

799

QUÆSTIONES JURIDICÆ,
DE
LEGITIMATIONE
PER SUBSEQUENS
MATRIMONIUM,

QUAS
DEO bene juvante

PRÆSIDE

DN. JOH. GEORGIO SCHERTZIO,
J. U. D. & P. P. Ord.

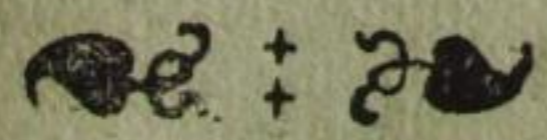
In Alma Argentoratensium Universitate

SOLENNI Eruditorum Examine
subjicit.

CAROLUS SENOCQ, Virodunensis,

A diem ~~Febr.~~ *January.* M. DCC. XV.

Horis locoque solit.



ARGENTORATI,

Typis JOHANNIS BECKII.



i. e. ss. jur. civ.
16, 14

UNIVERSITÄT DRESDEN

LIBRARY

18

UNIVERSITÄT DRESDEN

LIBRARY

18

UNIVERSITÄT DRESDEN

LIBRARY

18

UNIVERSITÄT DRESDEN

LIBRARY

18

UNIVERSITÄT DRESDEN

LIBRARY

18

UNIVERSITÄT DRESDEN

LIBRARY

18

UNIVERSITÄT DRESDEN

LIBRARY

18

18



Præfatio.

QUAMVIS natura inter
liberos ex matrimo-
nio legitimo susce-
ptos & eos, qui alio
modo generantur, differenti-
am non faciat, non impruden-
ter tamen ii, qui Rebus publi-
cis regendis, præfunt, variis ex
causis inter hosce non exiguam
introduxere differentiam. Qua

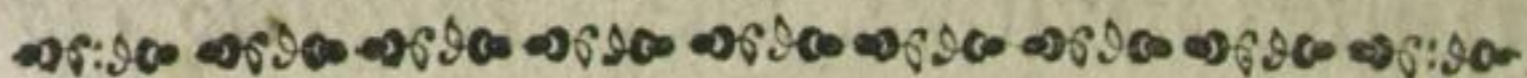
A 2 in

in re ipsis præivit omnis prudentiæ legislatoriæ fons, Deus ter-
 optimus maximus; quippe qui a muneribus publicis in Republica Judaica ipse quoque spurios
 exclusit. vid. Deut. 23. v. 2. Quia tamen res duritie plena esset, si
 indistinctè omnibus ex illegitimo coitu natis, adeoque alieno, non suo, laborantibus vitio, omne denegaretur remedium, quo legitimis æquales redderentur, iidem legislatores modos invenere, quibus in legitimorum numerum redigerentur. Eminent
 inter

inter modos hosce LEGITIMATIO PER SUBSEQUENS MATRIMONIUM; quæ eo magis est probanda, quo clarius est per illam ad ineundam societatem conjugalem, (quæ res jure nostro summopere favorabilis est) homines invitari. vid. *Grotius de Jure Belli & Pac. libr. II. c. 7. §. 8. n. 2.* De qua Legitimatione per subsequens matrimonium cum nobis propositum sit Quæstiones quasdam

A 3 riam

riam daturas in medium pro-
ferre, DEUM T. O. M. primo
rogamus, ut instituto huic
clemens adsit; inde B. Lecto-
rem, ut superficiario huic Schedi
a famati veniam indulgeat, o-
ramus.



Quæstio I.

