



25.

1782, 6/6

DE
PARTV SPONSAE
LEGITIMO

DISSERTATIO INAUGVRALIS
QVAM
AVSPICIIIS REGIIS
CONSENTIENTE ILLVSTRI ICTORVM ORDINE

PRO
SVMMIS IN IVRE VTROQVE CAPESSENDIS
HONORIBVS

DIE XIX. SEPTEMBRIS. MDCCLXXXII.

PVBLICE DEFENDET
CAROLVS PHILIPPVS IOANNES
ZELLER

MEGAPOLITANVS.

GOETTINGAE,
LITTERIS IOH. CHRIST. DIETERICH.
ACAD. TYPOGR.



DE
PARTV SPONSAR

LEGITIMO

DISSERTATIO INAVGVRALES

AVSTRIACIS REGLIS

CONSENTANTE INVIKATORVM ORDINE

SVMMIS INIVRVTORVM SVLTISSIMIS

HONORIBVS

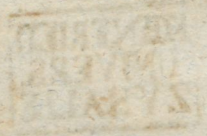
DE XIX SEPTEMBRIS MDCCXXXII

CAROLVS IVLIVS IOHANNES

NELLER

GOETTINGAE
LITTAIV IOH CHRISTOPHERIO

ACADEMIAE



227



P A T R I
O P T I M O
I N D V L G E N T I S S I M O
S T V D I O R V M A C R E R V M S V A R V M
P R O M O T O R I B E N I G N I S S I M O
F A V T O R I A E T E R N V M C O L E N D O
H O C Q V A L E C V N Q V E O P V S C V L V M
P I E T A T I S A C R E V E R E N T I A E
M E M O R
D . D . D .

O B S E Q U E N T I S S I M V S F I L I V S
A V C T O R .

P A T R I

O P T I M O

I N D Y L G E N T I S S I M O

S T U D I O R U M A C R E R U M S V A R I U M

P R O M O T O R I B E N E V O L E N T I S S I M O

E A L T O R U M A T T E N T I S S I M O

H O C Q U A E R E N T I S S I M O

M E T A S A C R E R U M

D. D. D.

U N I V E R S I T A T I S

A C T O R U M



Openi ferre afflictis cum non defugiant leges,
 quin potius omnem saepenumero in eo collo-
 cent curam, vt solamen procedat miseris, maxime
 iis, quos praeter spem et citra ipforum culpam fors
 fortuna excidere voluit statu, a cuius ceteroquin exi-
 stentia certis nec non determinatis fruituri fuissent in
 republica commodis emolumentisque: id ipsum, quod
 si opus esset, multis sat exemplis monstrare haud dif-
 ficile putamus, nostram imprimis acuit indagandi so-
 lertiam, quaenam scilicet mens federit antiquis pari-

ter ac recentioribus nomothetis de partu ex sponsa nato, vtrum nempe iurium legitimi filii compotem, an prorsus eundem velint esse exfortem. Flebilem sane iam eo ipso habendam istiusmodi partus conditionem, cui non contigit auctorem vitae salutare ac venerari patrem, quem vel triste fatum, ritibus consuetis et forma a legibus praescripta desponsatam iungere sibi morte praematura vetuerat, vel, quod indignabundi adiicimus, satiata libido, postquam inani nuptiarum spe fallax dextra illuferat pudicitiae sponsae, fidem fallere datam perfidiose impulerat, quis est, qui neget? Quanto autem flebilior esset ex huiusmodi amplexibus natorum fors, si iuberent leges eos inter spurios habendos atque iuribus legitimorum omnino priuandos esse. Hanc igitur nobilem pariter

ac iucundam quaestionem quandoquidem nobis constitutum est inauguralis speciminis loco pro virili parte rimari, sane non dubitamus fore plerosque, qui hoc argumentum tritum sat nec non leue iudicent, praesertim cum animo repetant, quae alii tam maiorum quam minorum gentium Icti in hanc causam non semel sed crebro dixerint scripserintue. Sed hi erunt fere, qui conatum iuuenilium impatientes, nihil rectum, nihil pensum, nisi quod ipsorum alto supercilio conueniat, putabunt. Licet itaque scriptionem nostram nulla nouitatis species commendet, cum, quod neutiquam diffitemur, eadem haec quaestio habuerit Harprechtos a), Eisenhar-

tios

a) FERD. CHRIST. HARPRECHT *de iure liberorum a desponsatis ante benedictionem sacerdotalem, nec ex post subsequutam natorum*
 IDEM *de probatione filiationis ex concubitu conspons.*

=====
 tios *b)* Crameros *c)* aliosque sollicitos, mirifice nec non erudite eandem tractantes, iuuabit tamen horum vestigia legere, atque hoc quoque laboris praemium petere, vt quae etiam nobis circa hanc litem, quandoquidem nonnulli natum ex sponsa in spuriorum classem detrudendum existimant, obseruata et animaduersa sunt, ipsis legibus adiutricibus impigre expromamus. Habes, quicumque lector accedes, quae te exspectare iubemus: et ita nostra benigno tuo iudicio hilares committimus.

b) IO. FRID. EISENHART *Diss. de nato ex sponsa*, in *Opuscul. iuridic. varii argumenti Nr. 3.*

c) IO. VLK. de CRAMER *Observation. iuris uniuersi Tom. II. part. I. obs. 515. §. 5.*

CAPVT I.

IVS CIVILE ROMANVM DESPONSATA-
RVM FILIIS HAVD INVISVM.

§. I.

Sponsaliorum notio, et quomodo distinguantur

de Nuptiis.

