Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

Johann Ludwig Lang

Centuria Insigniorum Iuris Quaestionum : In Quibus Materiae Iuris in utramq[ue] partem discutiuntur, una cum adiectis responsionibus ; Liber Iuri operam dantibus utilis & necessarius

Herbornae Nassoviorum: [Corvinus], 1618

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918

Druck Freier Zugang PUBLIC DOMAIN

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0001
DFG

~~39. XVII 24~~

2. A.

30. b. 17.

Sed. pl. – 467.
Ep. pl. – 356.
pl. – 69.

Fe – 3243 1.2.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn768664918/phys_0002
DFG



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0003
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn768664918/phys_0004
DFG

CENTURIA
INSIGNIORUM JURIS QUÆSTIONUM,
IN QUIBUS MATERIÆ JURIS in utramq; partem discutiuntur, unà cum adjectis responsionibus.

Liber Juri operam dantibus utilis & necessarius;

Breviter & accuratè confectus

Auctore

JOHANNE-LUDOVICO LANGIO
Norimbergensi.



Herbornæ Nassoviorum: 1618.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0005
DFG



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0006
DFG

NOBILISSIMIS, MAGNIFICIS, PRUDENTISSIMISQ. VIRIS,

DN. MARTINO, DN. GEORGIO, Senatorib. & Consulibus inclytæ Reipubl. Norimberg. vigilantissimis. DN. JOHANNI-LUDOVICO; PFINZINGIS AB HENFENFELD, Fratribus germanis:

Dominis Patronis & Mecænatibus suis debitâ animi observantiâ perpetim colendis, salutem & obsequium.

DIes labuntur exigui, Nobilissimi, Magnifici, prudentissimiq; viri, cùm præterquam quòd favore & patrocinio vestro me semper & adhuc usque dignati estis; insuper etiam beneficiis cumulatissimè affecistis. Mutuâ itaq; tum amoris tum etiam officii habitâ ra-

tione, facere non potui, quin me multorum beneficiorum memorem gratum exhiberem. Quoties etenim de Amplitud. V V V. mihi sermo est, toties oblector Mecænates mihi superesse, à quibus patrocinium & tutelam exspectem. Aristippus naufragio ejectus, ubi vidit figuras Mathematicas in arena depictas; Salva res, inquit, est; hominum vestigia conspicio. Quòd si ob hominum consortium recuperatum tantopere delectamur, quantò magis, si autores melioris fortunæ homini extiterint? Et meritò ingratus à quovis nominarer, si beneficia in me vestra ubertim collata non perpetuis laudum præconiis extollerem. Ingratitudo enim omnium delictorum maximum est, *Tiraq. de ll. connub. p. 9. gloss. 1. num. 27. & 28.* Tale enim & tantum scelus, ut huic crimini sufficientem pœnam legibus constituere nequiverint JCti; & cùm majus sit, quàm quod ab homine vindicari possit, ultioni reservatur divinę. Sed quibus verborum præconiis hoc extollam

tollam benefactorum maximum? Nam non mihi, ut ille Tityro, recuperastis mea, quæ nulla erant; sed ab Amplissimo Senatu stipendium impetrastis honorificum. Vestram ego, vestram (inquam) aram venerabor; illam ego perpetuis, quibus fas est, sertis redimam. Quam ob causam, ut & alias non minores, adductus; cùm more majorum non illaudato receptum sit, ut ii qui aliquid elucubrati sunt, illudque in publicum prodire sinunt, Patronos sibi deligant, sub quorum tutelâ & protectione adversus invidorum quorundam rabiem compescendam, & ad malevolorum impostura vindicandam tuti sint; cùm etiam petitione quorundam commotus, hunc quæstionum libellum typis evulgandum putarem; committere non potui, quin eundem Ampl. V V V. inscriberem & offerrem. Accipite igitur, viri Nobilissimi & Magnifici, has studiorum meorum primitias, quas si vobis non ingratas fuisse accepero, animum meum ad majora

suscipienda, ad quæ jam is propendet, incitabit. Valete viri Nobilissimi, Patroni omni observantiæ cultu perpetim suspiciendi, quibus me submissè commendo. Marpurgi Cattorum, Kal. Martii, anno Christi 1618.

Ampl. V V V.

observantissimus

Johan. Ludovicus Langius
Norimbergensis.

AD LE-

AD LECTOREM.

DE *Apelle, pictorum elegantißimo, quod fertur, illum aliorum judicium de rebus à se pictis expertum esse, ut nævos absq; ulteriori reprehensione emendaret: Idem omninò in hoc libello animadverti, non enim meo ingenio confisus, sed tàm Marpurgi quàm Giessæ summorum juris virorum censuræ eundem subjeci, quorum judicio demum acquievi, typographoq; rem totam commisi. Quamvis illud fidem mihi videatur mereri, quod Seneca ait:* Quoties aliquid scripturus es, scito te morum tuorum, & ingenii hominibus chirographum dare: *eam enim ob causam hanc provinciam semper detrectavi, tum ob pudorem quendam rusticum, ne conatus mei egrederentur in publicum, tum ob quorundam judicium interdum nimis inverecundum. Verùm mens & animus in hoc libello eò dirigitur, ut neminem læsum sperem, sed illud mihi proposui, ut veritatis studio magis, quàm multorum, etiam præceptorum autoritati insiste-*

rem. Et cùm ferro, quod dicitur, viam aperiat, qui per contraria scandat; itaq; præcipua argumenta in unaquaq; quæstione eliminavi, iisq; solutiones ex penu juris desumptas subjunxi, & deniq; veriorem sententiam suis fundamentis subnixam addidi. Neq; verò aliorum filum secutus, ubi evidens ratio aliud me docuit, nec in magistri verba juravi, sæpius novas adinveni, interdum vulgares auctiores reddidi solutiones, prout necessitas exigebat, adeò ut brevi libello, quod alii latiùs insigni volumine explicarunt, comprehendere voluerim. Fruere igitur, amice Lector, hisce juris theorematibus, quæ si palato tuo inservient, ansa mihi non præcidetur, Pragmaticis quibusdam quæstionibus, quibus jam intentus sum, supremam manum admovere. Vale.

Author.

DECAS

DECAS I.

Cujus theoremata sunt hæc.

I. *An milites Doctoribus Juris præferendi?*

II. *An justitia divina, an verò humana definiatur ab Imperatore, in pr. Instit. de just. & jur.*

III. *An juris studiosus aliunde quàm ex jure civili Theologiam discere debeat?*

IV. *An præstet veteres leges abolere, an verò eas integras conservare?*

V. *An omni jure tutela proprii corporis permissa sit?*

VI. *An hosti fides data sit servanda?*

VII. *Scripturæ an sit de legis substantia?*

VIII. *An Princeps sit solutus legibus?*

IX. *An Princeps, jus alicui quæsitum adimere possit, ex plenitudine potestatis; sine causa publicæ utilitatis?*

X. *Unde vocabulum vindicta in §. 1. mul-*

tis autem modis. Instit. de Libertin. origi-nem sortiatur?

THEOREMA I.

An milites Doctoribus Juris præferendi?

NOn armis solùm, sed etiam legibus Rempubl. bene constitutam esse oportet, §. 2. *proœm. Instit.* unum enim alterius ope indiget, *l. 1 de Justin. Cod. confirm. & arg. l. qui restituere 68. pr. ff. de rei vindic. Nov. 25. de Prætore Lycaoniæ, cap. 2. in fine princ. verbis,* quis hunc magistratum non exhorreat, tum ut quæ lex jubet, facilè ordinet; tum verò, si quid de lege violetur, ut hoc armis corrigat. item *Novell. seq. 26. cap. 2.* Sed cùm inter mechanicos non solùm, sed etiam nobiles artifices magnum sit discrimen, *l. inter 31. ff. de solut.* dum artificium unius præstabilius altero esse videtur, idem quoque in scientiis bonarum artium evenire solet, præsertim si togatam militiam cum armata conferamus; in qua re anceps quæstio emergit, quæ militia præpolleat, & an milites Doctoribus Juris, an verò hi illis præferri debeant?

Pro militibus hæ rationes pugnant.

Primò bella pro amplificandis, defendendis ac conservandis imperii finibus plerunque suscipiuntur, adversus hostes; ac propterea alter sanguis dicuntur *in l. advocati 14. C. de advo-*

catis

catis diverſ. judicior. ubi gloſſ. in verbo vitam. Dn. Gœdd. ad l. 3. §. 1. n. 7. ff. de V. S. Horum igitur reſpectu utplurimum major ratio militum habenda eſt.

Secundò, majora & graviora pericula ſuſtinent; dum vitam negligunt, omniaque derelinquunt, ut patriæ ſalus quæratur; dubium igitur eſſe non videtur, eos maximè præſtare.

Tertiò, quia vita eorum perennis habetur, *§. 1. in fine. verb.* milites enim qui pro patria moriuntur, in æternum vivere intelliguntur, *Inſtit. de excuſ. tutor. Cic. in Planciana*; Qui pro Republica (inquit) vitam tradiderunt, nunquam mehercule eos mortem potiùs, quàm immortalitatem aſſecutos putavi. *Item Philip. 9.* His majores noſtri, qui ob Rempubl. obierant mortem, pro brevi vitâ diuturnam memoriam reddiderunt.

Quartò, id ipſum etiam comprobatur *l. 1. C. de offic. vicarii.* Ideoque dubitandum non eſt, quin miles præferri debeat ipſis juris Doctoribus.

Sed relictâ priori ſententiâ, contraria veriſimilior eſt, juris Doctores militibus longè præferri, ſequentibus de cauſis.

Primò: Quorum major autoritas, iis etiam major honor debetur, *cap. Iſidorus. diſtinct. 16.* At Juriſconſultorum major ſemper eſt autoritas, juris enim ſacerdotes dicuntur *in l. 1. §. 1.*

ff. de just. & jur. & Cicerone teste, de Oratore. Oraculum domus eximii JCti habita est; sic Bartoli opinio, ut idolum, adorari solet, *teste Baldo & Raph. Cuman. in auth. nisi breviores. C. de sent. ex brevit. recit.* Ideò pars Principis corporis sunt, *ut in l. quisquis 5. C. ad L. Jul. majest.* viri illustres, *l. providendum 7. C. de advoc. divers. judicior.* Sic Ulpian. ad eam autoritatem pervenit, ut Imperator illum amicum suum vocaret, *l. secundum. 4. C. de contrah. vel committ. stipul.* qui initio tutor, deinde consiliarius, tandem præfectus prætorio fuit, propter exquisitam juris scientiam. Hinc est, quòd Professor, qui viginti annis in Academia docuit, pro Comite habeatur, & Domini Comitis titulo gaudere possit, ut tradit Jason *in leg. 1. num. 10. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisdict. Bronch. in l. 1. C. de profess. gl. in §. 1. Instit. procem.* in verb. *armis decoratam.* Sed quid de militum & ducum belli autoritate ex Jure dicere quis potest, textus est *in leg. militares 16. C. de re milit.* ubi à civilibus curis & negotiis separantur sub pœna amissionis privilegiorum. Cedant igitur arma togæ, concedat laurea linguæ; cùm nihil arma profutura sint nisi consilium sit domi, *Cicer. teste.* qui *lib. 1. offic.* inquit; Lacedæmoniorum Imperium multò plus Lycurgi legibus debere, quàm aut Pausaniæ aut Lysandri rebus gestis.

Secun-

Secundò, Quod alteri imperat, præstantius eo est cui imperatur. Sic anima corpore præstabilius bonum esse, quia illa imperet, & corpus parere cogatur; multis demonstrat *Philosophus*, 1. *Politic. ca. 5.* At leges imperium habent in arma, *Nov. 25. cap. 5. in fine.* Ergò ut leges armis præcellentiores sunt: sic Juris Doctor milite; quorum ille leges, hîc arma tenet.

Tertiò, Bona salutaria, quà verè talia, omnium saniorum consensu sunt expetenda; pernicioſa contrà removenda, *Arist. lib. 1. Ethic. cap. 2.* Sed in bello nulla salus, nullaq; bona salutifera sunt. Nam, ut est *in Orat. pro lege Manilia*, non solùm adventus belli, sed etiam metus ipse calamitatem adfert. Ex quo efficitur, bellum fugiendum & pacem expetendam, illamque præstare, ideoque etiam Jurisconsulti munus, quod in pace conservanda consistit, præstabilius est militum officio.

Quartò, *Nemo inficias ibit, JCti finem* longè præstantiorem esse, quàm militum: illi enim justitiam administrant, quæ constans & perpetua est, *l. justitia 10. ff. de just. & jur. §. 1. Instit. eod.* & virtus perfectissima dicitur *Nov. 161. pr.* & præstantissimum omnium bonorum, *Nov. 163. princ.* Belli autem eventus, incertus est; *hinc Seneca* licet omne tecum robur trahas, licet longè ac latè miles arma explicet, fortuna belli semper ancipiti in loco est.

Quintò, accedit quòd togati milites, & qui in foro causas agunt, vt Advocati, majori cum laude militent, qui glorioſę vocis munimine confiſi, laborantium ſpem, vitam & poſteros defendunt; quàm qui armis dimicant, *d.l. advocati 14. C. de advoc. diverſ. judicior.* Conſequens ergo eſt, juris Doctores militibus omnino præferendos.

Ad prioris partis argumenta, poſtremò reſpondendum eſt:

Primum itaq; argumentum nihil derogat illis, quæ pro dignitate & nobilitate Doctorum adducta ſunt. Nam & illi, pro amplificandis Reip finibus, majori cum laude dimicant, dum pacis commoda promovent; quàm milites in caſtris, qui vi & manu militari plurimas miſeriarum clades, pauperũ lacrumas concitant. Itaq; quemadmodũ major ratio pacis habetur quàm belli: ſic etiam major ratio togatorum, quàm armatorũ militum habenda erit. Quòd verò bella alter ſanguis dicuntur *in d.l. advoc. gl.* illud accipi debet de nervis belli, & militibus fortibus, aliſve neceſſariis requiſitis; non verò de quovis bello, temerè ſuscepto. *Dn. Gœd. d. loco.* Itaq; hæc nihil efficiunt, ut armati togatis præferantur.

Secundò planè negatur, quòd is præſtantior ſit, qui majora pericula perpetiatur, quàm is qui parva vel omninò nulla: cùm fures, latrones & alii ſceleſti homines ſæpius in vitæ diſcrimine conſtituti ſint, quando ſe in facinore deprehendi poſſe

posse putent; ab omni tamen honestate alienissimum est, si aliis præferantur.

Tertiò, quòd dicitur, milites perpetuò vivere intelligi, *d. §. 1.* hoc ideo fit, quando pro patria vitam amiserunt, pugnandoque benè se gesserunt; quo casu vivere intelliguntur: quemadmodum contrà per vituperium quis mortuus fingitur, *l. 1. §. filiũ 8. ff. de bon. poss. contr. tab. l. cùm hic status 32. §. si donator 6. ff. de don. int. vir. & ux.* non tamen propterea togatis militibus præferri debent; cùm non minora virtutum elogia & præconia, sed longè majora illi mereantur; ut jam ostensum.

Denique *d. l. 1. Cod. de offic. vicarii* non resistit; Quamvis enim bella naturæ contraria sint, tamen ex jure gent. descendunt; ideoque ut distinctionem recipiã quodammodo, dico maiorem rationem militum armatorum haberi, si bellum ad defensionem patriæ & civium salutem susceptum sit; sin verò simpliciter de præstantia Doctorum juris & Ducum belli quæratur, tunc absq; dubio Doctores juris Ducibus belli præferendi sunt, *d. l. 1.*

THEOREMA II.

An justitia divina vel humana definiatur ab Imperatore in princ. Inst. de J. & J.

CErtum est multa in jure civili tractari, quæ ad cultum divinum necessaria sunt, *ut ea*

tit. Cod. de sacrosanctis Ecclesiis, de summa Trinitate, de Episcopis & Clericis, & aliis in locis innumeris; præterea etiam tota hæc scientia juris est, cujus periti meritò sacerdotes dicuntur, *in l. 1. ff. de just. & jure.*

Hinc quæstio exoritur, num Justitia divina, an verò humana, *in princ. Instit. de just. & jur.* in considerationem veniat. De divinâ affirmantium sententia his nititur rationibus.

Primò, non dubitandum, ajunt, eam hîc justitiam definiri, cujus sacerdotes JCtos esse traditur *in d. l. 1.* & cujus templum sanctissimum esse prædicatur *in l. 1. §. cùm hac 5. & l. 2. §. ne autem 20. Cod. de vet. jure enucl.* At humanarum virtutum nulli sacerdotes, nullaque sacra templa extructa sunt. Consequens ergò est, divinam non humanam justitiam definitam esse.

Secundò: Nihil in homine stabile firmumq; est, nullaq; perpetua voluntas, *c. 24. vers. 16. Proverb. cap. septies 24. de pœnit. dist. 3. l. quod si 4. ff. de adim. vel transfer. legat.* cùm tamen justitia hîc definiatur constans & perpetua voluntas. Ergo &c.

Tertiò, Divina justitia ea est, quæ unicuique suum tribuit; & dat venienti manè, quantum venienti serò; & rationem esse dicunt, quòd Ecclesia semper teneat gremium apertum, *c. super eo. de hæretic. lib. 6. l. fin. in fine. C. de summa Trinit. & fide Catholica. l. Manichæos 4. Cod. de hæretic. & Manich.*

Manich. Notari autem debet, in eo, quod dictum est, divinam justitiam tantum dare manè venienti, quantum serò; ibi non hominem, sed ipsum DEUM æquitatem secutum, & quod justum erat, unicuique tribuisse, *Matth.* 20.

Quartò, Huc facit quod *Marcian. tradit in l. nam & 2. ff. de ll.* Leges esse inventum DEI, *Accurs. d. loco. Hotom. dominus Vult. ibid. & in Idea jur. log. pag.* 10.

Sed contraria sententia veritati similior est, sequentes ob rationes.

Primò, quia autor hujus definitionis *Simonides* & quem *Ulpian.* secutus, divinam justitiam penitus ignorarunt.

Secundò, non alia definitio justitiæ *in d. princ.* adfertur, quàm quę *in Nov. 69.* inter virtutes humanas connumeratur, & inter omnes reliquas perfectissima dicitur.

Tertiò, quod nullis hominum meritis contingat, ut quis justus reputetur: sed ex solius Dei clementia & benignitate proveniat. *Montan. hic. Don. 2. com. 1.*

Quartò, justitia divina requirit & internam & externam obedientiam: *Matth. 6. vers. 5. Matth. 22. vers. 37. cap. si quid 14. quæst. 5.* Justitia verò civilis externâ tantùm obedientiâ nititur, *l. cogitationis. 18. ff. de pœn.*

Ad argumenta superiora, quæ sententiæ huic adversari videntur, hoc modo responderi potest.

Primò, quòd dictum est eam hîc justitiam definiri, cujus JCti Sacerdotes dicuntur *in d.l.1.ff. de just. & jur.* Rei autem sacræ dicuntur sacerdotes; Ergo divinam definiri justitiam. R. Hoc non ideo fieri, quasi rei divinæ tantum Sacerdotes dicerentur, sed catachrestico s, abusivè, vel homonymôs; quemadmodum nec illud propriè accipiendum, quod de justitiæ templo *in d. l. 1. §. 1. Cod. de vet. jur. enucl.* dictum est. Nam eâdem etiam ratione leges sacratissimæ dicuntur *in leg. 9. Cod. de ll.* quarum Jurisconsulti antistites sunt, non quòd eodem modo sacræ sint, ut in Decalogo ab ipso Jehova traditæ; sed quòd illis non absimiles sint, utpote ex quibus dependeant.

Secundò; quòd adfertur, nullam in homine stabilem & perpetuam esse voluntatem, quæ *in d. princ.* justitiæ definitionis requiratur, non igitur humanam sed divinam justitiam definiri. R. Habitum justitiæ homini non deesse; sed eidem, ut δύναμιν videndi oculo, inesse, etiamsi quis non videat; ideoque voluntas hîc ponitur pro habitu justitiæ; ut habitus quidem ex actionibus præcedentibus adquisitus justa agendi, homini non desit; quòd si verò ex habitu non agat, id fit κατὰ συμβεβηκὸς, per accidens, & malè agendi cupiditate.

Tertiò, hanc sententiam nihil quidquam juvat, quando dicunt, Iustitiam divinam tribuere unicuiq;

unicuiq; quod suum est, idque exemplo *Matth. 20.* ostendunt, ubi paterfamilias unicuique dat, quod æquum est, & tantum manè quantum serò venienti. R. Verum esse, justitiam unicuiq; suum tribuere, non solùm divinam, sed & civilem; quod verò de patrefam. objicitur, in promtu est responsio, quòd is pro arbitrio suo res administrare possit, *l. nemo externus Cod. de judic.* Sed dices, non hominem, sed DEUM dicto loco *Matth. 20. cap.* æquitatem servasse. Nam hoc disertè refutatur ex principio *d. cap.* ubi ait Jehova: Simile est regnum &c. ubi simile DEUS de homine civili patrefam. proposuit; ideoque de ipso DEO hoc non asserendum est *dicto capite vigesimo.*

Denique ad illud, quòd LL. inventum DEI dicuntur, responsio desumi potest ex eo quod ad primum responsum est, quòd similes sint legibus à DEO datis.

THEOREMA III.

An Juris studiosus aliunde quàm ex jure civili Theologiam discere debeat?

SI Jurisprudentiæ definitionem paulò accuratiùs intueamur, intelligemus, eam veram esse jurisprudentiã, quæ nitatur tã divinis quàm hu-

manis rebus, *§. 1. Instit. de just. & jur. l. justitia 10. §. fin. ff. eod.* unde juris sacerdotes JCti dicuntur, *d. l. 1. §. 1. ff. d. tit.* qui tam in divinis quàm humanis rebus notitiam certam tenere debeant, *d. l. 1. §. huius 2.* unde quæritur, An juris studiosus aliunde, quàm ex libris juris civilis Theologiam discere debeat? quod negat Accurs. *in gl. d. §. 1. Instit. de just. & jur.* ob hanc causam.

In toto jure civili abundè satis de divinitate sancitum esse legimus, cumprimis verò *in Cod. Justiniani tit. de summa Trinitate & fide Catholica, tit. item de sacrosanct. Ecclesiis, de Episcop. & Cleric. item de haretic. & apostatis Manichæis* & similibus, in quibus titulis satis superq; de cultu divino tradi existimat.

Secundò accedit, quòd integer sæpè versiculus, vel integrum dictum in Novellis comprehendatur, *ut Ezech. cap. 18. v. 23. & 33.* ubi Propheta: Nolo mortem peccatoris, sed ut convertatur & vivat: quod congruit cum anterioribus *versic. 23.* In *Nov.* autem *77. præfatione*, eadem propè verba repetuntur; Sic præcepta quædam Decalogi hinc inde in jure repetita legimus: ut in secundo præcepto, Non facilè juramentum præstandũ, *Ex. 20. v. 2.* Cui convenit *Nov. 77. c. 1.*

Verùm cùm his non tota Theologia absolvatur, nec ea ex jure civili peti possit; scientiæque diversæ multò minus inter se confundi debeant; æquior est contraria sententia.

Primò

Primò enim, DEUS nunquam ex toto juris Oceano cognosci potest, ut ex sacris Bibliis; nec enim in jure ostenditur, Christum esse, qui constet duabus naturis, divinâ & humanâ, & quòd DEUS unus in essentia, trinus sit in personis: item pauca, nec plenè de officio Christi Salvatoris nostri, cõprehenduntur; ideoq; DEUM verè ex jure civili cognosci posse, difficile & τῶν ἀδυνάτων est.

Secundò, sacra scriptura est, in qua vitam æternam habemus, & non aliâ ratione ad DEUM pervenire possumus, quàm per eam, *Johan. cap. 5. v. 38. & seq.* Jam verò ex jure civili nemo salutem petere poterit, nec ab eo salus nostra dependet. Falsum igitur omninò, ex jure civili veram DEI cognitionem, veramq; Theologiam desumi posse, CL. *Conradus Rittershusius, Præceptor meus piè defunctus in Synopsi ff. de jure privato cap. 1. Jacob. Omphal. lib. 2. c. 2. de usurp. leg.*

Superest, ut Glossæ respondeatur. *Respondeo igitur, glossam recipiendam non esse; & id omninò negatur*, quod *Accurs.* asserit, Jurisperitum in juris nostri libris omnia invenire, quæ ad Theologiam pertineant. Nam præterquam, ut suprà attigi, quòd personarum in DEO proprietates difficulter vel nunquam ex corpore juris cognoscamus; nihil in eo de sacra Cœna, unde animæ solatium quæritur; nihil de remissione peccatorum, nihil vel perexiguum, de passione & morte Domini nostri; quæ tamen omnia

Christiano homini necessaria sunt, si ad æternam gloriam & majestatem adspirare velit. Non igitur ea quæ ad salutem nostram necessaria sunt, ex Ulpiani, Papiniani vel Imperatorum responsis cognoscenda sunt.

Nec est, quòd dubium moveat, quòd dictum unum alterúmve, aut etiam plura in Jure, sacris literis consonent; nam illis tota Theologia non absolvi potest: quando pia DEI quædam meditatio, Ethnicis instinctu naturæ in mentem venit, quæ dictis S. Scripturæ quibusdam conveniat. Nam plura alia præter hæc necessaria sunt, de quibus veri Theologi consulendi. Plura igitur hîc transferre supersedeo, ne falcem in alienam messem immittere videar.

THEOREMA IV.

An præstet veteres leges abolere, an verò eas integras conservare?

FAciliùs bonum aliquod tollitur, quàm res melior introducitur, dum eâ in commodiorem statum redigere laboramus; id quod multis in causis perspicitur, maximè verò in abolitione legum; ideoque meritò quæri posset: An præstet veteres leges abolere, an verò eas integras conservare? Abolendas esse, nonnulli sequentes propter rationes volunt.

Primò,

Primò, *Aristotele teste in Politic. cap. 8. lib. 2.* quemadmodum in aliis artibus & scientiis magnis & variis mutationibus ad perfectionem pervenimus; ut in Medicina & gymnastica, ubi Philosophus docet, longè aliam in iis scientiam esse, quàm veterum; idem ergo in legali scientia observandum esse. Huc facit *Cic. illud in Orat. pro L. Manilia*, quòd ad diversos casus temporum & actionum, diversæ quoque rationes adhibendæ sint.

Secundò, *si in Græcia subitæ mutationes legum fuerunt utiles & accommodæ, cur non in aliis Rebuspub.* mutatio veterum legum salubris esset? Nam Græci olim in media pace armati incedebant, quod *Thucyd.* abolevit; hinc Poëta,

Vesane in media pace quid arma geris?

Item Græcorum consuetudo fuit, uxores velut equos à parentibus emere, quod salutari consilio postea abolitum est.

Tertiò, *hoc confirmatur l. non omnium 20. ff. de ll.* ubi Julianus ait: Non omnium quæ à majoribus nostris constituta sunt, ratio dari potest. Cessante igitur ratione, cessat ipsa lex; quæ cùm non observetur, meritò aboleri potest.

Quartò facit, quòd leges à voluntate pendeant. Voluntas autem hominis mutabilis & ambulatoria est usq; ad supremum vitæ spiritum, *l. cùm hic status 32. §. pœnit. ff. de donat. inter vir. & ux.* In tanta igitur varietate, & ppè dixerim con-

trarietate, salubre esse videtur, leges antiquas tanquam inutiles abrogare, *l. de quibus 32. ff. de ll.* Sed contraria sententia verior esse videtur, propter sequentes rationes.

Primò, inter duo mala minus malum eligendum est. Cùm igitur hîc duo occurrant mala, tolerabilius est, legislatorum quosdam defectus ferre, quàm subditis inobedientiæ ansam præbere; qui ex tam facili legum mutatione moti, nulli amplius parerent. *Sic in Repub. Spartanorũ, Locrensium*, veteres leges conservatæ, adeò ut collo in laqueum inserto facere novam legem quis cogeretur: *hinc Lycurgus* legibus à se promulgatis æternitatem dedit: cujus mors eam comprobavit: *sic in Romana Repub.* veteres leges conservatæ sunt; quamobrem *Ennius* Romanos commendat; inquiens: *Moribus antiquis stat res Romana virisq;. Hinc Liv. contra L. Oppia abrogationem*; Quam adcepistis, iussistis, vestris suffragiis legem: quam usu & tempore tot annorum, & experiendo comprobastis, hanccine abrogabitis? At vos nescitis, unam negligendo tollendoque legem omnes infirmari. *Leges enim in homines, non verò homines in leges habent autoritatem; cuidam Pausanias, de vitiis mutationum respondit.*

Secundò, quia hac ratione expungerentur ea, quæ certâ ratione firma & stabilita esse debent, *l. & ideò 21. ff. de ll.* cùm tamen nullo modo tolli debeant

debeant, *l. minimè 23. ff eod.* Ad effugienda igitur alia mala, sæpè leges antiquiores ad posteriores referri debent, *l. non est novum 26. cum l. seq. ff. d. t.*

Tertiò accedit, quòd multis malis occasio daretur, & mutatione legum fraudes crescerent, & plebs incertitudine rerum hinc inde distraheretur, modò in hanc modò in illam sententiam propenderet. Atq; ita legum mutatio non facilè admittenda, nisi necessitas & salus populi, quæ suprema lex esse debet, id requirat.

Superest ut anteriora argumenta considerentur, iisdemque responsiones adjungantur.

