. 11. Mascard. *de probat. Vol. 2. concl. 788. n. 25. seqq.* Christinæus *ad constit. mechlin. tit. 18. art. 4. n. 7.* nam ex concubitu contra eum est præsumptio, quæ facit, ut tam diu pro patre habeat-

Si quis affirmat, se cum aliqua concubuisse.

habeatur, donec contrarium ostenderit. *Carpz. pr. Crim. qu. 68. n. 16.* Dn. Præses *in notis ad Brunn. jus ecclesiast. lib. 2. c. 18. n. 28. verb. stuprator autem,* & hæc obligatio ad alimenta præstanda tanta est, etiam si vel maxime stuprata bona habeat. *Carpz. Jurispr. Consist. lib. 2. def. 243. n. 11.*

§. XXIII.

Quantum hæc affirmatio operatur, in præjudicium patris.

Gravior inspectio est, an filii stuprantis affirmatio de concubitu cum stuprata puella commissio, possit præjudicare ejus patri, ita ut si forte filius non habeat bona propria, uti plerumque in juvene stupratore evenit, pater ejus interim teneatur ad alimenta partui præstanda? Ratio dubitandi esse poterat, quod sua affirmatione, nemo alterum gravare possit; ne factio alieno quis oneretur *arg. l. 27. pr. in fin. ff. de procurat.* aut alterius odio prægravetur. *cap. 22. de R. l. in 6to. l. 21. de his qui notant infam. l. 9. ff. de fidejussor.* Verum cum hæc affirmatio ingentem inducat præsumptionem, quod stuprator affirmans infantis pater sit, & interim de alimentis partui prospiciendum, hæc affirmatio id operabitur, ut stupratoris pater hæctenus pro avo haberi debeat. Quod si hoc, jam quoque per consequentiam adest obligatio ad alendum *Carpz. Jurispr. Consist. lib. 2. def. 243.* hinc processu matrimoniali contra filium instituto, interim avus ad alimenta condemnatur. Dn. Præf. *cit. l. ad Brunn. verb. in hujus bona immittenda.* Imo licet avus maternus concurrat, non tamen eo ipso avus paternus liberatur, ad hunc enim, non ad illum onus alendi spectat *Carpz. cit. l. n. 11.* Nec obstat, quod factio alieno quis non debeat prægravari, cum satis constet, per indirectum aliquando hoc admitti, præcipue si æquitas naturalis concurrat.

§. XXIV.

§. XXIV.

Alia quæstio est, an sola affirmatio patris possit filium facere legitimum, qui spurius est? Si enim ex sola affirmatione ne quidem pro filio habetur, sed tantum hæcenus in sola quasi possessione constituendus, multo minus patris affirmatio filium revera spurium legitimare poterit; hinc eleganter dicitur in *l. 5. Cod. de testam. neque professio, neque asseveratio, nuncupantium filiorum, qui non sunt, veritati præjudicat*. Est enim tantum privata & domestica quædam annotatio, quæ aliis destituta adminiculis non proficit *l. 5. Cod. de probat.* Hinc nominatio filiorum non est species legitimationis, sed tantum aliqua potest esse declaratio, quod matrem pro legitima uxore habuerit, *Brunn. Cent. 5. decis. 58. Hilliger. ad Donellum lib. 2. c. 21. lit. f.* Illud tamen permixtum est, ut pater possit filios illegitimos nominare legitimos in testamento; accedente enim postea confirmatione Principis, liberi hi sunt legitimi, ita ut etiamsi post mortem confirmatio Principis accedat, his tamen liberis debeatur successio. *Nov. 74. c. 2. §. 1.* Imo & affirmatio patris filium esse legitimum, quandam præsumptionem operatur. *Stephan. ad cit. Nov. n. 10. 11.*

Si pater spurium nominat filium legitimum?

Si subiv eG
marum hoc
libem
monang
sant

§. XXV.

Ceterum ex jure Romano etiam ex tacita affirmatione, poterat obligatio alendi deduci, quæ post divortium maxime se exerebat. Quando enim mulier se prægnantem esse credebat, tunc intra 30. dies post divortium connumerandos, marito denunciare debebat, se ex eo prægnantem esse; ubi maritus aut contra denunciare, & quondam uxori contradicere debebat, aut ex suo filentio se obligabat ad alimentorum præstationem; dum enim non contra denunciabat, videbatur tacite affirmare, uxoris

Si pater non contradicit mulieri, post divortium se prægnantem dicenti.

D

denun-

denunciantis affirmationem *l. 1. §. 1. seqq. ff. de agnosc. & alend. liber.*, multum enim facit, pro legitimitate confessio patris vel expressa vel tacita *l. 1. §. 12. eod.* Sed cum hæc ad mores nostros parum quidem congruat, ideo illa solummodo tetegisse suffecerit.

§. XXVI.

De vidua se
post mortem
mariti præ-
gnantem affir-
mante.