Sponsalia eodem modo distare a nuptiis, quo spes distat a re ipsa, puta spes debitum iri ab eo, cuius est pura et praesens obligatio *a)*, spes libertatis, siue libertas statuta vel stata in diem vel conditionem a praesenti libertate *b)*, et futurum matrimonium a iam contracto *c)* tot certe iuris nostri textus innuunt, atque conuincunt, vt nesciam quomodo serio ab hac veterum Iureconsultorum doctrina recedere potuerit VLR. HVBERSVS, sponsalia et matrimonium rem vniam eandemque esse, adfirmans *d)*. Nam sponsalia spes sunt nuptiarum *e)*

a) §. 4. I. de verbor. obligat.

b) L. 81. §. pen. D. de legat. I. L. 69. pr. D. de cuius. L. 9. pr. et §. fin. D. de statu lib.

c) L. 134. D. de verb. obligat. L. 191. D. de V. S.

d) Digressionum Iustinian. part. I. Lib. 2. Cap. 9. n. 2.

e) L. 6. D. de sponsalibus. L. 13. §. 3. D. ad L. Iul. de adulter. coerc.

speratae, si ita loqui licet, nuptiae f), non ipsum matrimonium, unde sponsus et sponsa speratus et sperata apud NONIVM g) dicuntur. Hinc et FLORENTINVS h) ea definit, quod sint *mentio et repro-
missio futurarum nuptiarum*, quae sane definitio nouitatem Huberi satis superque refellit. Quid? cum teste IULIANO i) *sponsalia sicut
nuptiae consensu contrahentium fiunt, et ideo, sicut nuptias, ita spon-
salibus filiamfamilias consentire oportet*, his verbis non modo vtrorum-
que oppositio continetur, sed vtraque consensu fieri dicuntur, alio
consensu sponsalia, consensu alio nuptiae. Atque de hoc, quem
matrimoniale appellare fas est, consensu, ni fallor, intelligendus
Vlpianus, si nuptias non concubitus, sed consensum facere, affir-
met h). Scilicet concubitus per se consideratus nullam inuoluit pro-
missionem matrimonii, multo minus efficit statum conjugalem, ut
adeo memoratum effatum Vlpiani ICI optime inter regulas iuris a
Triboniano positum esse, existimem, quicquid in eo reprehendat
HOTOMANVS l). Quodsi vero addit iam obligatio ad matrimonium

incun-

f) L. vii. vers. His illud. C. de sponsal. L. 16. C. de Episcop. aud.

g) Verbo speratam. Quid autem a sperata differat sponsa, explicant,
quanquam diuersimode, ANTON. HOTOMAN. de ritu nuptiar.
cap. 1. et FR. HOTOMAN. de sponsalibus cap. 3. quibus adde
ALBER. GENTILEM Lib. II. de nupt. cap. 21. et SCIPION.
GENTIL. de donation. inter vir. et vxor. Lib. IV. Cap. 1.

h) L. 1. D. de sponsalibus.

i) L. 11. D. de sponsalibus.

k) L. 30. D. de regul. iur.

l) Lib. IV. Obseruat. c. 26.

ineundum, qualis sine dubio ex sponsalibus legitime celebratis nascitur, adeo ut aliam sibi iungere nuptiis inuita sponsa nequeat sponsus, et alii se iungere connubio non possit, sponso detrectante, sponsa; an ex concubitu postea subsecuto consensus matrimonialis inducatur vel elici queat, quaestio est, quam nunc curatius examinare praestat.

§. II.

Consensus facit nuptias.

Non vacat longo circuitu solemnia recensere, quibus Romani coniugia contraxerint, nec placet praeter nuptiarum pompam descendere ad discrimen illud, quo connubium distabat a matrimonio. Licet enim et haec scitu necessaria atque iucunda sint, effecit tamen in hisce lautitiis apponendis sedula aliorum opera, ut otio tam liberaliter concessio perfrui, atque illarum rerum cupidos eo ablegare possimus, quo ad fatietatem usque pascere animum immo vel repascere datur. Resectis igitur iis, vel potius post habitis, quae superflua videri possunt, aut tanquam inutilia hoc certe loco veluti prorsus incongruo starent, ad illud magis mentem intendamus nostram, quo omnis adeoque et coniugalis societas absoluitur, nempe ad consensum. Scite itaque et rationi et iuri conuenienter THEODOSIVS et VALENTINIANVS Augusti: m) *Si donationum ante nuptias, vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam, aliaque nuptiarum celebritas omittatur: nullus existimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri: inter pares honestate personas nulla lege impediens consortium, quod ipsorum consensu, atque amicorum fide firma-*

A 2

m) L. 22. C. de nupt.

tur. Scilicet ex hac quantiuis pretii constitutione patet, praeter consensum ad matrimonii valorem nec non essentiam iure civili nil amplius requiri, atque in eo conuenire Imperatorum iudicium Vlpiano effato, secundum quod, vti vidimus, nuptiae a consensu pendere dicuntur. Et quid sane conuenientius dici poterat, cum inter omnes constet, matrimonium imitari societatem. Hanc autem consensu iniuri ac perfici vel dupondii norunt. Hinc quoque verisimile fit manasse diuortiorum apud Romulas licentiam, vt hoc quasi colore iuris tuti priuata auctoritate soluere connubia sibi sumerent, et sic discederet non tantum mutuo dissensu seu bona gratia *n)*, sed etiam vnus renunciatione *o)*, ita vt postquam bonis moribus vitaeque pristinae integritati nuntium semel miserant, honestate deinde magis magisque ruente in peius, ex futilibus saepe, immo plane nullis bene ceteroquin concordantia matrimonia rumpentur causis. Nam quae de confarreatis docet antiquitas nuptiis, vt pote solemnibus facta, in quo panis quoque farreus adhibebatur, testibusque decem praesentibus contractis, quaeque ob solemnitates religiosas ritusque sacros arcto adeo vinculo coniuges coniungebant, vt non nisi iisdem fere solemnibus, pontificumque auctoritate i. e. diffarreatio iterum dissolui possent *p)* tantum