Primum sumitur à mutatione medicæ & gymnasticæ scientiæ, in quibus quanta mutatio interveniat, artificibus earundem relinquitur ut cognoscant: constat tamen, has scientias à legali longissimè vel toto cœlo separari, ideo à separatis ad separata nulla est argumentatio: *l. Papinianus 20 ff. de minor. vig. ann. l. ult. ff. de calumniat. l. eum actum 17. ff. de negot. gest. l. qui fundum 7 §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emtore. cum similib.*

Secundò, mutationum legum Græcarum certæ causæ fuerunt, & cùm alia ratio sit legum, quibus jam utimur, quæ omninò rationabiles sunt; Græcorum verò, ex maxima parte per se inutiles & irrationabiles; quales sunt, tempore pacis cives arma gerere, uxores ut equos à parenti-

bus emere; quæ nocumento magis Reipub. sunt quàm eidem commodarent; ideò hæc omnia excedunt terminos theorematis hujus, ubi de salutaribus legibus sermo est; nam *Cic. teste 2. de LL.* suprema lex, salus populi esse debet; finis enim legum est, ut emendentur vitia, & propagentur virtutes; ideoq; cùm dictæ LL. Græcorum primò introductæ, huic fini non respondeant, huic theoremati parùm inserviunt: cùm abusu rei sublato salva adhuc superstit substantia ejus.

Tertiò perperam adducitur *d. l. non omnium 20. ff. de ll.* Nam quod ibi dicitur, non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, rationem reddi posse, accipiendum est, quòd non à quovis ratio reddi & inveniri possit, cùm nulla sit lex absq; ratione, *t. tit. ff. de ll.* & lex quamvis dura servari debeat, *l. prospexit 12. ff. qui & à quibus manum. ff. lib. non fiunt.*

Denique verissimum est, leges varias esse, adeò ut inter se non solùm pugnare videantur, sed etiam juxta quorundam sententiam reipsâ contrarientur; cùm tamen nullam antinomiam Imperator reliquerit, quæ non subtili animo leniri possit, ut ipse testatur *in l. 2. §. contrarium autem 2. Cod. de vet. jur. enucl.* Et posito leges verè contrarias dari, vel etiam diversas; non tamen continuò efficitur, eas abrogandas esse; cùm multis juris casibus inservire possint, juxta illud: *Et quæ non prosunt singula, multa juvant;*

Et,

Et ex oppositis veritas eluceſcat, quemadmodum ferro viam aperit, qui per contraria ſcandit.

THEOREMA V.

An omni jure tutela proprii corporis permiſſa ſit?

SI animal quoddam alterum ad certamen provocarit, & provocatum illud à tot morſibus & aggreſſionib⁹ tutũ eſſe nequit; quidquid commiſit adverſus alterum, pro defenſione ſui feciſſe exiſtimatur; juxta illud *Propertii*:

Non ſolùm taurus ferit uncis cornibus hoſtem;
Verùm etiam inſtanti læſa repugnat bovis.

Et hinc eſt, quòd nec dominus arietis vel bovis provocati ab altero, de occiſo animali teneatur actione de pauperie, *l.1.§.11.cũ arietes ff.ſi quadr. paup.fec.dic.* Si igitur in brutis animantib⁹ ratione carentib⁹ hoc licitũ ſit, cur non idẽ in homine obtineret ratione præ illis excellente? vim vi enim repellere, omnes leges & jura concedunt, *l.ſcientiam 45.§ qui cùm aliter 4.ff.ad l.Aquil.* & quòd quisq; ob tutelã corporis fecit, jure feciſſe cenſetur, *l.ut vim 3 ff.de J.& J.& ibi Dec.n.15.* Aggreſſus igitur de aggreſſore interemto nõ conveniri põt, *l.Corn.de ſicar.* modò provocat⁹ ſe moderamine inculpatæ tutelæ defendit. At ne nimis manifeſto ore hæc dicantur videndũ eſt; ſunt enim

nonnulla, quæ contrarium potiùs verisimile esse arguunt.

Primò ex jure divino; *Rom. cap. 12. v. 17. 18. 19. ubi persequentib⁹ nos benefacere debemus: Matth. 5. v. 38. 39. & seq.* ubi Christus præcipit; si quis alterum percusserit in dextram maxillam, tunc etiam alteram percussus præbere debet; & plura alia quæ ibidem videri possunt.

Secundò, ex jure Canonico *cap. 2. interfecisti. de homicid.* ubi moderamen inculpatæ tutelæ interdictum volunt.

Tertiò, quia legibus non videtur indultum esse se defendere, sed debere unumquemque id æquo animo ferre, quod sibi illatum est, *l. qui restituere 28. ff. de rei vindic. l. si quis missus 3. ff. ne vis fiat ei &c.* ubi ab executione vi factâ non licet se defendere.

Sed ad inceptum propositum revertor; hanc corporis tutelam jure non improbari existimans, si cum moderamine inculpatæ tutelæ fiat. *l. 1. C. unde vi l. 2. l. 3. C. ad l. Jul. de sicar.* in quo tria necessariò requiruntur à *Dd. in d. l. ut vim vi 3. ff. de just. & jur.*

Primò, ut injuriæ propellendæ causâ, non autem vindicandi aut ulciscendi animo fiat, quatenus necessitas nostri aut nostrûm exigit.

Secundò, ut actutùm, illicò & nullâ morâ interpositâ fiat, *l. quod est 3. §. cum igitur 9. l. qui possessionem 17. ff. de vi & vi arm. l. qui scientiam 45. §. 4.*

45. §. 4. ff. ad l. Aquil. Gail. lib. 1. de pac. publ. 16. num. 12. & latiùs num. 17. Nec hîc de armorum paritate controversia movenda, cùm in vitæ periculo quis constitutus, arma hostis metiri nequeat: *facit l. si quis 3. l. 4. Cod. ad l. Cornel. de sic. l. sed etsi 5. ff. ad l. Aquil. cum similib.* Nec etiam quispiam, primum ictum expectare tenetur; melius enim est occurrere, quàm exitum vindicare, *l. sed si quemcunq. ff. ad l. Aquil.* insultatus enim media ex parte periisse videtur, quod Italico proverbio dicitur: *Huom assaltato, mezo perduto. Gail. lib. 2. obs. 110. num. 11. Tertium* requisitum est, si vitæ periculum quis nullo modo effugere possit, nisi adversarium occidat, *d. l. scientiam, §. 4. Nemes. Carol. artic. 140.* & hoc moderamine adhibito homicidium excusatur tam jure fori quàm jure poli. *Covarruv. ad Clem. unic. de homicid. Cujac. lib. 5. obser. cap. 18. Don. 1. com. 8.*

Secundò: In sacris etiam non prohibitam esse defensionem sui corporis, patet. DEUS enim ad vindicandas injurias magistratum dedit. *Prov. c. 24. v. 11.* Ubi ergo magistratus auxilium propter præsens periculum implorari nequit, ibi concessa videtur privata defensio. DEUS enim ἀταξίας autor non est.

Diluenda est denique contraria sententia, & ad superiora argumenta respondendum.

Primò itaq;, quod ad dicta ex jure divino depromta attinet, respondeo, illa intelligenda esse

de vindictæ cupititate, cùm seipsum ulciſci quis cupit; quæ ultio ipso jure interdicta est; Quòd autem DEUS ipse legitimam defensionem non prohibuerit, patet ex jam dictis.

Secundò, ad *c. 2. interfeciſti. de homicid.* respondendum est, ibi non improbari legitimam corporis defensionem cum moderamine inculpatæ tutelæ factam; sed illud, quòd tria requisita dicti moderaminis non observata fuerint ab eo, qui vim vi repellere volens modum excesserit. Ergo à contrario, si observata fuerint tria illa requisita, justa defensio non interdicitur.

Tertiò *in d. l. restituere 68. ff. de rei vindic. & l. si quis missus 3. ff. ne vis fiat.* agitur de publica violentia, si quis in possessionem missus nō admittitur; tunc enim non propriâ authoritate & vi ingredi possessionem debet, sed potestate ejus, qui eum misit in possessionē. Distingui igitur debet inter vim à privato factam, & inter publicam; Prior permissa est, attentis prædictis requisitis; Posterior non item, Bē. *in d. l. ut vim. ff. de* J. & J.

THEOREMA VI.

An hosti fides data sit servanda?

NUlla fides nobis cum iis intercedere videtur, qui vitæ bonisque nostris insidias struunt; dolus enim vel virtus, quis in hoste requirat? Quòd si tamen hostis fœdera pacis inire cupiat, fidemq;

fidemq; se servaturum sanctè polliceatur; deinde, si petitionibus victi fidem homines hosti dederint, quæsitum est, an servanda sit? quod nonnulli negant, sequentibus moti rationibus.

Primò, quòd perinde sit in bello, sive dolum, an virtutem quis cum hoste exerceat, juxta dictum jam adductum *Ammian. Marcellin. lib. 17. l. nihil interest. 26. ff. de capt. & postlim. reversi.* Et hinc est, quòd dolus bonus fuerit apud antiquos, *l. 1. §. 2. ff. de dol. mal.*

Secundò, desumitur argumentum ex *l. 1. ff. quod met. caus. ubi Prætor:* Quod vi metúsve causâ gestum est, ratum non habebo. Sed fides hosti data videtur pactionibus violentis, metuq; coactis iniri. Ergo servanda non est.

Tertiò, fortiter probare videntur hanc sententiam *l. 3. C. ad l. Corn. de sic. l. 1. & 2. C. quando lic. unicuique* &c. ubi concessum est, latronem aut transfugam propriâ authoritate occidere. Ergo cum *his* nulla fœdera fidei constituenda sunt.

Quartò, deducit *Udalricus Zas. ex l. non solùm 2. C. de commerc. & mercat.* ubi dicitur, si apud barbaros aurum inveniatur, *illis* eripiendum. Ergo nulla fides illis habenda.

Quartò accedit, q̃ unicuiq; concessum sit, sanguinẽ suũ quovis modo redimere, *l. 1. ff. de bõ. eorũ q̃ ante sen. Bart. & Jas. in l. 5. ff. de pact. Zas. d. loco.*

Verius tñ est, fidem aut non dandam; aut datam hosti servandã esse ꝓpter sequentes causas.

Primò: Cum quibus jus gentium commune est, cum iis fides & pacta sunt communia, *Hotom. illust. quæst. 7. Giph. disp. de pact. th. 5. & duab. seq.* At cum hostibus, peregrinis, est jus gentium commune, *l. ult. ff. de legat. l. sunt quidam 17. ff. de pœn. l. pen. ff. de bon. damnat.* Ergo &c.

Secundò, congruit hæc sententia cum sacris literis, *Josuæ c. 9.* ubi is cum hostibus Gabeonitis fœdera pacis iniit; & quamvis callidè ab iis circumventus, tamen fidem semel datam rumpere noluit, & in perfidiæ crimen incidere: item *2. Paralip. c. 36. v. 13.* ubi improbatur factum Sedeciæ, quòd juramentum fidei præstitum Nabuchodonosori, violaverit. *August. epist 1.* inquit: Fides quando promittitur, etiam hosti servanda est.

Tertiò facit, quòd juramentum semper sit servandum, ubi servari potest sine interitu salutis æternæ, *c. si verò de jurejur. & Dd. in l. si quis quis persuaserit. ff. de furt. & in l. quòd verò contra. ff. de ll.* Cavendum igitur, ne quis fiat homicida animæ suæ. *Dec. in l. ea est natura 65. in fine. ff. de R. J.*

Quartò, comprobatur hæc sententia omnium nationum institutis, & communi omnium consuetudine; ut *Ciceroni* visum est, *3. Offic.* ubi plura in medium exempla adferuntur *de Attilio Regulo, qui relictis liberis, uxore bonisq; omnibus, ad hostes reversus*, etsi duram mortem præparatam sibi cognosceret, tamen fidem datam hostibus frangere noluit; item exemplum illustre *de Lucio Manlio*

Manlio Auli filio recenſet; toramq; hanc rē fusiùs explicat Hoto. *d.l. loc. Giph. d. disp. de pact. th. 5.*

Jam argumenta ſententiæ huic contraria expendenda ſunt, & ad illa reſpondendum.

Nam quod primò adfertur, quòd in bello par ſit ratio, an dolum vel virtutem quis ſequi velit, propterea quod veteres etiam dolum bonum eſſe docuerint &c. Ad hoc dicendum, quòd verum ſit, poſſe quem fallaciis & dolis in bello uti, ex *d. l. nihil 26. ff. de captiv. & poſtl. reverſ.* Sed hoc intelligendum eſt, niſi fœdera pacis inita fuerint, quibus initis, dolis & technis non adhuc locus ſupereſt; ne in perfidiæ notam duces belli, cum quibus pax conſtituta, incidant.

Secundò, *d. l. 1. ff. quod met. cauſ.* accipienda eſt de pactionibus & aliis conventionibus inter cives vi metúve geſtis, quæ ratæ eſſe non debent. Secus verò ſe res habet in bello, quando cum hoſte fidei pacta interceſſerunt, non vi, ſed ſponte.

Tertiò, quòd adducunt *l. 1. & 2. C. quand. lic. unicuiq; &c. & l. 3. C. ad l. Cornel. de ſic.* ubi jure permittente transfugam aut latronem occidere poſſumus, nullam enim iis fidem dedimus. Secus verò eſt, quando hoſti dedimus.

Quartò, Zaſii argumentum ex *d. l. non ſolùm 2. C. de commer. &c.* deſumptum, videtur perexiguum; quia ex ea probari nequit, Barbaris ante ereptum aurum fidem datam eſſe, ideo ſententiæ huic nihil officit.

Deniq; quod traditum est, unicuiq; concessum esse, sanguinem suum quovis modo redimere, *d.l.1.ff.de bon.eor. qui ante senten.* illud accipiendum est secundùm subjectam materiam, nimirum in criminibus capitalibus, ubi unicuiq; conceditur, sanguinem suum transigendo redimere, *d.l.1. & l.transigere 20. C. de transact.* non autem extendendum ad præsentem quæstionem; cùm datâ fide & pace constitutâ non facilè ad arma devenimus, ut sanguinem redimamus; ne perfidiæ crimen committamus, & bello noviter manum porrigamus.

THEOREMA VII.

Scriptura an sit de substantia legis?

DE veterum Lacedæmoniorum legibus scribit *Plut. in Lycurgo*, quòd in scripturam eæ non fuerint redactę. Item *Cic. in Orat. pro Flacco*; & etiam notavit Imperator *in §. & non inelegan-ter. 10. Inst. de* J.N.G. & C. Lacedæmonios leges potiùs memoriæ mandasse. Hinc justa dubitandi ratio est: An scriptura sit de substantia legis? Sunt nonnulli qui id asserant ob sequentes causas.

Primò, à deductione vocabuli legis à legendo, teste *Isidoro lib.5.orig.seu Etymol.c.3.* Jam autem nihil legi potest, nisi priùs scripturâ comprehensum sit; exinde sequitur necessariò, legis scripturam essentiam facere.

Secundò

Secundò hoc confirmat §. 11. *Instit. de rer. divis.* ubi civilia jura tunc demum cœpisse dicuntur, cùm civitates conderentur, magistratus crearetur, & leges scribi cœpissent. Quò facit *l. de quibus 32. in verbis, scriptis legib. l. sed & ea 35. verb. quæ scripta sunt jura. ff. de ll. & multis aliis.*

Tertiò; Per *l. 2. in fine. C. de frum. urb. Const.* ubi æneis tabulis leges incidi jubentur.

Quartò, quòd jus scriptũ aliud dicatur, aliud verò non scriptum; & ad jus scriptum pertinent leges, tanquam species ad suum genus; §. *constat. Instit. de* J. N. G. & C. *l. jus civile 6. ff. de* J. & J.

Quintò, Sententia inefficax esse perhibetur, nisi feratur in scriptis, *Nov. 82. de jud. c. audient. 5. & ibi gl. & l. 1. C. de sent. ex peric. recit.* Ergo multò minùs lex valida erit sine scriptura.

Sextò, ad essentiam legis maximè requiritur, ut dictetur, *l. hum. 8. C. de ll.* Dictare autem est, sensim aliquid in scripturam redigere. Igitur lex omninò scripta esse debet, scripturaq; necessariò requiritur. *Wes. in paratit. ff. de LL. n. 5. & alii.*

Negantium sententia tamen verior est; scripturam essentiam legis non constituere; propter has rationes.

Primò, quia, ut suprà tetigi, Lacedæmoniorũ leges non fuerant in scripturam redactæ; & prohibitum etiam seriò fuit illas scribi, sed memoriter addiscendas esse, & recitandas tanquam necessarium quoddam carmen: sic enim inviolatæ

permanebant, si non tabulis æneis, sed mentibus hominum imprimerētur. Quod si igitur scriptura essentiam legis constitueret, consequetur, illas leges non fuisse, quod tamen falsum est, *d. §. & non ineleganter 10. Instit. de* J. N. G. & C.

Secundò. Si essentia legis esset scriptura, tunc non etiam aliis competeret; forma enim soli formato inest. Sed attribuitur etiam aliis rebus, literis, instrumentis, libris, *l. contrahitur 4. ff. de pign. & hypoth. l. in re 4. ff. de fide instrum.* Ergo scriptura essentiam legis non perficit.

Tertiò: Si scriptura est de essentia legis, aut erit forma, aut materia, aut adjunctum essentiale. At non est forma, nec materia, neq; adjunctum essentiale; plures enim modi non dantur quibus de substantia rei aliquid dicitur. Ergo non est de essentia legis scriptura. Forma legis scriptura non est, quia, ut modò dictum, ea etiam aliis rebus accommodari potest; cùm una res per naturam plures formas habere nequeat, *Zab. lib. de gen. & corrupt. c. 2.* Non etiā materia esse potest, scriptura; est enim materia aut ex qua, aut circa quam. Materia ex qua esse nequit legis scriptura, cùm lex sit accidens aliquod; nec etiam materia circa quā, cùm ea sit in personas res, & actiones, *l. 1. ff. de stat. hom.* Tertiò essentiale adjunctum scriptura legis esse nequit, cùm non omni, nec soli, nec semper legi competat.

Quartò, leges dicendo conduntur, *l. in omnib. C. qui*

C. qui bon. ced. poss. Don. 1. com. c. 3. Nec tantopere repugnat *l. inter clar. 8. C. de sum. Trinit.* ubi scriptura loquitur; non enim protinus inferendum, scripturam essentiã legis constituere. Non enim propriè scriptura loquitur, sed cùm de sacra Scriptura dicitur, illam loqui, accipi debet, quòd loquatur per os Prophetarũ & Apostolorum; vel etiam dicitur loqui, si is qui eã legit, ploquatur.

Quintò probatur, quòd non scriptura, sed Principis voluntas legem faciat, *l. 1. in pr. ff. de constit. Princip. §. sed & 6. Instit. de J. N. G. & C.*

Sextò, hoc argumento convincitur, scripturam de legis essentia non esse. Aut enim scriptura est lex, aut nõ est lex. Si est, frustra ambigitur; si non est, sequitur, non Enti accedere Ens, ὃ ἄτοπον est. Consequens est, scripturam planè abesse posse à lege, *l. 2. §. postea 4. & §. ita in civitate 12. ff. de O. I.* Sequuntur hanc sententiam *Cyn. ad l. 1. C. de ll. Br. in l. 2. C. quæ sit longa consuet. Vacon. à Vacun. lib. 4. Don. 1. comm. cap. 3. Dominus Vultej. 1. de feud. 1. Domin. Arum. exercit. 1. thes. 16.*

Contrariæ opinionis argumenta superiùs in medium adducta jam refellenda supersunt, ut sententiæ hujus veritas eò magis eluceſcat.

Primò, quòd *Isidorus* legem ideò dictam ait à *legendo*, quòd lex scriptis comprehensa legi debeat; ei fidem non habeo, vel potiùs *Cic.* proprietatis latinæ linguæ parentis mentem sequendam puto; ideò legem dictam referentis,

quòd consensu populi lecta, id est, delecta sit, vel à ligando deducendam esse legem rectiùs; quòd omnis lex ad obedientiam homines obliget.

Quod secundò & tertiò dictum, leges in scripturam redactas esse, vel etiam æneis tabulis incisas esse; illud omninò negari non potest, leges scripturâ comprehendi posse, ut existant; non verò semper necesse esse scripturam intervenire. Est igitur scriptura de existentia, non verò de essentia, *Dom. Aruma. d. loco.*

Idem etiam dicendum, quod quarto loco propositum ex *d. §. constat. Instit. de* J. N. G. & C. & *d. l. 6. §. 1. ff. de just. & jur.* Nam ibidem jus scriptum separatur à non scripto, non quia necessariò scriptura intervenire debeat in constitutione, sed ut meliùs in notitiam hominum perveniant; idq; satis ostendit Imper. in seq. *§. & non ineleganter 10. Instit. d. tit. de just. & jur.*

Quintò, nullum firmum argumentum dúcitur à sententia judicis, (quæ scriptura ideo fieri debet, ut certa sit; ne postea in corrigendo, explicando, judex multum laborare debeat) ad legum substantiam; quia in legibus diversa ratio est, quæ consensu populi Romani, vel totius Imperii latæ sunt.

Sextò, nõ obstat *d. l. humanum. 8. C. de ll.* quòd lex dictari debeat: nam ibi forma sive ordo *d. l.* non est necessitatis, sed voluntatis, atque illius

omissio

omissio non vitiat. *Br. ibid. n. 1. Harprecht §. sed & quod principi ó. n. 37. Instit. de* J. N. G. *&* C.

THEOREMA VIII.

An Princeps sit solutus legibus?

NOtum est, tam ex veterum historiarum monumentis, *Justini, in Trogi Pompeii historiis lib. 1.* Populus, inquit, nullis legibus tenebatur, arbitria Principum pro legib. erant; quàm ex jure, populum Romanum omne imperium & omnem potestatem transtulisse in Imperatorem vel Principē, quo imperio Princeps totius mundi dominus efficitur, *l. deprecatio 9. ff. ad L. Rhod. de jact. l. 3. vers. qua autem differentia. C. de quadrien. præscript. Gail. de pace publica lib. 1. c. 11. n. 4.* Cùm igitur omnis potestas condendi leges sit penes Principem; quæri potest, an & ille legibus teneatur, an verò iisdem solutus sit? Et non teneri, seqq: de causis quibusdam placet.

Primò, quòd Princeps totius mundi dominus effectus sit, *d. l. deprecatio 9. ff. ad L. Rhod. de jactu.* & quia omnem teneat potestatem & omne imperium, *§. sed & quod principi ó. Instit. de jur. nat. gent. & civ. l. 1. ff. de constit. princip.* Idcirco Princeps non videtur legibus astrictus, *l. Princeps 31. ff. de ll.*

Secundò, Principi leges sunt concessæ, ut solutus sit ab eatū vi, *Nov. 105. cap. 2. §. fin.* in verbis,

omnibus autem à nobis dictis, Imperatoris excipiatur fortuna, cui & ipse Deus leges subjecit, *Cujac. lib. 15. obs. cap. 30.*

Tertiò comprobatur hæc sententia *l. bene à Zenone 3. in pr. C. de quadrien. præscript.* ubi omnia Imperatoris esse dicuntur. Cùm igitur tanta ejus sit potestas, ut omnia teneat; non videtur dubitandum esse, illum legibus exemtum esse, *d. l. Princeps 31. ff. de legib.*

Quartò, quia non agnoscat se superiorem, cùm eo ipso nihil sit superius nihilque majus, *l. Imperialis 12. in princ. C. de legib.*

Contraria tamen sententia verior est; Principem omnibus legibus solutum non esse, hisce de causis.

Primò, princeps jure divino nullo modo liberatur, *cap. non licet. dist. 10. cap. quæ contra. dist. 8. nam & lex inventum deorum dicitur l. 2. ff. de legibus.* Igitur non solutus est legibus divinis, nec etiam naturalibus, *l. eas obligationes 28. ff. de cap. dim. §. fin. Instit. de legitim. agnat. tut. l. sed de 2. §. 1. ff. de usufr. earum rer. quæ usu consum. hinc Bald. in l. 2. C. de serv. & aqua.* quantumvis, inquit, Princeps solutum se dicat legibus, rationis tamen naturalis dictamine tenetur & obstringitur, cùm jus naturale potentius sit, quàm Principatus aut imperium. Facit *l. manumissiones 4. ff. de just. & jur.*

Secundò probatur hæc sententia *l. & in legatis*

gatis 4. C. ad L. Falcid. ubi nec lege Falcidiâ Princeps solutus est, cùm legatum sub die certo relictum ante tempus petere nequeat, *l. quod principi 38. ff. de leg. 2. Cujac. lib. 15. obs. 30.*

Tertiò huc facit, quod Plato scripsit, tum Reipubl. interitum imminere, in qua non Principi lex, sed legi Princeps præesset. Et dignum huc collocetur exemplum Zaleuci, qui cùm legem promulgasset, ne quis ense præcinctus senatum ingrederetur, & ipse, cùm tempore quodam omnia arderent bello, ingressus esset, subclamassetque quidam: Zaleucus legem violat: tum ille conversus, non soluturum se, inquit, sed confirmaturum; mox gladio se ipsum transfodit.

Quartò, Lex etiam jubet, Principem secundùm leges vivere. Potestas enim Principis est quoq; in seipsum, *l. digna vox 4. C. de ll. Cujac. d. loco. Coras. lib. 2. miscell. 25.*

Nunc ad *superiora argumenta, in contrarium* adducta, *respondendum est.*

Primò, quòd *dicitur Principem totius mundi* dominum esse, non ἀπολύτως *intelligi* debet secundùm literam, ut quævis etiam injusta præcipiat, seq; legum observatione eximat: sed tum, si imperium gubernat, quod Reipubl. utile sit & salutare. Est enim dominus mundi, respectu jurisdictionis, protectionis & defensionis; non verò respectu rerum singularum. *Br. in proœm.*

ff. in pr. n. 3. Alexander cons. 112. n. 3. vol. 2. cum primis, si quid in damnum civium vergat, quod præcipit.

Secundò *in d. Nov. 105. cap. 2. in fine*, longè alius sensus est, qui huic negotio inservire minimè videtur. Nam ex antecedentibus patet, *versic. etenim*, quòd Imperatori sermo sit de his qui consulatum gerunt, quòd illi ultra id, quod ex munificentia ipsius consequantur, etiam illud quod in foro perceperint, teneant; à quibus seipsum excepit Imperator, non ideo, quia à legum observatione immunis esse velit; sed quia istos consulatus sumtus exigere, ipsi non conveniat; utpote, cui omnes consulatus obedientiam debeant. Nihil igitur ad rhombum.

Tertiò, quod dictum est, omnia esse Principis vel Imperatoris, *in d. l. benè à Zenone 3. in pr. C. de quadrien. præscript.* intelligendum est, ut Imperator seipsum explicat, in patrimonialibus & fiscalibus; omnia enim ejus sunt, respectu Imperii; singulorum, dominii intuitu, *Cuja. 15. obs. 36.* Deinde *ad d. l. Princeps 31. ff. de legib.* dicendum, vel leges esse civiles, quæ solennitatem quandam requirunt; alias esse naturales, & divinas, & quæ publicam respiciunt utilitatem. Prioribus Princeps exemtus est, quamvis, si velit, secundùm eas vivere possit, *d. l. digna vox 4. C. de ll.* Posterioribus verò solutus non est, cùm sint immutabiles, *§. sed naturalia. Instit. de* J. N. G. & C. *Coras. lib. 2.*

lib.2.misc.cap.25.n.4.& 5. Wes.in §.fin.n.4.Instit. quib.mod.test. infirm. Dominus meus Scipio Gentilis,cujus anima bene sit,in disput. de principatu Rom.th.30. & seq.

Ultimum refellitur partim ex adductis ad primum argumentum contrariæ sententiæ;cui addendum; Etsi Imperator superiorem in hac terra non recognoscat,tamen cavere sibi debet, ne potestate suâ abusus, Tyranni potiùs officio fungatur; & tandem superiorem judicem, Deum præpotentem, ultimo suo exitio recognoscat,si nimiâ sævitiâ abusus subditos acerrimis legibus,quas ipse non passus,summâ cum injuriâ excruciarit,quod ab omni bono Principe alienum esse debet. Firmiter igitur tenendum, Principem,etiamsi is legibus civilibus solutus sit,*d.l. Princeps ff. de ll.* non tamen (ut dictum) divinis & naturalibus;nihilominus secundùm leges vivere decere,*d.l. digna vox 4. C.de LL.l.ex imperfecto 3.C.de testam.*easdemque servare,*l. ex imperfecto 23.ff. de leg.3.* Sic Lycurgus cùm primò Spartanas leges adinvenerit,suo exemplo eas comprobavit;author est *Justin.lib.3. histor.in pr.ibi.* Siquidem nihil lege ullâ in alios sanxit, cujus non ipse primus in se documenta daret. Culpa enim aliâs, Catone teste, legislatoris esset,cùm vox ipsum redarguisset.

THEOREMA IX.

An Princeps jus alicui quæsitum adimere possit, ex plenitudine potestatis, sine causa publicæ utilitatis?

Dictum est de potestate Principis, illum legibus solutum esse, & totius terræ dominum effectum, publicaq; loca ad se transtulisse, *d. l. littora 3. ff. ne quid in loco publico. l. deprecatio 9. ff. ad L. Rhod. l. 2. ubi Bal. C. de quadrienn. præscr.* unde etiam usu venit, ut liceat Principi, in publicis locis, aut concedere jus aliquod servitutis, aut adimere, *l. servitutes 14. §. publico. ff. de servitut. l. 2. prætor ait. §. meritò ait 10. ff. ne quid in loc. public.* ideo non immeritò quæri potest, An propterea Princeps civibus res suas ex plenitudine potestatis, pro libitu & sine causa, auferre & in alios transferre possit? Qui simpliciter hoc asserere nituntur, muniunt se his rationibus.