*An ad Legitimationem per
subsequens Matrimonium
instrumentis dotalibus
sit opus?*

Ut

UT decisio hujus Quæstionis clarior fiat, notamus primo *Legitimationem per subsequens matrimonium* esse nihil aliud, quam *Actum*, quo *Liberi extra matrimonium*, adeoque *illegitime nati* idè, quia *Pater ipsorum eam fœminam, ex quâ ipsos illegitime suscepit, postea ut uxorem legitimam ducit, legitimi fiunt.* *Instrumentorum autem dotalium* (quæ & nuptialia *Instrumental. 10. C. de natur. liber. Nov. 18. c. 11. & dotalia documenta Nov. 12. c. 4.* appellantur) nomine venit *Scriptura publica*, qua *sponsus & sponsa se sibi matrimonii fidem dedisse sollemniter profitentur, futuroque matrimonio legem dicunt; plerumque autem de Dote & Donatione propter nuptias disponunt.* Quamvis autem non exigua sit horum instrumentorum utilitas, (de quâ inspici meretur *Novella 74. c. 4. pr. & sequ.*) tamen ea ad matrimonii essentiam *Jure Rom.* requisita non fuisse certissimum est. Quemadmodum enim juxta effatum
 Justi-

Justiniani in *l. 20. C. de Donat. ante nupt.*
sine dote Nuptia possunt celebrari, ita etiam
 sine dotalibus instrumentis matrimoni-
 um procedere potest; *non enim dotibus,*
sed affectu matrimonia contrahuntur, ceu
 loquitur *l. 11. C. de repud. in pr. conf. l. 9.*
l. 13. l. 22. C. de nuptiis, in quarum ulti-
 ma notabiliter Impp. Theodosius & Ve-
 lentinianus dicunt: *si donationum ante*
nuptias vel dotis instrumenta defuerint,
pompa etiam aliaque nuptiarum celebri-
tas omittatur, nullus existimet ob id de-
esse recte alias inito matrimonio firmita-
tem &c. adde Dionys. Gothofred. ad
Auth. Maximis C. de nupt. De nuptiis eum
 in finem celebratis, ut per illas soboles il-
 legitime suscepta legitimetur, an idem
 verum sit, magnopere inter Doctores li-
 tigatur. Qui negant dotalia requiri in-
 strumenta, has potissimum allegare so-
 leat rationes. Primo dicunt liberum fu-
 isse Patri tales nuptias celebraturo, an
 dotalia instrumenta facere velit, annon.
 quod ipsum inculcare videtur *Novella*

12.C. 4.

12. c. 4. ubi dicitur: *Nam etsi legitimo-
rum quisquam sit Pater & abeunte ejus
uxore ex hominibus aut etiam legitime
transigente habuerit quandam consuetu-
dinem ad aliam mulierem, quam licebit
etiam legitime ducere uxorem & fuerint
ei filii aut ante dotalia documenta, si ta-
men ea fecit aut etiam, postea & c. ubi
verba, si tamen ea fecit, satis ostendunt,
quod is ea facere vel omittere potuerit.
Deinde ajunt, quod *sortiri mulierem cum
dotalibus instrumentis* nihil aliud esse vi-
deatur, quam mulierem in matrimo-
nium ducere, sive factis dotalibus instru-
mentis, sive non factis. Pertinet huc
*Novella 17. c. 11. ubi mulierem respicere
clemens & sortiri absque dotalibus instru-
mentis* dicitur, qui eam habet, ut con-
cubinam. quemadmodum itaque ali-
quam sortiri absque dotalibus instru-
mentis est aliquam non ducere in uxo-
ram, sed habere ut concubinam, ita è con-
trario aliquam sortiri cum dotalibus
instrumentis censendum est idem esse ac*

B

ali-

aliquam in matrimonium ducere. Scilicet dotalium instrumentorum mentio ideo fit, quia illa plerumque nuptiis accedere solent. & qua ratione Uxor marito nubere, maritus uxorem ducere, adhuc hodie à nobis dicitur, quia apud multas gentes frequens est, fuitque, ut sponsæ, cum ad sponsum adducerentur, faciem obnubant, & maritus solenniter deducat sponfam ad lares suos (de qua re vide *Briffon. & Hottomannum de Ritibus nuptiarum*) ita etiam pater legitimare per dotalia instrumenta dicitur, quando nuptias celebrat. vid. *Huberus in Prælect. Jur. Civ. ad Instit. de nupt. §. ult.* ubi dicit: *instrumenta nuptialia pro conjugio usurpantur, quia plerumq; adhiberi solent, ut legem jus scriptum dicimus, quia plerumque scribitur, non quod hoc essentielle sit.* Tertium argumentum inde petitur, quia id supplendum est ab eo, qui per subsequens matrimonium liberos legitimare vult, quod deest. atqui, uti supra monuimus, non deerant dotalia instrumenta,