n) *L. 6. D. de diuortijs et repudijs L. 32. §. 10. L. 62. D. de donat. inter V. et U.* Quamuis vero Imp. Iustinianus bona gratia discedere prohibuisset coniugibus *Nou. 117. cap. 10.* iterum tamen permisit *Nou. 140.*

o) *L. 60. §. 1. L. 61. D. de donat. ini. V. et U.* Id quod vocabatur *diuortium* vel *repudium*. Sunt enim haec vocabula *συνομοια*, vt, vt Icti illa distinguere solent. *L. 101. §. 1. L. 191. D. de V. S.*

p) *FESTVS* de *V. S.* voce: *diffarreatio.*

tum abest, ut has nuptias amauerit posterior aetas, ut potius perrara aut nunquam inter ciues celebrarentur *q*). Quid? quod et alios modos conueniendi in manum abhorruerunt, iugi et vinculi impatientes ipsae etiam femellae. Ex quo autem rarius in manum conuenire coeperant coniuges: nihil diuortii coepit esse frequentius, atque in hac laxa libidine nulla repudio erubescere vxor, cum maritae aequae ac mariti, quodcumque libebat diuerterent *r*). Sed quorsum haec digressio? Fugitiuam forte si quis reputaturus sit, esto. Equidem rationem constare mihi sane putabam, dum haec adicerem. Quid enim peccaerim, non video, quandoquidem ex illa ipsa diuertendi promissione illustrare effatum veteris Icti, consensum nempe facere nuptias, hocque ab aliorum criminationibus impigre defendere allaborauerim. Notum quippe est, et inter omnes constat, nihil tam naturale visum Romanis, quam eo genere quiduis dissolui, quo colligatum esset *s*). Accedit quod matrimonium assimilatur societati, cuius exemplo existimant alterum coniugem alteri etiam inuito posse repudium dare, maxime cum periculosiores sint lites inter coniuges, qui vitae societatem inierunt, quam inter socios, inter quos est rerum vel operarum communio.

A 3

§. 3.

q) TACITVS *Annal. IV. cap. 16.*

r) Vide de hac morum peruersitate querentem SENECAM *de beneficiis lib. 3. c. 16.*

s) *L. 35. D. de regul. iur.*

*Concubitus quatenus consensum in matrimonium
inducere videatur.*

Vosuram faciamus, gradumque eo referamus, vnde paulisper deflexit oratio. Consensum demum facere nuptias vidimus. Nihilque, quod ad formam attinet, interest, utrum expresse, an tacite declaretur. Tacitum enim sufficere ex mente Romanorum, si quis unquam, certe Modestinus testis est 1). *In liberae, inquit, mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt: si non corpore quaesitum fecerit.* Etsi enim hic praesumptionem a Icto duntaxat adstrui dicas, illud tamen inde patescit, ipsam consuetudinem cum libera muliere inuolueri tacitum consensum in nuptias, easque contractas licet praesumtine intelligendas, ipsamque mulierem uxorem legitimam, consequenter liberos ex ea consuetudine genitos legitimos esse habendos. Iam vero de concubitu dispiciendum, qui si inter desponsatos interuenerit, anne consensum inducat nuptialem? Equidem existimo, si sponsalibus accesserit, quodsi antecesserit, nihil inde exculpi potest, ne ad speciem quidem nuptiarum formandam. Adque huc spectat sententia Vlpiani, concubitus facere nuptias negantis. Longe aliter se habet res positus rite celebratis sponsalibus, quibus cum superuenerit concubitus, siquidem iam aderat obligatio ad consummandum matrimonium, ipso facto desponsati consensisse videntur, ut ab hoc tempore vir nec non uxor iique legitimi coniuges reputentur, confortem vero ipsam iure contractum habeatur connubium.

1) L. 24. D. de R. N.

§. IV.

Natus ex sponsa, partus legitimus.

Hæc igitur præstabitis, examinanda tandem venit status quæstio de sponsæ partu, dudum iam inter viros doctos ventilata, quæque potissimum nostræ opellæ ansam præbuit: vtrum scilicet iurum legitimi infantis potiatur, an commodorum, quorum ex matrimonio nati compotes sunt, omnino exors habendus sit. Ab utraque parte stant viri eruditione insignes. Quorum nos castra sequimur, facile ex antea dictis clarere potest, cum plana videatur illatio, non spurium sed legitimum secundum nostram sententiam esse ex sponsa progenitum. Ita est, agnoscimus hanc sententiam tanquam iuri civili convenientem, eamque nunc paulo curatius excutere iuvat. Omnium igitur primo fatemus, sponsalia qua talia nihil propemodum conducere ad natales legitimos infantis ex sponsa nati, adeo ut ne præsumtionem quidem operentur sponsum patrem esse illius.