Illà utilior est consideratio, quando post mortem mariti se vidua prægnantem affirmat; nam aut de eo satis constat, aut non: Priori casu res clara est, & eidem competit bonorum possessio ventris nomine, *l. 1. §. 17. 27. ff. de ventre in possess. mittend.* modo is, qui in ventre, talis sit, qui si natus esset, inter defuncti suos hæredes connumeraretur, *l. 1. §. 2. §. 11. & 13. eod.* hoc est, ut indubitatum jus succedendi habeat; nam ubicunque ab intestato admittitur quis, illic & venter admittendus, *l. 7. pr. ff. eod.* Posteriori vero casu sola affirmatio mulieris non sufficit, si se prægnantem & gravidam dicat, sed causa summariter cognoscenda, ubi ipsa foemina obstetricibus committitur, quæ eandem inspiciant, de quo examine agitur *in l. 1. §. 10. ff. de ventr. inspiciend.* Quod si vero mulier, quæ se prægnantem esse affirmavit, ex post facto grvida non reperiatur, videndum est utrum per calumniam hoc dixerit, an bona fide justo errore ducta. Priori casu si dolose impetraverit possessionem, illa restituenda est cum omni utilitate *l. 1. §. fin. ff. de ventr. in possess. mittend.* imo illis, quorum interest, insuper ad interesse tenetur *l. unic. §. 4. ff. si mulier ventr. nom. & præterea infamia notatur l. 15. & 19. ff. de his, qui notant infam.* quod si patris dolus concurrat, hic suo nomine tenetur. *l. un. in fin. ff. si mulier ventr. nom.* Posteriori vero casu cum bona fide se prægnantem affirmavit, non tenetur eo nomine, adeo ut alimen-

ta per hoc tempus dum in bona fide fuit percepta, non tenetur restituere. *l. 5. §. 3. de Carbon. edict. l. 1. §. 3. ff. de ventre in possess. mittend.* cum ex justissimo titulo illa perceperit. Excludit vero præsumptionem calumniæ, si deferente hærede, mulier mediante juramento se prægnantem affirmavit. *l. un. pr. si mulier ventr. nom. l. 3. §. 3. ff. de jurejur.* Conf. pluribus Excellent. Dn. Pachenstecheri *visiones de ventre p. 3. in fin.*

§. XXVII.

Quando nunc circa hunc statum familiæ, de negotiis à filiofamilias celebratis quæstio oritur, hoc quidem certum est, eundem cum aliis quosvis contractus valide inire posse, & ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligari, *l. 39. ff. de obl. & act. l. 57. de judic. l. 44. de peccat.* licet quando bona non habet, executio post mortem patris differi debeat. Zanger *de exception. p. 3. c. 11.* Verum in mutuo diversa est ratio, quia ex hoc non obligatur, ob Sctum Macedonianum. *l. 11. ff. ad Sctum Macedon.* quamvis naturalis obligatio adfit *l. 10. ff. eod.* Sed tamen etiam hic affirmatio suos peculiares effectus prodit, veluti si filius familias se patrem familias esse affirmavit, qua de re clara dispositio occurrit *in l. 1. Cod. ad Sctum Macedon.* his notabilibus verbis, *si filius familias cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patrem familias diceret, ejus affirmationi credidisse te justa ratione docere potes, exceptio ei denegabitur.* Effectus igitur hujus affirmationis est, quod filius familias inde valide obligetur, exclusa exceptione Scti Macedoniani. Requiritur tamen hic ante omnia, *ut justa ratione affirmationi filii familias crediderit.* quæ inde colligitur, quod creditor non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contra-

De filiofamilias se patrem familias affirmantem.

hebat, sicque muneribus fungebatur *l. 3. pr. ff. de Scto Maced.*
 Quod si itaque simplici ejus affirmationi credidit, merito
 sibi hoc imputare debet, quod adeo credulus fuit & simpli-
 citate sua deceptus sit. *l. 7. §. 7. ff. eod.* neque enim debuit
 affirmanti statim fidem habere, sed potius accurate in con-
 ditionem ejus quocum contrahere voluit, inquirere. Do-
 nell *lib. 12. c. 26.* Dn. de Jena *de Scto Macedon. Sect. 5. §. 4.* cum
 & credulitas levi culpæ in jure sæpius annumeretur *l. 1. §. 2.*
ff. de eo per quem fact. erit, quo min. Mev. *p. 9. Dec. 150. Conf. c. 77.*
C. u. qu. 3. quæ imprimis ibi nocet, ubi quædam curiositas
 in creditore alias requirebatur. *l. 3. §. 9. ff. de in rem vers. l. 5.*
§. 1. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt. Quæ itaque credi-
 tori hic veniunt probanda, distincte tradit. Petrus Gilcken.
in Comment. ad l. 1. Cod. de Scto Maced. n. 2. scil. (1) filium fami-
 lias se patremf. asseruisse (2) creditorem ipsius affirmationi
 fidem habuisse, (3) in creditore justam causam, ut alterius
 affirmationi crederet adfuisse. An autem sufficiat, si filius fa-
 milias ignotus & extraneus fuerit, & patrem suum mor-
 tuum esse affirmet? Id quidem Cynus, Angelus, Castren-
 sis & Donell. *ad cit. l. 1.* arbitrantur, refutati tamen à Gilcke-
 nio *ad dict. l. n. 4.* ex ea ratione, quod hic textus præter af-
 firmationem justam rationem desideret. Verum defendi
 potest contraria sententia, ex eo, quod satis justam ratio-
 nem fidem habendi alterius affirmationi creditor habere
 videatur, dum non alia ratione conditionem ejus explo-
 rare potest, & præterea concurrat mendacium filii, quod
 ipsi prodesse non debet, prout ipse Gilcken. *cit. l. n. 1.* fatetur.
 Quod si vero creditor satis scivit, debitorem esse filium fa-
 milias, licet hic juramento contrarium asseruisset, se nem-
 pe esse patrem familias, hoc tamen creditor pro funda-
 mento suæ intentionis allegare nequit, quia sciens mini-
 me decipitur. Brunnem. *ad l. 1. Cod. cit. in fin.*

§. XXVIII.