menta, sed nuptiæ quæ sine dotalibus
 instrumentis esse possunt. Quamvis
 autem hæ rationes tantum ponderis
 habeant, ut etiam viri non ineruditi il-
 lorum robori cesserint; nobis tamen con-
 traria sententia verior videtur, ex ea po-
 tissimum ratione, quia in omnibus legi-
 bus, in quibus legitimationis hujus men-
 tio fit, ubique dotalium instrumento-
 rum nomen invenitur; nullibi autem de
 nuptiis solis nudeque celebratis asseritur
 effectus legitimationis. vid. *l. 6. C. de na-
 tur. liber. ibi: quisquis hujusmodi mulierem
 uxoris loco dotalibus instrumentis con-
 fectis habuerit. in l. 10. C. eod. legitur: si po-
 stea ex eadem affectione etiam ad dotalia
 pervenerit instrumenta. & paulo post:
 liberi qui post dotem editi sunt. item
 Cum enim affectio prioris sobolis & ad
 dotalia instrumenta conficienda presti-
 terit occasionem. item: omnes liberos si-
 ve ante dotalia instrumenta editi sint, si-
 ve postea &c. in l. 11. eod. occurrit: si po-
 stea vero affectione procedente etiam nu-
 ptialia*

ptialia instrumenta cum ea fecerit. item: *secundos liberos, qui post dotem editi sunt.* item: *sive non progeniti sunt post dotem conscriptam liberi.* item: *sufficiat enim talem affectionem habuisse, ut post liberorum editionem & dotalia fecerit instrumenta.* item: *multò magis si quis mulierem, quam in contubernio suo habuerat, pregnantem scierit, postea autem adhuc gravida muliere constituta dotalia fecerit instrumenta.* item: *satis enim absurdum est, si filii post dotem progeniti &c.* adde omnino *Nov. 12. c. 4. Nov. 19. Nov. 74. c. 1. N. 89. c. 8.* Maxime autem sententiam nostram firmat *Nov. 18. c. 11.* ubi *nuptias confirmare & dotalia conscribere instrumenta,* tanquam actus distincti, separantur, & utrumque ad legitimationem requiritur. verba *Novellæ* hac sunt: *Sanctimus, si quis uxorem non habens legitimam aut filios legitimos, ad ancillam propriam habuerit quandam meliorem sententiam, & filios protulerit ex ea inservitute constituta; postea vero libertate honora-*

nora-

noraverit & ancillam & natos & jus eis aureorum petierit annulorum, & regenerationis & inter ingenuos secundum iustos reduxerit modos, nuptias consummaverit, postea vero nuptialia conscripserit documenta, & aut fuerint filii postea aut non fuerint, (ut utriusque nostrae constitutionis amplectamur casus) sit & uxor legitima, & filii sub potestate ipsius & sui, & ab intestato heredes genitori. Ratio autem hujus rei videtur fuisse, ut eò certius constaret de nuptiis legitimationi susceptorum liberorum infervituris, atque ita fraudibus litibusque obex poneretur. confer omnino Nov. 74. c. 4. adde *Lyncker in Analectis ad Instit. §. ult. de nupt.* Eundem forte in finem in multis Germaniæ locis receptum est, ut liberi ita illegitime suscepti Copulationis actui interesse & Matrem vestitu tenere cogantur. vid. *Schultz. in Syn. Feud. c. 8. n. 44.* vel Patris pallium manu apprehendant, quos liberos ab hoc pallio, (quod Germanis