Licet enim maxima pro infante ex vxore constante matrimonio nato militet præsumtio, qua et legitimus et ex marito matris susceptus habetur: ipsa illa præsumtio oritur inde, quod maritus cum vxore sua assidue moratus est, vel saltim morari secum inuicem coniuges oportet: quæ tamen obligatio nullatenus cadit in desponsatos. Fac nempe sponsum decessisse et deinde sponsam peperisse, habebiturne fides femellæ, quæ sine aliis argumentis infantem a defuncto progenitum asserit? Minime gentium, sed probanda foret consuetudo cum defuncto sponso. Verum etiamsi quotidiana ostensa fuerit consuetudo, quid inde? pater quidem filio

ha-

habebitur sponfus, sed an ciuilitate talis? dubito: obstat enim quod non dicatur pater, nisi quem iustae nuptiae commonstrant *u*). Atqui sponsalia non sunt nuptiae, multo minus effectum fortiuntur, ut si uiueret adhuc sponfus, ratione filii suscepti iuribus fruatur patriae potestatis, commodisque inde propullulantibus. Sicuti autem vera sunt haec, et ita comparata, quae nullo modo conuelli possint, siquidem iure ac lege iustitia, prono quoque aluo, ut dictione vulgari utar, consequi videtur, non obstante, quod exacte et quidem adeo, ut ne hilum quidem dubii remaneat, demonstrata fuerit quotidiana conuersatio cum sponso defuncto, partum sponsae pro spurio et illegitimo esse habendum. Attamen clara est res, egens quippe distinctione, qua adhibita demum omnes nebulae diffugiunt, et suapte quodammodo sponte semetipsam offert ancipitis causae decisio. Certe miror, eos, qui ceteroquin mitiora sectantur, et ex iure ciuili iura legitimi tribuenda partui ex desponsata nato censent, hac plana ac leui via haud incesse, cum meliori faciliorque modo negantium rationes refellere atque refutare potuerint nullo. Equidem nihil muto, quin potius semel constitutam sententiam defendo ac persequor. Nempe distinguendum reor, inter partem ex concubitu post sponsalia subsecuto conceptam, et eum, qui iam ante sponsalia erat conceptus. Hic utique nascitur illegitimus nec coitus antecedens consensum nuptialem tacitum repraesentare potest, cum nulla adsit ratio, quae stupri notionem elidat; adeo ut ne pro legitimo quidem habendus sit, quoniam sponsalia subsequenta, nunquam tribuunt liberis iura legitimorum *x*).

u) *L. 5. D. de in ius vocando.*

x) *Nov. LXXXIX. Cap. 8.*

pronunciandum existimo, si de concepto ex concubitu sponsalia subsequente agatur, utpote quem ex mente iuris civilis quandoquidem nascitur, legitimi infantis iure ac commodò maclari, utique statuendum est, cum ex eiusmodi amplexibus non inducatur solum, sed etiam per cognitionem carnalem sponsae ipse declaretur de matrimonio iam iam ineundo consensus.

§. V.

Iusti temporis tamen simul habenda, ratio.

Et si parum credulo haec possent sufficere, praestat tamen ulterius progredi, inquirendo num et in sponsae partu, ut habeatur legitimus, iustum requiratur tempus. Quod omnino affirmandum scilicet ut non iusto brevius, quod est minus septimesmri siue 183 diebus, nec iusto esse oporteat longius, quod excedit mensem decimum perfectum, a concubitu determinato maxime post sponsalia numerandum y). Quicumque igitur medio tempore nascitur ex sponsa, legitimus est. Nihil quippe impedit, quò minus illud, quod propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis receptum erat, ut qui centesimo octogesimo secundo natus esset ex iustis nuptiis, aut quod etiam placuit, ut qui decimo mense in lucem ederetur partus, iustus videretur, filius, et ob id ad legitimam admittendus sit hereditatem, in nostram quoque causam verti, eidemque suo modo applicari queat. Nam si verum sit sponsum dum cognoverit spon-

y) Arg. E. 12. D. de statu homin. L. 3. §. pen. et ult. D. de suis et legitim. hered. nov. 39. Cap. 2.

fam, consensisse in nuptias vel saltim praesumi, vt paulo ante euicimus, quod alias iustum in nuptiis, neque hic erit negligendum.

§. VI.

An partus ante sponsalia conceptus, post celebrata rite sponsalia, quibus superuenerit deinde concubitus, nascatur legitimus, quaeritur.

Haecenus ex voto procedunt omnia, nondum vero tranquilla satis atque in vado est constituta causa. Fac enim Sempronium rem habuisse cum Meuia, atque eam concepisse ex eiusmodi amplexibus, deinde sponsalia eaque legitima stupratorem cum amasia sua iniisse, deinceps iterum concubitum a sponsa expetuisse, atque hanc permisisse, an etiam concubitu huic cum desponsata celebrato, effectus insit declarati consensus matrimonialis, adeo vt si nascatur postea infans ex stupro conceptus iuribus potiatur filii legitimi? dubitari potest. At enim vero ne hic longe haereamus, quid pronuntiandum sit, analogia iuris, optima sane magistra, vbi leges expresse nihil disponunt, clare docet. Interrogando nempe quaestionem propositam soluamus. Quinam amabo! in nostro iure habentur legitimi? Aliter eos iure Pandectarum, aliter Codicis iure definiti satis superque constat. Ex illo quippe dicuntur, qui nati sunt ex coitu personarum post iustum matrimonium inuicem contractum celebrato vt adeo secundum placita veterum Ictorum conceptionis spectetur tempus α). Missa vero haec fecit Codicis *voμo-Dei* β). Ex hac enim vocantur legitime nati, qui procreati sunt a

α) L. 6. D. de his, qui sui vel alien. iur.