Primò, propter *d. l. deprecatio 9. ff. ad L. Rhod. de jact. l. bene à Zenone, ult. ubi Bal. & Dd. C. de quadrien. præscript. Angel. in l. item, si verberatum 15. ff. de rei vindic.* ubi animosè ait, mentiri illum per gulam, qui contendat, quòd Imperator ex plenitudine potestatis non possit mihi auferre dominium rei meæ. *Bald. in proœm. feud. n. 34.* dicit, quando Princeps aliquid vult ex certa scien-

ta scientia, nemo potest ei dicere, Cur id facis? cum aliis &c.

Secundò facit *l. 1. ff. de constit. princip. §. sed & quod. Instit. de* J. N. G. & C. ubi dicitur, quod Principi placet, legis habere vigorem; & ideo pro arbitrio eum aliquem re suâ privare posse.

Tertiò, adfertur etiam *l. 2. §. si quis à Principe 16. ff. ne quid in loco public.* ubi, si permissu & indulgentiâ Principis alteri ædificium extruere conceditur, non videtur hoc in dispendium alicujus vergere, etiamsi maximè fieri perspiciatur.

Quartò, sententia hæc fulciri videtur *cap. proposuit 4. de concessione prabenda*, ubi Pontifex secundùm plenitudinem potestatis supra jus dispensare potest. Idem ergo Princeps in civilibus poterit.

Quintò, juvat hanc sententiam, Quòd plenitudini potestatis nihil possit resistere, *Bald. in l. cum antiquioribus in 7. col. C. de jure delib.* nam de potentia Imperatoris disputare, pro sacrilegio habetur, *l. sacrilegii. C. de crim. sacrilegii. Dd. suprà dictis locis.*

Negativa sententia tutior videtur, Principem non posse ex plenitudine potestatis jus alicui quæsitum sine injuria adimere, nisi in casu publicæ utilitatis; quod hoc modo probatur.

Primò, fundamentum poni potest in expressis legibus, *l. ult. C. si contra jus vel publicam uti-*

litatem, ubi disertè interdicitur, illam rem effectum sortiri, quæ publicæ utilitati adversatur.

Secundò, *l. ædificia 14. C. de operib. public.* ubi propter publicam utilitatem Imperator tradit, ædificia dirui debere, si periculosum incendium vel insidiæ vicinitas reformidet. Ergo extra publicæ utilitatis casum Imperator hoc jus indulgere non videtur.

Tertiò huc facit *l. in summa 2. §. Cassius. ff. de aqua & aqua pluv. arcendâ.* ubi dicitur, quòd actio aquæ pluviæ arcendæ non detur, cùm publicâ authoritate factum sit, ut aqua in fundum alienum immittatur; cùm tamen aliàs actio aquæ pluviæ arcendæ competat, si publica utilitas non contrarium suadeat, *Harprecht in comm. tit. Instit. de rer. divis. & adquir. ipsar. dom. ad pr. num. 104. in fine*. Quæ omnia vera sunt, atque adeò legibus consona, ut tamen Princeps ad solutionem justi pretii ab illo qui damnum passus, conveniri possit; ne subditus absque culpâ re suâ invitus carere cogatur, *l. venditor. §. si constat. ff. comm. præd. l. 2. C. in quib. caus. servus propon. libert. Jason. in d. l. Barbarius. num. 36. cum seq. Andr. Gail. lib. 2. observ. 56.*

Superioris sententiæ argumenta, quæ de plenitudine potestatis Principis adducta sunt, magna ex parte ex superioris Theorematis responsionibus convelli perspicuum est.

Primò

Primò enim, quod *in d.l. deprecatio. 9. ff. ad L. Rhod. de jactu & l. bene à Zenone 3. C. de quadrien. præscript.* adfertur, ubi Principes mundi domini dicuntur, id suprà ostensum ratione defensionis, in qua jurisdictio ejus relucere debet, non verò persecutionis intuitu locum habere. Nec illud etiam simpliciter prolatum, verum est, quòd omnia Principis esse dicuntur; nam si hoc, quomodo diversi adquirendi dominii modi ab Imperatore propositi subsisterent? *l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.*

Secundò verum est, pro lege custodiendum esse, quod Principi placuit, si videlicet ad subditorum publicam utilitatem & emolumentum cedat. Salus enim eorum suprema lex esse debet, *Cic. teste*. Jam verò si jus suum subditis quæsitum Princeps adimeret sine rationabili causa; adimeret contra illorum salutem; quod ei minimè indulgetur.

Tertiò, nihil negotii facessit *d. l. 2. §. si quis à principe 10. ff. ne quid in loco public.* ubi is qui à Principe impetravit, ædificium extruere potest; non habito respectu aliorum, an in perniciem eorum id fiat, nec ne. Nam respondendum, in *d. l. 2.* Principem permisisse alicui ædificiũ extruere, quia facultatem habeat, & locorum publicorum dominus factus sit, *l. 3. ff. ne quid in loco publ.* Utique igitur alteri permittere potest, in iisdem ædificare ædificiumque extruere; & qui id

sibi concessum habet, jure suo utitur, aliisq; injuriam facere non videtur. Nec est, quòd dicas ex *d. §. 10.* modò non cum alterius injuria fiat; respondendum duco, verba, *incommodo alterius*, capienda esse de damno publico, si quis usum publicum impediat, quod Princeps non potest, *l. 2. ff. de flum. l. servitutes 14. §. ult ff. de servitutib. Bocer. de investitura feudi. c. 3. n. 94.*

Quartò, quod de Pontificis authoritate dicitur, illum supra jus dispensare posse; credant assecłæ illius. Nam illud qua facilitate dicitur, eâdem etiam contemnitur, & repudiatur; nemo enim in causa sua legitimus testis esse potest, *l. nullus 10. ff. de testibus l. omnibus 10. C. eod.*

Quintò, quod dicitur, sacrilegii instar esse, disputate de principali judicio, *d l. 3 C. de crim. sacrilegii.* accipiendum est, ut vulgò dicitur, cæteris paribus. Lex enim de eo intelligi debet, qui ab Imperatore ad munus aliquod obeundum electus, quòd is dignus omninò videri debeat. Non autem eò extendi debet, si utilitas publica, quam bonus Princeps perpetuò intueri debet, resistat dd. ll.

THEO-

THEOREMA X.

Unde vocabulum vindicta, in §. 1. multis mod. Instit. de libertin. *originem sortiatur?*

SI in latissimo juris Oceano oculos circumferamus, animadvertemus, JCtos non minùs verborum, quàm rerum curam maximam habere. Testatur idipsum *t. tit. ff. de verb. sign.* & ratio est, quia proprietati verborum insistendum, si aliàs de veritate non liquidò constat, *l. prospexit. ff. qui & à quib. manumissi l. 7. §. pactorum 8. ff. de pact.* Nam ut in controversia & causæ examine prima ratio habetur verborum, *l. supellectili 3. l. Labeo 7. ff. de supell. leg.* sic etiam in usu juris, & non tantùm in foro quotidie, quàm in theoricis attendi solet; quod non JCtum, sed diutinam experientiam testari debere asserit *Dn. Gœdd. in pr. l. 1. ff. de V. S.* Quæ de causa non immeritò & inutiliter hîc quæritur, unde verbum *vindicta d. loco* nomen habeat in jure?

Primò *Boët. in Topic. Schneid. Instit. d. loco.* vindictam fuisse virgam Prætoris asserunt, qua manumissus percutiebatur, & ter Prætor hæc verba proloquebatur, Ajo te liberum esse jure Quiritium; mox manumittens dextrâ illum coram Prætore vertebat, & circumactum dimittebat, & sic libertatem manumissus consequebatur.

Secundò à vindicando, juxta Grammaticorum sententiam; Vindicem enim eum qui servum manumittit, appellebant: hinc Brutus publicæ libertatis vindex dicitur.

Sed repudiatis his deductionibus, illam sequi animus est, quæ juri convenit & à lege non aliena est, vindictam à Vindicio servo, qui primùm vindictâ manumissus, deduci propter duas causas.

Primò, quia ejus Vindicii Historici meminerint, quòd *is primò vindicta manumissus fuerit, cum primis Liv. 3. ab urbe cond.* Veritati igitur consonum est, vindictam à Vindicio denominatam.

Secundò, quia Livii sententia bellè congruat cum *l. 2. §. & cum placuisset 24. circa medium his verbu*; Utpote cùm Brutus, qui primus Romæ consul fuit, vindicias secundùm libertatem dixisset in persona Vindicis Vitelliorum servi: *Accurs. in gl.* Cùm igitur hæc sententia *in d. l.* comprobetur, non est ut ad aliam deveniam.

Priorem itaque Boëtii sententiam parum roboris habere patet, qui vindictam ibi virgulam fuisse docet, & ideo vindictam à Vindicio servo dictam non esse; nam cùm virgulâ Vindicius primò percutiebatur, ideo ab eo vindicta nomen sortiebatur. Non igitur contraria hæc sunt, vindictam à Vindicio servo dictam, & virgulam fuisse qua Vindicius percutiebatur; non enim à virgula vindicta deduci potest, verbo minimè conveniente.

Secun-

Secundò, nec Grammaticorum opinio hîc ferenda est, vindictam potiùs à vindicando deduci; quòd vindicare nihil aliud sit, quàm in libertatem asserere; Unde Brutus rectè vindex libertatis dictus sit, *in d. l. 2. §. & cùm placuisset 24. ff. de O. J.* sed ad hoc in promptu est responsio, Brutum ibi Vindicem nō dici, sed verba, vindicis Vitelliorum servi, conjungenda esse; & errore factum esse procul dubio, ut non servato vocabulo Vindicii, de quo tamē constat apud *Liv. d. loc.* vocabulum Vindicis substitutū sit. Deinde vindicare est, *id quod* antè alicujus erat recuperare; is autem qui vindictâ manumissus, si servus ex ancilla & patre servo natus & conceptus est, libertatem nullam habuit; Ideoque nec vindicare poterit, verbumq; vindictæ malè eidem attribuitur. Accedit, quòd vindicta ultionem significet, qualis in servo manumisso nulla versatur. Verius igitur est, vindictam à *Vindicio* servo deductam esse.

DECAS II.

Cujus theoremata sunt hæc.

I. *Patria potestas an sit juris gentium?*
II. *Cur citiùs pubescant feminæ, quàm mares?*

III. *An parentum consensus in nuptiis jure naturæ requiratur?*

IV. *An etiam jure civili?*

V. *An necessitate etiam, jure canonum?*

VI. *An liberi, ob matrimonium sine consensu parentum contractum, exheredari possint?*

VII. *An compressam ab alio repudiare liceat?*

VIII. *An matrimonium, inter fidelem & infidelem contractum, jure interdictum sit?*

IX. *An concubinatus jure civili permittatur?*

X. *An sacerdotibus permissum sit, uxores ducere?*

THEOREMA I.

Patria potestas an sit juris gentium?

SI æquitatis naturalis rationem spectamus, & cultum honoris parentibus debitum, volente ipso Jehovâ, consideramus, tunc ut omninò necesse est eorum consensum adhibere, in quibus meritò requiritur; sic pietas etiam parentibus, etsi inæqualis eorum potestas, æqualis debetur,

betur, *l. furioſæ 4. ff. de curator. furioſ. facit textus in l. in conjunctionibus 20. C. de nupt.* Cùm igitur dictamine naturæ, filius parentibus obedientiam præſtare debeat; hinc quæri poteſt, patria poteſtas an juris gentium vel civilis ſit. Juris gentium eſſe, ſequentes rationes oſtendunt.

Primò, quia apud omnes omnium terrarum homines naturalis ratio ſuadeat parentibus parere, *l. veluti 2. ff. de juſt. & jur. Coraſ. ad l. 3. ff. de his qui ſui &c.* & ſub poteſtate patris filii naturâ eſſe dicuntur *in l. pronuntiatio 195. §. familia 2. ff. de V. S.* & filiosfamiliâs natura facit, *l. 1. in pr. ff. de adopt.*

Secundò, quia in *l. patre 8. ff. de his qui ſui vel alien.* jus patriæ poteſtatis moribus introductum eſſe dicitur. Mores autem pro jure gentium uſurpantur, *l. libertinus 8. & l. ſororis 39. ff. de ritu nupt. l. ſi ſtipulor 35. ff. de V. O.*

Tertiò comprobat etiam hanc ſententiam ſacra ſcriptura in multis locis, *Deut. cap. 5. verſ. 11. & 21. Ezech. 22. cap. Sigon. lib. 1. de antiq. jure Rom. Jul. Cæſar in ſuis comm. teſte Dom. Arum. exercit. 2. quæſt. 1. Forſter. lib. 1. Inſtit. diſp. 3.*

Sed relictâ hac ſententiâ verius eſt, poteſtatem patriam juris civilis eſſe.

Primò, id oſtendit *§. jus autem 1. Inſtit. de patria pot.* ubi diſertè dicitur; jus poteſtatis, quod parentes in liberos habeant, eſſe proprium civium Romanorum; Si igitur illorum proprium

est,igitur talis potestas qualis *in d. §.* exprimitur,aliis populis non competit,nec gentium jure cognita est. Proprium enim unius rei proprium est,nec aliis communicabile: nullam enim Imperator talem patriam potestatem aliis hominibus convenire ait,qualem cives Romani habeant,*d.§.*

Secundò,idipsum evincitur ex legibus,*l.item in potestate 3.* ubi jus civium Romanorum dicitur,*l.4.nam civium Romanorum.ff.de his qui sui vel alien.jur.sunt.*

Tertiò, quòd nihil magis naturali æquitati conveniens sit,quâ unumquodq; eo modo dissolvi quo colligatum est,*l.nihil 35.ff.de R.J.§.fin. Instit.de legit.agnat.tut.* Cùm autem patria potestas civilibus juris modis tollatur;deportatione,*§. cùm autem.Instit.quib. mod. patr.pot.toll.*emancipatione,*§.praterea.6.Instit.d.t.*& aliis.Necesse igitur est, civilibus modis juris eandem constitui.

IV. Confirmat hanc sententiam definitio juris civilis in *l.jus civile 6.ff.de just. & jur.* quæ est,quòd non à naturali in totum,vel jure gent. recedit,nec per omnia eidem servit. At potestas patris taliter se habet. Licet enim jure naturæ & gentium obedientia parentib. debeatur,*d.l.2.ff. de just.& jur.l.2.C. de in jus voc.* tamen potestas inæqualis est,& longè major jure civili introducta,*d.§.jus a.Inst.de patr.pot.*

V. Hinc

V. Hinc est, quòd soli cives Romani sint in potestate parentum, *l. Imperator 18. ff. de stat. hom. d. §. cùm autem. 1. Instit. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Non igitur juris gentium est.

In hujus primi theorematis argumentis, pro superiori sententia stabilienda adductis, quæ pro jure gentium militant, potestatem patriam juris gentium esse; illud *primum* est, quòd naturalis ratio suadeat, parentibus obedientiam præstandam; ideoq; patriam potestatem juri gentium, non civili ascribendam. De hoc tenendum, hîc non negari patriam potestatem apud omnes gentes receptam, & naturalem etiam rationem dictitare, parentibus obedientiam præstandam esse, sed quòd ea potestas, quam cives Romani in liberos habent, juri gentium attribui debeat, de quo præsens theorema loquitur, illud penitus negatur, Nec obstat *d.l. veluti 2. ff. de just. & jur.* ad quam licet alii respondeant, separandum esse jus patriæ potestatis à potestate ipsâ: tamen dicendum arbitror, *ibi* in genere juris gentium dici: ut testamentum juris gentium est, quòd apud gentes testamenta condantur, forma verò testamentorum à jure civili dependet. Sic etiam jus civile patriam potestatem postea explicat, quomodo in civium Romanorum potestate liberi sint, *Dominus Joh. Gœdd. in com. de stipul. cap. 2. num. 22.*

Secundò nec tantopere movet *d.l. patre 8. ff.*

de his qui sui vel al. jur. sunt. ubi dicitur jus patriæ potestatis moribus esse receptum; mores autem pro jure gentium usurpentur *dd. ll.* sed videtur dicendum, ex innumeris locis juris liquere, quòd verba *moribus receptum*, pro jure civili capiantur, *l. 1 ff. de donat. int. vir. & ux. l. creditor 20.* in verbis propter juris civilis interdictum, *C. eod. de don. ubi quod moribus receptum esse dixit in d. l. 1.* hîc *jure civili. Facit l. cùm prætor 12. §. 1. ff. de judic. §. sine scripto 9. Instit. de jur. nat. gent. & civ. l. de quibus 32. ff. de ll. l. moribus 2. ff. de vulg. & pup. subst. cum similibus.* Cùm igitur plerunque verbis, *moribus receptum*, jus civile in considerationem veniat, rariùs verò jus gentium; ideoque dicendum, jus attendere ea quæ ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidunt, non verò quæ semel atque iterum, *l. nam ad ea 5. ff. de ll.* Quamobrem *in d. l. patre 8.* verba, *moribus receptum*, ad jus civile, non verò ad jus gentium restringi debent. *Alciat. 4. pareng. 21. Anton. Faber 3. semest. 14. Duar. ad l. 14. §. eleganter, verbo contra bonos mores. ff. solut. matrim.*

Tertiò quod ex sacris literis adfertur, nihil repugnat; non enim hîc negatur, hominibus legem naturæ inscriptam; quam non didicimus, hausimus, aut doctrinâ accepimus, debitam parentibus reverentiam præstandam. Sed quòd potestas parentum, de qua *in d. §. jus autem 2. Instit. de patria pot.* quæ durissima fuit, adeò ut in liberos

liberos præter modum sævire concessum fuerit, juri gentium asscribenda sit, id dictis in locis non probatur. Ideoq; nihil ex sacris literis sententiæ huic derogatur.

THEOREMA II.

Cur citiùs pubescant feminæ, quàm mares?

QUemadmodum diu certatum, & adhuc sub judice lis est, quo tempore vera pubertas æstimari debeat; aliis annorum respectum habentibus, aliis aliam causam considerantibus: sic non levidensis liticula inter quosdam suboritur, cur citiùs feminæ, quàm mares pubescant? In qua re duæ sententiæ adferuntur.

Prima est Accursii, *in pr. Instit. de nupt.* qui causam hujus rei talem investigavit, quòd in nuptiis vera pubertas non ex annorum numero, sed ex naturali generandi facultate æstimanda sit, *cap. puberes. X. de sponsal. impub.* ubi etiam illud concedit, ante 12 ætatis annum mulierem viro nubere posse, modò malitia ætatem suppleat, *cap. 2. de conjug. serv. & cap. de illis de sponsal. impub.* paulò pòst subjungens d. Accurs. quia majus periculum in ea quàm in masculo sit, propter calidiorem sanguinem ad luxuriandum. Ponit igitur hanc causam, cur feminis indulgendum ante legitimum 12. annorum tem-

pus viro nubere,& proinde eas citiùs mare pubescere,quòd calidior sanguis eas ad luxuriã incitet,& sic malitia ætatis annos suppleat,*c.1.de dilect.puero.* Nam,ait,hoc tempus 12 annorum satis aptum ad contrahendum matrimonium videtur,& feminę eo tempore viri potentes & ad pariendum idoneę sunt,ideo propter periculum quod in illis extimescendum,brevius tempus feminis datum est quàm masculis;nam illarũ nuditatem non tam verecundum & honestum est intueri,quàm *in masculis*,& ex habitu corporis pubertatem æstimare,ut docet *Joh.Ramus JCtus ad Justin. de tut.tit. quib.mod. tut. fin.*

Secunda sententia est eorũ,qui causam prioris pubertatis in feminis quàm in maribus hanc esse dicũt,quia sint frigidiores,humidiores & debiliores quàm masculi;& adducunt simile in pomis,quòd exilia poma celeriùs,grandia verò seriùs matureſcant,ut docet *Macrob.7. Saturn.7. Coras.in arrest.* Deinde quia humida & laxa citius & magis crescunt;Citiùs enim crescunt salices,quàm quercus,*Forster.lib.1.disp.th.17*.Et hęc sententia veritati magis convenit,quã superior.

Quare,quòd Accurs. calorem sanguinis causam pubertatis vel potius pubescentiæ esse asserit,ei assentiri nequeo. Primò enim nõ de omnibus feminis id dici potest,quòd illis sanguis calidior quàm masculis insit;cùm diversa sint earum temperamenta, & ob morbum aliquem men-

menstrui, calor & libido sanguinis facilè mutari possit, ubi luctus potius, quàm libidinis signa proveniunt, *Plin. natur. hist.* Deinde non desunt exempla, quòd masculi anno decimo & undecimo ad generandum idonei fuerint, quod testatur *Hieron. in 2. parte epist. ad Vitalem Presbyterũ de Azar.* qui undecimo anno Ezechiam filiũ suum progenuit; & *de Salomone* historię produnt, quòd decem annos natus, nutricẽ suam gravidam fecerit, *Gregor. 4. dialog. 119. gl. in summa 20. quæst. 1.* Cùm igitur eadẽ vis progenerandi insit masculis quàm feminis; igitur fœminæ propterea maribus citius pubescere non possunt. Accedit, quòd habitudinem corporis, quam hic Accurs. pubertatis causam constituit, quòd in ea præstent fœminæ maribus, penitus Imperator adoleverit in *l. fin. C. quando tut. vel cur. princ. Instit. tit. quib. mod. tut. fin.*

THEOREMA III.

An parentum consensus in nuptiis jure naturæ requiratur?

NAtura, inquit Demosthenes adversus Aristogenem, dictat, reverendos esse parentes, cùm inferis & hominibus una eademq; lex sit, ut genitores suos diligant. Videtur autem filius vel tunc maximè patrem diligere, si secundùm ipsius voluntatem faciat; ideoque hìc quæri potest, an jure naturæ parentum consensus in nu-

ptiis requiratur? Negari potest fortasse, ob sequentes rationes.

I. Si jure naturæ parentum consensus in matrimonio contrahendo necessarius est; tunc non solùm patris, sed etiam matris requiri debet. At matris nō videtur jure naturæ requiri. Ratio est, quia nec jure civili requiratur, ob causam quæ habetur *in §. femina 10. Instit. de adopt.* Igitur nec jure naturæ, quia jus civile, à naturali non omninò recedit, *l. jus civile 6. ff. de just. & jur.*

II. Cujus juris est causa exigens consensum, ejusdem etiam est necessitas, *arg. l. manumissio 4. ff. de just. & jur.* Causa autem exigens consensum, est juris civilis, videlicet patria potestas, ut in primo theor. hujus decad. dictum. Ergo etiam consensus necessitas tantùm juris civilis est, & proinde non juri naturæ ascribenda.

III. Videtur idem ex jure divino *Num. cap. 30. in verbis:* Si cognoverit pater, & tacuerit, voti rea erit: *& Exod. cap. 22. v. 17.*

Verissima tamen est contraria sententia, firmis satis rationibus & argumentis, ex legibus petitis, subnixa.

I. Per textum *in pr. Instit. de nupt.* his verbis; dum tamen filiifamiliarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere & civilis & naturalis ratio suadet; ubi Imperator non dicit, Consensum habeant parentis; quo vocabulo absolutè posito, pater

pater intelligeretur, juxta Oratorum & Poëtarum usum, ut apud Ciceronem *in Verrin. 1.* Hæc si tibi tuus parens diceret, posses ab eo veniam petere. Et apud *Virgil. Omnis in Ascanio chari stat cura parentis.* Sed Imperator vocabulo plurali usus est parentũ, ubi mater & pater comprehenditur, ut docet *Laur. Valla. lib. 3. eleg. c. 70. Facit l. 2 ff. de just. & jur.*

II. Naturali etiã ratione motus Samson *Judicum 14. cap.* qui cùm in Thamnata descendisset, Philistinamq; mulierem conspicatus esset; non priùs cum ea rem habere voluit, antequam parentes rogaret, ut eam sibi uxorem darent. Item *Gen. 28. cap.* Plura tenet *Beust. in tr. connub. part. 2. cap. 45.*

III. Comprobant Ethnicorum testimonia; *Apud Apul.* Venus illegitimas nuptias esse prætendit inter Cupidinem & Psychem, quòd clàm sine ullis veris testibus, & ipsis parentibus insciis contractæ sint. Et veteres Poëtæ hoc docuerunt. Et recitat Euripides versus, apud quem in Andromacha, cùm Orestes peteret connubium, Hermiones hæc respondit; eam rem pertinere ad judicium parentum. *Schneid. in parte 2. tit. de nupt. n. 31.*

Superest ut argumenta, quæ huic sententiæ refragantur, refellantur.

I. Parum stringit; quòd adducitur, matris consensum in nuptiis non adhiberi jure civili.

Ergo nec jure naturæ, à quo jus civile non omninò recedat. Nam responderi potest, quamvis mater liberos in postestate non habeat, *d. §. 10. Instit. de adopt.* tamen propter honestatem & reverentiam, quam tam matri filius debet, quàm patri, jus civile etiam matris consensum requirit, *l. in conjunctionibus 20. verbo matris. Cod. de nupt.* Accedit, quòd gravia sæpè partus pericula mater sustineat; nam infans ante partum matri est onerosus, *in partu doloroſus*, & post partum laboriosus. *Cur igitur hanc reverentiam & pietatem debitam parentibus liberi non præstarent?* Unde liquet, jure civili matris consensum in nuptiis necessarium esse; & sic jure naturæ non omninò recedit, sed utroque jure requiritur, tam patris quàm matris consensus.

II. Quod dicebatur, Causam exigentem consensum, videlicet patriam potestatem, esse juris civilis, & idcircò consensum parentum in nuptiis non jure naturæ, sed civili adhibendum esse; ad hoc in promptu est responsio, committi fallaciam à dicto secundùm quid ad dictum simpliciter; nam patria potestas jure gentium & naturæ omnibus nota est, parentibus obedientiam deberi; imò etiam, eorundem in nuptiis consensum adhiberi. *d. princ. Instit. de nupt.* De potestate autem civium Romanorum in liberos, quæ olim erat vitæ & necis, dictum est,

illam

illam juris civilis esse. §. *jus autem* 2. *Instit. de patriâ potestate.*

III. Nihil ex jure divino probatur, *Num. cap. 30. vers. 3. & ult.* nam de patre sermo est, si taceat, quòd filia voti rea sit; Taciturnitas enim ipsius habetur pro consensu; quod patet ex verbis, Si cognoverit &c. Nec etiam huc facit textus *Exodi cap. 22. vers. 17.* ubi per sequentem declaratur, qui incipit, Si verò pater virginem dare noluerit &c. Concludendum igitur, nihil obstaculo esse, quò minùs naturali jure filius filiáve ob debitam reverentiam, patris & matris consensum requirere debeant.

THEOREMA IV.

An etiam jure civili?

QUanta debeatur pietas parentibus *jure naturæ*, ex superioribus liquet; à quo non alienum est, quòd jure civili non minorem obedientiam, sed longè majorem parentibus debeant, *t. tit. ff. de obseq. par. & patron. præst.* quos nec verbis nec factis liberi lædere debent. *l. un. Cod. de ingrat. liber. Nov. 115. cap. 3.* Quæritur igitur, An etiam necessariò jure civili consensus parentum requiratur? Negantium fundamenta hæc sunt.

I. Quòd

I. Quòd interveniente parentum consensu liberi sæpiùs inviti matrimonia contrahant; cùm tamē cogi nullo modo debeant, *l. nec filium 12. l. neq; ab initio 14. C. de nupt. l. Titia 134. ff. de V. O.* Velle enim non creditur, qui imperio alterius paret, *l. velle 4. ff. de R. J.* nec actus dicitur voluntarius, quando ab eo fit, qui compelli poterat, ut *not. Bal. per textum in l. novissimè ff. quod fals. tut. auctor.*

II. Filiusfamiliâs in publicis causis pro patrefamilias habetur, *l. filiusfamilias 9. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt, l. nam quod. ff. ad SC. Trebell.* Nuptiæ autem pertinent ad jus publicum, *l. 1. ff. solut. matrim.* Ergo in jis parentum consensus non requiritur.

III. Propter textum *in l. filius 25. ff. de ritu nupt.* ubi parentum consensus non requiritur.

IV. Si in dissolvendo matrimonio parentum consensus non requiritur, nec etiam in contrahendo necessarius erit, cùm eadem sit ratio, *l. nihil 35. ff. de reg. jur.* At in dissolvendo matrimonio parentum consensus non requiritur. Ergo nec in contrahendo.

V. Quòd Imperator Justin. non meminerit consensus in definitione nuptiarum; si enim necessarius esset, utique ejus in definitione mentionem fecisset, nec eam sicco pede præteriisset, §. *1. nupt. Instit. de patr. potest.* Ex quibus videtur liquere, parentum consensum in nuptiis necessarium non esse.

Sed

Sed verior sententia communi omnium calculo recepta est; consensum parentum in nuptiis jure civili necessariò requiri; quam melioribus rationibus defendere licet.