Obeandem rationem quoque minores, qui sui juris sunt, beneficiis alias competentibus privantur & efficaciter obligantur, si se majores affirmaverint. *l. 1. Cod. si minor se majorem dixerit.* Merito tamen etiam hic distinguendum, quo animo hæc affirmatio facta sit, an nempe bona fide & ex errore, an vero dolose? si prius; veluti si minor tabulis professionum, si testimonio nativitatis deceptus, se majorem dixit, & ita contraxit, non privandus beneficio restitutionis, cum non animo fallendi vel decipiendi hoc affirmavit *l. 1. Cod. eod.* & omnis confessio erronea, comperto errore, revocari potest. Menoch. *lib. 2. pr. 51. n. 41.* Si posterius sine dubio aliud dicendum, quia beneficium restitutionis deceptis, non decipientibus est indultum, *l. 1. l. 23. ad Stum Vellejan. L. auxilium 37. ff. de minor.* quia insuper malitia, hic ætatem supplet, ut dicitur *in l. 3. cod. si minor se major. dix.* neque enim ex suo delicto, meliorem suam conditionem facere quis debet, ne doli sui præmium consequatur. *l. 31. ff. de arbitr. Cacheran. decis. 50. n. 36. Hippol. Riminald. conf. 243. n. 22.* Sed tamen hic etiam non nimis credulitati creditoris indulgendum, veluti si creditor facile ex aspectu potuisset judicare, eundem adhuc esse minorem, sic enim creditor sibi imputet. Brunnem. *ad l. 2. tit. cit. n. 4. §. 5.* ut adeoque vix hinc concipi possit, quomodo hoc ad pupillum doli capacem & se majorem dolose affirmantem applicari possit, licet hoc velit Gail. *observ. 65. n. 1.* Multo magis creditor non excusabitur, si ejusdem dolus quoque concurrat, quia sic dolus cum dolo compensatur. *l. 3. Cod. eod. Sfort. Oddo de Restitut. qu. 24. art. 7.*

Si minor se
majorem affir-
mat.

§. XXIX.

Quid si jurato
se majorem
affirmavit.

Sed quid si major produxerit instrumentum, in quo per sacramenti religionem majorem se esse affirmavit, an adhuc beneficio restitutionis uti potest? Excludendum eum esse, decisum est *in l. si alterius 3. Cod. si minor, major se dixit*, hac tamen sub limitatione, si palam & evidentiter ex instrumentorum productione, non per testium depositiones probaverit se fuisse minorem. Atqui tamen ita creditor habuit justam credendi causam, & minor interim in dolo fuit, dum hoc instrumentum produxit, cur itaque hic probatio contraria admittitur? scilicet supponendum esse, minorem ipsum injuste credidisse, & ita quoque in instrumento jurato affirmasse se esse majorem, quo casu facilius error ei condonari debet; alioquin enim non potuisset contra juratam assertionem restitui. Quod tamen præterea excipitur, ne ei succurratur ullo modo, si per juramentum corporale hoc affirmasset. *cod. l. 3. in fin.* unde apparet, majorem efficaciam, juramento corporaliter præstito in jure tribui, quam simplici juratæ affirmationi in instrumento factæ Vid. Donell. *lib. 21. c. 10.* ibique Hillig. *lib. H.* Quod si tamen creditoris calliditate inductus fuerit, ut se majorem esse jurato affirmasset, adhuc audiendus est; cum enim dolo inductus sit, ad credendum se esse majorem, eadem fere facilitate ad juramentum super hoc præstandum quoque profiliit. Conf. Brunn. *ad sæpius cit. l. 3. n. 8.*

§. XXX.

Qui dolo al-
terius inductus
se majores af-
firmavit.

Sicuti itaque minor vel filius familias beneficiis suis privantur, si se ipsos sui juris vel majorenes dolose mentiuntur, ita è contrario iis privari nequeunt, quando his ignorantibus & non colludentibus, alius eosdem sui juris vel majorenes esse affirmaverit. Quod si enim minores vel filii