matre, quae saltem grauiditatis tempore patri, ex quo concepti erant, iusto matrimonio iuncta fuit. Huc spectat mitissima illa Imp. Iustiniani constitutio a), qua semper in quaestionibus, in quibus de natu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus inspicere iubet tempus, scilicet ut, si infans post consensus matrimonialis declarationem in lucem editus fuerit, hoc ipsum ad legitimos demonstrandos natales sufficiat. Quodsi itaque editus a matre partus tempore patri matrimonio iuncta, iurium legitimi compos omnino declaratur, nihilque quoad solennitatem interfit, quomodo contractum fuerit connubium, modo consensus non desit: iisdem iuris praecceptis insistentes, aedum, ad casum propositum intendamus mentem, et quantum fieri potest, omnem soluamus dubitationem. Etenim fontem, nisi omnia fallant, iam satis aperuisse videmur, unde de hac quaestione facili negotio possit decerni. Scilicet res tota redit ad coitum, quem si subsecutus sit antecedentia sponsalia, conjugalem affectionem arguere et prodere, supra euictum dedimus. Unde, licet sponsa per coitum legitimae vxoris statum, ex ipsa Pandectarum doctrina consecuta sit, partus tamen ante desponsationem ab ea conceptus et post illam natus, foret illegitimus, siquidem antiquis Ictis haec sedit sententia, tempore conceptionis mulierem patri iunctam matrimonio iusto oportuisse. Verum Iustiniano auctore et huiusmodi partui plene prospectum est, ut etiam conditio matris opituletur ac opem ferat commodo nati, hincque legitimus habeatur, quoniam sponsi consuetudo cum sponsa ex post continuata ipsam, ut repetam, efficit legitimam coniugem. Verba

B 2 opti-

a) L. II. C. de natural. liber.



optimi legislatoris adiciere placet, tanquam ad rem nostram maxime spectantia. Si quis, inquit Imperator, mulierem, quam in contubernio suo habuerat, praegnantem fecerit, postea autem adhuc gravida muliere constituta, dotalia fecerit instrumenta, et puer vel puella editus vel edita sit, iuxta patri soboles nascatur et in potestate efficiatur, et heres existat morienti, siue ab intestato, siue ex testamento. Sentio quidem immo facile perspicio, quid mihi hic oggessuri sint dissentientes, nempe a dotalibus instrumentis, quorum meminit Imperator, nequaquam valere consequentiam ad consuetudinem inter sponsum sponsamque post inita sponsalia continuatam, cum ab expresse consensu, si quando hunc lex requirat, omnis ad tacitum claudicet illatio. Verum tantum absum qui credam legislatorem dispositiue hic esse locutum, ut potius persuasum habeam, cum exempli duntaxat causa instrumentorum dotalium mentionem fecisse, adeoque ipsi consensum matrimonialem quomocumque declaratum visum fuisse sufficere. Si enim instrumentis dotalibus haec vnice vis esset indita, quomodo poterint pauperes et opum egeni non patriae potestatis ius solum acquirere, sed et liberis conferre statum legitimorum, minime video. Accedit, quod ex intentione Iustiniani ad valorem matrimonii contracti non semper opus fuerit tabulis dotalibus, cum hoc tantum obtinuerit in nuptiis illustrium *b*). In aliorum honoratorum nuptiis requirebatur quidem consensus matrimonialis declaratio coram defensore ecclesiae et tribus clericis facta, et instrumentum desuper ab ipsis confectum atque subscriptum, ut tantum nuptiis viliorum omnes solemnitates remissae essent *c*), sed haec solemnitates in honoratorum nuptiis deinde suffulit

11c.

b) Nou. 74. cap. 4. § 1.

c) Cit. Nou. 74. c. 4. § 3.

iterum Imperator *d*). Quid igitur, licebitne mentem legislatoris ex mente ipsius alibi declarata interpretari? Immo vero non licet tantum, sed etiam oportet. Premit quidem, quod in casu, de quo iam quaerimus, concubitus eo minus possit declaratio matrimonialis consensus adfingi, quoniam magis videtur esse continuata consuetudo, quae sponsalia antecesserit. Verum quicquid horum sit, sufficere remur, cognovisse sponsum desponsatam sibi, cum qua et antea rem habuerit, non tantum si causa inter viliores, verum et si inter honestiores agatur, nisi quis velit inde excipere illustres, ad quorum matrimonia ineunda ex intentione Iustiniani requiruntur instrumenta dotalia, non quidem, quod obiter monemus, stricte sic dicta, sed et nuptialia *e*). Quamvis enim haud diffiteamur, concubitum rem esse facti, ideoque in substrato praesertim casu allegandum videri et probandum, quandoquidem hic de partu ante sponsalia concepto agitur, atque infans natus natiuitate sua declarati consensus matrimonialis testis haberi non potest, ut accidit in illo, quem iusto tempore post rite celebratam coniugii sponsonem peperit sponsa, magis tamen existimem etiam in causa proposita praesumptioni delicti exclusivae locum esse dandum, atque sufficere si de crebra conversatione desponsatorum inter se, quod scilicet vna vixerint saepius, noctes transegerint tanquam tori et mensae focii, ex amicorum propinquorumque fide constet: quo ipso sponsus sane affectum maritalem declarasse censendus est.

Verum enim vero quid opus longius his immorari, satis enim superque demonstratum putamus, secundum placita iuris civilis ex *d*) Nou. 117. cap. 4. pp. *e*) ARN. VINNIVS ad §. 13. I. de nuptiis.

sponsa editum iuribus legitimi infantis per omnia frui, immo sponsam ipsam per consensum matrimonialem cum expressum tum tacitum statu uxoris legitimae statim gaudere. Omitto, quae mulieris intuitu huiusmodi consensus post se trahit iura, cum sint, ut paucis rem tradam omnem, uxoris. Tam ordo seriationis pedem promouere ulterius inuitat immo et iubet, ut quae iuris ecclesiastici sancitis circa propositam quaestionem conueniant, et quomodo hodie in hac causa pronuntiandum sit, dispiciamus.

CAPVT II.

PARTVS SPONSAE NEC IVRE ECCLISIA-
STICO NEC VSU FORENSI ILLEGITIMVS.