I. Parentibus jus competit in liberos, quibus non licet tantillum alienare, insciis & invitis parentibus; ne quidem adventitia bona, quorum tamen liberi habent dominium, *l. fin. C. de bon. quæ lib.* Ergo multò minùs licet eis alienare clàm parentibus sua corpora, quæ sunt portio viscerum patris & matris, ut ait JCtus *in l. 1. ff. de ventre inspiciendo.*

II. Per textus juris perspicuos & infallibiles, *pr. Instit. de nupt.* in verbo civilis, *l. 2. l. 3. l. oratione 16. l. nuptias 18. l. filius familias 35. ff. de ritu nupt. l. Paulus 11. ff. de stat. hom.* ubi justus filius non videtur natus, qui in matrimonio ignorante patre contractò conceptus est. *l. si ut proponis 7. Cod. de nupt. l. 2. l. nec filium. l. in conjunctionibus. Cod. de nupt.* cum similibus.

III. Iniquum est, alicui invitum suum heredem agnasci, §. 7. *Instit. de adopt. l. in bello 12. §. medio tempore 3. ff. de capt. & postlim. revers. fac. l. oratione 16. §. 1. ff. de rit. nupt.*

IV. Viduæ etiam minori XXV. annis permissum non est, sine patris consensu & consilio ad secundas nuptias aspirare. *l. viduæ 18. C. de nupt.*

V. Comprobati potest testimoniis plurium authorum. Sic Terent. in Andr.

Adeon' impotenti esse animo, ut præter civium
Morem atq; legem, & sui voluntatem patris,
Tamẽ hanc habere studeat cum summo probro.

Reliquum est, ut ad argumenta contraria respondeatur; *quorum primum* est, liberos invitos cogi ad matrimonium contrahendum, si præcisè suorum parentum consensum sequi debeant. Sed dicendum est, filios nullo modo cogi, sed propter naturalem & civilem rationem liberi consensum parentum *in nuptiis* adhibent; quod nullâ *vi aut coactione fit; nec coacta voluntas hîc intercedit.* Ea enim est, quando sub aliquâ conditione violentâ contingit, ut si quis dicat, Nisi sic feceris, te interficiam: tunc qui voluntatem jubentis sequitur, coactam voluntatem sequi videtur, *Dec. ad l. velle. num. 6. ff. de reg. jur.* Deinde, quomodo accipi debeat, quòd dicitur velle non videri eum, qui imperio alterius pareat, *l. velle 4. ff. de reg. jur.* explicet pluribus *Philipp. Matth. in d. l.* ubi de mandato patris vel domini accipiendum docet.

Secundò, quod dictum est, filium familiâs in publicis causis haberi pro patrefamiliâs, *d. l. filiusfamiliâs 9. ff. de his qui sui vel alien. jur.* illud imaginariè & fictione juris fit; non quòd paterfamiliâs sit, & nullis paternis auxiliis opus habeat; adeò ut nec patris consensum in nuptiis requirete debeat. Deinde; aliud est publicè interesse,

tereſſe, dotes mulieribus integras conſervari; aliud item, nuptias ad publicas cauſas referri.

Tertiò, *d. l. filius 25. ff. de rit. nupt.* accipi debet de filio emancipato, qui non ampliùs eſt in ſacris parentum, ſed inter extraneos heredes connumeratur; in præſenti verò theoremate ſermo eſt de filio in poteſtate patris conſtituto. Eſt igitur à re planè alienum.

Quartò, regula juris, Nihil magis naturali æquitati convenit, quàm unumquodque eo modo diſſolvi, quo colligatum eſt, *d. l. nihil 35. ff. de reg. jur.* locum non habet in ſpiritualibus rebus & his annexis; matrimonia enim faciliùs contrahuntur quàm deſtruuntur. *l. conſenſu 8. in prin. C. de repud. Dec. in d. l. nihil n. 8.*

Deniq; nihil roboris habet, quòd in definitione nuptiarum conſenſus parentum non interveniat. Ad quod nonnulli reſpondent, cõſenſum comprehendi ſub particula Conjunctio, ut ſit legitima, *Dom. Arum. exerc. 2. th. 8.* ſed hoc modo bene ſolvitur, ſolennitates in definitionibus non exprimi, ſed ſubintelligi; ut ex teſtamenti definitione conſtat.

THEOREMA V.

An neceſſitate, etiam jure Canonico?

DE honeſtate tantùm, non verò neceſſitate, nonnulli ſequentibus argumentis oſtendunt requiri conſenſum parentum.

I. Per *cap. sufficiat 27. quæst. 2.* ubi dicitur, quòd sufficiat solus consensus eorum, de quorum consensu in conjunctionibus agitur; ubi ex particula, *solus*, exclusiva evincere conantur, non etiam parentum consensum, sed solum contrahentium in nuptiis requiri.

II. Sic arguunt Canonistæ; In rebus spiritualibus non requiritur consensus parentum, *cap. ult. §. ult. de judic. in 6. cap. puella 20. quæst. 2. cap. licet 18. extra. de regularibus. & c. duæ sunt 19. quæst. 2.* Matrimonium autem est res spiritualis, *cap. debitum 5. extra. de bigam. non ordin.* Ergo in matrimonio non requiritur parentum consensus. Accedit, quòd matrimonium connumerandum sit inter sacramenta. *Basil. Monor. tr. de matrimon. p. 3. c. 1. n. 6. & c. 3. n. 4.*

III. Probatur ulteriùs hæc sententia *cap. ult. 32. quæst. 2.* ubi non coguntur virgines citra voluntatem parentum matrimonium contrahere; Ratio desumitur ex *cap. cùm locum. & c. requisivit. de sponsal.* quia coactiones in omnibus commerciis, præsertim in matrimoniis, difficiles sortiantur exitus.

IV. Confirmatur *cap. cùm causa. extra. de raptoribus*, ubi raptor non dicitur, qui consensu mulieris suæ eam sibi desponsavit, licet pater reclamaverit. Unde constat, parentum consensum non requiri.

Sed vera est sententia, non solùm ex jure naturæ

turæ & civili, ut dictum, sed etiam jure Canonico, necessariò consensum parentum requiri.

I. Ostendunt idipsum *c.1.c.aliter 30. quæst. 5. cap. non omnis. cap. honorantur. & cap. hoc sanctum 32. quæst. 2.*

II. Matrimonium in veritate contrahitur, legitimo consensu interveniente. Legitimus autem consensus non est, nisi paternus interveniat, *d.cap.aliter 30. quæst. 5. & cap. non omnis. § fin. 32. quæst. 2. cum seq.* Necessariò igitur, etiam jure Canonum, consensus parentum requiritur.

III. Quemadmodum Imperator suas constitutiones juri divino subjacere vult, *l.1. Cod. de summa Trinit.* sic Canones non debent dedignari sacram scripturam imitari, ex qua volunt esse desumpti, *cap. qualiter & quando 2. ubi Panorm. & gl. extr. de accusat. cap. ult. de sec. nupt. in antiq.* Jam autem ex jure divino certò constat, consensum parentum necessariò requiri. *Genes. 24. 28. vers. 23. Exod. 20. vers. 12. & cap. 21. vers. 10. Jer. 29. v. 6. cap. 22. v. 16. Matth. 15. v. 4. Marc. 7. v. 10. Eph. 7. v. 1. 2. 3. Coloss. 3. v. 20.* Necessariò igitur jure Canonico requiritur. *Duar. cap. 2. tit. de Nupt. Borch. de gradib. Oldend. class. 4. act. 26.*

Superest, ut Canonistarum rationibus respondeatur.

I. Parum movet *modò d. cap. sufficiat 27. q. 2.* ubi dicitur, solum consensum contrahentium requiri; Ergo non parentum. Nam responderi

potest, vocabulum *solum*, exclusivum, non additum esse, ad patris consensum excludendum; sed ad exclusionem concubitus, solum consensum, non concubitum nuptias facere, *l. nuptias 30. ff. de reg. jur.*

II. Nihil repugnat, si quis objiciat; In spiritualibus parentum consensum non requiri. Matrimonium autem esse rem spiritualem, *cap. debitum, extr. de big am.* Ergo in eo parentum consensum nō requiri. R. Res spirituales in propositione propriè & præsè accipi, in assumptione verò minùs propriè. Nam simpliciter non est res spiritualis matrimonium, sed spirituali rei annexum. Est igitur partim res civilis, si pro contractu habetur, *l. si uxor 42. junctâ l. 2. §. omnes. ff. de judic.* partim Ecclesiastica, & ut verbo dicam mixta. *Borcholt. de grad. cap. quomodo contr. matr. Philipp. Matth. in l. 30. num. 34. ff. de reg. jur.* Deinde, d. axioma procedit, si patria potestas & voluntas patris spiritualibus quid officit; quod in nuptiis non fieri solet. Non etiam admittitur, quòd Pontificii matrimonium Sacramentum constituunt. Non enim videndum, quid Pontifex præcipiat, sed an rectè & verè. Quàm falsò autem, nullo sacrarum literarum dicto, quod pro hac re faceret, matrimonium inter sacramenta ab ipso computetur: à Theologis passim explicatur; quod hîc tetigisse sufficiat

III. In

III. In siniſtrum ſenſum trahitur *dict. cap. ult. 32. quæſtio. 2.* ibi enim nemo cogi poteſt ſine conſenſu parentum matrimonium contrahere; quia naturalis & civilis ratio id ſuadeat. Quod verò de coactione adfertur, illud convellitur ex iis, quæ in priore decade in reſponſ. ad primum contrarium, dicta ſunt.

Denique, quod dicitur, militem retinere poſſe mulierem quam invitis parentibus rapuerat, cum eâq; poſtea matrimonium contraxerat & concubuerat, *dict. c. penult. extr. de raptor.* id intelligi debet, ſi copula carnalis ſubſecuta fuit; tunc enim nuptiæ reſcindi non debent, propter injuriam perſonæ illatam; ut ex ſubſequentibus verbis perſpicitur, & comprobatur *l. prim. in fine. Digeſt. de lib. exhib. Duar. tit. de ſolut. matrimon. capit. ſecund. Coraſ. lib. 1. miſcell. cap. 17.*

THEOREMA VI.

An liberi, ob matrimonium ſine conſenſu parentum contractum, exheredari poſſint?

EX prædictis manifeſtũ eſt, omni jure, naturali, Civili, Canonico & Divino, conſenſum parentũ in nuptiis de neceſſitate requiri; meritò

hinc quæsitum est, quæ pœna immineat ei, qui neglecto parentum suorum consensu, uxorem ducit, an jure exheredari possit? Propositis utriusque sententiæ argumentis, de rei veritate postea constabit. Qui negant filium propterea exheredari posse, his rationibus nituntur.

I. Cessante prohibitione matrimonii, cessat etiam pœna, quæ in casu prohibitionis sancita erat; ut loquitur textus *in cap. non debet. de consanguinit. & affinit.* & quod lege permittente fit, non meretur pœnam, *l. Gracchus. C. de adult. l. sancimus C. de pœn.* Jam autem cessat prohibitio, videlicet in jure Canonico, ubi nuptiæ non prohibentur etiam absq; parentum consensu factæ, ut suprà Canonistas probare intendere *cap. sufficit 27. quæst. 2. c. cùm causa. extra. de raptor.* ostendi. Ergo nec pœnâ exheredationis coërceri debent liberi.

II. Confirmat *l. non tamen 3. §. si emancipatus 5. ff. de bon. poss. cont. tab.* ubi nepos, ex nuptiis filii sine parentis consensu prognatus, ad avi bonorum possessionem admittitur, *Dec. in l. nuptias 30. n. 10. ff. de reg. jur.*

Relictâ hac negantium sententiâ, satis prægnantibus argumentis contrarium defendi potest; liberos absque consensu parentum nuptias contrahentes jure exheredari posse.

I. Per *Nov. 115. cap. 3. §. 2.* in verbis, si gravem & inhonestam injuriam eis ingesserit. Est enim

gravis

gravis injuria, contra naturalem & civilem rationem parentum in nuptiis consensum negligere. Deinde probatur hæc assertio §. *si alicui* 11. *in fine ejusdem.* ubi dicitur, filiam exheredari non posse, si pater invidus usque ad viginti quinque annos distulit filiam matrimonio jungere viro, eaque in suum corpus peccavit. Ergo si pater permittat filiæ nubere, modò cum ipsius consensu id faciat; quem si negligat, exheredari poterit. Quod idem in filio recipiendum, sine consensu parentum nuptias contrahente; in filia enim exemplum duntaxat poni arbitratur *Dom. Armum. exercit. 2. th. 11.* Huc facit quod *Bartol. not. in l. adjicimus. Codice de murileg. lib. 11.*

II. Idipsum etiam elucet ex *d. l. 3. §. si emancipatus.* in verbis, cùm possit avus jure suo uti, eumque exheredare, *ff. de bon. poss. cont. tab.* Consequens ergo est, liberos ob non requisitum parentum consensum in nuptiis, exheredari posse, si sunt in potestate parentum; qualis nepos, *in d. §.* quamvis parens ejus emancipatus sit, *argum. §. admonendi. 7. Instit. quibus modis jus pat. potest. solv.*

III. Confirmatur *constitutione Caroli V.* in suo territorio facta, quæ postea recepta & observata est, filium talem omninò exheredari posse.

Quæ igitur primo loco allata sunt, de consensu parentum; de honestate duntaxat, non

verò de necessitate, illum in nuptiis requiri, jure Canonum; illud satis superq; , superiore theoremate, refutatum est.

Secundò, nihil obloquitur *d. l. non tamen 3. §. si emancipatus.* loquitur enim de filio emancipato, sacris paternis exemto, cujus filius ad avi bonorum possessionem admittitur; quia nepos is potestate avi exemptus non est, quem aliâs, ut in textu dicitur, exheredare potest. Est igitur filius emancipatus *in d. §.* nepos verò *in* potestate retentus. Quod fieri posse, ostendit *§. admonendi 7. Instit. quib. mod. jus patr. potest. solv.* qui ad avi bonorum possessionem admittitur.

THEOREMA VII.

An compressam ab alio repudiare liceat?

TAM jure divino, quàm humano decantatum est, nuptias semel contractas, non nisi ob graves causas rescindi; quos enim Deus conjunxit, homo non separabit; & quos Deus non conjunxit, homo separare potest. *Matth. 19.* Quod si tamen justus aliquis error, vel vitium corporis sponsæ illatum prætendi possit, quam alter pro virgine duxerit; quæsitum est, an conjugium tale rescindi possit? Et communiter à Dd negantium sententia recepta est; & fundamenta illius sunt:

Primò, quia facilè quieta connubia distrahi & tur-

& turbari non debeant. *l. constante matrimonio 26. ff. ad l. Jul. de adult.* & litibus & jurgiis inter conjuges omnis occasio præcidenda sit.

II. Adducunt textus juris Canonici, *cap. 1. in fine. 29. quæst. 1.* ubi dicitur, quòd meretricem pro virgine ducens, eam dimittere & repudiare nequeat; non secùs, quàm si pauperem pro divite ducturus; cùm qui meretricem ducat, opus misericordiæ faciat, *cap. quemadmodum extr. de jurejurand.*

III. Nimis serò accusat maritus mores in uxore, quos illam ducendo tacitè probare visus est. *l. si uxor 13. §. fin. ff. ad l. Jul. de adult. l. cum mulier 47. ff. solut. matrimon.* Sed qui contrahit cum aliquo, priùs nosse debet ejus conditionem, cum quo contrahit.

IV. Si propter animi labes uxorem ductam quis repudiare non potest; neque etiam propter corporis vitia eam à se dimittere poterit. At prius verum, *ex l. penult. circa fin. Cod. de repud.* in verbis, judicio de moribus penitus abolito. *cap. secund. extr. de divort.* Ergo nec ob corporis vitium maritus uxorem repudiare poterit.

V. Si sponsa sponsum ob amissum pudorem repudiare nequit; cur non idem dicendum de sponso, nec illum sponsam repudiare posse. At prius verum. *argum. tit.* Quod quisq; juris in alterum statuit, eo ipso utatur necesse est. Spon-

sus itaque sponsam dimittere nequit ob vitium corporis.

VI. Constat ex sacris literis, exempla dari, ubi tale matrimonium contractum non rescissum fuerit, ut exempla sunt Oseæ, Salomonis, qui uxores vitiatas ab aliis in matrimonio retinuerunt.

VII. Si Theologi rejiciunt illam conditionem, Si te virginem invenero, te ducam; consequens est, nec uxorem repudiari posse, si virginitatis suæ hymen, tanquam certum signum, corruptum sit. Sed priùs patet *ex Philippo in exam. Theolog. cap. de condit. Ergo. Wes. in paratit. ff. de rit. nupt. n. 8. Bronch. cent. 2. ass. 17.*

Sed verius est, repudiari posse uxorem propter vitium, quod ab alio eidem illatum esse, notum est; quæ sententia firmioribus & magis necessariis argumentis defendi potest.

I. Quamvis apud Papicolas juris Canonici summa sit authoritas, quod in suis territoriis pro arbitrio sequantur; nam contra illud ne tantillum mutire licet, etiamsi Papa innumeras animas catervatim in gehennam traheret, *cap. si Papa 40. dist.* Penes nos enim, inquit, est mandandi autoritas, alios manet obsequendi necessitas, *cap. Ecclesia S. Mariæ. extr. de const. & cap. quamvis 21. dist. & cap. cuncta 9. quæst. 3.* Sed instituti non est, de Pontificis authoritate controverti; an eâdem Petrus, cujus Papa se successorem prædicat,

prædicat, usus sit? quod Papicolæ ipsi viderint. Sed juris Canonici autoritatem recipiendam non esse, certum est, nisi sacris literis, quando ex iis de re constat, conveniat. Itaque etiam in præsenti negotio, cùm connubium contractum cum vitiatâ, non modò rescindi in sacris literis præcipiatur; sed etiam femina capitali pœna punienda sit, & lapidibus obruenda, quæ vitium corporis passa est, *Deuter. capit. 21. & 22.* Hinc Josephi factum quoque commendatur, quòd Mariam, cùm cognosset illam prægnantem, dimittere volebat. *Luc. Osiander in cap. 5. Matth.* Itaque jus Canonicum non attenditur, nisi cum hoc jure divino consentiat. Consentit autem juri divino *cap. 18. vers. 22. cap. sicut. & cap. dixit 32. quæst. 1. ibi*, qui expellit bonam mulierem, bonum expellit; qui autem retinet adulteram, stultus & fatuus est. Jam autem, etiam in sponsa alterius crimen adulterii committitur. *l. si uxor. § Divi 3. Digest. ad l Jul. de adulter.* Retinere igitur maritus, etiam jure Canonico, non debet sponsam ab alio compressam.

II. Ubi nulla conjugalis affectio, ibi nullum matrimonium; nuptias enim affectus alternus constituit, *Nov. 22. cap. 3. & Nov. 117. c. 4. in fine. l. nuper 11. C. de natur. lib.* ubi enim forma rei deficit, ibi ipsa res sul sistere nequit, *l. sed si mihi 3. §. si redditâ 1. ff. commod. l. Julianus 9. §. sed si quis 3*

in fine. ff. ad exhibend. At in tali matrimonio nulla est conjugalis affectio, *Nov. Leonis 93.* in verbis, quomodo enim matrimonialis concordia, quomodo purus sponsalisq; amor? Igitur justum non est, talem uxorem agnoscere, *d. Nov. 93. in fine.*

III. Nihil magis contrarium est consensui, quàm error, *l. nihil 116. ff. de reg. jur. l. si per errorem. ff. de jurisdict. omn. judic. cum similib.* Cùm igitur error in corpore sponsæ sit, cùm vitiatam pro virgine quis duxerit, propter dissensum meritò eam repudiare potest.

IV. Patet ex *l. ex emto 11. §. si quis ff. action. emti.* ubi si quis mulierem pro virgine emit, competit ei actio ad resolvendam emtionem; multò magis, si quis pro virgine vitiatam mulierem duxit, contract⁹ matrimonii rescinditur.

V. Accedit, quòd connubia talia minentur tragicos exitus, si maritus cum pollutâ, quam cane & angue pejus odio prosequitur, cohabitare cogitur; cùm coacta matrimonia difficiles sortiantur effectus. *cap. præterea 12. cap. cum locum 14. c. requisivit 17. de sponsa.* Non dicam peccandi occasionem dari, si scelera impunita maneant. Sequitur hanc sententiam *Albericus Gentilis lib. 6. de nupt. cap. 13. Dom. Arum. exercit. 2. quæst. 15. & alii.*

Ad argumenta superest ut respondeatur, quæ pro contraria sententia stabilienda afferuntur.

I. Non

I. Non obstat quod dictum est, Connubia non esse distrahenda, & jurgiis omnem occasionem præcidendam, *d. l. constante 28. ff. ad l. Jul. de adult.* Nam dicendum est, incivile esse, ex particula legis argumentari, totâ lege non perspectâ. *l. incivile 24. Digest. de LL.* ne jus civile calumniari videamur, *l. ad exhibendum 19. ff. ad exhibend.* nam *in dict. leg. constante 26.* maritus uxorem probavit, eamque ob adulterium commissum non accusavit; quâ ratione ab alio conjugia disturbanda non sunt. Secus verò est in præsenti quæstione; ubi quis devirginatam repudiat, eamque jubeat suas res sibi habere, domoque suâ egredi. Eo enim respectu, sponsam probare non videtur; quod tamen de uxore *in d. l.* dicitur.

II. Nec jus Canonicum hîc attendi debet; cùm ipse Pontifex Romanus contestetur ingenuè, se nihil omnino posse, nec etiam debere constituere adversus ea, quæ in sacris literis à Christo, vel ab ejus Apostolis tradita sunt; sed ad sanguinem & animam servare. *cap. sunt quidam 25. quæst. facit. cap. neque. dist. 9.* Jam autem quia *d. c. 1. in fine 29. quæst. 1.* contra jus divinum introductum sit, ut suprà in posteriori sententia ostensum, proprio Pontificis testimonio locum non habebit.

III. Quòd ex *dd. ll.* adducitur, maritum non posse accusare mores, quos ducendo tacitè pro-

bare voluit; id perperã adducitur. Nam ex *dd.ll.* hoc patet, quòd maritus eam uxorem repudiare, aut de adulterii crimine accusare non possit, si mulier mariti lenocinio adulterata fuit. *d. l. cùm mulier. 47. ff. solut. matrimon.* aut si conniveat sciens stuprum in ea commissum, quam postea duxit, *d. l. si uxor 13. §. fin. ff. ad l. Jul. de adult.* Secus verò se res habet, si devirginatam quis repudiat, cujus mores vitamque non probavit.

IV. *Argumentum est à labibus animorum desumptum, ad corporis maculam; quæ diversissima sunt;* & idcirco illatio valida fieri nequit. Nam animi nævi indies corrigi ac emendari possunt; vitium verò feminæ illatum, tolli nunquam potest. *l. un. in fine princ. Cod. de raptu virginum.* &, ut *Ovid.* canit--- *nullâ reparabilis arte Læsa pudicitia:*

V. Parùm operatur, quod objicitur sponsam sponsum repudiare non posse, ob amissum pudorem; Ergo nec sponsum repudiare sponsam debere. Sed respondetur, falsum esse, quod de sponsa jam adductum; novo enim jure mulier virum accusare potest, *auth. sed novo jure. ubi Salicet. & Dd. de repud.* & à viro penitus abstinere, *Nov. 117. cap. 9. in fine. Constitutio Caroli V. artic. 120.*

VI. Nihil probant exempla Oseæ & Salomonis. Quamvis enim non exemplis sed legibus

sit

sit judicandum; tamen etiam illud dicendum, illis imputandum esse; quòd tales uxores in matrimonio retinuerint, cùm, si eas repudiassent, jure facere potuissent.

VII. Non opus est, ut Theologi conditionem rejiciant, Si te virginem inveniam, uxorem ducam; cùm matrimonia purè contrahantur, & quisque virginem ducturus sit, & nemo tam vesanus futurus, qui vitiatam pro virgine eligeret.

THEOREMA VIII.

An matrimonium inter fidelem & infidelem jure interdictum sit?

TRes causas divortii proponit Ambrosius teste Nicolao Hemingio in libello de conjugio, repudio & divortio, *pag. 173. Primò* si adulter fuit maritus; *secundò* si apostata quantum ad religionem. *tertiò* si uxore per libidinem abuti vellet, & justum naturalemque ejus usum invertere, ubi divortium ob religionem & cultum divinum impurum permittitur, ob quam rem meritò dubitatum est, An matrimonium inter fidelem & infidelem ipso jure prohibitum sit? Qui affirmant, his nituntur fundamentis.

I. Propter perspicuos textus juris divini, *Exod. 34. cap.* in verbis: Nec uxorem de filiabus eorum accipies filiis tuis, ne postquam ipsæ fue-

rint fornicatæ, fornicari faciant & filios tuos in DEOS suos, *Deuter.7.cap.* ubi Jehova; Non accipias uxorem filio de filiabus alienigenarum, ne traducat eum post DEOS suos, ut pereat anima ejus. Et hinc memorantur conjugia apud Judæos esse dissoluta, *1.Esdræ 9.vers.10.*

II. Jure Canonico tale conjugium quoque improbatur: nec lege Mosaicâ, nec Evangelicâ, fidelem cum infideli nuptias contrahere posse. *cap.sic enim.in fine. 28.quæst.1.* Nam prava consortia bonos & pietate insignes viros corrumpunt; *cap.sæpe 28.quæst.1.*

III. Jure civili etiam tale matrimonium contrahendum non est; ut perspicitur ex *l. si legibus 16. Cod. de episcop. aud. in verb.* propter religionis diversitatem, & *l.ne quis 6. Cod.de jud. & cœlic.* ubi dicitur, adulterii criminis instar esse, contrahere nuptias Christianam cum Judæo. Consequens ergo est, omni jure hoc matrimonium prohiberi.

Sed tota hæc controversia conciliari potest hac distinctione; Quòd nuptiæ inter fidelem & infidelem aut contractæ sint, aut adhuc contrahi debeant. Si igitur matrimonium nondum contractum, sed adhuc contrahi debet, verius est, ab isto matrimonio penitus abstinendum esse. Nam lex divina & humana prohibet idipsum, *Deut. 7.cap.* quod etiam secuta honestissima matrona Rebecca, cùm diceret: Si acceperit

perit Jacob uxorem de stirpe terræ hujus, nolo vivere. Et ratio est, ne perversitas religionis pervertat animum mariti, & ne soboles inter diversas religiones educata, omnem religionem tacitè averset. Et sic accipienda sunt ea, quæ suprà allata sunt, matrimonium contrahendum non esse de futuro. Quod si verò matrimonium jam est contractum, tunc non idem obtinet; sed firmiter tenendum, illud non rescindi. 1. Idipsum nos facere hortatur Divus Apostolus Paulus 1. *Corinth. 7. cap.* Sanctificatur enim, inquit, vir infidelis per virum. Et addit, hæc non à se, sed à Domino præcipi. Et *Philip. Melanchthon in tr. de conjugio & caus. divort.* dicit, cibum sanctificari per verbum & orationem Domini. 2. Propter illustria exempla; nam ex scriptoribus patet, matrem Augustini Christianam in conjugio mariti Ethnici permansisse, qui postea ab uxore conversus, & ad agnitionem DEI pervenit. Sic etiam mater Timothei Judæi Græca fuit. *Wesenb. in paratit. Digest. ad tit. de rit. nupt.*

THEOREMA IX.

An Concubinatus jure Civili permittatur?

DE jure Canonico certò constat, concubinatū prohibitum esse. *c. concubina. & c. seq. 32. q. 2.*

Nam qui in eo vivit, adulterium committere dicitur. *cap. nemo. cap. dicat aliquis. c. meretrices. cap. sequent. 32. quæst. 4.* nec obstat *cap. is qui non habet. cum cap. seq. 34. distinct. Nam cap. omnibus. 34. dist.* proximè præcedens, bene declarat mentem Gratiani, quomodo Concubina ibi accipiatur versic. Concubina. Non enim ibi agitur de Concubina, de qua sermo hîc incidit; sed quæ dotalibus instrumentis unita; hanc, inquit, affectus facit conjugem. Hîc verò Concubina accipitur, quando sacerdotali benedictione non interveniente, femina cum viro cohabitat. *Valent. Forster. de succesio. ab intestat. lib. 4. cap. 8. Gœdd. ad l. libro memorabilium 144. ff. de V. S. num. 9 & 10.* Sed qu'd jure civili? Quidam negare conantur Concubinatum permitti, sequentibus de causis.

I. In matrimoniis & conjunctionibus, non solùm quod licet, verùm etiam quod honestum est, attendi debet. *l. semper 197. ff. de reg. jur. l. semper 42. ff. de rit. nupt.* At in Concubinatu nulla est honestatis nec pudoris ratio; Ergo permitti non debet.

II. Per expressam *l. un. C. de Concubin.* ubi nemini Concubinam habere indulgetur. *l. 1. in fine. ff. de Concubin.* Imperator Leo *in Nov. 91.* Ne ergo, inquit &c. Quod etiam à Philosophis improbatur; *Arist. lib. 2. Polit. c. 17. Et testatur Alex. lib. 4. cons. 59. n. 3. Duar. cap. 5. ad consuet. feud.*

III. Non

III. Non est justus coitus, quia liberi in familiâ & potestate patris, non nascantur; cùm aliâs liberi sequantur conditionem patris, *l. cognoscere 56. §. 1. ff. de verb. signif.* nec concubina materfamiliâs dicatur, *l. probrum 41. ff. de rit. nupt.*

Affirmantium tamen sententia verior est, Concubinatum jure civili permitti.