filiū familias colluſiſſent, idem eſſet, ac ſi ipſi autores affirmatiōis fuiſſent. Extra vero hunc caſum dolus tertii interveniens, ipſis minime præjudicare debet. *l. & eleganter 7. pr. ff. de Dol.* quia æquitas maxime ſuadet, ut ſuus cuique dolus, non vero alteri noceat. Ummius *in proceſſ. diſp. 8. n. 32.* Cardin. Tuſch. *præct. concluſ. tom. 2. lit. D. concl. 582.* Hic tamen qui ex affirmatiōe dolosa tertii læſus eſt, eo ipſo quod vel minor reſtitutionem impetret, vel filius familias Sctum Macedonianum objiciat, adverſus tertium habet actionem de dolo, ad id conſequendum, in quantum læſus eſt. Quod aliis ſimilibus caſibus illuſtratur, *in l. 8. & 9. pr. ff. de Dol. quod ſi enim* ait JCtus *in cit. l. 8. cum ſcires* (debitorem) *facultatibus tibi tui lucri cauſa affirmavi tibi, idoneum eſſe: merito adverſus te, cum mei decipiendi gratia alium falſo laudaſti, de dolo iudicium dandum eſt.* Conf. *l. 7. Cod. eod.* Et hoc intuitu conſilia dolosa quoque obligant conſulentem, licet alias conſilia haud fraudulenta non ſint obligatoria *l. 2. in ſiv. ff. mandat.*

§. XXXI.

Sequemur vero nunc ulterius ductum Imperatoris, quoad ſtatum familiae & patriæ poteſtatis cauſas conſtituentes breviter percurramus. Conſtituitur videlicet patriæ poteſtas, vel nuptiis juſtis, vel legitimatione vel adoptione. Circa nuptias plurima momenta ex affirmatiōnis obligatione decidenda veniunt. Notum vero eſt, quod ad eas æque ac ad ſponſalia, imo adhuc magis, conſensus requiratur, ſeu voce expreſſa declaratus, ſeu per ſigna quædam expreſſus *cap. 25. in ſiv. X. de ſponſal.* modo ſit certus, verus & liber *c. 14. X. eod.* Olim ſane promiſſio hæc ſolemni affirmatiōe abſolvebatur; ceu oſtendit Gell. *in N. A. lib. 4. c. 4.* nec noſtris moribus infrequens eſt, ſolemne aliquam affir-

Circa ſponſalia conſensus maxime neceſſarius.

affirmationem requirere, quamvis hæc non sit necessitas, publica tamen sponsalia eo magis firmat, inde solet vocari repromissio das *Zatwort*/ quam præcedit mentio die *Anwerbung* & hoc sensu dicuntur sponsalia *mentio & repro- sio futurarum nuptiarum l. 1. de sponsal. c. 3. C. 30. qu. 5.* Antequam vero hæc affirmatio à parte sponsæ accedat, sunt & dicuntur tractatus sponsalicii, qui nullam obligationem inducunt, antequam affirmatio accedat, *Ehwerbung macht keine Verbindlichkeit.* Jo. Koppen. *Dec. 1. enucl. 4. n. 44.* Dn. Præses *de dissens. sponsal. sect. 1. §. 26.*

§. XXXII.

An acceptatio
annuli in du-
cat consensus
sponsalitiū.

Ut vero ex hac affirmatione sponsæ obligatio oriatur, requiritur (1) *ut sit clara.* Unde quæstio oritur, an illa inducatur acceptatione annuli, quem alter desponsandi animo dedit, eundem tamen non expressit? Quod affirmandum videbatur ex eo, cum perinde sit, si verbis siue factis consensus indicetur insponsalibus *cap. 25. X de sponsal.* & prætera annulus commune medium declarandi consensus sponsalitiū esse soleat. Juxta vulgatum, *ist der Singer beringet/so ist die Jungfrau bedinger.* *Besold. Thesaur. pract. voc. Haftgeld.* *Lauterbach. disp. de Arrha §. 95.* Verum cum alias certum sit, propositum in mente retentum nihil operari *l. 7. Cod. de condict. ob caus. dator. nec omnis donatio mox sit arrha, Sanchez. de matrim. lib. 1. disp. 35. n. 1. in fin.* adeoque ob alium finem accipi poterit; inde recte concluditur, ex annuli acceptatione non semper sponsalia induci. *Alexand. Raudens. in Decis. Mediolan. de orat. univ. & aqviv. c. 30. Sanchez cit. l. disp. 22. n. 1.* Nisi forsitan (1) contractus sponsalicii præcesserint, & hunc annuli acceptatio subsecuta fuerit. *Mev. p. 8. Dec. 39. n. 1. Lauterbach. alleg. disp. de Arrha. §. 83. seqq. vel (2) consuetudine invaluerit,*

rit, annulum certa forma insignitum & foeminae traditum, infallibile consensus sponsalitiu, esse argumentum. Dn. Hert. in paræn. jur. paræn. 65.

§. XXXIII.

Requiritur (2) ut de hac affirmatione constet, hinc, ne controversiæ desuper oriantur, publica requiruntur sponsalia. Quid itaque juris, si partes sponsalia clandestina contraxerint, postea tamen affirmant, se sponsalia contraxisse, annon hæc postea subsecuta affirmatio, faciet ex post facto sponsalia publica? Id quidem ægre admittit Carpzovius *Jurispr. Eccles. lib. 2. def. 35.* nisi vel in præsentia testium, vel in consistorio denuo fuerint contracta, imo nec affirmationem in consistorio factam sufficere arbitratur Idem *lib. 5. resp. 109. n. 18.* Quemadmodum vero hæc sententia, in Saxonia satis introducta videtur, ita universalis non est, nam quod sponsalia clandestina vitiosa censentur, id tantum defectui testium adscribendum est, quod si itaque ex utriusque partis affirmatione & confessione de his constet, supervacuum esset, testes adhuc requirere, præsertim cum ita satis de consensu utriusque certum sit Consistorium. Heig. *Quest. illustr. p. 2. qu. 21. n. 32.* Dn. Præses ad jus *Eccles. Brunnem. l. 2. c. 16. §. 2. verb. de his constet.*

An sufficiat si partes affirmant jam ante sponsalia contraxisse.