§. VII.

Consensus solus hodie non facit nuptias.

Sunt, qui hodie quoque consensum facere nuptias, solo affectu matrimonia contrahii, sponsam iam esse uxorem, concubitu etiam consensum matrimonialem, eumque plene ad omnis generis effectus producidos declarari, immo vero sponsalia ipsa esse verum et indissolubile matrimonium, et si quae solemnia huic negotio ineundo praescripta sint, ea non ad veram matrimonii substantiam pertinere, statuunt; sed incassum. Nam *primo*, quae petuntur ex iure canonico suppetiae, prorsus inanes et nullius roboris videntur, quandoquidem iuris canonici

placita de legitimis sponfalibus *de praesenti* agunt, quae apud nos exulant. *Deinde* quis nescit recentiori etiam iure doctrinam ex Romanorum sancitis de consensu matrimonium efficiente, Innocentii III et Concilii Tridentini *f)* statutis adeo reiectam esse, ut ex sponfalibus *de futuro* matrimonium concubitu induci nequeat: quid? quod omne matrimonium, quod solemniter non contractum, nullum habetur *g)*. *Denique* cum iam de iure naturali vel Romanorum quaestio non sit, sed de iis, quae legibus ecclesiasticis sunt statuta, nostrum certe non est indulgere contra leges, sed secundum eas iudicare. Nullas itaque nuptias praedico, quae solemnibus praescripto ritu, quaeque praesertim inter protestantes cum benedictione sacerdotali, celebratae non sunt *h)*, neque enim aequitatis cuiusdam, ceu oppido cerebrinae obtentu nos patimur seduci a sancitis iurium, satis clare nuptias non solemnes adeoque clandestinas pro inualidis declarantium.

§. VIII.

Sponsa itaque per solum consensum matrimoniale coniugis statum non consequitur, multo minus concubitus sponfalibus accedens iura legitimae uxoris eidem tribuere potest.

Hinc spreta forma, sub qua demum ex legis dispositione matrimonium contrahendum, ratione desponsatorum effectus connubii
 ciuiles

f) Sess. XXIV. de reformat. matrim. cap. 1.

g) I. H. BOEHMER ad cap. 2. X. de clandest. despons. n. 14. et ad cap. 31. X. de sponsal. n. 95. ID. in I. E. prot. lib. IV. tit. 1. §. 60. 64. 69. Tom. III. pag. 1122. sequ.

h) IOAN. d' AVEZAN de matrimoniis cap. 13. ap. MEERMANNVM in thes. nou. iur. ciuil. et canon. Tom. IV. pag. 332.

ciuiles prorsus exulant, quia, vbi semel copula sacerdotalis aliaque solemnitates per constitutiones desiderantur, illae nequaquam omitti possunt, adeo vt nec viri nec vxoris alterutra pars persona fungatur, et neutra status coniugis iuriumque inde pendentium fiat particeps, licet mors sponsaliorum implemento impedimento fuerit. Multo autem minus concubitu desponsatorum hodie ea vis inest, vt hoc modo sponsa legitimam maritum sibi acquirere valeat, quin ipse coitus delicti speciem prae se fert *d*), vnde poena, quam vocant, anticipati concubitus *k*). Atque in hoc laudandae sunt vel maxime nostrae leges, cum, dum matrimonii legitimos praescripserint limites, pudicitiae etiam optime consuluerint, ceteroquin sollicitantibus sub coniugii specioso praetextu nimis facile cessurae. Nam quo maior est occasio ad peccandum, eo magis legis est obuiam huic ire. Nupsiam vero iure ecclesiastico dispositum inuenies, vt sponsa cum qua deinde rem habuerit sponsus, eo ipso vxor, et promissum matrimonium pro consummato censeatur. Pessimum itaque erro-

rem

d) *C. 1. caus. 30. qu. 5.*

k) Vid. HAVEMANNVS *Gamalogiae lib. II. tit. 11. pos. 3. n. 3. in f. p. 358. at lib. IV. tit. 6. qu. 10. p. 571.* Praxis plerumque concubitu ante nuptiarum solemnitas poenitentiae ecclesiasticae coercionem vindicat. Ceterum vtrum laudandus an vituperandus poenitentiae ecclesiasticae vsus, litem iam meam non facio, quamvis negari nequeat, incommodo quin et periculo non esse vacuum hanc poenam. conf. BODEN *de abusu poenitentiae ecclesiasticae.* WILDVOGEL *de deprecatione publica ecclesiastica,* inprimis vero MENTZER *Diss. num sponsis ante copulationem concubentibus poenitentia publica recte imponatur.*

rem committunt illi, et aperte contra iura opinantur, qui ex consuetudine desponsatorum et hodie consensum matrimonialem eumque efficacem, quod ad statum conjugalem concumbentium attinet, somniant. Meliora sane docuissent, modo perpendissent non solum sic amplissimum campum aperiri clandestinis connubiis, sed et nequissimis stupratoribus occasionem dari credulas mulierculas ad libidinem suam explendam seducendi, quasi brevissima via ad optatissimum conjugium. Illud autem ut iustum et aequum reputem, (nam solent doctrinam peruersam ab aequitate commendare) quod delictis et scandalis ansam praebet, a me impetrare nequeo. Sane si hoc modo liceret, quae a legislatoribus sapientissime sunt constituta, euertere, atque ex proprio arbitrio contravenire menti ac rationi iuris, abolendae magis essent ecclesiasticae constitutiones, formam et modum matrimoniis ineundis ponentes, et venia danda quibuslibet connubiis. An autem hoc e republica foret, iudicent cordatiores. Nostram quidem si dicere iuberemur sententiam, nullid ubitarem defendere, reipublicae vel maxime interesse, ne sint matrimonia clandestina, sed ut de iis publice constet, ipsam exigere salutem publicam.