B 3 man-

mantel, Gallis affini voce manteaudi-
 citur,) mantelkinder appellari ex *Frit-
 schii continuatione Thesauri Practici Be-
 soldiani* me docuit Dn. Præses. qui ipse
 etiam me monuit apud Gothos simile
 quid obtinuisse. apud hos enim soli-
 tam fuisse matrem illegitimorum in co-
 pulatione Ecclesiasticâ illegitimum fili-
 um in genu vel gremio sub flammeo
 tenere, ut sic legitimus per subsequens
 matrimonium habeatur &c. de qua re *Ve-
 relius in Ind. Ling. Gothica* Similem huic
 in Galliâ nostrâ morem allegat *Loüet dans
 son Recueil des Arrests p. m. 320.* dicens:
*L'ancienne Coutume en France de legiti-
 mer un Batard par le mariage subsequent
 est de le mettre sous les poisle ou drap nu-
 ptial, comme il est justifié par les autori-
 tez, que Pithou a remarqué sur la Cou-
 tume de Troyes art. 108. &c. add. du Fres-
 ne in Gloss. Latino Barb. in verb. Pallio
 cooperire filios natos ante matrimonium,
 mettre les enfans sous le drap. ubi occurrit
 locus ex Epist. Roberti Lincolniensis Episco-
 pi*

pi ad Waltherum de Raleg tribunalis regii in Anglia Præsidem; unde apparet morem hunc esse admodum antiquum; (vixit enim hic *Robertus* in medio Seculi XII.) verba ita sonant: *Et ut Seniorum relatione didici consuetudo etiam in hoc regno antiquitus obtenta & approbata tales legitimos habuit, & heredes. unde in signum legitimationis nati ante matrimonium consuerunt poni sub pallio super parentes eorum extento in matrimonii solemnizatione.* adde alia lectu non injucunda, quæ ex egregiis monumentis allata ibi occurrunt.

Ad rationes Dubitandi ita respondeo. Ad primam: Ex *Novellâ* 12. c. 4. apparet quidem dotalia instrumenta potuisse omitti, sed de facto, non de jure. Nec ibi dicitur, quod, si de facto omittantur & nuptiæ inter eos celebrentur, qui hactenus concubinatum inter se coluere, legitimitio sequatur. Ad alteram rationem dicimus, illam tum admitti potuisse, si ullus textus extaret, ubi simpliciter

citer

citer nuptiarum, non nominatis dotali-
 bus instrumentis, mentio fieret, sed cum
 omnes Textus dotalium instrumento-
 rum mentionem faciant, & quod su-
 pra monui, *Novella 18.* curate distin-
 guat inter *nuptias consummare & confi-*
cere dotalia instrumenta non apparet ra-
 tio, quare à propriâ verborum signifi-
 catione recedamus, ejusque loco meta-
 phoricam substituamus. Ad tertium
 rehero: Verum quidem est, quod in
 legitimatione per subsequens Matrimo-
 nium id sit supplendum, quod antea
 deerat; sed adde exceptionem, nisi le-
 gislator justâ ratione motus velit, ut
 supplemento aliquid ulterius accedat.
 Quemadmodum autem in aliorum nu-
 ptiis legislator noster potuit requirere
 dotalia instrumenta, tanquam rem ne-
 cessariam (de quo vid. *Nov. 74. c. 4.* &
Nov. 117. c. 4.) ita idem facere potuit, in
 eorum nuptiis, qui ex illegitima coha-
 bitatione liberos susceperunt. Jure *Cano-*
nico (vid. *c. Tanta X. qui liberi sint legit.*)
 ❧