§. XXXIV.

Ulterius (3) requiritur, ut affirmatio sit sincera & perspicua. Hoc intuitu quæritur, an affirmatio sponsæ, ista es aucti Fragens wehrt? pro affirmatione obligante & sincera haberi possit? Quod absolute negat Carpz. *p. 4. const. 20. def. 9.* cum de mente & consensu puellæ non satis constet, quia hæc verba sunt dubia & obscura, ut in sinistram quoque partem, ut negativa accipi possint, non præcise vero ut affirmativa, obscure autem respondere & nihil respondere pro uno eodemque in jure habentur. *l. 11. §. 7. ff. de interrog. in jur. faciend. c. 7. D. 33.* Card. Tusch. *pract. concl. tom. 5.*

An responsio dubia, pro affirmatione sufficere possit

lit. O. concl. 53. Esbach. *in Carpz. cit. l.* sed merito hoc restringendum esse existimat Dn. Præses *ad jus eccles. Brun. c. 1. §. 3. verb. consensus autem requiritur ad casum*, si puella parentibus orbata fuerit, sic enim clarius affirmare debuisset. Aliud est, si pater adfit & consentiat, item si alii tractatus sponsalitiij jam præcesserint, sic enim illa verba pro matrimonio interpretanda.

§. XXXV.

Si quis ex desponsatis vinculum consanguinitatis matrimonio obesse dicat,

Solus autem consensus non sufficit, sed præterea etiam inter contrahentes sponsalia, nullum adesse debet vinculum consanguinitatis & affinitatis. Cum vero de hoc non semper satis constet, hinc quæstio enata est, an ad unius affirmationem, inter desponsatos adesse vinculum impediens matrimonium, sponsalia rescindi debeant? Id quod vel inde dubium, quod unius testis dictum vel affirmatio haud probet *c. 23. X. de testib. l. 9. Cod. de testib.* quod & jure divino cautum. *Num. XXXV. 30. Deut. XVI. 6. XIX. 15. Matth. XVIII. 16. 2. Cor. XIII. 1.* Imo cum hic agatur de dissolvendis sponsalibus, majus concurrat præjudicium, & sic unius affirmatio non videatur sufficere. *c. consanguineos C. 35. qu. 6. c. 6. qui matrim. accus.* Sed tamen contrarium deciditur. *in c. præterea X. desponsal.* adeo ut privatim facta affirmatio sufficiat, si forsan affirmans illud publice allegare ex justa causa recuset, nisi sponsalia fuerint jurata. Rationem quærent canones in favore animæ, cujus periculum hic vertitur ut ita in dubio evitetur peccatum. *Gonzalez ad cit. c. 12. n. 5. Dn. Horn. de probat. plen. per un. testem. c. 3. n. 1.*

§. XXXVI.

Quid si tertius de sponsa quid affirmavit,

Nihil vero frequentius, quam quod in communi vita ad alterius persuasiones sponsalia iniri soleant. Hinc proxenetæ plerumque plurima in laudem sponsæ vel sponsi solent in medium afferre, quæ qualitates tamen raro veræ deprehenduntur. Quæritur itaque, an sponsalia inde possint annullari, quod ex post facto animadvertat sponsus, defi.

deficere in sponsa illas qualitates, quas antea testis de ista affirmaverat? Et si non, qua actione & ad quid hic conveniendus? Primo autem hic excludimus collusionem ipsius puellæ, quando enim ejus consilio & suafu laudationes falsæ essent adhibitæ, nemo forsan dubitabit, propter dolum adhibitum, sponsalia non subsistere; supponendus ergo erit casus, ubi sponsa in bona fide & affirmationis, quam tertiis de ea fecit, nescia. Equidem Sanchez *de Matrim. l. 1. disp. 64. n. 5.* irritari posse talia sponsalia existimat, quasi sponsus erraverit, error vero excludat consensum *l. 15. ff. de Jurisdict.* deinde evidentissimus dolus huic negotio causam dedit, adeoque eo magis succurrendum videbatur sponso. Verum sicuti id facile concedi potest, si error, alias noxius sponsalibus, concurrat v.g. si forsan testis sponsam, quam ante stupraverat, ideo laudavit, ut ab alio duceretur, & sic stuprum occultum maneret, quia error circa virginitatem vitiat sponsalia. Carpz. *Jurispr. Eccles. l. 2. def. 193. n. 6. seqq.* ita si circa alias qualitates ordinarie non subintellectas concurrat, id negandum esse duco. Quid enim si testis affirmaverit, eandem esse divitem, quæ tamen egena est. Certe error circa divitias sponsalibus non obest. Stuv. *ex. 29. §. 25. in fin.* nisi permodum conditionis fuerit hæc qualitas adjecta. Joh. Koppen. *Obs. pr. ad §. 50. n. 9.* Hahn. *ad Wes. tit. de ritu nupt. n. 8.* Neque excusabit sponsum, quod asserat, se intuitu divitiarum sponsalia cum hac puella contraxisse, nam sic nihilominus ipsi obstabit regula vulgata, quod propositum in mente retentum nihil operetur. *l. 7. Cod. de cond. ob caus. dator.* Non tamen dolus alterius seu tertii potest alteri fraudi esse *l. 4. §. 31. de Except. dol. mal.* nec exceptio, quæ ex delicto alterius oritur, alteri opponi aut nocere debet. *l. 4. §. 27. eod.* sed toties demum sponsalia sunt irrita, quoties dolus ab injuria alterius ex desponsatis, procedit, *zef. ad tit. de Dol. n. 11.* Cels. Bargal. *de Dolo lib. 2. disc. 6. n. 4.* quod si autem allegare possit damnum,