§. IX.

Sponsae filius partus tamen legitimus renuntiandus.

Iam si ponamus, matrimonium solemniter celebratum non fuisse, parochum ei haud adstitisse, benedictionem sacerdotalem non accessisse, nullos interfuisse testes, num natus ex sponsa propterea renuntiandus erit spurius? Spurium esse partum, neque eum patrem

habere legitimum, neque patri succedere, sicuti nec patrem ipsi, quin et stupri infamia natum laborare, multi iique egregii ICI) contendunt atque defendunt. Speciosam quidem illationem esse a nullitate matrimonii ad natales legitimos infanti ex sponsa edito negandos, non abnuo: cum perinde videatur ex matrimonio, cui leges ecclesiasticæ non adsunt, vel quod ab his damnatur, ac ex coniunctione vetita procreatum esse: quare qui ex connubio clandestino procreatus, quasi extra matrimonium progenitus reputandus est. Verum enim vero ab hac sententia recedere haud piget. Consequentiam enim ratiocinationis strenue negamus, quoniam petitionem principii sapit. Scilicet nondum euictum est, benedictionem sacerdotalem et id genus alia solemnia ad legitimos natales requiri. Seueriores itaque nos esse non oportet ipsis legibus. Altum autem in iure communi silentium de desponsatorum liberis iure legitimorum priuandis: quia potius alia omnia ex eodem elucent.

§. X.

Confirmatur iure Canonico.

Roboremus omnium primo dicta nostra INNOCENTII IIII summi pontificis rescripto m), quo plene subuenit conditioni infantis

I) Vide sis IO. VOETIVM ad *D. Lib. I. tit. 6. n. 10.* HENR. BROUWERVM de *iure connubiorum Lib. II. cap. 25. n. ult.* SCHILTERVM in *Prax. Iur. R. Exercit. XXXVI. §. 60. I.* H. BOEHMERVM in *I. E. P. Lib. IV. tit. 3. §. 50.* aliosque quos enumerat AVG. RVD. IOS. BÜNEMANN *D. de sponsae partu spurio §. 7. in fin.*
 m) *C. 12. X. qui filii sint legitimi.*

tis ex sponsa nati. Etenim ex muliere, quam quis secundum opi-
 nionem maioris partis vicinia in concubinam habebat, prole suscepta
 pater processu temporis in multorum praesentia testatum fecerat,
 se eam, quam habere visus esset, concubinam prius declarasse vxo-
 rem, quam ex ea filium genuisset. Postea illum, cum in extre-
 mis ageret, heredem instituerat, filiumque appellauerat. Quaere-
 batur, an filius hoc modo susceptus legitimus esset successor, et ad
 patris patrimonium admittendus? Respondet ecclesiae Romanae sum-
 mus praesul, nihil esse quod eius natalibus obset, quo minus pro
 legitimo sit habendus filio. *Quia tamen, verba sunt INNOCEN-
 TII, desponsatio per testes legitimos comprobata, eos matrimonialiter
 fuisse coniunctos ostendit: siue desponsatio ipsa fuerit de praesenti, ut
 per consensum legitimum per verba de praesenti expressum, copula ma-
 trimonii inter eos fuerit celebrata: siue per verba de futuro carnali
 copula subsecuta: non tam decretali dicti praecessoris nostri qua in
 casu dissimili loquitur, quam inductis probationibus innitentes te pro-
 cessisse legitime respondemus, sententiam tuam auctoritate apostolica con-
 firmantes.* Non ignoro equidem GONZALEZIVM TELLEZIVM ⁿ)
 obseruare, in his literis supponi probationem copulae sacerdotales,
 sed non persuadet eximius ceteroquin commentator, cum aperte
 matrimonium fuerit clandestinum, de quo eo loco sermo. En igitur
 Pontificem, furtiuas nuptias damnantem et penitus inhibentem, proli-
 tantem ex desponsatorum amplexibus procreatae non pie solum consu-
 lentem, sed et fauentem. Non possum itaque, quin subscribam ver-

C 2

bis

ⁿ) In Commentario n. 5.

bis LEYSERI o) contra IVST. HEN. BOEHMERVM disputantis, dum ait: *ego hoc non nego, sed lubens cohabitationem desponsatorum nuptias non esse, nec desponsatos illos coniuges appellari posse, nec sibi inuicem coniuges succedere, nec ceteris coniugum iuribus frui fateor. Id vero liberis non nocet, quamdiu BOEHMERVS non ostendit, benedictionem sacerdotalem pro forma legitimae natiuitatis desiderari. Hoc ostendet nunquam. Certe ius Romanum in L. 22. C. de Nuptiis, et Canonicum in C. 12. X. qui filii sint legitimi, liberos ex solis sponsalibus natos, et si solennia nuptialia non accesserint, legitimos esse iubet. Eadem sententia etiam sedet Catholicis. E pluribus vnum saltem alterumue adducere placet. Primus esto GABRIEL PALEOTVS p) matrimonium quamuis clandestinum filios reddere legitimos diserte statuens, cum solus consensus sufficiat. Alter est FRANC. ZOANNETTUS q), Ingolstadiensis Academiae quondam iuris antecessor, qui dum Paleoto Cardinali mirum quantum applaudit, etiam, quae sentiat ipse, sequentem in modum aperit. *Clandestinitas, inquit, matrimonii sobolem progenitam illegitimam non facit, tametsi contrahentibus poenitentia quaedam iniungatur. Vtrumque sequitur IOS. MASCARDVS r) sub iusta limitatione, modo subsit connubii impedimentum. Dices forte, hosce scriptores de matrimoniis ante Tridentinum Concilium contractis intelligendos. Verum hac ratione non mouemur. Loquuntur enim de**

o) In *Medit. ad Pand. spec.* 298. m. 3.

p) De *nothis et spuris cap.* 5.

q) *Rev. quotidian. cap.* 64.

r) De *Probat. conclus.* 1036, n. 3.

matrimonio clandestino, cui semper opponitur illud, quod ex lege ecclesiastica est celebratum, et hoc nobis sufficit.