Et Gloss. ibi) & Germania moribus nulla requiruntur instrumenta dotalia. vid. Gryphander in Justinian. Harmon. ad tit. de nupt. n. 486. Quid jure Gallico obtineat vid. apud Coquille sur les Coutumes de France Tom. II. qu. 28. adde Loüet dans son Recueil des Arrêts Tom. I. pag. 320. ubi notat Jctos Gallicos requirere ad validitatem hujus Legitimationis un contract de mariage, ou une acte de celebration, qui fasse mention des enfans naturels legitimez du nom, aage Et nombre d'iceux. addit tamen ille: Neantmoins je n'estimerois pas que le defaut de faire mention par le contract ou acte de celebration du mariage de l'enfant, d'exprimer son nom Et âge, Et de le mettre sous le poisle, (ce que la pudeur, Et la crainte du scandale empeschent quelquefois de faire) puisse faire prejudice a son etat, Et a sa legitimation, qui se fait de plein droit, pourveu qu'il apparaisse par un extraict baptistaire en bonne forme, ou autre acte valable, qu'il soit ne dans le

C concu-

concubinage & conjunction de ceux qui
ont contracté & célébré le mariage.

Quæstio II.

*An Legitimatío per subse-
quens Matrimonium fieri
possit in Articulo Mor-
tis?*

Circa hanc quæstionem notandum
sermonem nobis non esse de eo, qui
in ultimo vitæ momento est constitu-
tus, seu de Agonizante; hic enim præ-
sumitur animi consilium non habe-
re. *Paul. Zach. quæst. Medico Leg. quæst.*
*19. n. 19. 20. Laüterbach. diss. de Legiti-
mat. per subseq. matr.* sed sermo nobis
est de eo qui morti videtur vicinus, ita
ut vel valde dubium sit, an mortis peri-
culum sit evasurus vel plane omnis spes
vitæ decollaverit. Non desunt autem
qui

hinc etiam matrimonium tale effectus ordinarios habere non debet. Adde quod matrimonium sit individua vita conjunctio; nulla autem ejusmodi conjunctio est cum morituro. deficit etiam finis secundarius conjugii nempe commodior conversatio, mutua molestiarum sublevatio, vagarum libidinum vitatio. *Tiraquellus in l. si unquam C. de Rev. donat. n. 73.* Præterea indignus videtur beneficio Legitimationis, qui ejus usum usque ad vitæ finem distulit & beneficio legis non debet perfrui, qui eam tamdiu contemnendam censet arg. *l. 22. §. 12. C. de jure deliber.* Ut alia nunc omittam. Non obstantibus tamen his affirmativa verior esse videtur. Quoniam jure nostro matrimonium in Articulo mortis contractum habetur pro vero matrimonio, utpote quod consensus facit, non concubitus; juxta *l. 39. vide R. J. adde l. 32. §. 13. de Donat. inter vir. & uxor.* ubi dicitur: *non enim coitus matrimonium facit, sed Maritalis affectio.*
Ad

Ad legitimationem autem sufficit si quis concubinato deserto eam, cum qua concubinatum coluit, incipiat prosequi affectione maritali. vid. *l. 11. C. de Natur. libr.* Posito etiam quod tale matrimonium, uti quidam volunt, esset nullum, haberi tamen pro valido, faltem ratione legitimationis, analogiæ juris congruit, Canonici imprimis, quippe quo & liberi ex Matrimonio putativo nati habentur pro legitimis. vid. *c. 2. c. 8. c. 14. c. 15. X. qui fil sint legitim.* quod ipsum non sine ratione porrigunt Doctore, ad legitimationem per subsequens Matrimonium, ita ut liberi ex concubinato vel stupro fiant legitimi, licet nuptiæ bonâ fide initæ propter impedimentum postea detectum declarentur nullæ. vid. *Hertius in diss. de Matrimon. putat. §. 22.* ubi hanc in rem *Gonzalezium ad c. 2. qui filii sint legitimi n. 6. Lauterbachium Ex. forensi 4. §. 5.* aliosque allegat. Accedit quod juxta *Auth. si quis C. de natural. liber.* legitimatio in tantum fit