I. Id demonstrat *t. tit. ff. de concubinis. Nov. 12. Nov. 18. cap. 5. in medio. Nov. 74. Nov. 117. cap. 2. Forst. lib. 6. de succes. 3.* Nec obstat *Nov. 6. §. & deniq. 3. & §. prius autem 7. cap. 1. Nov. 123. de sanctiss. episcop. §. 1. §. clerici. Nov. 5. de monach. §. si quis autem,* quæ nihil corrigunt aut derogant jam dictis Novellis, ut opinatur *Alex. cons. 59. num. 3.* Loquuntur enim hæ Novellæ de clericis, quibus concubinas alere interdicitur. Quare id ad laicos non est producendum; res enim inter alios acta, aliis non nocet, *l. quia non 10. ff. de jurejur. Dn. Gœd. in d. l. libro memorabilium 144. ff. de verb. sign.*

II. Inter duo mala minus malum eligendum est, ex decantato axiomate. Atqui duo hîc occurrunt mala concubinatus, qui honestati plurimum repugnat, *l. item legato 49. §. parvi autem. ff. de leg. 3. l. probrum in fine. ff. de rit. nupt. l. 3. §. 1. ff. de don. int. vir. & ux.* & lupanaria, raptus, incestus & adulterium. *Hostien. & Panorm. cap. inter opera. de sponsa.* Nam concubinatus non

propterea permittitur, quasi rebus inhonestis & illicitis Imperator fenestram aperiret; sed ut gravioribus malis jam recensitis occurreret. Hinc Cato, vir prudentissimus, id suasisse videtur, apud Horat.

Nam simul ac venas inflavit tetra libido,
Huc juvenes æquum est descendere, non alienas
Permolere uxores. Ergo ne ansa detur majoribus sceleribus, concubinatus jure civili permittitur, *Wesenb. in par. ff. de concubin. nu. 2. in fine. Coras. lib. 1. miscell. 3.*

Contrariis deniq; respondendum est.

I. Verissimum est, quod dictum est, Concubinatum honestati repugnare, licet *Cujac. in parat. ad tit. D. de Concubin.* nitatur probare, illum honestati omnino convenire, per *l. item legato 49. §. parvi 4. ff. de leg. 3.* contrarium tamen cuivis ex textu illo patet, *Dominus Gædd. ad l. 143. ff. de verb. sign.* Verum inhonestum aliquod permittendum, ne inhonestius emergat, & adulteriis, lenociniis locus detur; ideo in jure concubinatus permittitur, non autem approbatur.

II. Nihil officit *d. l. un. C. de concubin.* non enim interdicitur in ea lege, concubinam alere, sed constante & durante matrimonio; quo cessante, concubinatus non prohibetur. Neque etiam *in d. l. 1. in fine. ff. de concubin.* simpliciter concubinam habere prohibetur, sed eam quæ vi-

rum non pati potest, minorem duodecim annis. Exceptio igitur in casibus non exceptis confirmat regulam. *Novella autem 91. Imperatoris Leonis*, restituta est à Lothario Saxone, quamvis aliâs jure non contineatur. *Dominus Gœdd. d. loco.* Accedit, quòd illæ Novellæ non recipiantur, quando juri civili manifestè refragantur. Non etiam *Aristot. d. lib. 2. Politic. cap. 17.* repugnat, ubi Concubinatum in benè constituta Rempubl. ferendum esse negat; quod facilè concedi potest, cum primis in Christiana Republ. Sed hîc sermo tantùm est, an jure civili permittatur, non verò an idipsum etiam in Republicâ Christianâ recipiendum sit?

III. Nec ab hac sententia recedendum illud inducit, quod dicitur, liberos ex concubinatu susceptos, non esse in potestate parentum; quod probari nequit. Sunt enim liberi φυσικοὶ, naturales, nec spurii nec injusti, sed mediæ conditionis, *Cujac. in parat. ff. de concubin. l. 5. 6. 7. C. de nat. lib.* Ideo non prorsus sine patre sunt; concubinatus enim licet non ita honestè, ut nuptiæ, patrem demonstret: tamen liberis alimenta pater suggerere debet, & instar legitimæ jus illis ab intestato aliquid attribuit, *Nov. 89. cap. discretis 12. auth. licet. C. de natur. lib.*

THEOREMA X.

An sacerdotibus permissum sit, uxores ducere?

NOn levis dubitatio est, de Clericis & sacerdotibus: An illis permittendum uxores ducere? propter quosdam Canonum textus, & Pontificiorum quorundam prætextus, qui primò considerandi; *quibus postea contraria sententia utpote verior, sacerdotibus matrimonio non interdictum esse, subjicienda est.*

I. Prohibetur Clericis tam concubinatus, quàm matrimonium, *cap. presbyteris 27. dist. cap. sanè X de cler. conjug. cap. si quis 28. & 29. dist.* & pœnis etiam subjiciuntur, si matrimonium contrahant, *cap. diaconi. & cap. decernimus 28. dist. & cap. eos placuit. 22. dist.* ubi jubentur Clerici ab officiis removeri, si contra decreta patrum matrimonium contrahant, *Nov. 6. cap. 5. vers. si autem aliquis presbyter.*

II. Argumentum desumunt ex decreto Innoc. *cap. proposuisti. dist. 82.* Quòd conjuges magnâ incontinentiâ sint involuti; Sacerdotes autem continentes esse debent: meritò igitur matrimonio iis interdicitur.

III. Ex eodem cap. Qui Deo serviunt, sancti esse debent; At conjuges non sunt sancti, sed carnis

carnis voluptates sectantur: Ergo conjuges esse non debent, qui Deo serviunt.

IV. Ejusdem farinæ & cohortis & illud est; Contaminati carnali concupiscentiâ non exaudiuntur, juxta Paulum; Omnia munda mundis &c. Sacerdotes autem debent exaudiri: Contaminati igitur non debent carnali concupiscentiâ; & per consequens, nec uxores ducere.

V. Qui in carne sunt, Deo placere non possunt: Conjuges autem sunt in carne: Ergo Deo placere non possunt; & proinde clerici à matrimonio arceri debent, cùm illi Deo placere debeant.

Posterioris sententiæ rationes validiores sunt, quibus evincitur, Clericis matrimonio non interdici.

I. Quia matrimonium sanctum & honorabile sit, & nullis ordinibus aut dignitatibus illicitum, *Levit. cap. 20.* ubi conjuges sancti dicuntur; Sancti estote, inquit Jehova præpotens, quoniam & ego sanctus sum; Et *autor ad Hebr.* clarè ponit particulam, ἐν πᾶσι, in omnibus esse honorabile; ubi verbum universale ad omnes cujuscunque conditionis homines referendum.

II. Patet, quòd ipse Jehova præcipiat, Episcopum unius uxoris maritum esse, ubi sanè clericis matrimonio non interdicit, modo unâ contenti vivant uxore. Non verò debet hoc monitum Jehovæ, secundùm Papicolarum opinio-

nem, intelligi de iis qui se continere nequeunt; aliâs omnes clerici & tota synodus monachorum, qui se continere non possunt, ex propria eorum interpretatione feminis conjungi deberent; Sed de omnibus indistinctè accipi debet. Nec officit, quòd non erubescant nonnulli, dictum Jehovæ, Episcopum unius uxoris maritum esse, interpretari de Ecclesiis; quòd Episcopus unam tantùm Ecclesiam moderari debeat, *cap. multa. X. de præbend. & dign.* Nam Apostolus eo loco nō loquitur de officio Episcopi, sed de qualitate & conditione personæ; sed si illud etiam concederetur, constat tamē falsissimum esse, quod ipsi fateantur necesse est; cùm Episcopus sæpè per vim & callidas machinationes, non dicam injustè, tribus aut pluribus Episcopatibus præficiatur, contra constitutiones canonicas, *cap. clericus 21. quæst. 1.*

III. Comprobat synodus Nicæna, quæ cùm in cælibatum sacerdotum quidem inclinaret; postea Paphnutii, pro sacerdotio conjugii causâ intercedentis, sententia obtinuit, *cap. Nicenas 31. distinct.*

IV. Matrimonium juris naturalis est, *l. 1. ff. de just. & jur.* Jus autem naturale immutabile est, *§. sed naturalia. Instit. de* J. N. G. & C. Ergo matrimonio nemini interdici potest.

V. Si judex quidpiam præcipiat, quod non ad ipsius officium refertur, id ratum & firmum esse

esse non debet, *cap. ea quæ fiunt. de R. J. in 6. & l. factum 155. ff. de R. J.* nec parere quis cogitur ei, qui extra territorium jus dicit, *l. fin. ff. de juris-dict. omn. judic.* Sed jus contrahendi matrimonii, quo ad substantiam, nec ad jus Canonicum nec ad Civile referendum; sed ad naturale, *d. l. 1. ff. de just. & jur. Genes. 1. & 2.* Constitutiones igitur juris Canonici validæ non sunt, *l. non dubium. C. de ll. cap. quæ contra. de R. J. in 6.*

VI. Ex jure Canonico etiam patet, Clericis matrimonio non interdici. Augustin. *in cap. quidam 27. dist.* Idem *in cap. nuptiarum 27. quæst. 1. & cap. quoniam 31. dist. & d. cap. Nicæna, ead. dist. cap. episcopus qui filios 12. qua. 2. cap. integritas 32. q. 1.* quæ bene probant. Nec refert, capitula illa antiquiora quibusdam videri. Constat enim, eos Canones sequendos, qui antiquiores, quiq; plus authoritatis & pietatis habent, *cap. sana 9. dist. & cap. Domino sancto. 50. dist.* ubi melior sententia dicitur, quæ antiquior est.

Illud adhuc superest, ut ad argumenta Pontificiorum respondeatur, eorumq; sententiam rationibus destitui demonstretur.

I. Textus juris Canonici infirmissimæ probationis sunt; præsertim, cùm ex antiquioribus capitulis, ut modò ostensum, contrarium pateat. Deinde, quòd edicto Cæsaris, quod in comitiis Spiræ habitis anno 1590 editum est, nullam pœnam clerici sustinere debeant, quàm quòd pri-

vilegia sua amittant, quæ Ecclesiasticis personis concessa sunt, hoc est, ut cadant ab ordine & fiant laici; quod genus missionis beneficii loco potiùs habendum. Nam & Ratisponæ conventu habito decretum est, unicuique agere licere, quod coram Deo & apud Imperium honestè defendi posset. Quod verò conjugium clericorum tam in foro soli quàm poli bene defendi possit, ex superioribus liquet.

II. Verum est, quod supra objiciebatur, *magnam in conjugibus esse incontinentiam; culpa autem non transferri debet in rem*, qua homines bene aut malè uti possunt. Quisque enim se gubernare & moderari debet, ut carnis incontinentiam aspernetur; contra quam *Paul. 1. Cor. 7.* remedium invenit.

III. Perperam inducunt Pontificii ex verbis Jehovæ, *Levit. cap. 20.* Sancti estote, quia & ego sanctus sum. Non enim hoc ad Pontificem tantùm & ejus asseclas monachos extendendum, quasi illi sancti esse debeant dum in monasteriis cælibes vivunt; sed Deus omnes sanctos esse jubet, ut & ipse sanctus est. Deinde, si hoc de Pontifice ejusq; asseclis exaudiendum esset, glossator contra Papam argumentaretur ab authoritate Nicenæ Synod; Contrà, inquit, est Nicæna Synodus, quæ castitatem concludit esse concubitum cum propria uxore. Minùs ergo casti, minusq; sancti illi dicendi, qui repudiatis uxoribus,

ribus, hinc inde clam scortantur, & nefariam libidinem exercent.

IV. Argumentum petitum est ex verbis Pauli, sed malitiosè; Omnia munda mundis, pollutis autem & infidelibus nihil est mundum, quorum mens & concupiscentia polluta est. Nam Paulus loquitur de impiis Judæis, delectum ciborum superstitiosè docentibus, & fidem veram deserentibus.

V. Malignè interpretari scripturam quid est, si hoc non est? *Paul. Rom. 8. inquit:* Qui sunt in carne, Deo placere non possunt: Vos autem non estis in carne, sed in spiritu. Paulus enim Apostolus loquitur de justificatis; illos non indulgere debere carnis voluptatibus. Malè igitur hoc ad conjugium sacerdotum trahitur: cùm illud sit res Deo placens, & ab eo ipso instituta, ut satis constat.

DECAS III.

Cujus theoremata sunt hæc.

I. *Tutoris datio, an imperii vel jurisdictionis sit?*

II. *An legitimus tutor Electoris, juxta auream Bullam, præferendus sit testa-*

mentario, in administratione bonorum.

III. Minores an sine Curatorum consensu obligentur?

IV. An plus cautionis sit in pignoribus, quàm in persona?

V. An rerum incorporalium propriè sit dominium?

VI. Ab alio capta, ab alio tamen vulnerata, fera cujus sit?

VII. An, quemadmodum in aliena sylva venari, §. fere. Instit. de R. D. & acq. ipsar. dom. ita etiam in alieno fundo piscari liceat?

VIII. An insula in flumine nata privatorum sit, etiam quoad usum?

IX. Species ex aliena materia facta, materiæ domino; an verò speciei adquiratur?

X. An teneatur in duplum, qui tignum bonâ vel malâ fide ædibus junxit?

THEO-

THEOREMA I.

Tutoris datio, an imperii vel jurisdictionis sit?

NOn vulgaris inter interpretes disceptatio est de præsenti theoremate; Tutoris datio imperii, jurisdictionis; an verò nullius, sed potiùs permissionis sit. Prius affirmatur, sequentibus de causis.

I. Probatur *t. tit. Instit. de Attil. tut.* ubi permittitur, si tutor deficiat, ut pupillo detur tutor in urbe à Prætore urbano, & majore parte Tribunorum plebis, *ex l. Attilia*; in provinciis verò, *ex l. Julia & Titia*, à Præsidibus, *§. 1. cum seqq. §. sed hoc jure.* in verbis, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel Prætor secundùm suam jurisdictionem, *Instit. de Attil. tut.* Pendet igitur tutoris datio à magistratibus, qui jurisdictionem habent, *l. jus dicentis 1. ff. de jurisdict.*

II. Cui competit definitio, eidem competit & definitum, *arg. l. 1. ff. de dol. mal.* At tutelæ dationi competit definitio jurisdictionis, *d. l. 1. & l. 4. ff. de jurisdict.* Ergo & definitum, videlicet jurisdictio.

III. Si mandari potest datio tutelæ, tunc necessariò vel est imperii, vel jurisdictionis, *l. mores. cum l. seq. 6. ff. de jurisdict.* At mandari potest tutelæ datio, *l. 12. l. 15. ff. de offic. Proconf. &*

l.1. sive. §. legatus 1. ff. de tut. vel cur. dat. Ergo mixti imperii est, & jurisdictionis.

IV. Præses Provinciæ, vel magistratus, tutorem dat; aut ut privatus, vel ut magistratus. Si ut privata persona tutorem dederit, tunc non cogitur quispiam ei parere: At si, ut magistratus secundùm suam jurisdictionem tutorem dederit; quilibet parere cogitur, qui subditus est ejus imperio, *arg. l. 3. ff. de tut. vel curat. dat. l. fin. de jurisdict.*

V. Convincunt idipsum diserti & perspicui textus, *l. inter tutores 36. ff. de administr. tut.* in verbis; sed jurisdictionis, *l. 3. §. sed etsi. in verb. cujus ea jurisdictio fuit. ff. judic. solvi. & in l. cui eorum 3. ff. de postul. l. apud 17. ff. de manum. vind.*

VI. Actus legitimi sunt jurisdictionis, *l. 2. ff. de offic. Procons.* Sed tutelæ datio est actus legitimus, *l. actus 77. ff. de reg. jur.* Tutelæ datio igitur jurisdictionis est.

Sed verius est, nec imperii, vel jurisdictionis, tutoris dationem esse; sed permissionis legis, vel Principis.

I. Ostendit id ipsum diserte Imperator *in l. muto 6. §. tutoris 2. ff. de tutel.* ubi removet imperium & jurisdictionem, in genere; & idcirco omnes ejus species, *l. 1. §. 3. ff. de aleat. l. ult. C. de reb. alien. non alien.* & postea subjungit, ei competere tutoris dationem, cui nominatim hoc vel lex, vel SCtum, vel princeps dedit.

II. Si

II. Si tutelæ datio est jurisdictionis, tunc est vel meri vel mixti imperii; sed neq; meri imperii, *l. 3. ff. de jurisd.* nec etiam mixti, quia aliâs mandari posset; quod tamen omninò negat, *l. nec mandatu 8. ff. de tut. vel curat. dat.* Ergo non est imperii, nec jurisdictionis.

III. Accedit; quòd decuriones, qui jurisdictionem non habent, tutores dare possunt, *l. 19. in pr. ff. de tut. vel curat. dat.* & collega collegam dare potest, *d. l. 19.* qui jurisdictionem etiam nullam exercent; par enim in parem nullam habet jurisdictionem, *l. 4. ff. de recept. arbit. l. 13. §. 4. ff. ad SC. Trebell.*

IV. Si tutoris datio meri imperii vel jurisdictionis esset, non nominatim præsidi aut Proconsuli concederetur, *l. 1. 3. 4. 5. ff. de tut. vel cur. dat.* cùm præses & proconsul majus habeant imperium in provincia, omnibus post Principem, *l. 8. ff. de offic. Proconsul. l. 4. ff. de offic. præsid.*

V. Denique ea quæ jurisdictionis aut imperii sunt, mandatâ jurisdictione transeunt, *l. 1. in pr. & fin. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* At mandante præside, nihilominus alius tutorem dare poterit, *l. 8. ff. de curat. vel tut. dat. ab his.* Neque igitur imperii, nec jurisdictionis est, *Don. 3. com. 17. Cujac. 15. obs. 19. & 21. obs. 30. Doctor meus piè defunctus, Scipio Gentilis lib. 1. de jurisdict. ad orat. Divi Marci c. 1. & seq. & lib. 3. c. 25. Dom. Arum. exer. 3. q. 4. Forster. disp. 4. th. 8.*

Superest denuò, ut superiora argumenta adducta confellantur, iisq; respondeatur.

I. Quòd proponitur ex *t. tit. Instit. de Attil. tut. & §. sed hoc jure. 4.* ubi colligunt, tutoris dationem à magistratibus pendere: & Prætorem secundùm jurisdictionem tutores dare: Ad illud respondetur, certum esse; magistratus, Prætores, Præsides, jussu suo, id est, admonitione, ut bene interpretatur *Dn. Vult. ad d. §. sed hoc jure.* tutorem dare posse; unde & dativus tutor dicitur, *l. dativus 7. ff. rem pup. salv. fore. l. generaliter 52. C. de episcop. & cleric.* Id enim non fit, propter mandatũ magistratus, quòd tutorẽ dent; sed quia hoc jus illis lege datũ sit, *d. l. jus dandi 3. ff. de tut. vel curat. datis ab his.* Non tamen inde efficitur, tutoris dationem esse jurisdictionis. Nec ex *d. §. 4.* verbis, Prætor secundùm suam jurisdict. id evincitur; nam hoc intelligendũ est, Prętorẽ dare posse tutorem in territorio suo, quatenus jurisdictio ejus se extendit, *l. fin. ff. de jurisdict. gl. in d. §. Dn. Vult.* Quare malè inde infertur, *l. jus dicentis 1. ff. de jurisdict.* quæ generalis est, & in qua jus dicentis officium latissimè consideratur; nec intra solius jurisdictionis, quæ jure magistratus competit, fines concluditur; cum *d. l. 3.* convenire.

II. Totum argumentum concedi potest, si accipiatur eo sensu quo jam dictum; generaliter quippe, jurisdictionem tutoris dationi competere, ut *in d. l. 1. ff. de jurisd.* non verò de jurisdictione,

ctione, quæ jure magistratus competit; negatur enim insuper, *in dd. ll.* jurisdictionem perfectè definiri, ut tutoris dationi competat.

III. Objicitur, tutelæ dationem mandari posse legato Proconsulis, *l. legati 15. ff. de offic. Proconsul.* Id accipi debet juxta *l. 1. §. legatus. ff. de tut. vel curat.* non quòd cuivis mandatâ jurisdictione, permissum sit tutores dare; sed, quia legato Proconsulis ex speciali Divi Marci oratione permittebatur.

IV. *Nihil* movet quod dicitur, privato neminem parere cogi, si tutorem dederit, nisi jurisdictionem habeat. Resp. Magistratum, personam privatam non esse, sed publicam; qui tutorem dare potest non secundùm jurisdictionem suam, sed quia lex jus dandi tutores præscribat, *d. l. jus dandi 3.*

V. Nec tantopere repugnant *dd. ll.* Illud enim, quod ad primum responsum est, hîc locum habet; magistratibus, *legibus* concessum esse, tutores dare secundùm suam jurisdictionem; ita, ut neq; in alio loco, quàm jurisdictionem habent; neq; etiam in alias personas, quàm quæ eorum jurisdictioni & potestati subsunt, potestatem tutores dandi habeant, *Don. lib. 3. com. 7.*

VI. Denique, quod dicitur, actus legitimos esse jurisdictionis; id non probatur, *d. l. omnes 2. ff. de offic. Proconsul.* Illud enim non est καθ' παντὸς universaliter de omnibus actibus publicis

accipiendum; illos esse jurisdictionis. Ideoque ab uno atque altero universale inferendum, argumentandi ratio non suadet.

THEOREMA II.

An legitimus tutor Electoris, juxta auream Bullam, præferendus sit testamentario, in administratione bonorum?

NObilissimam, & dignam consideratione quæstionem, in orbe Romano & Imperii statu moveri, dubium non est; sed res tum ipsa testatur, tum in lucem sparsim edita hac de re publica scripta loquuntur; magnorumque sæpè dynastarum disidia notoriè confirmant. Qui igitur negant legitimum præferendum testamentario tutori, his moventur rationibus.

I. Propter dilucida & perspicua verba *Aureæ Bullæ Carolinæ §. 7.* qui incipit; Inter solicitudines. in verb. Et talis succesSio in primogenitis & heredibus principum eorundem, jure voce, & potestate præmissis perpetuis temporibus observetur, eâ tamen conditione & modo; ut si Principem Electorem vel ejus primogenitum, aut filium seniorem laicum, mori; & heredes masculos legitimos laicos, defectum ætatis patientes relinquere contingeret; tunc frater senior ejus-

ejusdem primogeniti, Tutor eorum & Administrator existat; donec senior ex eis legitimam ætatem attigerit, quam in Principe Electore decem & octo annos completos censeri volumus, & statuimus perpetuò haberi: quam dum attigerit, jus, vocem & potestatem, & omnia ab ipsis dependentia, tutor ipse sibi totaliter cum officio teneatur protinus assignare &c. Huc usque verba aureæ bullæ; ex quibus liquet, nec aliter testamento statuendum, adeò ut minor 18. annis ad complendas sex hebdomadas tutore opus habeat, & postea usque ad annum 25. Curatore. Vide **im gründlichen beständigen Bericht des Durchleuchtigen Fürsten ꝛc. Herren Reicharden Pfaltzgraven bey Rhein / der Churfürstl. Pfaltz** Curatorn **vnd** Administratorn &c.

II. Hoc reiteratur tam in Constitutione Regis, quàm Imperatoris Sigismundi. In constitutione Regis verò, quòd si aliquem ex eis modo præmisso ex hac luce migrare contigerit, qui masculini sexus heredes relinquet, debitæ patientes ætatis defectum; tunc senior frater, nepos aut consanguineus proximior, in linea genituræ, si frater non extiterit ejusdem defuncti, laicus duntaxat, dicti pupilli & juvenis, ad quem præscripta devolventur, de jure tutor esse debet & Curator; tamdiu, donec debitam ætatem pertingat; cui etiam juveni, quàm citò ad ætatem pertigerit, jus, vocem, & dignitatem & potesta-

tem prædictæ electionis, & omnia, & singula ab eis dependentia; idem tutor sine difficultate & retinentia qualibet tenebitur, & debebit protinus assignare. Ætatem verò debitam in hoc casu, eligendi videlicet Imperatorem &c. decem & octo annorum censeri volumus & haberi. Contra quam Constitutionem si quidpiã quisquam tentarit, pœnâ mille marcarum auri purissimi punitur, ut in fine illius constitutionis adjectum. Quod etiam postea constitutione suâ Imperatoriâ confirmavit & innovavit anno 1434.

III. Exemplis etiam Illustrium Principum id demonstrari potest. I. de Electore Philippo, qui patrui sui Ducis Friderici Victorioſi tutelæ & curationi subjectus fuit, donec 25. annum adimplevit; necnon de Duce Johanne Casimiro &c.

IV. Nemo potest in testamento suo cavere, ne ll. in eo locum habeant, *l. nemo 55. ff. de leg. & fideicomm. 1.* Ergo nec Elector in suo testamento cavere poterit, ne aurea Bulla, constitutiones Imperatorum, in illo attendantur; cùm & ipsi Principes, quamvis legibus soluti, secundùm leges tamen vivere debeant, *l. digna vox 4. C. de ll.* Ad agnatos enim pupilli, jure legitimo, solicitudo tutelæ pertinet; *l. 2. C. de legitim. tut.* Et ex lege avunculis tutelæ deferuntur, *l. 1. & l. 3. ff. de leg. tut.* Nemo igitur jus alteri quæsitum adimere potest, & proinde nec proximo agnato, in admini-

administratione tutelæ pupilli, Electoris filii.

V. Accedit, quàm perniciosum, & quàm summo præjudicio fiat, extraneo Principi tutelam & administrationem committi. Facilè enim vi injectâ pupillo, propinquiores mortuo pupillo excluderentur; & dignitate & emolumento pupillus privaretur. Nil dicam de contemptu legum & violatione aureæ Bullæ, & constitutionis Imperatoris *Sigismundi*, cujus violatores gravissima auri mulctâ tenentur.

Sed non deducit me hæc opinio, à melioribus rationibus fundatâ sententiâ; Testamentariam tutelam scil. Electoris futuri, legitimæ, in aureâ Bulla & Imperatoris Sigismundi constitutione expressæ, præferri.

I. Rei suæ unusquisq; moderator & arbiter est, *l. in re mandatâ. C. mandati.* & idcirco etiam cuique de rebus suis permissum est testari, uti placet ex *l. 12. tabb. l. 120. verbis legis. ff. de V. S. §. 1. Instit. de lege Falcid.* Ultimæ enim voluntates plenius interpretandæ sunt, ut potius valeant quàm intercidant, *l. in testamento, cum ibi not. at. ff. de R. J. §. fin. & ibi Dd. Inst. de legat.* Et testatoris voluntas manifesta in testamentis, tanquam regina, sequenda est, *§. disponat. Nov. 22. de nupt. coll. 4. Jason in l. talis scriptura n. 12. & in l. si res obligata. n. 3. l. si servi electione. n. 16. ff. de leg. 1. l. 1.*

C. de sacrosanct. Eccles. Nov. 118. in verb. defuncti voluntatem & ordinationem præponi volumus, inquit Justin. cum simil. Meritò igitur standum patris voluntati, qui utique rectè prospexisse filio creditur, *l. nec in ea lege 22. ff. ad L. Jul. de adult.*

II. Quamdiu speratur testamentaria tutela, tamdiu cessare debet legitima, *l. si quis 11. ff. de testam. tut. & l. si tutor 9. §. si duobus. ff. de tutel. & ration. distrah.* Et semper legitima tutelæ testamentariæ cedit, etiam inter Illustres, *l. 1. C. de tut. vel curat. illustr.*

III. Nec Principes, nec Electores, intestabiles personæ sunt; quales sunt, quibus bonis interdictum, & qui ob carmen famosum damnati, obsides & servi. Nec etiam in Aurea Bulla specialiter expressum, testamentariâ cedere legitimæ tutelæ; sed loquitur de eo casu quando testamentaria tutela desit. Cur igitur non relictum, quod in ea non correctum? cur stare prohibeatur, quod non mutatum est? *l. præcipimus. C. de appellat. l. 27. C. de testam.* Quod igitur in ea omissum, non omitti debet religione judicantium, *l. quæsitum. 13 ff. de testib.*

IV. Insuper nec Aurea Bulla, nec constitutiones Sigismundi, interdixerunt Electori Palatino de bonis suis disponere pro arbitrio; nec testamentariam tutelam filii Electoris improbarunt. Sic Johannes Casimirus secundâ vice supplican-

plicando impetravit, ut de suis bonis & rebus sui territorii disponere, filiisque tutores constituere quos delegerit, ei concessum esset; & proinde compulsoriales ad edendum testamentum, & citationem ad videndum, publicavit.

V. Nullum contrarium exemplum dari potest, ubi legitimus tutor Electoris unquam præpositus fuerit testamentario: sed innumera exempla ad hanc sententiam obvia & in propatulo sunt; de Electore Ludovico, qui filio Othonem minimum fratrem bis tutorem constituit; de Comite Würtenbergensi, Veldensi, & aliis. Nec prædicta duo exempla, suprà adducta, quidquam contrà faciunt; de quibus jam videndum erit.

Restat igitur, ut ad objecta respondeam.

I. & II. Constitutionem igitur Aureæ Bullæ Caroli V. §. 7. Inter solicitudines &c. & constitutionem tam Regis quàm Imperatoris Sigismundi; ubi sancitur, defuncto Electore superstitum filiorum, vel unius primogeniti relicti, proximum agnatum defuncti, superstitis impuberis 18. annum nondum implentis, administratorem & tutorem esse; locum habere, omninò verum est; quando testamentarius tutor nullus subest, nullusq; à defuncto impuberi vel primogenito tutor constitutus sit; tunc extra dubitationis aleam positum est, prædictas constitutiones sibi locum vindicare. Quod si verò ex testa-

mento tutor datus sit, tunc cessat legitimus ex dictis constitutionibus pupillo assignatus, per jura notissima *l. si quis 11. ff. de testam. tut. l. si tutor 9. §. si duobus. ff. de agnat. tut.*

III. Nihil contrarii important exempla Illustrium Principum, Electoris Philippi & Ducis Friderici Victoriosi. Quàm falsò enim adducantur; & quòd tali modo tutor non datus fuerit, alio à testatore vocato, satis superque probat **der gründlich Bericht**/ut suprà quoq; memini.