in quo læsus sit, propter alterius affirmationem, sine dubio contra tertium affirmantem de dolo agendum esset. *l. 8. 9. pr. ff. de Dol.*

§. XXXVII.

Si quis puellam moratam affirmat.

Majoris certe momenti quæstio est, utrum, si tertius affirmaverit puellam esse moratam & probam, qualis tamen in effectu minime est, sponsalia postea rescindi possint? ubi quæstio præjudicialis est, an error, circa mores sponsæ, sponsalia vitiet? quod licet Muller. ad Struv. *cit. l. negare videatur*, quorsum etiam facit Haveman. *de Jur. connub. l. r. r. 4. §. 6.* tamen probabilior est sententia contraria, quam etiam defendit Dn. Præses *tr. de Dissens. spons. sect. 2. §. 37.* Agitur enim hic de tali societate, quæ individuum vitæ consuetudinem continet, qualis miserrima esset futura, si quis cum improba & male morata fœmina in eodem thoro vivere deberet, unde re adhuc integra omnino permittendum erit repudium. Hic ergo sponsalia erunt irrita, non ob dolosam affirmationem alterius, sed ob errorem circa qualitatem necessariam & subintellectam.

§. XXXVIII.

Quid si pater sponsæ de hac quadam affirmaverit.

Ceterum si pater ipse, qui despondit filiam suam tertio, eundem per dolosas suas affirmationes, & laudationes induxisset ad contrahenda cum filia sponsalia, major certe ratio dubitandi oritur, annon hæc quoque filia obesse possit, etiam si ista in bona fide sit? Quod facilius vel exinde defendi posse existimaverim, quod patris potissimum sint partes circa desponsationem filia suæ, *l. 10. l. 12. ff. de sponsal. l. 4. cod. eod.* & cum ita communiter cum patre antea desuper pactiones fieri soleant, cum ejus consensus primario requiratur, merito quoque pater illud præstare debet, quod de filia affirmavit, alioquin sponsalia non erunt rata. Neque obstat, fraudem patris non posse filia præjudicare, nam sicuti aliquando alter quoque ex unius fraude præjudicium capere potest *l. 4. §. 29. ff. de except. Dol. mal.* ita hoc in præsent;

fenti negotio eo magis videtur admittendum, quia qui sponsalia celebrat, cum utraque persona & sponsa & patre hujusdem pacisci videtur, adeoque facilius patris fraus filiae præjudicare potest.

§. XXXIX.

Atqui hæc quidem de his, qui sunt in patria potestate, dixisse sufficiant. His vero opponuntur, qui sunt sui juris, qui vel in tutela & cura sunt, vel neutro jure tenentur. Unde adhuc pro ratione instituti paucis videndum erit, quatenus affirmatio circa tutelas suos peculiare producat effectus. Solent autem sæpius parentes testamento liberis suis impuberibus, quos in potestate habent, tutores constituere. §. 3. *f. de tut.* ubi duplex potest oriri quæstio, an valeat tutelæ datio personæ incertæ, hoc modo, ut ille sit tutor, quem Cajus idoneum esse affirmaverit, ut ita acquiescere velit in sola tertii affirmatione. Quod negatur, in §. 27. *inf. f. de legat.* ex ea ratione, quod certo judicio quis debeat pro tutela posteritati suæ cavere, quod tamen non fieret, si quis in sola tertii affirmatione acquiescere velit. Debent enim tutoris mores esse approbati a testatore, quod, ubi incertus est, fieri nequit. Unde in *pr. f. de satisd. tut.* §. *trr.* dicitur, quod testamentarii satisdare non cogantur, quia fides eorum & diligentia approbata est.

§. XL.

Altera vero quæstio est, an valeat tutoris à patre in testamento constitutio, de cujus qualitate eidem non constat, sed ubi simpliciter alterius affirmationem, de idoneitate tutoris secutus est? Quod vix dixerim, quia iterum fides tutoris a patre non est approbata, & quis ignorat, quantæ sæpius fraudes committi soleant, in hujusmodi commendationibus, ubi quilibet fere proprium interesse respicit. Inde JCtus in *l. 10. ff. de confirm. tut. Utilitatem pupillorum Praetor sequitur: non scripturam testamenti vel codicillorum. Nam*

E 3

Si pater in testamento nominavit tutorem quem tertius idoneum affirmavit.