favorabilis, ut si Pater liberos habens naturales dicat in instrumento sive publice, sive propria manu conscripto habente subscriptionem trium testium fide dignorum hos suos esse, nec adjecerit naturales, hujusmodi filii ei legitimi successores sint. Imò si uni ex multis filiis testimonium quodlibet ex prædictis modis tribuerit, id cæteris ex eadem muliere natis ad legitima jura sufficiat. conf. Nov. 117. c. 2. Ad rationes dubitandi liceat regerere hæc. Licet legislatoris scopus finisque fuerit, ut per legitimationem per subsequens matrimonium homines invitarentur ad bene ordinata conjugia & sobolis legitimæ procreationem, unus tamen & solus hic finis non fuit. nunc autem causa unica & adæquata cessante tantummodo cessat ipsa lex ejusve dispositio. vid. Grotius de J. B. P. II. 16, 8 Pufendorff. de J. N. G. V. 12, 10. alias autem adhuc in animo habuisse legislatorem rationes inde patet, quia etiam iis, qui Matrimonium potuissent inire

inire

inire cum Concubinis, licuit ad oblationem Curia, item ad rescriptum Principis convolare & inde liberis remedium petere. Ad alterum dico: etiam in multis, qui alterum jam pedem in cymba Charontis habent, superesse posse spem obtinendi finis matrimonii & primarii & secundarii. Pone autem hos fines nec obtineri nec sperari posse, valere tamen poterit hoc matrimonium eatenus saltem, quatenus Proles legitimationi inservit. Et, si per Matrimonium putativum legitimitas procedit, uti supra notavimus, imo si ex Matrimonio putativo legitimi nasci possunt (de quo vid. *Henrys. Tom. II. libr. 6. qu. 6.*) quidni etiam per matrimonium in mortis articulo celebratum id obtingere queat. Ultima ratio inde petita, quod beneficio sit indignus, qui id tamdiu contempsit, sententiam nostram non destruit, quia tunc demum illa valeret, si hoc beneficium non in favorem liberorum, sed Patris intuitu esset introductum,

ve-

verum cum legislator innocentes & à Paterno delicto immunes liberos respexerit, non sine duritie negligentia & tergiversatio Patris liberis imputaretur, inque eorum damnum redundaret. conf. *Grot. de J. B. P. II. 21, 13.* Suffragatur etiam sententiæ nostræ Praxis Germaniæ, ceu docet *Gailius in Observat. Pract. libr. 1. Obs. 141. n. 8.* ubi ita in Camerâ Imperiali observatum esse refert, adde *Tulden. ad C. de nat. libr. Galliæ usum quod attinet, pluribus præjudiciis probari potest olim liberos per matrimonium in articulo mortis celebratum legitimari potuisse. vid. Brillou Dictionnaire des Arrêts, voce mariage, concubine n. 167, 168.* ubi tamen concludit: *mais depuis est survenue l'Ordonnance de 1639. qui a changé cette Jurisprudence.* quod tamen non ita accipiendum est, quasi *Constitutio* hæc *Regia* nullos plane effectus tali matrimonio tribuat, adeoque tales liberi non fiant legitimi. contrarium enim docent verba *Constitutionis*, nam *art. VI.* dicitur: *nous voulons que la même peine ait lieu contre les enfans, qui sont nez des femmes, que les Peres ont entretenus, & qu'ils epousent, lors qu'ils sont à l'extremité dela vie.* At vero pœna priori in §. sancita erat, quod liberi debeant esse *incapables de route succession, aussi bien que leur posterité* Ergo tantum à facultate succedendi excluduntur, non ab aliis legitimacionis effectibus. *Jure Amsteldamensi* tamen tale matrimonium nullos habet effectus citra dispensationem Magistratus, ceu observat *Duyfendaler ad statuta Amsteldam. p. m. 195.*

Plura addere animus erat, sed chartæ angustia nos hic pedem figere jubet.

DEO SOLI GLORIA.

Diss. jur. civ. 316, 14.