IV. *Retorqueri potest argumentum hoc modo: Nemo potest facere, ne leges in suo testamento locum habeant, d. l. nemo 55. ff. de leg. 1.* At, qui tutores testamento dat, facit, ut in testamento suo leges locum habeant, *d. l. si tutor 9. §. si duobus. ff. de tut. & rat. distrah.* Ergo justè; nam qui lege permittente jure suo utitur, is nemini facit injuriam.

V. Denique nihil obstat, quod prætenditur, extraneum præferre agnato, perniciosum & periculosum fore pupillo. Nam responderi potest, non esse præsumendum, patrem malè cupere suis liberis, sed propter innatam στοργήν rectè prospexisse filio creditur, *d. l. 22. nec in ea lege. ff. ad l. Jul. de adult.* Sæpe etenim invidiæ, & inimicitiæ plusquam capitales, inter agnatos exoriuntur; unde testator deterritus, vel aliis gravibus causis inductus, alium testamento filio tutorem dat. Nullum igitur contemptum prædictarum constitutionum

tionum Imperatorum quis objiciet, nec etiam pœnam violatoribus constitutam, in Electore testamento tutorem filio dante, locum habere dixerit; cùm in legitima tutela vigorem suum obtineant, nullâ testamentariâ exsistente; ut jam pluribus ostensum.

THEOREMA III.

Minores, an sine Curatorum suorum consensu obligentur?

QUam perexiguum minorum judicium sit, & imperfectus consensus; patet, quòd maximè affectibus indulgeant. Nam in ea ætate constituti sunt, in qua consilium est infirmum, & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum; ideo facilè fieri potest, eos cõtrahentes cum aliis, circumveniri: præcipuè verò, cùm obligari semper sit periculosum, *l. in causa 2. ff. de minor. l. si voluntate 8. C. de rescind. vend.* qua in re Curatorũ consensus requiri videtur. Quæritur igitur, an minores sine consensu Curatorũ obligent? quod negandũ videtur, seqq. de causis.

I. Probatur hæc sententia per *l. si Curatorem 3. C. de in integr. restit.* ubi minores isti comparantur iis, quibus bonis interdictũ est, quos contrahere posse vel se obligare, nemo est qui affirmet. Nec igitur minores sine Curatorum suorum consensu se obstringere possunt.

II. Minoribus succurritur beneficio restitutionis in integrum, sive tutores habeant, sive non, *d.l.3. l.2. l.3. l.ult. C.si tutor vel curator interven.* Non igitur obligantur; nihil enim actum est, ubi restitutio in integrum locum habet.

III. Apud quem bonorum non est administratio, apud eundem nec obligatio; nam bonorum administratione concessâ conceduntur etiam obligationes, *l. princeps 21. & l. bonorum 49. ff. de verb. sign.* At minoribus bonorum administratio non est concessa: sed ad Curatores pertinet, *l. sancimus. C. de administr. tut. & d.l.3. C. de in integr. restit.* Ergo nec obligatio,

IV. Accedit, quòd periculum omne sit penes Curatores, & ad illos pertineat, *l. sancim⁹ 25. C. de administr. tut. vel curat. l. in copulandis 8. C. de nupt. l. sciendum 20. ff. de rit. nupt.* Igitur sine eorum consensu se obligare non possunt; cùm obligare semper periculosum sit.

V. Denique huc facit, quòd lex Lætoria prohibuerit, à minore stipulari, ut author est *Forster. in histor. jur. de ll. Antonii & Cæsaris.* Et huic sententiæ communiter inhærent Dd. eamq; sequuntur *Duar. Don. ad l. puberes 120. ff. de verb. oblig. & 12. com. 22. Robert. 1. animad. 12. Dominus Gœdd. in l. 21. ff. de verb. signif. nu. 6. & seqq. Domin. Helfric. Ulric. Hunnius in collegio Instit. disput. 3. thes. 31.*

Æquior tamen est sententia contraria, minores

nores etiam sine Curatorum suorum consensu obligari; & hujus sententiæ sequentia fundamenta subjungo:

I. Propter dilucidum textum *in d.l.101. puberes sine Curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. ff. de verb. oblig.* ubi cùm verba sint perspicua, nefas est ea in siniſtrum sensum detorquere.

II. Perfectio obligationum consensu fieri dicitur, *l. consensu 2. §. 1. ideo. ff. de O. & A.* Jam verò extra omnem dubietatis aleam positum est, Minores consentire. *arg. l. sciendum 20. ff. de rit. nupt. d.l.101.* Ergo etiam absque Curatorum consensu se obstringere possunt.

III. Major est authoritas patris, quàm Curatoris; cùm pater longè majorem potestatem in filium habeat, quàm Curator. *§. jus autem. Instit. de patr. pot.* Sed ne patris quidem consensus minori contrahenti opus est. *l. fin. §. pupillus 2. ff. de verb. oblig.* Ergo neque Curatoris.

IV. Omnis qui adit hereditatem, obligatur Creditoribus hereditariis. *l. more 8. ff. de adquir. hered. l. si adulta. pen. C. de hered. act. Don. 15. com. c. 14.* At minor citra consensum Curatoris hereditatem adit; inutilis enim ad hanc rem ipsius consensus est, *l. cum in una 17. §. 1. in fine. ff. de appellat.* Ergo se obligare potest æri alieno exsolvendo.

V. Constat, quòd minor si in obligatione

læsus fuerit, ei competat beneficium restitutionis in integrum. *tot. tit. D. & C. de in integr. restit. minor.* Consequens ergo est, minorem omninò obligari; Si enim non obligaretur, frustra restitutioni locus esset; quod enim ipso jure nullum est, restitutionem non desiderat; *arg. l. bovem 43. §. fin. ff. de ædilit. edict. l. liberos 3. §. 1. ff. de capit. minut.* Propugnant hanc sententiam *Cujac. ad d. l. 101. Ant. Fab. lib. 8. conject. 6 & 6. error. pragm. 9. Borcholt. in comm. de jurejur. t. 3. num. 3. Giph. ad l. 101. Fachin. lib. 3. controvers. lib. 9.*

Quod igitur ad priorem spectat sententiam, Minores sine curatorum authoritate obligari non posse; reliquum est, ut argumenta discutiantur.

1. Argumentum desumptum est ex *d. l. Cod. de in integr. restit.* ubi minores non absimiles habentur iis, quibus bonis interdictum est. R. Comparantur *in d. l.* minores iis, quibus bonis interdictum est à Prætore, non quidem ratione obligationis; sed alienationis, quæ nullius dicitur esse efficaciæ; minorem enim sine consensu Curatoris obligari, *in dict. leg. 3.* non negatur; potest enim minor personam suam obligare, in quam Curator potestatem non habet; qui tantùm rebus datur, quem nec minor invitus accipere cogitur, *paragraph. item 2. Instit. de Curator.* Distingui igitur debet causa

ab

ab effectu. Neque verò dicendum, A quo removetur effectus, ab eodem etiam causa; illud enim logicum axiomâ in omnibus verum non est. Potest enim esse materia, item artifex, etsi res effecta absit, vel corrupta sit. Sic minor se obligare potest, etiamsi res alienare & distrahere nequeat.

II. Sententiam hanc magis confirmat, quod dicitur, minori succurri beneficio restitutionis in integrum. Non enim propterea nihil actum est, sed rescinditur, si quando minor circumventus sit; non enim propterea obligatio nulla dici potest, quæ primò interveniebat minoris; aliâs enim restitutione non opus fuisset. Quod enim ipso jure non subsistit, restitutione non indiget, *l. 5. Digest. de nupt. l. bovem. §. fin. Digest. de edilit. edict.* ut jam ostendi. Et non Entis propriè nullæ sunt qualitates, juxta decantatum Philosophorum axioma.

III. Argumentum hoc desumptum est à contrario sensu; quod locum non habet, quando lex contrarium suadet. At ex *l. 101. Digest. de verborum obligatione. l. obligari 43. Digest. de O. & A.* contrarium cuivis patet. Ergo locum hîc non habet.

IV. Denique nihil resistit L. Lætoria; illa enim in femina tantùm locum habet, non etiam in masculo, *arg. l. neq; tutoris 7. C. de contrah. vel*

commit. stip. l. 1. Cod. de author. præst. Plura ad *d. l. Latoriam* respondet *Cujac. lib. 19. obs. 34.*

THEOREMA IV.

An plus cautionis sit in pignoribus, quàm in persona?

NON exigui momenti quæstio de satisdationibus occurrit; An magis idoneè pignoribus vel fidejussoribus datis caveatur. Prius qui affirmant, re & pignore magis caveri, sequentibus fundamentis utuntur.

I. Plus cautionis in re est quàm in personâ. *l. plus cautionis 25. ff. de reg. jur.* Et, si quis fidejussorem dare debet; liberatur, si pignora dederit. *Bart. in l. prætoria. 3. ff. de prætor. stip. l. 1. ff. qui satisd. cog.*

II. Textus est *in l. promissor Stichi 21. §. constituit 2. ff. de constit. pec.* ubi dicitur; Si quis constituerit se satisdaturum, nihil interesse, sive fidejussorem sive pignora dederit.

III. Commodius est debitori, re caveri, ut magis pecunia ei credatur; & creditori, ut in tuto sit res sua; quod si personâ cautum esset, contra quem agere debeat, & litis periculo se subjicere; non tam securè eidem prospectum videretur. *§. creditori fin. Instit. quib. mod. re contr. obligat.*

IV. Facit *l. 1. §. jubet autem 9. ff. de collat. bon.* gl. & Dd.

gl. & Dd. in d.l.1. & l.7. ff. de prator. stip. Joh. Fab. in §. sin autem. Instit. de satisd. tut. & alii.

Sed relictâ hac sententiâ, contraria veritati similior est; Fidejussoribus vel personâ magis idoneè caveri, quàm pignoribus; & hujs assertionis

I. Fundamentũ ponitur *in d.l.1. ff. qui satisd. cog.* ubi dicitur, quòd satisdetur fidejussoribus. *& l. prætoria 7. ff. de prator. stip.* ubi prætoriæ satisdationes personas desiderant, nec pignoribus expediri possunt.

II. *Si* conferamus constitutiones posteriores cum jure veteri; fateamur necesse est, non aliter satisdationem idoneam fieri, quàm fidejussoribus. *Nov. 53. de exhib. vel introduc. reis. cap. 2. in verb.* Si quid tale agere jubeatur, non aliter ad aliam provinciam exhibere reum, antequam fidejussorem præbeat actor in judicio, in quod futurus est reum deducere. *& cap. seq. 3. §. 2.* susceptò verò libello, solâ personali fidejussione ab eo datâ &c. *Nov. 112. de litigios. &c. cap. 2.* in verbis; ut non aliter conventionales libelli pulsatis porrigantur, aut sportulæ executoribus dentur; nisi priùs in libello actor per se, aut per tabularios subscripserit; & actis intervenientibus, fidejussorem idoneum, periculo competentis officii, præstiterit &c. Ergo tam jure veteri, quàm novo, satisdatio idonea illa est, quæ fit fidejussoribus.

III. Securius est duos debitores, quàm unum tantùm cum pignoribus habere. At is cui

fidejussore cautum est, duos debitores habet; quorum principali debitore non solvente, tenetur accessorius fidejussor, *ff. si plures 4. & §. seq. Instit. de fidejus. l. græcè 8. §. 3. & 6. ff. de fidejus.* Ergo rectiùs satisdatum est fidejussore, quàm pignore.

IV. Fidejussores reum principalem dictim urgere possunt, ut solutionem præstet; Pignora verò, res mortuæ, debitorem neque ad satisfaciendum creditori, nec ad liberationem quidpiam movere possunt.

V. *Multis modis melior via nobis patet* conveniendi fidejussorem, quàm pignora distrahendi. *l. ult. C. de jur. dom. impetr.* Ea enim non facilè emtorem inveniunt; & nisi variâ circumductione, mirisque molestiis, non distrahi possunt, *t. tit. ff. & C. de distrah. pign.*

VI. Accedit, quòd maxima pericula pignorum sæpenumero sustinere cogamur; multis modis enim perire possunt. Fidejussor autem non facilè perit, etiamsi moriatur; tunc enim heredem adhuc obligatum relinquit, *ff. fidejussor 2. Instit. de fidejussor.* Non igitur tutores liberari possunt, si pignora dederint; præstant enim prætoriam satisdationem, *l. 1. ff. cautionalis 2. ff. de stipul. prat.* quæ personam desiderat, *dict. leg. 7. eod.*

Supersunt argumenta superiora in contrarium adducta, ut diluantur.

I. Præ-

I. Prædicta juris regula, Plus cautionis in rem esse quàm in personam, *d. l. 25. Digest. de reg. jur.* quomodo accipi debeat, ostendit *Philipp. Dec. ibidem.* Quòd melius & cautius sit, rem habere, quàm contra alium agere & periculo litis se subjicere; quod non fit in fidejussore dato, qui non solvente reo principali, tenetur. Habet igitur prædicta regula locum, nisi aliud præcisè à lege constituatur; ut *in dict. leg. prætoria satisdationes 7. ff. de stipul. prat. l. 1. §. cautionales 2. ff. d. tit.* Deinde jure Novellarum; ut jam ostensum est.

II. Ad *d. l. 21. §. 2.* ubi expressum est, nihil interesse, si quis constituit se satisdaturum, sive fidejussorem vel pignora dederit; respondendum est, loco verbi satisdaturum, substituendum, satisfacturum, cum Haloandro. Id enim ratio suadet, & connexio verborum subindicat, quòd de satisfactione sermo sit. Jam verò constat ex *d. l. Digest. qui satisdar. cog. l. 4. paragr. prator ait. cum seqq. Digest. de re judicat.* plurimum interesse inter satisdationem & satisfactionem.

III. Non obstat, quod dicitur, pignore bene prospectum tam debitori, quàm creditori; nam id ideo constitutum est, ut creditor exactam pignoris diligentiam adhibeat, ne illud intercidat. Licet igitur olim in contractibus, præsertim realibus, id receptum fuerit; in

prætoriis stipulationibus tamen hæc satisdatio non sufficiebat. *Wes. in parat. ff. n. 7.* Non igitur in omnibus hoc locum habet.

IV. Non infringit hanc sententiam, quod *in l. 1. §. jubet autem prætor 9.* reis & pignoribus rectè caveri. *ff. de collat.* scriptum est. Loquitur enim de cautione, quæ utroque modo perfici potest; non autem definitur, an fidejussoribus melius caveatur, vel pignore.

THEOREMA V.

An rerum incorporalium propriè sit dominium?

CUM theoremata, quæ jam ordine proposita sunt, locum habeant in primo juris objecto, ubi de statu personarum agitur; ordine secundum objectum de rebus subsequitur; in quo præcipuè de dominio perspiciendum, quomodo nobis illud acquiratur? Rebus enim tam propriissimè adhæret, ita ut ab illis separari nequeat. *Harpr. pr. n. 6. com. ad tit. Inst. de rer. divis. & acquir. ear. dom.* Hinc igitur quæsitum fuit, an etiam rei incorporali propriè dominium attribui possit? Qui affirmant, his nituntur rationibus.

I. Tanquam ancile cœlitus delapsum exosculantur, quod scriptum est *in l. qui bona 13. §. sive 1. ff. de damn. infecto. in verb.* sive dominus corporis, sive is qui jus habet. Ex quo sic argumentantur;

mentantur; Ubi est dominus, ibi etiam dominium: At hic dicitur dominus juris, quod incorporale est, *§. 1. Instit. de reb. corporal. & incorporal. l. Mavius. §. fundo. ff. de leg. 2. l. ult. in fine. Cod. de præscript. long. temp.* Ergo est etiam dominium juris; & per consequentiæ rationem, etiam rei incorporalis. *l. 2. C. ubi in rem act. exerc. l. 9. Cod. de pignor.*

II. Omnis rei vindicatio præsupponit dominium, *l. in rem actio 23. ff. de rei vindic. l. fin. C. de rei vindic.* At jura, sive res incorporales, vindicantur; ut ususfructus, *l. 1. in pr. l. ut i frui 5. §. utrum 1. ff. si ususfr. pet. l. 1. l. 2. §. 1. ff. si servit. vindic.* item pignota vindicantur, *l. si fundus 16. §. in vindicatione 3. l. si legati 28. ff. de pignor.* Ergo necessariò efficitur, incorporalium rerum etiam esse dominium.

III. Accedit, quòd passim in jure dicatur dominium proprietatis, *l. proprietatis 4. C. de probat. l. si ita 16. §. 1. ff. de usu & habit.* Proprietas igitur ipsum dominium non est.

IV. Si superficiario Creditoris vasallo dominium est; omnino etiam largiamur necesse est, dominium esse rei incorporalis; ratio est, quia horum omnium dominium solius juris in re est, *l. eorum 19. in pr. ff. de damno inf. l. jubemus 14. §. fin. C. de sacrosanct. Eccles.* Sed dominium illis esse, ex *dd. ll.* perspicitur. Ergo rei incorporalis dominium est.

V. Non debemus esse clementiores legibus, sed erubescendum sine iis loqui, §. *consideramus. in auth. de triente & semisse. Nov. 18. cap. 5.* nam collapsa ruunt subductis tecta columnis, *cap. qualiter & quando 2. de accusat.* Sed nullâ lege disertè probari potest, rerum corporalium esse tantùm dominium. Ergo hæc sententia meritò repudianda est, *Forster. lib. 1. diss. 6. thes. 6.*

Sed certissimum est, rerum corporalium verè & propriè dominium tantùm esse; ob sequentes rationes.

I. Si rerum corporalium tantùm dominium acquiratur rei vindicatione; evincitur, incorporalium rerum nullum esse dominium. Rei enim vindicatio præsupponit dominium, *d. l. in rem actio. ff. de rei vindicat.* Sed antecedens probatur *l. 1. l. fi in rem 6. l. vindicatio 56. ff. de rei vindicat.* Incorporalium rerum igitur dominium nullum erit.

II. Dominium ex naturali possessione cœpit. *l. 1. §. 1. ff. de adquiren. possess.* & dominium causa possessionis est, quæ apprehensionem requirit, *l. servus 43. §. 1. ff. de adquiren. vel amittend. possess. Giph. ad rubr. tit. Digest. de adquirend. rer. dom. num. 13.* Apprehensio verò requirit corpus; *Tangere enim & tangi, nisi corpus, nulla potest res; inquit Lucr.* Ergo rerum corporalium tantùm dominium est.

III. Nec

III. Nec dominii definitio competit rebus incorporalibus. Est enim dominium, jus in re corporali, non tantùm utendi, sed etiam abutendi, remque alienandi & vindicandi, quatenus jure permittitur. Quæ definitio rebus incorporalibus minimè competit: separatur enim dominium ab eo, quod videtur esse dominium; ut creditoris, usufructuarii, & superficiarii &c. qui re quidem uti possunt, abuti verò nequaquam; quod tamen verus dominus omninò potest; neque etiam alienandi potestatem habent, sine consensu domini proprietatis.

IV. Inter modos adquirendi dominium, præcipuus etiam est, Traditio, §. *per traditionem 41. Instit. de rei divis.* At res incorporales tradi nequeunt, *d. l. servus 43. §. 1.* Ergo earum nec dominium est. *Duar. 1. disp. 17. Cujac. 10. obs. 16. Don. 9. com. 8. Ant. Fab. lib. 20. conject. 11. & Dd. com.*

Quare cùm maximè hæc ita se habeant; illud adhuc superest, ut ad argumenta in contrarium adducta respondeatur.

I. Colligitur ex *l. qui bona fide 13 §. sive 1. Digest. si servit. vindic.* dominum non tantùm corporis esse; sed & eum, qui jus habet, videlicet servitutum; & huc faciunt *l. ususfructus 4. Digest. de usufruct. l. qui usumfructum 3. Digest. si ususfr. pet.* ubi dicitur, usumfructum dominii partem esse. Hæc igitur, & his affinia, ita accipienda sunt; non quasi re vera ususfructus pars

fundi, vel dominii sit; sed quòd ei similis habeatur. *l. qui usumfructum 58. ff. de verb. oblig.* Dominium enim, utpote à domo re corporali deductum, propriè in his locum habere non potest; propterea enim olim dominus, dubenus dictus, à Hebraico Thob, quod bona significat; quòd dominus is verè ac propriè dicatur, qui res bonaque teneat. *Dominus Giph. ad princ. tit. ff. de adquir. rer. dom.* Non enim sequitur; Dominium de rebus incorporalibus prædicatur; ergo propriè. *Aliâs & possessio, quæ de iisdem prædicatur l. 3. ff. si ususfruct. pet. l. fin. ff. de itin. actuq; priv.* propriè accipi deberet. Quod tamen ἄτοπον & absurdum est, *l. si quis 10. ff. si servit. vindic. l. fin. ff. de servit.* Jus enim incorporale possideri nequit, *l. sequitur 4. §. si viam 27. ff. de usurpatio. & usucapio.*

II. Dicuntur res incorporales vindicari, *dd. ll.* Ergo earum etiam erit dominium, *l. in rem 23. ff. de rei vindic.* R. Vindicatio à vindicando dicitur, asserendo à manu possessoris. *Revard. c. 6. ad ll. 12. tabb.* In judicio enim manus inferebantur in rem mobilem, quæ erat vindicantis: Si verò res immobilis erat, ut ager; tunc glebam in judicium deferebat actor, & eam tanquam totam rem vindicabat. *Agell. 10. noct. Attic.* quod rebus nullo modo competit, quæ tangi & apprehendi nequeunt; ideoque nec verè earum vindicatio est, *Cujac. lib. 5. obs. 29.*

III. Non

III. Non repugnat, quòd dicitur dominium proprietatis. *l. 4. proprietatis. Cod. de probat.* Non ergo proprietatem, ipsum dominium esse. R. Nihil aliud esse proprietatem, quàm dominium. Hinc de bonis adventitiis dicitur, proprietatem i. e. dominium adquiri filiofamiliâs, usumfructum verò patri. Sic ubique ll. & constitutiones Justiniani loquuntur, usumfructum patri, dominium i. e proprietatem filio adquiri. *l. cum oportet. in pr. l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.*

IV. Nec superficiarius creditor & vasallus propriè domini dicuntur; cùm dominium, vel proprietas penes ipsum dominum remaneat: quamvis in possessione non negentur esse. Domini tamen verè & propriè non sunt, *l. prim. §. 1. Digest. si ager vectig. l. si finita 15. §. si de vectigalibus 26. Digest. de damn. infect.* Ideoque non nisi καταχρηστικῶς domini dicuntur, ut ad primum responsum.

V. Non resistit, quod adfertur, sine lege dici, dominium rerum corporalium duntaxat esse; nam etsi leges deficiant, tamen non rejiciendum est, quod ex bona consequentiæ ratione evinci potest. Patet autem. ex *tit. Digest. de adquiren. rer. dom.* modos adquirendi dominii rerum corporalium, explicati; patet deinde, ex serie & ordine titulorum *Instit.* Post modos enim adquirendi dominii rerum corporalium explanatos, Imperator sequentibus titulis, re-

rum incorporalium adquirendarum modum præscribit.

THEOREMA VI.

Ab alio capta, ab alio tamen vulnerata fera, cujus sit?

JURE naturæ omnibus hominibus feras venari concessum est, §. *fera. Inst. de rer. divis.* quod *jus postea, certis de causis, subditis ademptum est; de quibus prolixè apud juris interpp. Hinc quæstio exoritur, Ab alio capta, ab alio tamen vulnerata fera, cujus esse debeat?* Extant de hac controversia duæ sententiæ sibi invicem adversantes. Prior est Trebatii Jurisconsulti, qui feram vulnerantis esse ait, licet ab alio postea laqueis irretita fuerit, ab eoque capta; cujus sententiæ hæ sunt rationes:

I. In *l. nihil interest 15. Digest. ad l. Cornel. de sic.* Ulpianus tradit, nihil interesse, an quis occidat, vel causam mortis præbeat. Cùm igitur in propositâ specie quæstionis, prior causam mortis dederit feramque lethaliter vulnerarerit, etiamsi alius superveniat feramque capiat; ex inflicto vulnere primus, non secundus eam cepisse intelligitur.

II. Non parum huc facit, quod *in l. 1. ff. de orig. jur. l. quid ergo 13. in fine pr. ff. de his qui not. infam.*

infam. l. deniq. 3. §. scio 2. ibi initio inspecto *ff. de minor. l. id quod. Digest. de donat.* in quibus dicitur, principium cujusque rei inspiciendum, & juxta illud finem dijudicandum esse. Igitur & in proposito initium magis inspici debet, & juxta illud eventus æstimari. Nam vulnerans non tantùm principium & causam dedit, sed etiam laborem & operam adhibuit. Idcirco meritò vulneranti fera, non verò capienti adquiritur.

III. Quemadmodum qui occasionem dedit, ille damnum dedisse videtur, *l. qui occidit 30. paragraph. in hac quoque actione. Digest. ad l. Aquil.* sic propter similem rationem, ubi quis ad capiendam feram occasionem dedit, vulnerans eam utique totam consequetur; ne frustra oleum impenderet, omnemque operam perderet. Si enim cervus tantopere vulneratus sit, ut sanguinem diutiùs fundendo longiùs fugere non possit, sive incursione canum adactus ultrò ad homines confugerit, quam innatam cervis facultatem esse docet Plinius: meritò igitur vulneranti adquiretur; *Hotom. ad §. illud quæsitum. Instit. de rer. divis. & adquirend. ipsar. dom.* & in hac sententia videtur esse *Covarruv. cap. peccatum. de regul. jur. in 6. part. 2. relect. §. 8. num. 13. Georg. Mor. in tr. de jure venandi. parte 1. cap. 8. num. 5. Bocer. clas. 4. disp. 3. thes. 14. in fine.*

Sed verior est sententia Imperatoris, non vulnerantis, sed capientis feram esse, quam proponit *in dict. §. illud quæsitum. Instit. de R. D. & in l. naturalem 5. 1. Digest. de adquirend. rer. dom.* & hujus rei ratio est, quòd multa contingere possint, ne feram vulneratam, ad necem licet, capiamus. Et huc facit vulgare verbium, *Multa cadunt inter calicem supremaq; labra.* Si enim alius cervus vel fera transcurrat, quàm persequi intentamus; amittere possumus priorem quam vulneravimus, & simul eam, quam adorti sumus; si fortè in asperaloca delabatur, in quibus nec reperiri, multò minus extrahi potest. *Harprecht. dict. loco Instit. de rer. divis. ad §. fera. num. 83.* Et hoc, jure Justiniani obtinet; nec attendo hîc, quid constitutionibus Principum in territoriis suis, circa hanc rem innovari possit.

Superest igitur, ut quæ pro Trebatii sententia argumenta adducta sunt, discutiantur.

I. Adfertur, nihil interesse an quis occidat, an causam mortis præbeat. Ergo vulnerantis eandem esse conditionem, quæ capientis. Sed respondetur, prædictum axioma verum esse, ubi causa mortis proxima est, ut mors ex eâ necessariò & inevitabiliter subsequatur; Secus verò si quis moriendi causam dedit, ubi mors ex ipso facto non necessariò, sed per accidens secuta

secuta fuit. Tunc enim qui occidit, causam dedisse censetur, ut exponitur *in §. item lex Cornelia. Inst. de public. jud.*

II. Quod ex *l. prim. Digest. de* O. *Jur.* objicitur, cujusque rei principium spectandum esse, & ex *dd. ll.* finem æstimandum ex initio, dicendum videtur, hoc verum esse, si principium fini congruat, & causam det, ex qua finis effectus sequatur, ut *in dicta leg. denique 3. §. scio 2. Digest. de minoribus.* ubi minor primùm immiscuit se hereditati paternæ, postea major factus exegit aliquid à debitoribus; & mox ei, restitutionis beneficium imploranti conceditur; quia primùm minor viginti quinque annis fuit, quæ res causam dedit, quòd restitutio subsecuta fuit, id quod *in dd. ll.* ostenditur. Secus verò est, si principium quidem adsit, finis verò ex alia causa sequatur, ut in præsenti casu; A diversis igitur, malè infertur.

III. Denique non adversatur, si quis dicat; Is damnum dedit, qui occasionem dedit, *dictis legibus.* Illud enim negari non potest, si modò ex occasione data damnum subsecutum sit ut in facti specie contigit, *l. 30. paragraph. in hac quoque 3. Digest. ad l. Aquil.* quod in præsenti casu dicendum non est. Occasio enim longè remota est à fine: non enim ex primo vul-

nere mors subsecuta est, sed ab alio interemta & capta fuit fera.

THEOREMA VII.

An quemadmodum in alienâ sylva venari, §. feræ. Instit. de R. D. ita etiam in alieno fundo piscari liceat?