Quid si tutorem dederit ad alterius affirmationem.

voluntatem patris ita Prator accipere debet, si non fuit ignarus eorum, qua ipse Prator de tutore comperta habet. Imo posset tertius, qui singulares patri tutoris qualitates prædicaverat, esse deceptus, cum postea morum antea celata vel ignorata emergat improbitas, ut dicitur in l. 8. in f. ff. eod.

§. XLI.

De eo, qui in
iudicio tuto-
rem affirmat
idoneum.

Circa tutores vero à Magistratibus dandos, potissimum affirmatio suos prodit effectus. Nam incumbit, nonnullis cognatis, vt petant & nominent personas quibus tutela committatur, ut matri *t. t. ff. qui pet. tut. vel cur.* imo & extranei possunt admitti, si curam pupillorum eo ipso gerere velint. His nominatoribus, uti vocantur, incumbere sollicitudo, ut nominarent idoneos, quia suo periculo eosdem petiisse videbantur, quod ideo receptum, ut eo magis cauti essent in tutoribus nominandis. Qui enim tutorem nominant, videntur affirmasse de ejusdem qualitatibus, unde affirmatores vocantur *in l. 4. in f. ff. de fidejuss. & nominat. Tut.* qui scilicet tutores idoneos esse affirmant. Hinc sine dubio etiam à Gallis Certificatores appellantur. Hering. *de fidejuss. cap. 8. n. 49.* Potest hoc ulterius ex *l. Romanus Appulus 28. ff. de Tut. & Cur. dat.* ubi ideo se Romanus excusabat, quod non debuisset dari in tutela, collega ei, quem ipse, cum Magistratus esset, nominasset suo periculo, ne scilicet in una tutela, duplex periculum, tam ratione nominati, quam pupillorum, sustineret, quæ tamen excusatio rejecta est. Unde & Magistratus ex officio aliquem nominando, quod utique facere debet, reliquis cessantibus, de ejus idoneitate affirmasse videtur. *cit. l. 28. l. 1. §. 8. & 9. de Magistr. Conven.* Imo & hoc liquet, quod affirmatores esse videntur, qui alios nominant ad officia publica. *l. 1. Cod. de peric. nominat. l. 4. Cod. de filiis fam. & quem adm. pro his pat. ten. l. 17. §. fin. ad municip. de incol. l. 14. §. 4. ff. de mun. & honor. l. 8. Cod. de susceptor.* De his itaque affirmatoribus, quod fidejussorum vicem sustineant *l. 4. §. fin. ff. de fide-*

fidejuss. & nominat. tut. Affirmator enim cum mandatore comparatur. *in l. 13. ff. de minor.* adeoque periculum tutelæ ad eum quoque spectat, si alio modo pupillis ex bonis tutoris consultum esse nequit.

§. XLII.

Sed & adhuc aliud affirmatorum genus, circa tutelam obvenit. Cum enim tutores quandoque cavere fidejussoribus debeant, sane in horum qualitates inquirendum erit, utrum essent idonei, hoc est, locupletes & facile conveniendi, *l. 2. pr. ff. qui satisdar. comprob.* Jam vero ad Magistratus majores hæc sollicitudo spectabat, qui ne quidem satisfactionem exigere debebant §. 4, *f. de satisd. tutor.* Sic poterant eligi qui æstimarent tutorum satisfactiones, & hi quoque ex sua æstimatione tenebantur, si fidejussores postea inidonei reperti erant. *l. 1. §. 9. de Magistr. Conven.* Neque hoc infrequens fuit, cum & in aliis cautionibus præstandis, judicialibus nempe, eligi solebant arbitri, ad fidejussores probandos, utrum essent idonei, nec ne? *l. 9. ff. qui satisd. cogunt.*

De affirmante
fidejussorem
esse idoneum.

§. XLIII.

Conveniuntur itaque affirmatores hi, uti alii fidejussores, quorum vicem sustinent, & sic quoque eadem jura his applicanda. Sed non adeo perspicuum est, quid dicendum in casu, si quidem constituti sint honorarii tutores, & tutor qui administravit, non solvendo reperiatur, an prius excutiendi sint honorarii, antequam ad fidejussores vel affirmatores, veniatur. Decisio tota dependere videtur ex *l. 1. §. 15. ff. de Tutel. & ration. distrah.* Cujus textus hic videtur sensus esse corruptus. Verba ejus hæc sunt: *Usque adeo autem, ad contutores non venit, si sint solvendo contutores, ut prius ad magistratus qui eos dederunt,* (quia sunt instar affirmatorum) *vel ad fidejussores quorum vicem sustinent etiam affirmatores l. 4. in fin. ff. de fidejuss. & nominat. Tut. & ita Imperator noster Ulp. Proculo rescripsit. Quod enim Marcellus libro octavo Digestorum scripsit, quodq; sæpissime rescriptum est, quamdiu vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad Magistratus, qui dederunt, venire,*

Ad quid illi
obligentur?