§. XI.

Passim quoque constitutionibus ecclesiasticis particularibus.

Neque desunt etiam leges ecclesiasticae particulares, expressis verbis iura legitimorum ex sponsis natis tribuentes. Sic *Ordinat. ecclesiast. Guelpherbytana pag. 275.* praecipit, hierologia licet omissa liberos pro illegitimis non esse habendos, quamvis parentes merito puniantur ob violatam ecclesiae legem. Idem dispositum in Saxonia per *decis. nou. XLIX.* qua cauetur: daß die vor der Trauung erzeugte Kinder, als eheliche und rechte Erben, zu der Eltern Erbe und Verlassenschaft auf angehende Fälle zugelassen; die Eltern aber nichts desto weniger wegen ihrer Begünstigung gestraffet werden sollen.

Quid si vero eiusmodi decisio publica deficiat? Subintrare dispositionem iuris Canonici, quod et inter Protestantes in causis matrimonialibus ad instar iuris communis et subsidiarii normam decidendi praestat, dicendum est, quamvis haec sententia admodum lubrica videatur I. H. BOEHMERO, nimium quantum, ut vidimus, copulae sacerdotali, tribuenti. Adquiescendum enim putat decisioni legis particularis, cum princeps sit arbiter externorum selementium, et circa formam negotiorum externam dispensare, multo magis vero lege publica exceptionem formare possit. Negamus vero per istiusmodi Constitutiones prouinciales proderere legislatores exceptionem, sed potius dispositio-

nem iuris comunitis firmare voluisse. Nullam aliam igitur agnosci-
mus exceptionem, quam quae ex lege speciali descendit, ius filiationis
nato ex sponsa denegante. Et quid multa, a magno patre discedit
aeque magnus filius GEORG. LVDOV. BOEHMERVS ^{s)} quem
sicuti duce[m] et auspiciem studiorum nostrorum habuisse, ita in hac
materia nobis consentientem habere, impense laetamur.

§. XII.

Maxime vsu fori.

Tandem opitulatur huic doctrinae vsus fori, quem sane magni
facere oportet, si rationibus iustis haud sit destitutus. Eum autem
quasi Helicen et Cynosuram sequi leges, ex iis, quae a nobis prolata
sunt, liquet. Id quod ipse dissentiens BOEHMERVS ^{t)} fateri
necessum habet, dum incauto pruritui, vt illi taxare placet, ius Cano-
nicum vbique applicandi, hanc fori disputationem adscribere mauult.
Possent si vacaret, summorum passim ac optimorum tribunalium
praeiudiciis nostram exornare sententiam, sed vrget finem libelli non
amplius differendus in patriam reditus.

§. XIII.

Conclusio.

Cum itaque desponsatarum filiis iura natiuitatis legitimae vindi-
cauimus, atque ipsos a culpa parentum immunes asseruimus, priusquam
plene finem imposituri sumus opellae, restat dicere de eo, an perinde
in

^{s)} In principijs iur. canon. Lib. III. S. 2. tit. 2. edit. I. §. 399, edit.
IV. §. 352.

^{t)} In Iur. Eccl. Protest. Lib. IV. tit. 3. §. 54.

in feudo quam in allodio succedat natus ex sponsa? Et nulli dubitamus ius filiationis ad feuda extendere, quandoquidem legitimi naturales illum omnino successione capacem reddunt, et nomen atque insignia patris in eum conferunt. Certe non obstat, quem dissentientes *u)* opponere solent, locus *ii Feud. 26. §. Naturales*, cum iste de filiis naturalibus tantum intelligendus sit *x)*, a quo tamen natum ex sponsa utique differre, euicimus, modo quod vniuersim considerari debet, sponsalia legitima praeceperint, nam de clandestine desponsatorum prole illegitima dubium non est *y)*.

u) Vid. BÜNEMANN *D. all. §. 12.*

x) LEYSER *Sp. 298. m. 3. BAVAR de successione legitimorum in feudis exule. PVFENDORF Tom. I. Obf. 90. EISENHART de nato ex sponsa §. 13. Adde, si lubet G. A. STRVVIVM in Syntagm. Iur. Feud. cap. 9. §. 3. n. 13.*

y) CARPZOV. *Iurispr. Confistor. Lib. II. def. 143. in fin. et. p. 3. Const. 13. defin. 12. HAHN ad WESEMBEC. lib. I. tit. 6. n. 3. MÜLLER ad STRVV. Ex III. th. 43.*

ULB Halle

003 341 992

3







25.

1782, 6/6

DE
PARTV SPONSAE
LEGITIMO

DISSERTATIO INAVGVRALIS

QVAM

AVSPICIIS REGIIS
CONSENTIENTE ILLVSTRI ICTORVM ORDINE

PRO

SYMMIS IN IVRE VTROQVE CAPESSENDIS
HONORIBVS

DIE XIX. SEPTEMBRIS. MDCCLXXXII.

PVBLICE DEFENDET

CAROLVS PHILIPPVS IOANNES
ZELLER

MEGAPOLITANVS.

GOETTINGAE,
LITTERIS IOH. CHRIST. DIETERICH.
ACAD. TYPOGR.