DE jure venationis, propositi non est hic prolixiùs immorari; actum enim agere viderer, si ea quæ à magnorum nominum Jurisconsultis explicita sunt, ad vivum resecarem. Jure naturæ autem notum est, unicuique feras capere permissum esse, §. *feræ 12. Instit. de rer. divis. & adquirend. eor. dom.* adeò ut si quispiam etiam citra prohibitionem domini fundi vel agri feras persecutus fuerit, nihilominus cessante prohibitione feras capiat, *d. §. feræ. l. quod enim 3. §. 1. & 2. Digest. de adquirend. rer. dom.* & cùm eadem sit ratio piscationis, venationis & aucupii, *l. prim. & 3. Digest. d. t. §. feræ Instit. eod.* & cùm, ubi eadem militat ratio, idem jus recipiendum sit, *l. non possunt, cum similib. Digest. de legibus.* hinc quæsitum est, An quemadmodum in aliena sylva venari, ita etiam in alieno fundo piscari

do piscari liceat? de qua re non eadem omnium sententia est. Negant quidam, nonnulli idipsum contrà affirmant. Negantium rationes hæ sunt.

I. Pisces, qui aquâ concluduntur, non sunt res nullius in bonis, sed sunt privatorum; ut ipsa aqua, cujus pisces pars esse intelliguntur, *l. fructus. Digest. de rei vindicat. Wesenb. in parat. Digest. de adquirend. rer. dom. num. 7.* circa medium: accessorium itaq; sequitur suum principale, *l. 4. Cod. depos. l. cum principalis 139. ff. de reg. jur.*

II. Non permittitur fructus alieni agri demetere, aut poma alienæ arboris decerpere absque furti maculâ, *t. tit. Digest. arb. furt. cæsar.* eodem modo non licet invito domino, in privata aqua pisces conclusos capere, *l. injuriarum 13. paragraph. fin. Digest. de injur.* Non enim hîc eadem est ratio, quæ ferarum; hæ enim in laxitate naturali positæ sunt, & ideo cuivis occupanti conceduntur, *dicto paragrapho feræ.* Pisces verò in aqua privata concluſi, *Wesenb. in paratit. Digest. d. tit. de adquirend. rer. dom. num. 7.*

III. Comprobatur idipsum textu *in l. possidere 3. §. item feras 14. ff. de adquiren. posses.* ubi dicitur, pisces quos in piscinam conjecimus, à

nobis possideri, & eos piscinæ dominus possessionis & proprietatis jure sibi vindicare potest. Si igitur quis citra domini prohibitionem pisces ceperit, piscium dominus esse non potest; duo enim, ejusdem rei in solidum domini esse nequeunt, *leg. quod servus 24. Digest. de adquirend. possessio.* Igitur pisces sibi non adquirit.

IV. Denique huc facit, quòd Imperator *in dict. §. fera. vers. nec interest 3. Instit. de rer. divis.* nullam prorsus mentionem fecerit piscium, quòd eodem modo pisces capienti adquirantur, quemadmodum feræ in alieno fundo, citra domini prohibitionem captæ. *Donel. quart. comment. 8.*

Affirmantium sententia verior & communi suffragio comprobata est: nititur autem his rationibus.

I. Disertè scriptum est *in l. possideri 3. paragraph. item feras 14.* in stagno vel lacu privato, si quis pisces ceperit, eos capientis esse, *Digest. de adquirend. possessio.* relicti enim sunt in libertate naturali. Et quòd *dict. paragraph.* exaudiri debeat de lacu vel stagno privato, manifestum est ex eo, quod Paulus Jurisconsultus loquatur de lacu, qui vendi possit. Quod si verò interpretemur *dict. paragraph.* de lacu publico, tunc omnino illud incommodum sequeretur, quòd res publicæ, qualis ibi lacus esset,

esset, vendi & alienari posset, quod in ipsa juris principia impingeret, §. *ult. Instit. de emt. & vend.* Pisces igitur in alieno lacu capti capientis efficiuntur.

II. Ostendit *l. injuriarum 13. paragraph. fin. Digest. de injur.* ubi textus: in lacu tamen qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum. Sic etiam dominus fundi prohibere potest, ne quis fundum suum ingrediatur, ferasque persequatur. *dict. paragr. fera*, sed cessante hac prohibitione, si quis in alieno fundo venetur, vel in alieno lacu piscetur, nihilominus quod cepit, sibi adquirit, *Cujac. lib. quart. observat. capit. secund. Harprecht. dict. loco. Valentin. Forster. libro 2. disputat. sext. thes. 11.*

Negantium argumenta adhuc supersunt, quibus satisfaciendum est.

Primò igitur quod allatum est, pisces esse res privatas, cùm fructus pars fundi sit, *l. fructus 44. Digest. de rei vindicatione*, & quia aqua privatorum sit, sic etiam pisces privatorum esse. Respond. Distinguendum esse, an pisces in stagno & lacu habeantur, ut ibi, multiplicentur & crescant, tunc enim fructus fundi sunt, qui tamen hic privatus non est, quod ex eo patet, si pisces inclusi tenentur in certa parte stagni vel lacus; tunc privatorum sunt,

& ratio diversitatis est, quòd natura stagnum vel lacum faciat: nam inundationibus pisces in stagnum vel lacum importantur, *Bocer. in tr. de regal. cap. 3. num. 148.* non verò fiunt operâ hominum, ut piscinæ, nisi certâ parte lacus, pisces concludantur.

Secundò, diversa ratio est eorum, quæ in alicujus agro vel horto decerpuntur, ut pomorum decerptorum; & piscium, *in stagno vel lacu naturâ existente captorum. In illis* enim furtum *fieri certum est; in his verò piscibus*, qui *in naturali stagno vel lacu positi sunt, nullum furtum* committitur; in his enim non *hominis* operâ pisces concluduntur, nisi certâ lacus vel stagni parte contineantur.

Tertiò, non resistit *dict. lex injuriarum. paragr. fin.* Equidem verum est, prohiberi quem posse, ne alius fundum alienum ingrediatur venandi, aucupandi, piscandive gratiâ; sed nihilominus cessante prohibitione, quod quisque cepit, sibi adquirit. Ideoque secernendus est actus piscandi vel venandi, ab actu ingressionis, qui prohiberi potest; aliâs ab uno tanquam diverso ad aliud nulla consequentiæ ratio est, *l. ult. Digest. de calumn. l. inter stipulantem 83. §. sacram. ibi, sed neque dissimilia. ff. de verb. oblig.*

Quartò, nihil obstat *dict. lex 3. §. item ferae*

14. illud

14. illud enim accipitur juxta distinctionem suprà dictam, pisces in stagno vel lacu captos capientium esse, quod *d. l.* satis explicat: neque enim duo domini esse videntur. Pisces enim capienti acquiruntur, nec alterius domini manent, nisi in piscina recondantur, tunc enim capientis non fiunt.

Denique licet Imperator *in dict. §. fer. & Instit. de rer. divis. & adquirend. ipsar. dom.* mentionem nullam fecerit piscationis, quòd eodem modo, ut feræ & aves, in alieno fundo, sic pisces in stagno vel lacu capti capienti adquirantur; tamen propter eandem rationem diversum jus statuendum non erit, *Eberhard. loco à simil. 13. n. 1. in fine*.

THEOREMA VIII.

An insula, in flumine publico nata, privatorum sit, etiam quoad usum?

QUemadmodum insulæ ratiùs in mari nascuntur, ut Imper. *in §. insula 16. Instit. de rer. divis. & adquirend. ipsar. dom.* scribit; fiunt enim ex terræmotibus, cum idem ille spiritus terram movens, attollendo potens solo,

non valuit erumpere ; naſcuntur enim receſſu maris, ut Circejæ, *Plin. lib. ſecund. capit. 85.* Sic inſulæ, in flumine frequentiùs exoriri poſſunt; fiunt enim invectu fluminum, ſicut Echinades inſulæ, ab Acheloo amne congeſtæ ; majorque pars Ægypti, à Nilo. *Hotom. dict. paragr. inſulæ.* Quod ſi igitur inſula in flumine publico naſcatur, quæſitum eſt, cujus ſit? Et quibusdam viſum eſt, eam publicam eſſe ; hoc argumento.

I. *Quod in publico natum aut ædificatum eſt, illud publicum eſt; Inſula autem in flumine nata, non in privato, ſed publico loco nata videtur*; quemadmodum ipſum flumen publicum eſſe dicitur, *l. adeo. §. quod ſi toto 5. l. pen. §. ult. Digeſt. de adquir. rer. dom. l. fluminum. ff. de damn. infect.* Ergo etiam inſula publica eſt, vel ſaltem publica uſu.

II. Si ripæ fluminum, & littora maris publica ſunt uſu, ſequetur, etiam inſulas uſu publicas eſſe, *argument. d. l. penult. §. 1. Digeſt. de adquir. rer. dom.* Sed prius verum eſt, *§. riparum. Inſtit. d. tit.* Ergo & poſterius. *Cujac. lib. 14. obſer. cap. 11. in fine. Robert. 1. recept. lect. 11. Pac. cent. 6. quæſt. 93.*

Sed hoc à veritatis tramite me non quicquam ſeducit, quin potius aſſeram ; Inſulam in flumine natam, uſu & proprietate eorum eſſe, qui vicina prædia poſſident ; idque ob

rationes

rationes sequentes, ex juris penu depromptas.

I. Si quid in insula in flumine publico nata fiat, non videtur id in publico factum esse, *l.1.§. si insula 6. ff. de flum.* & si insula in flumine propria mea est, nihil in ea publici est, *l.65.§.1. ff. de adquir. rer. dom.* ex quo efficitur nec insulam publicam esse, quòd in flumine publico nata sit.

II. Per textus ad hanc rem expressos *in §. insula 22.* in verbis; *Si quidem mediam partem tenet, communis est eorum, qui utrâq; parte fluminis prope ripam prædia possident, l. adeo 7. §.3. ff. de adquir. rer. dom.* ubi eadem verba *l. pen. §.1. & 2. eod.*

III. Ejusdem juris esse censetur insula, cujus est alveus, *Don. 4. com. 29.* Si igitur alveus à flumine relictus privatus est usu & proprietate; quia eo non utatur populus, ut disertè docet Pomp. *in l. ergo 30. ff. de adquir. rer. dom.* Ergo & insula.

IV. Sequeretur aliâs illud incommodum, proprietatem insularum planè nullam & inutilem esse, *Hotom. 1. observ. 23. Don. 4. comm. 19. Dominus Doctor meus Anton. Matth. in not. Instit. d. §.*

Contraria igitur diluenda supersunt.

Primò quod ex *l. pen. §. fin.* argumentum affertur, quòd in loco publico insula nata, etiam

publica sit; ad hoc in promtu est solutio, illud de ea insula accipiendum esse, quæ alveo fluminis non cohæreat, sed virgultis aliáve levi materiâ sustineatur, ut solum ejus non tangat, sed ipsa moveatur, & supernatans huc & illuc impellatur. At in præsenti theoremate insula, quæ nascitur in alveo fluminis, eique cohæret, in publico non nascitur, sed in privato; alveus enim, si à flumine non tegitur, privatus intelligitur, *d.l. ergo 30. §. 1. & 2. ff. d. t.*

Deinde diversa ratio est, quòd secundo loco proponebatur *de ripis & littoribus*, ea publica esse, sicut & insulas; insulæ enim flumen dilatant, & tantum vicissim occupat flumen ex vicinis prædiis, quantum ipsæ continent. Non igitur in *d. l. pen.* statuitur, quòd ejus juris sit insula, cujus ripa continentis; sed quòd ejus sit juris ripa insulæ, cujus juris ripa continentis. Loquitur igitur, ut verbo dicam, de insulæ ripa, non verò de quavis.

THEOREMA IX.

An species, ex aliena materia facta, materiæ, an verò speciei domino acquiratur?

DUas sectas in jure fuisse, passim conjicitur; unam Sabinianorum, qui & Cassiani nonnunquam dicuntur; quorum antesignanus erat Atejus

Atejus Capito, ut in §. *item pretium 2. Instit. de emt. & vendit.* quem defunctum postea secutus est Cassius Longinus. Altera erat Proculianorum, qui & Proculæi dicti sunt, quorum coryphæus erat Antistius Labeo, *l. necessarium 2. §. post hunc 47. cum seqq. usq; ad finem. ff. de orig. jur.* Horum maxima in multis juris quæstionibus dissensio fuit, nec minor etiam in præsenti negotio: Si quis ex alienâ materiâ speciem aliquam finxerit, cujus illa species efficta esse debeat? Sabiniani materiæ dominum præferebant, contrà Proculiani dominum speciei effictæ. Et Sabinianorum quidem sententia his nitebatur rationibus.

I. Speciem ei cedere debere ostendunt, cujus materia sit. Nulla enim forma sine materia subsistere potest, & forma vel accidentia subjecto accedunt, *l. in rem 23. §. sed & id. ff. de rei vindic.* Sic nihil navis est, quàm conglutinatæ tabulæ; vestimentum nihil aliud, quàm intexta lana. Meum igitur est, quod ex meo factum est, *l. solum 49. §. 1. ff. de rei vind. l. de eo 12. §. si quis. ff. ad exhib.*

II. Accedit, quòd contra naturalem æquitatem hoc fieret, si alicui res sua auferretur, *l. id quod nostrum 11. ff. de reg. jur.* nemo enim cum alterius dispendio locupletior fieri debet, *l. nam quod natura. 14. ff. de condict. indeb. l. jure naturæ 206. ff. de reg. jur. c. locupletari 48. de reg. jur. in 6.*

Si enim res effecta specificanti cederet, tunc is locupletaretur cum materiæ domini detrimento. Species igitur nova materiæ domino cedere debet; cujus quantitas potiùs, quàm nuda rei qualitas, in considerationem venire debet.

III. Accedit, quòd juxta Franc. Connanum distinctio *in §. cum autem. Instit. d. t. de rer. divis. & adq. ipsar. dom.* introducta sit sine ratione: ideoq; etiam ait magistris se uti velle, non tyrannis; ratio enim anima legis est, *l. cum ratio 7. ff. de bon. damn.* Nam quemadmodum anima dominatur corpori, ita ratio legis vel canonis dominatur verbis, *arg. l. scire. ff. de ll. Eberhardus in Topic. cap. 33.* Cùm igitur nullâ ratione distinctio introducta sit à Justiniano, meritò attendi non debet.

Verior autem & distinctioni Imperatoris commodior esse videtur sententia Nervæ Proculi, ut *Fr. Hotom. in d. §. cum autem.* contestatur: speciem novam fingenti cedere, non verò domino materiæ; cujus rationes, hæ potissimum sunt.

I. Quòd Aristotele teste *lib. de nat. 2.* unamquamque rem à forma æstimare debeamus; hinc est quod à Logicis dici solet: Forma dat esse rei, *l. Julianus 9. §. sed si quis 3. ff. ad exhib. l. mulieris appellatione 13. ff. de verb. signif. l. si is qui 80. §. 1. quædam legata. ff. ad L. Falcid.* Sed qui fecit rem, is ejus formam introduxit, *l. possideri 3. §. genera*

possessio-

possessionum 21. ff. de adquir. poss. Ergo, dominium factæ speciei, eidem adquiritur.

II. Si materia, nova facta specie, extinguitur; frustra intenditur, domino materiei speciem novam cedere. Quod enim non extat, frustra petitur; nec enim rei vindicatio competit, §. *si tamen alienam 27. Inst. de rer. divis. &c.* §. *nunc admonendi 2. Instit. quib. alien. lic. vel non. l. sub pignore. §. si prædo. ff. de pigner. act.* nam necesse erat olim, in judicio rem manu vindicare, ut suprà *theor. 5.* dixi. *Wesenb. in parat. D. n. 5. de rei vindic.* Cùm autem materia, per novam speciem extincta fit, *arg. l. qui usumfructum 36 ff. de usufr. l. quid tamen 10. §. agri 2. & §. si massæ 5. ff. quib. mod. usufr. amitt.* & res semel extincta instaurari nequeat, *l. Mævius 66. §. 1. in fine. ff. de leg. 2.* Ergo specificanti adquiritur res effecta.

III. Quod nullius est, occupanti conceditur, *§. ferè. Instit. d. t. l. quod nullius 3. ff. de adquir. rer. dom.* Species autem jam facta est nullius. Meritò igitur occupanti conceditur, & ei qui operam simul impendit. Hæc de duabus Sabinianorum & Proculianorum sententiis, earumque rationibus, quarum posterior distinctioni Imperatoris magis inservit quàm prior. Ideo distinctionem illam sequi fas est.

Priora igitur argumenta diluenda sunt.

Primò diffiteri nemo potest, verissimum esse, nullam speciem sine materia subsistere, ex com-

muniſſimo illo Philoſophorum axiomate: Nulla forma ſine materia; verùm inanis eſt materia, niſi etiam forma accedat. Nec enim propterea ſtatim materiæ domino ſpecies cedere debet. Sed bene conſtitutum eſt ab Imperatore, ut ſi res ad priſtinam materiam revocari poſſit, tunc ſpeciem materiæ domini eſſe; ſin verò reduci non poſſit, illius eſſe, qui ſpeciem fecerit, *l. niſi voluntate 25. & l. quicquid 27. §. 1. ff. de A. R. D.* Non ergo Connani diſtinctio locũ ſibi vindicat; diſtinguendũ eſſe, an ſpecies efficta plus materiæ in ſe habeat, an non: priori caſu domino materiæ cedere, poſteriori verò ſpecificanti; convellitur enim *d. §. cùm ex aliena 25.*

Secundò nihil reclamat, quod dicitur; quod meum eſt, ſine meo facto ad alium pervenire non poſſe; & neminem ex re aliena locupletiorem fieri. Reſpondetur enim, id verum eſſe; niſi ſi quid vi naturæ, cui parere neceſſe eſt, res unius in alium transferatur; ut fit in alluvione, *Don. lib. 4. comm. 31.* in novæ ſpeciei fictione, ſi res ad priorem materiam revocari nequeat; tunc dominus ſpeciei nanciſcitur dominium rei totius; domino tamen materiæ actione in factum, ad veram æſtimationem ejus tenetur; *l. in rem 23. §. item quæcunq; 5. ff. de rei vindic.* quæ lex ſi rectè conſideratur, nihil repugnat iis, quæ in poſteriori ſententia pro tertia ratione dicta ſunt.

Denique

Denique quod Fr. Connanus distinctionem Imperatoris sine ratione introductam esse asserit, concedi non potest; ratio enim elegans hujus distinctionis hæc est, quam tradit *Giphan. in d. §. cùm ex aliena 25. vers. placuit.* Quòd priori casu, si res ad pristinam materiam revocari possit, perspicuè dominetur materia; posteriori casu, si res ad materiam revocari non possit, forma potior sit; adeò ut ex vulgari regula, pars potior ac dominans trahat ad se minorem, *l. Seja 6. ff. de aur. & arg. leg. l. quæsitum 78. §. ult. ff. de leg. 3.*

Argumenta autem Proculianorum cùm pro distinctione Imperatoris *in d. §. cùm ex aliena 25.* plurimum faciant, ideoque ea accipi debent, si species & nova forma ad priorem extinctam materiam revocari non possit, ut pluribus ab Hotomanno *d. §.* demonstratur.

THEOREMA X.

An teneatur in duplum, qui tignum bonâ vel malâ fide ædibus junxit?

SI quis ex aliena materia in suo solo ædificium extruxit, illius esse dicitur ædificium, in cujus solo positum est, *§. cùm in suo 30. Instit. de rer. divis. ear. dom.*, nec tamen materiæ do-

minus rei vindicatione contra ædificantem experiri poteſt, nec ad exhibendum agere, propter *l. 12. tabb.* ne videl. ædificia diruantur, & publicus urbis aſpectus deformetur, *l. in rem 23. §. ult. l. habitator 59 ff. de rei vindic.* Hinc tamen quæſtio emergit, An in duplum teneatur, qui tignum ædibus junxit; ſive bonâ vel malâ fide factum ſit? Negantium ſententia fulciri videtur ſequentibus argumentis.

I. Propter *l. de eo 63. ff. de don. int. vir. & ux.* ex cujus verbis finalibus colligitur, neminem actione, *in duplum teneri, niſi eum, qui furtivum tignum ædibus junxit inſcio & invito domino.* Ergo, non datur actio in duplum, adverſus omnem ædificantem; ſed eum, qui in mala fide conſtitutus, & furtivum tignum ædibus junxit.

II. Si actio in duplum competit contra malæ fidei poſſeſſorem, qui tignum furtivum ædibus junxit; non dabitur, contra bonæ fidei poſſeſſorem. Argumentum enim à contrario ſenſu firmiſſimam probationem in jure inducit, *l. 1. in princ. ubi Bar. n. 4. & 7. cum aliis multis. ff. de offic. ejus cui mand. eſt jurisd. l. inter ſocerum 26. §. cum inter. ff. de pact. dot. l. apud antiquos 21. C. de furt.* &c. Sed prius verum; patet enim ex *l. 1. §. 1. ff. de tigno junct.* ubi tantùm de malæ fidei poſſeſſore loquitur. Ergo bonæ fidei poſſeſſor, ſecurus erit.

III. In *l. qui res ſuas 98. §. fin.* Paulus reſpondit, ti-

dit, tignum vindicari posse, legem 12. tabb. non ignorare; sed interim id solvi prohibuisse, pretiumq; ejus dari voluisse, ff. *de solut. & liberat.* Pretium autem simplum non duplum significat, & sic bonæfidei possessori convenit, non autem furi, qui in duplum teneretur, *d l. 1. ff. de tigno junct.* Ex quibus perspicitur, actionem in simplum dari, non autem in duplum; nec etiam, contra malæ fidei possessorem; qui in duplum tenetur, in simplum verò bonæ fidei possessor.

IV. Non parum huc facit illa ratio; quòd delicto carens, puniendus non sit, *l. aliud fraus 131. ff. de verb. sign. l. 3. C. de episc. audientia.* Et, bonæ fidei possessor, non debet esse ejusdem farinæ & conditionis, cujus est malæ fidei possessor; & proinde, non utrumque in duplum condemnandum.

Sed his repudiatis, Affirmantium castra sequi tutissimum est; tam bonæ quàm malæ fidei possessorem conveniri posse actione in duplum; quod hoc modo evinco:

1. Leges indistinctè loquuntur, *l. in rem 23. §. tignum alienum 6. ff. de rei vindic.* ubi dicitur: Tignum alienum ædibus junctum, nec vindicari potest &c. Sed est actio antiqua, de tigno juncto, quæ in duplum ex *l 12. tabb.* descendit; ubi intelligitur, non tantùm adversus malæ fidei possessorem, de quo minùs dubitatur; sed etiam adversus bonæ fidei possessorem dari.

II. Elicitur idipsum *ex l. gemma 6. ff. ad exhibend.* in verbis; aliter atq; in tigno ædibus juncto, de quo nec ad exhibendum agi potest. Quia lex 12. tabb. solvi vetaret, sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur. Quibus verbis postremis quid potest esse clarius? quàm Paulum JCtum loqui etiam de bonæfidei possessore. Actionem enim in duplum concedit contra eum, qui ad exhibendum conveniri nequit, qualis est bonæ fidei possessor: qui enim sciens fraudandi animo junxit, actione hac tenetur, *l. 1. §. ult. ff. de tigno juncto.*

III. Propter *§. cum in suo 30. Inst. de rer. divis. & adq. ips. dom. & l. adeò 7. §. cum 10. ff. de adquir. rer. dom.* ubi non tantùm de malæ, sed etiã bonæ fidei possessore textus loquitur; quod evidenter demonstrant hęc verba; Utiq; si bonę fidei possessor fuerit. Idcirco tam contra bonæ quàm malę fidei possessorem actio in duplũ intentari potest.

IV. Huc facit, quòd materię domino id, quod interest, præstari debeat; quod, ut supra dictum, duplo æstimatur, *l. Titius 43. & l. seq. ff. de act. emti. Don. 4. com. 33. Harpr. Heig. Borch. Giphan. Dom. Vult. d. §. cum in suo.*

Supersunt argumenta superiùs adducta ut convellantur.

Primò enim, quod ex *d. l. de eo 63. in fine. ff. de don. int. vir. & uxor.* colligunt, neminem actione in duplum teneri, præterfurem; id JCtus in proposita

posita lege non ideo intulit; quasi contra furem duntaxat instituatur prædicta actio, sed quia in casu *d. l. 63.* contra maritum actio in duplum non detur, quia is simplex bonæ fidei possessor non erat, sed talis qui ex voluntate domini possidebat; ideoque contra illum actio in duplum intentari nequit. Neq; enim tignum furtivum esse probari potest, quod omnino demonstrare is debebat, qui actione illâ contra maritum experiri vellet; quod à præsenti theoremate alienum est, ubi de simplici bonæ vel malæ fidei possessore sermo est.

Secundò, argumentum deductum à contrario sensu, *ex l. 1. §. 1. ff. de tig. junct.* hîc locum non habet, quando evidens ratio aut lex contrarium suadeat, *Eberhard. loc. à contrario sensu. n. 4. & Dd. in l. 2. C. de condit. insert. & l. conventiculæ. 15. C. de Episcop. & cleric.* Jam autem lex manifestò contrarium suadet, *l. adeò 7. §. cum 10. ff. de A. R. D. §. ex diverso. in verbis: utiq;* qui bonæ fidei possessor fuerit. *Instit. de rer. divis.* cum similibus jam dictis. Ergo argumentum hîc locum non habet.

Tertiò, quòd dicitur ex *l. qui res 98. ff. de solut.* bonæ fidei possessorem prætium tantùm præstare, non duplum: Ergo in duplum non teneri; nam respondetur, textum exaudiendum de malæfidei possessore, quod ex eo patescit; quia rei vindicatio, quæ ibi adversus possessorem datur, stante ædificio contra bonæfidei possessorem

non detur. Igitur, malæ fidei possessor rei vindicatione tenetur; qua non tignum ipsum, sed ejus æstimatio tantùm exigitur. Interim Paulus JCtus non negat, etiam contra bonæfidei possessorem actionem in duplum competere.

Denique non obstat, si dicatur; non puniendum bonæfidei possessorem, qui delicto caret. Respondetur enim, non puniri, dum actione in duplum convenitur; potuisset enim cogi ad restituendum totum tignum. Duplum igitur exsolvendo, *non modò non punitur, sed etiam commodo afficitur. Quamvis enim doli sit expers, tamen culpâ non caret; quòd non diligenter inquisiverit, cujus materia lignorum esset. Culpa* igitur licet puniatur, *l. contractus 23. ff. de reg. jur.* tamen contra juris rationem, bonæfidei possessor non tenetur actione in duplum.

DECAS IV.

Cujus hæc sunt theoremata.

I. *An bonæ fidei possessor omnes indistinctè fructus lucretur?*

II. *Thesaurus in loco religioso inventus cui adquiratur?*

III. *An ad dominii translationem vacuæ per*

per omnia, nec ab alio occupatæ possessionis traditio necessaria sit?

IV. Materia an locus, prædium urbanum vel rusticum constituat?

V. An aquæductus sit servitus realis?

VI. An cautio sit de substantia ususfructus?

VII. An ob malam fidem accedentem, usucapio irrita constituatur.

VIII. An omnium bonorum donatio valida sit?

IX. An maritus sit dominus dotis?

X. An pignus alienari possit ante biennium; si de eo alienando creditor cum debitore pactus non fuerit?

THEOREMA I.

An bonæ fidei possessor omnes indistinctè fructus lucretur?

DIstinguunt passim Juris interpretes inter fructus naturales & industriales: Naturales esse eos, in quibus natura prævalet; Industriales qui facto hominis ex ipso rei corpore producuntur, *l. fructus 45. in fine. ff. de usur. l navis 62.*

versic. nam etsi. ff. de rei vindic. §. si quis 36. Instit. de rer. divis. & adquir. ipsar. dom. in verbis: quos percepit, ejus esse pro cultura & cura: hi enim qui curantur, naturales dicuntur; illi qui culturam requirunt, industriales sunt, *l. fructus. 7. §. non solum 9. in fine. ff. solut. matrim. l. vel si vites 3. in princ. ff. de impens. in res dot. fact.* quæ distinctio, cùm in legibus fundamentum habeat, rejicienda nullo modo videtur; quicquid etiam *Coras. lib. 5. miscell. cap. 9. num. 5.* contradicere tentet. *Illud* tamen verum est, *hanc distinctionem non omnibus temporibus convenire; inspecto* videlicet *tempore primo creationis*, quo omnes fructus solo Dei verbo è terra provenère.

Præmissâ hac fructuum distinctione, quæstio hîc exsurgit, an bonæ fidei possessor omnes omninò fructus indistinctè lucretur? In qua quæstione graviter controvertitur. Qui negant illum omnes fructus consequi, his argumentis nituntur.

I. Colligunt ex *d. §. si quis 36.* ubi dicitur, bonæ fidei possessorem percipere fructus tantùm, qui ex cultura & cura ipsius proveniunt. Naturales autem fructus nec curam nec culturam desiderant. Ergo bonæ fidei possessor eos non adquirit.

II. Textus est *in l. fructus percipiendo 45. ff. de usur.* ubi Pompon. ait, bonæ fidei possessorem fructus

fructus, qui non ex operis suis provenerunt, non lucrari; cùm ex facto suo non nascantur. Atque ita naturales fructus bonæ fidei possessori Pomponius denegat; quæ lex è diametro repugnat *l. bonæ fidei 48. ff. de adquir. rer. dom.* de qua in contraria sententia: quæ antinomia adeò *Hotomannum in d.* § exercuit, ut de ratione conciliandi penitus desperaret, eamque se ignorare confiteretur.