40 DE OBLIGAT. AFFIRM. CIRCA STAT. HOMINUM.

veniri, sic erit accipiendum, si non contutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere vel satis accipere voluit. Nam primo dubium movent verba initialia, cur ad contutores venire debeat, si sint, solvendo tutores gerentes; & deinde, cum subsidiaria actio deum detur in Magistratum, si nullo alio remedio possit confili pupillo, quomodo hoc in casu prius excutiendus sit Magistratus? Verum non adeo improbabilis est conjectura Cujacii ad tit. Cod. de divid. tutel. verba initialia, si sint solvendo contutores, legenda esse negative, quod & ipse contextus arguere videtur, verba vero finalia, si non contutor ob hoc conveniatur affirmative; qua posita lectione, quaestio ita decidenda, ut si contutoribus in eo nihil possit imputari, quod suspectum non reddiderint, collegam, merito ante omnia Magistratus sit conveniendus, & insuper reliqui affirmatores, quippe quibus ita major culpa imputari potest.

§. XLIV.

Quid si tutor pupillo alimenta praestari posse negavit

Denique addendum, aliquando etiam tutorem, per dolosam suam affirmationem posse suspectum fieri, quod contingit, si praesens neget propter inopiam pupillo alimenta decerni posse, & tamen hoc per mendacium asserat; Sic enim non tantum ut suspectus removendus à tutela, sed insuper extra ordinem puniri potest §. 10. I. de suspect. tut. propter insignem fraudem, quae huic impio mendacio subest, cum talis tutor velut praedo bonis alienis incumbere videatur. l. 3. §. 15. ff. eod.

§. XLV.

Conclusio."

Ex his, quoad statum personarum jam tractatis materiis, satis superque constare potest, quam latissima sit haec, per totum jus se diffundens, de obligatione affirmantis materia. Cum vero fundamenta ulteriorum conclusionum, hic pro viribus ingenii mei jacta sint, ideo nunc quilibet, ad has ulterius formandas, faciliores progressus facere poterit. Quemadmodum itaque boni & cauti viri est, non temere aliquid affirmare, & ita nec de me affirmare possum, in hac disputatione, me rem ubique acu tetigisse; interim tamen non dubito, quin sinceriores hunc laborem æquo iudicio sint accepturi, parum curans, quid temerarii affirmatores, de eo sensuri sint.



99 A 6972

ULB Halle 3
002 823 799

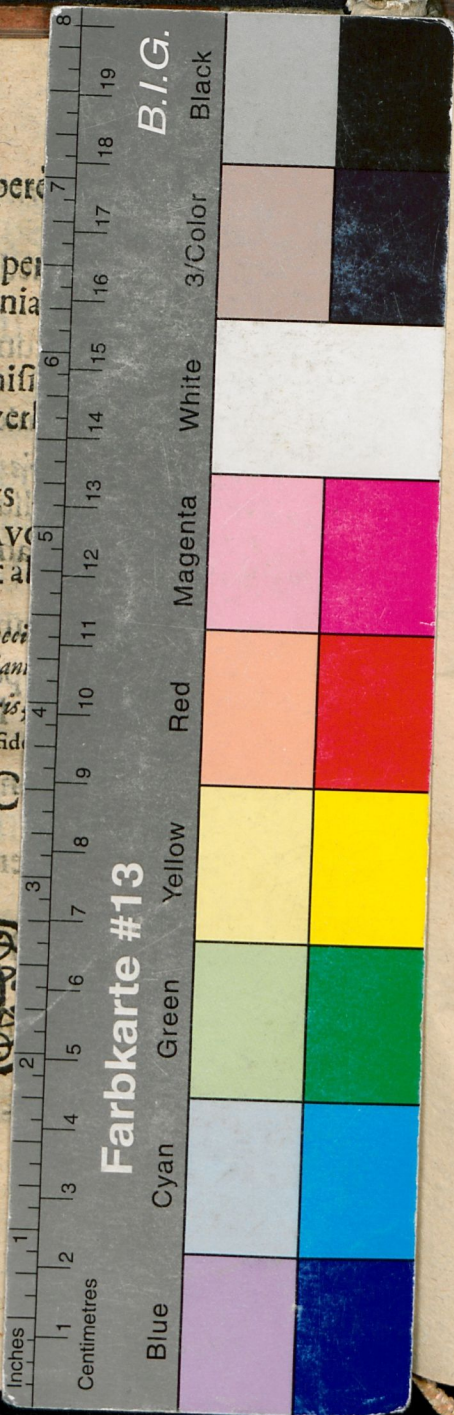


Sb₁

Retrov







DISPUTATIO INAUGURALIS
DE
OBLIGATIONE

AFFIRMANTIS
CIRCA STATUM HOMINUM,

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDER. WILHELMO,

REGNI BORUSSICI HÆREDE,
EX DECRETO ET AUTORITATE ILLUSTRIS
Jctorum Ordinis
PRÆSIDE

DN. SAMUELE STRYKIO, Jcto,
SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ CONSI-
LIARIO INTIMO, PROFESSORE PRIMARIO, FACUL-
TATIS JURID. ORDINARIO, h. t. DECANO,
PROMOTORE ET PATRONO MAXIMUM DEVENERANDO,
In Academia Fridericiana
PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ET PRIVILEGIA
RITE CONSEQUENDI,

In Auditorio Majori horis ante & pomeridianis
d. Novembr. An. M DCC IV.

publico Eruditorum examini submittit
JOH. HENRICUS PAGENSTECHER,
Osnabrug.

HALÆ, typis Orphanotrophii.