III. Bona fides tantum præstat possidenti, quantum veritas, nisi contrariâ lege aliud receptum sit; sed contrarium deciditur in *l. qui scit. 25. § 1. ff. de usur.* ubi Julianus ait, in percipiendis fructibus magis corporis jus quàm seminis spectandum esse, ex quo oriuntur. Ergo non omnes fructus consequitur bonæ fidei possessor, sed tantùm industriales, in quibus jus seminis non præcisè spectatur.

Cæterùm melior sententia videtur eorum, qui bonæ fidei possessorem omnes omnino fructus lucrari asserunt: Hujus autem sententiæ fundamenta hæc sunt.

1. Validum argumentum comprehendit *d. l. bonæ fidei 48. ff. de adquir. rer. dom.* ubi Paulus JCtus inquit, bonæ fidei possessorem percipere fructus ex aliena re ad eum perventos, & non tantùm eos qui ex opera ipsius proveniunt, sed *omnes*: ubi vocabulum generale, omne, nihil excludit, *l. omnia 7. ff. si cert. pet.* ratio elegans sub-

jungitur, bonæfidei possessorem loco domini esse, *d.l.48.d.l.qui scit 25.§.1.ff.de usur.*

II. Si bonæfidei possessori plus juris conceditur, quàm usufructuario; efficitur, eum plus, quàm naturales & industriales, fructus consequi. *arg. l. usufructu 7.in pr.l. item si 9. in princ. cum duobus §§.seqq.ff.de usufr.* Antecedens autem patet *ex d.l.qui scit 25. §.1. in fine. ff. de usur.* Ergo plus adquirit quàm usufructuarius, fructus videlicet à solo jam separatos, *d.l.25. & l.48.* secus verò est in usufructuario, *l.si fructuarius 13 §.fin. ff.quib.mod.usufr.amitt.*

III. Militat pro hac sententia immota ratio, quòd bona fides tantum præstet possidenti, quantum veritas, hoc est, ipsum dominium, *l.bona fides 136.ff.de reg.jur.* Dominii autem effectus est, ut dominus non solùm fructus industriales, sed etiam naturales consequatur, *d. l. bonæ fidei 48.* Bonæ fidei igitur possessor omnes omnino fructus, tam industriales quàm naturales sibi adquirit.

IV. Confirmat *d.§.si quis à non domino 36. Inst.de rer.divis.& adquir.ipsar.dom.* ubi Imper. naturalem rationem secutus, fructus bonæfidei possessoris esse asserit, pro culturâ & curâ, quorum hi naturales, illi industriales dicuntur, *l.fructus 7.§.non solùm 9.in fine.ff.solut.matrim.l.vel si vites 3.in princ.ff.de impens.in rem dot.fact. Anton. Fab. 4. conject. 17. Fachin. lib.1. controvers. cap.57.*

cap.57. Don.4.com.25. & de fruct. cap.4. Dominus meus Scipio Gentilis, cujus anima bene sit, lib.2.de don.int.vir.& ux.cap.17. Giph.ad d.l.48. ff.de adquir.rer.dom. Arum.exer.c.4.th.19.

Sententiæ huic tot fundaminibus fultæ, non obstant ea, quæ in contrarium suprà adducta sunt.

Primò enim, quod dictum est, bonę fidei possessorem eos duntaxat lucrari fructus, qui illi pro cultura & cura debentur, quales sunt industriales: naturales enim nec curam nec culturam desiderare, *d.§ si quis.* Sed illud simpliciter negatur, naturales fructus culturam & curam non requirere, nam & hi operam & culturam hominis necessariam desiderant: ut enim poma & pyra & reliqui fructus proveniant, arbores plantandæ & curandæ sunt, *arg.l.fructus 7.§.non solùm. ff.solut.matrim.* Non igitur bonæ fidei possessori naturales fructus denegantur.

Secundò, quod *ad d.l.fructus 45.ff. de usur. & fruct.* attinet, ubi dicitur, sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris, scil. fructus naturales sunt, ad illam respondeo cum *Ario Pinello & Fach. lib.1. contr.57.* quem sequitur *Dom. Andr. Dinnerus, Præceptor meus, cui plurimum debeo, in d.§. si quis à non domino.* Nam *in d.l.45.* dicitur non cujuslibet bonæ fidei possessoris fieri, quasi dicatur, non quemlibet bonę fidei possessorem naturales fructus percipere, (quamvis regulariter

percipiat) sed quendam non percipere, ubi limitatio ponitur in specie, *d. l. 45.* Et hanc naturam esse negationis universalis, tradunt Logici: *Aristot. cap. 4. περὶ ἑρμηνείας*, ut cùm dicitur: *Non cuivis datur adire Corinthum*: ubi particulariter accipitur. Et probatur etiam in *l. fin. verb. nec cujuslibet militiæ.* & paulò pòst; *sed eos qui statutis.* ubi limitatio sequitur, *C. de jurisd. omn. judic.*

Tertiò, non obstat *d. l. qui scit 25. §. 1. ff. de usur.* Nam respondetur, eo ipso, dum Julian. constituit, *in percipiendis fructibus magis corporis jus, quàm seminis, spectari, non excludit jus seminis, sed conjungit, quamvis illud potiùs in* consideration veniat. Idcoq; non dubitatur, quin bonæ fidei possessor tam naturales quàm industriales fructus percipiat, quod ostendunt verba sequentia, ubi bonæ fidei possessor domino & usufructuario exæquatur, & plus juris eidem tribuitur, ut suprà pluribus.

THEOREMA II.

Thesaurus in loco religioso inventus cui adquiratur?

MAxima controversia est de præsenti theoremate; Thesaurus in loco religioso inventus cui adquiratur? adeò ut *Duar.* implacabile disidium esse de ea, referat *tit. ff. de adquir. rer. dom. Giphan. &* Dominus Doctor meus Antonius Matth.

Matth. & alii recentiores inexplicabilem antinomiam hac de quæstione agnoscant. Quod si concedatur, quomodo illud veritati consonum videretur, quod Imper. in *l. 1. §. nulla. & l. 2. §. contrarium. C. de vet. jur. enucl.* dixerit, nullam contrarietatem vel disonantiam in amplissimo juris Oceano reperiri, quæ non subtili animo leniri possit. Quamobrem ne Imperator mendacii arguatur, quæ à viro bono, multò magis ab Imperatore nostro, alienissima esse debet, duas diversas sententias subjungendas censeo, ex quibus veritas liqueat.

Primò, nonnulli thesaurum in loco religioso vel publico inventum pro dimidia parte fisco cedere, pro altera inventori, contendunt; quod & disertè scriptum est in *l. non intelligitur 3. §. si in locis 10. ff. de jure fisci.* ubi Divi fratres idipsum constituerunt. Divorum autem fratrum sententiam civilem habere æquitatem, tradit *Forster. disput. 6. thes. 30.* quæ naturali etiam rationi præferri debeat; adducens *l. bona fides 31. ff. depositi. l. 1. ff. de usucap.* Nec admittendum, *ut Hotom. in §. thesauros 40. Instit. de rer. divis. & adquir. ipsar. dom. existimat*, Triboniani hanc libidinem fuisse, quòd inconsultò verba de religiosis immiscuerit, cùm nihil superfluum aut inutile in jure civili relictum sit, *§. 1. & 3. de emendat. C. Imper. Just. l. 2. §. 15. contrarium. cum duob. seqq. usq. ad finem his verbis:* Quòd isti nihil

vel utile vel novum in eis invenientes, quod excerptum nostris Digestis applicarent, optimo animo respuerent, *C. de vet. jur. enucl.*

Huc facit, quòd jure Pontificum thesaurus in loco sacro religioso publico, vel fundo Ecclesiastico inventus, ejus pars dimidia Ecclesiæ decernenda sit, nec totus inventori adquiratur, *Alvarott. ad cap. unic. qua sint regal. circa fin. Wesenb. nu. 6. Schneidewv. nu. 9. & alii, d. §. thesauros 40.*

Aliis verò melior sententia mentis est, quam & verissimam judico; Thesaurum in loco religioso vel sacro inventum, totum inventori adquiri, & ne fundamento juris destitui hæc sententia videatur, inspici debet §. *thesauros 40. Instit. d. t.* ubi Imp. cùm de thesauro in loco suo invento constituisset, eum inventori cedere; idem juris in loco religioso esse sancit, thesaurum inventori adquiri; est enim inventus in loco religioso suo proprio, quem quisque mortui illatione religiosum facere potest. §. *religiosum.* ẽ. *d. t.* in quo thesaurus repertus ex asse inventori cedit. Licet enim locus propriè nullius sit, § *nullius. Instit. d. t.* tamen cùm fundo, qui privatus, cohæreat; illius esse videtur, cujus est fundus, *Connan. lib. 3. com. cap. 4. n. 2. Marcus Lyclama à Nycholt lib. 3. membr. Eclog. 7.*

Non obstat igitur *d. l. non intelligitur 3. §. fin. ff. de jure fisci.* ubi dimidia pars vindicatur fisco, thesauri

thesauri in locis fiscalibus religiosisve inventi. Nam dicendum est, *d.l.3. §. fin.* intelligi de locis religiosis fiscalibus; in quibus thesaurus inventus, pro dimidia parte fisco, pro altera verò inventori cedit; quo sensu etiam capiendus est *tit. 56. in fine lib.2. in usibus feud. quæ sint regal.* In §. *verò thesauros 40. Instit. d. tit.* sermo est de loco religioso suo & proprio, quem quisque voluntate suâ inferendo mortuum facere potest, §. *religiosum. Instit. eod.* in quo loco thesaurus inventus totus inventori cedit, & de hoc religioso loco tantùm præsens theorema exaudiri debet.

THEOREMA III.

An ad dominii translationem, vacuæ per omnia, nec occupatæ ab alio possessionis traditio necessaria sit?

INter modos adquirendi dominium, nobiliores & insigniores sunt Occupatio & Traditio; de priore jam satis plures quæstiones discussæ sunt; de Traditione dispiciendum nunc est, ubi se illa quæstio hic offert; An ad dominii translationem vacuæ per omnia, nec occupatæ ab alio possessionis traditio necessaria sit? In qua uno falso fundamento posito, ut *Cont. lib.1. disp. ca.8. juxta Aristot.* sententiam ait, necesse est multa falsa subsequi, id quod sua ipsius de hac re sen-

tentia comprobavit. Qui igitur affirmant, vacuæ nec ab alio occupatæ possessionis traditionem, necessariam esse; his se muniunt rationibus:

I. Textum elegantem ad hanc rem adferre videntur, in *l. si pater tuus 8. C. de act. emt.* in verbis: Si animos adverterit in vacuam possessionem, neq; patrem tuum neq; successores ejus &c. induxisse, non dubitabit, nihil esse translatum pronuntiare. Ergo necessaria esse videtur vacuæ possessionis traditio.

II. Perspicitur *ex l. si in emtione 2. §. 1. ff. de act. emti.* ubi dicitur, si penes alium legatorum vel fideicommissorum servandorum causâ vacua possessio retineatur; quòd tunc non censeatur tradita: quod etiam ex *l. seq. in pr. & §. 1.* demonstratur.

III. Huc confert *l. cum res 12.* in verbis; In vacuam possessionem inductum patrem tuum &c. quibus potes, jure proditis probationibus docere debes, *C. de probat.* Atque adeò, ne actio quidem dari solet, nisi demonstretur, aliquem in vacuam possessionem inductum esse, *l. qui prædium 13. C. de distract. pign.* Ergo omnino vacuæ possessionis traditio fieri debet.

IV. Accedit, quòd rei contactus, & sola detentio, ad adquirendum dominium nihil operentur; eamque ob causam ridicula esse exempla, ab Odofredo vetere interprete, de domino ancillæ

ancillæ, equi, verbo Longobardico dextrarii, Gallico, id est, destriere dicti, & libri proposita; quorum possessio sit penes alium, mihi tamen hæc tradi solo attactu.

V. Dominium ex naturali possessione oriri certum est, *l. 1. §. 1. ff. de adquir. poss.* Traditione autem tunc demum adquirimus dominium; si res vacua de manu in manum tradatur, & manu apprehendatur; aut si in re soli pedem sistamus, *l. si ager 50. ff. de rei vindic. l. traditio 20. §. ult. ff. de adquir. rer. dom.* Ad vacuam igitur possessionem adquirendam traditio necessaria est.

VI. Ad stabiliendam hanc sententiam insignem, ut vocant, locum adducunt in *l. cum fundum 18. D. vi & vi arm.* ubi non aliter emtor dominus efficitur, quàm si à colono venditoris admittatur vacuam possessionem ingredi; si verò ab eo repellitur, tum emtor nullo modo possidet, ne civiliter quidem. Ergo omnino admitti debet emtor, ut vacuæ possessionis fundum ingrediatur, *Hotom. ill. quæst. 11. Cont. 1. disp. 8. Cont. 1. com. 8. Cujac. 11. obs. 10. & 14. obs. cap. 9. Valent. Forster. lib. 2. disp. 6. th. 31.*

Posteriorem sententiam veritati magis congruere apparebit; si fundamenta legum æquâ lance expendantur, vacuæ possessionis traditionem non requiri.

I. Assertionis hujus fundamentum dependet *ex l. si fundum 16. ff. de fund. tot.* ubi fun-

dum, quem Titius bonâ fide possedit, uxor marito in dotem dedit, atque ita dominium transtulit; ubi apparet, dominium translatum, etiamsi alius rem usuceperit. Potuisset enim maritus fundum petere; verùm cùm neglexerit, rem periculi sui fecit. Nam quòd maritus usucapionem non interpellaverit, antequam fundus dotalis constitutus est; eo ipso marito fundi dominium quæsitum est, *l. dotale. ff. de fund. dot.* Deinde verbis subsequentibus dicitur; *Si maritus petere fundum neglexerit, tunc nihil ei imputari, id est, petere potest adhuc fundum; petet igitur actione in rem, quæ verbo petitionis propriè accipitur.* Nec verba, *in dotem dedit, cum Contio* accipi debent, pro *in dotem destinavit*; quia textus id non suadeat, ac proinde à proprietate verborum non recedendum est, *l. non aliter 69. ff. de leg. 3.* Dare enim non est promittere; sed rem tradere, *§ sic itaq; 14. Instit. de action. l. ubi 75. §. fin. ff. de verb. sign.*

II. Quòd non necesse sit, corpore & manu rem apprehendere, sed etiam oculis & animo res nostra est: argumento est ea res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non potest, *l. 1. §. pen. l. quod meo 18. §. si venditorem. ff. de adquir. poss.*

III. Illustris textus est *in l. minus 2. C. de adquir. poss.* ubi Imp. Alexander, minùs instructum eum esse dicit, qui solicitum quem reddit, quasi

quasi in vacuam possessionem induci debeat; re vera enim possessionem consequor, etiamsi res tradita non sit, si modò animo eam acquiram.

IV. Si tot loca juris adducta nihil efficiunt, perpendantur rogo *l. quaratione 9. §. interdum & §. §.1.seqq. l.si servus 21.§.1. ff. de adq. rer.dom.* ubi non præcisè traditio ad translationem dominii, vel adquirendam possessionem, requiritur; sed sola voluntas domini sufficit, rem suam in alium transferentis, *l. multa 6. C. si quis alteri vel sibi.* Et hanc sententiam utpote veriorem sequuntur *Don.4.com.19. & 25. com.ad d.l.12. de probat. & ad l.25.§.1. n.3.ff.de verb. oblig. Gomes. in §.sed ista.n.30. Instit. de act. Philipp. Matth.in l. id quod nostrum 11.ff.de R. J. & ibidem Hœnon.*

Quare restat, ut ultimo loco argumenta huic sententiæ adversa, superiùs in medium adducta, refellantur.

Primò itaque ex *d.l.si pater tuus 8. Cod.de act. emti* quod adfertur, responderi potest, ibi nullam necessitatem subesse, qua pater cogatur inducere in vacuam, sed, ut patet ex *d. l.* patrem omne jus penes se retinuisse. Nihil igitur contra superiorem sententiam concludit.

Secundò, nec reluctatur *l.si in emtione 3. ff. de act.emt.* ubi perperam colligitur, vacuę possessionis traditionem esse necessariam. Hoc equidem diffiteri nemo potest, vacuæ possessionis traditionem fieri posse; quod & in *d. l.3.* ostenditur,

malè factam esse traditionem, quòd penes alium rei sit possessio; sed de eo præsens theorema non est, ut negetur, nullo modo traditionem vacuæ possessionis fieri; sed eam necessariam esse; quod nec ex *d. l.* convinci potest.

Tertiò perperam adfertur *l. cunctes 12. Cod. de probat.* ibi enim voluntate contrahentium vacuæ possessionis traditio facta. Idem obtinet *in d. l. 2. Cod. de adquiren. vel retin. pos. in d. l. qui prædium 13. Cod. de distract. pign.* dicitur quidem inductionem vacuæ possessionis fieri debere; sed sciendum, vacuam possessionem dupliciter accipi; *Primò* pro detentione rei corporalis, quemadmodum aliàs sæpè possessionis verbum impropriè accipitur, *l. naturaliter. ff. de adquir. possess. Altera*, est vacua ab omni alio vero possessore etiam qui procul à re absit; ubi traditio necessaria non est. Priori itaque sensu capienda est *d. l. qui prædium 13.* ut pro detentione sumatur possessio. Nam si creditor pignus distraxerit, alteriq́ue tradiderit, nihil in eo amplius requiritur. Emtorem enim in vacuam possessionem inducere non potest, quam non habet; sed in nudam detentionem rei, quæ penes illum est, *Don. d. loco.*

Quartò, non est quòd objicias, nudum rei contactum, solamq́; detentionem, ad dominium transferendum nõ prodesse. Respondetur enim, non nudam esse detentionem, sed rei corporalis,

quæ

quæ traditur. Verum autem est, traditionibus dominium rei acquiri, *l. traditionibus 20. Cod. de pact. §. per traditionem 41. Instit. de rer. divis. & acquir. ear. dom.* imò nuda voluntas sufficit domini, rem suam in alium transferentis, §. *interdum. cum seqq. Instit. d. tit.*

Quintò, quòd dicitur, dominium ex naturali possessione cœpisse, *l. 1. in pr. ff. de adquir. poss.* ubi requiritur, ut res manu apprehendatur, aut pedibus in fundum eatur; illud locum habet in iis rebus, quæ antè nullius sunt; quæque à nemine traduntur, ut sunt quæ cœlo, mari, terrâ, capiuntur. In his enim rectè dominium à naturali possessione cœpit; ad res verò jam adquisitas non pertinet; in quibus possessio non est necessaria. Itaq; vacuæ possessionis traditio necessaria non est. Absurdum enim non est, traditione acquiri dominium, possessione penes alium remanente. Exemplum est in servis, in quibus usumfructum habemus, *l. adquiruntur 10. §. de his autem 3. aliisque rebus*; cùm tamen proprietas sit penes alium, *t. tit. de usufr.*

Denique nihil repugnat *d. l. cum fundum 18. ff. de vi & vi arm.* quòd ibi inductio in vacuam possessionem facta, esset injusta, ideoque esset & inefficax. Quod patet ex eo, quòd fundus à venditore per vim possessus sit, & emtor mandato illicito fundum alii locatum ingressus fuerit, ut habetur *in fine pr. d. l.*

THEOREMA IV.

An materia, vel locus, prædium urbanum vel rusticum constituat?

SErvitutes communiter distingui solent in Reales & Personales; quarum hæ personæ, illæ verò rei sive prædio serviunt. *Don. 9. com. 22.* Reales autem servitutes rursum subdividuntur in urbanas & rusticas; de quibus nunc dispiciendum est; An usus vel locus potiùs prædium urbanum vel rusticum constituat? Sunt qui asserunt, usum, prædium rusticum vel urbanum facere, hisce de causis.

1. Adducunt *l. si prædium 16. C. de præd. minor. §. prædiorum 1. Instit. de S. R. & U. P. l. 1. in pr. ff. com. præd. l. urbana 198. ff. de verb. sig.* ubi non locus, sed materia prædium facit. Non autem hîc intelligitur materia ex qua, sed de qualitate, fine, ὑσίᾳ, in qua forma est. Idcirco *d. l.* nõ interpretari debemus ex *l. ligni 55.* ubi materia proponitur ex qua; sed ex *l. in venditionibus 9. §. si in nomine 1. ff. de contrah. emt. l. alioquin. 11. l. quid tamen 14. ff. de contrah. emt. l. si sterilis 21. §. quamvis 2. ff. de act. emti.* ubi res & forma potiùs spectatur, quàm nomen, *Dn. Gœd. ad d. l. 198.* Deinde speciali exemplo hanc sententiam illustrat de stabulis; quæ meritoria sunt urbana, sive in villis, sive in oppidis sint; in quibus viatorum, hospitum, carrucariorum

rucatiorum jumenta, pro mercede recipiuntur; quæ & tabernæ vocantur, *l. taberna 183. ff. d. tit.*

II. Quemadmodum usu & fine rei secerni videmus familiam rusticam ab urbana; urbanam penum à rusticâ, *l. urbana 166. ff. d. t. de V. S. l. nam quod 4. §. quod si 5. ff. de penu leg.* & servos urbanos à rusticis, *l servus 99. ff. de leg 3.* eodem modo prædia usu & fine secernenda, non loco, *D. Gœd. d. loco. Hotom. lib. 18. obs. c. 12. Govean. 1. var. lect. c. 16. Treutl. vol. 1. disp. 17. thes. 1. Valent. Forster. lib. 2. disp. 6. thes. 7. Dom. Arum. exercit. 1. thes. 3.*

Hanc sententiam jamdiu invaluisse video, & communi omnium propè Dd. suffragio comprobatam esse, adeò quidem ut ab eâ non temerè recedendum sit; *Bartol. in l. fin. C. de pœnâ temerè litig. & Bal. in l. 1. ff. de offic. quæst.* Majorum enim nostrorum authoritas, quoad ejus fieri potest, religiosissimè colenda & conservanda est; nec facilè mutari debet, quod hactenus diu visum est æquum; ait JCtus *in l. minimè. ff. de ll. l. 2. ff. de constit. prin.* Non tamen ex multitudine autorum judicandum docet Imp. *in l. 1. C. de vet. jur. enucl.* Errantium enim multitudo non parit errori patrocinium. Itaque cum cuilibet animi sui sensa promere liceat, visa mihi hæc sententia verior; Locum videlicet, non usum, propriè loquendo, prædium urbanum vel rusticum constituere; & sequentibus rationibus patefaciam.

I. Certum est, & constat ex §. *prædiorum urbanorum 1. Instit. de servit. urban. præd. & l. urbanorum 2. ff. eod.* urbanorum prædiorum servitutes esse, altiùs non tollendi, & luminibus non officiendi. Et cùm in dictis textibus, juxta communem Dd. sententiam, prædii urbani servitutem usus faciat; quænam ratio Neratium movit, has rusticorum prædiorũ servitutes esse asserentem? *in l. rusticorum 2. ff. de serv. rustic. præd.* Cadit igit ur omninò, usum prædium constituere urbanum vel rusticũ; aut consequetur, Neratium sui immemorem, *Hotom. teste d. §. prædiorum. Instit. de servit. rustic. & urb.* ἀμνήμονικὸν commisisse, aut Imperatorem antinomiam reliquisse in eo, quòd *in d. l. 2. ff. d. S. U. P.* has urbanorum prædiorum servitutes esse voluerit, *in d. l. 2. D. de S. R. P.* rusticis adnumeraverit. Sed nefas est hoc dixisse, nam refragatur *l. 1. & 2. Cod. de vet. jur. enucl.* Ad evitanda igitur tot incõmoda, potius locum prædium urbanũ vel rusticum constituere dicendũ erit, *Don. c. 4. circa medium. de pig.*

II. Propter generale axioma; Quod in urbe ædificatum, urbanũ est; quod in rure, rusticum vel rureſtre prædium est; & sic plerunq; de prædiis judicandum esse, benè monet *Dom. Giph. in §. prædiorum 1. Inst. de S. R. & U. P.* Accedit deductio vocabuli; Urbanum enim ab urbe, rusticũ à rure dicitur; ut quicquid in urbe non sit, non urbanum sed rusticum sit; sic etiam inquilinus ædium

diū, in urbe coōductor, colonus ruri nominatur.

III. Ædificia extructa accessio sunt principalis, *l. fundi 8. ff. quib. mod. ususfr. l. heres in fundo 12. ff. de usufr. leg.* Accessoria autem jure principalis censeri debent. *l. cum aurum 19. §. 4. & seqq. ff. de aur. & arg. leg. l. 1. & 2. ff. de pen. leg.* Accessorium enim, quasi mutatâ naturâ suâ, assumit principale, *l. si cum 10. §. 4 injur. ff. si quis caut.* Quare si ædificiū in area vel in fundo urbis positū, vel prædium constitutū sit, urbanū erit; si verò in agro, rusticū, *l. fundi 211. §. loc⁹ & l. q. 115. in pr. ff. de V. S.*

IV. Propter illustrem textum, *in l. eo jure 4. §. stabula ff. in quibus caus. pig. vel hypotheca.* ubi stabula prædiorum urbanorum numero non comprehenduntur; cū ab ædificiis separata sint. Quod si igitur urbanis ædificiis conjunguntur, tunc omninò urbana prædia dicenda sunt, *Don. tr. de pignor. c. 4. & 11. com. 4. Dom. Vult. d. §. Inst.*

Illud adhuc supereſt, ut contrariis argumentis respondeatur.

Primum igitur illud est, quod ex *d. l. urbana 198.* afferunt; non locum, sed materiam vel usum, prædium urbanum constituere; quò respexit etiam Imp. *in d. §. prædiorum 1. Inst. de S. R. & U. P.* Sed sciendum, id impropriè & abusivè dici, contra latinæ linguæ puritatē; ut ostendatur, in quibus prædiis servitutes urbanæ locum habeant.

Secundò, quod profertur, eodē modo rusticam familiam ab urbana secerni, verum non est;

nam *in d.l.urbana 166. ff.de verb.sign.* urbana familia non usu, sed genere secernitur; quod ab usu maximam separationem recipit; ibi enim genus accipitur, an quis genere nobilis vel plebejus sit. Jmò non eodem modo *in d.l.* urbanam & rusticam familiam usu secerni, ut prædia, ostenditur *in fine pr. ejusdem legis*; ubi voluntas domini potiùs familiam secernit. Nam videndum esse, Pomp. ait, quo in loco dominus quemq; habuerit. Idem omnino dicendum ad *d.l.4.§.quod si 5.* quod à Paulo de penu legata dicitur; & de servis rusticis vel urbanis, *l. servis 99. ff.de leg. 3.* adfertur; ibi solutio ex *l.* promanat, quòd in his casibus voluntas testatoris potiùs inspicienda sit, quæ dominari debet, *l.1. Cod. de sacrosanct. Eccles.* Quæ tamen omnia, ut ut vera sunt, diversissima sunt à prædiis urbanis vel rusticis; à quibus malè infertur.

THEOREMA V.

An aquæductus sit servitus realis?

ENumerat Imperator *in pr. Instit. de servit. rustic. & urb. prædior.* rusticorum prædiorum jura quatuor; quæ sunt Jter, Actus, Via, Aqua ductus. De posteriori tamen olim dubitatum fuit, an Aquæductus realis, an verò personalis servitus esset? Sunt enim nonnulli, ut Sabiniani, in ea opinione; Aquæductum, personalem

lem esse servitutem, *arg. l. 5. §. in verbis & hoc Proculum. ff. de S. P. R. Giph. ad §. inter rusticorum 2. Inst. de servit. rustic. & urb. prad.* Contrà sentiebant Proculiani. Illorum sententia his nititur fundamentis.

I. Servitutes, quæ causam perpetuam non habent, prædiales non sunt, *l. foramen 28. ff. de S. P. U.* Aquæductus autem causam perpetuam non habet; cùm aqua in lacu & stagno non perpetuò fluat. Aquæductus igitur realis servitus non est.

II. Usus aquæ personalis est, *l. Lucius. pen. ff. de serv. rust. prad.* Idcirco rectè inter personales numerari debet æquæductus; quemadmodum & haustus, & pecoris ad aquam appulsus, personales servitutes sunt.

III. Idem jus est aquæductus, ac aquæhaustus; semper enim aliâs conjunguntur, *Giph. ad § Aquaductus. Instit. d. t. Don. lib. 11. com. cap. 7. in pr.* At *in l. Mela 14. §. quidam 3. vers. nam & haustus ff. de alim. leg. in verbis*; nam & haustus aquæ, & pecoris ad aquam appulsus, est servitus personæ. Nec eo loci, post vocabulum servitus, colon poni debet; ut *Donel. d. loco* persuasum est. Sic enim in omnibus exemplaribus post verbum personæ, punctum ponitur; sensusque perspicuus est, ut in eo σφάλμα nō sit præsumendum. Idem ergo de aquæductu dicendum est.

IV. Servitutes reales sine prædio constitui non possunt, *l. 1. D. communia prad. l. quotiens 15.*

D. de serv. §. ideò. Inst. eod. At aquæductus est fine prædio, *l. 1. §. præterea Labeo 12. ff. de aqua quotid.* ubi dicitur, aquæductum fundi non esse. Necessariò ergo efficitur; Aquæductum, servitutem realem non esse, *Gomes. in §. æquè. num. 10. & 11. Instit. de act.*

Sed verior est contraria sententia, Aquæductum realem esse servitutem; & hujus argumenta hæc sunt.

I. Militat hîc ratio, quæ perperam suprà adducta, ad quam postea respondebitur; Omes servitutes prædiorum perpetuas causas habere, *d. l. foramen 28. ff. de S. U. P.* Sic in aquæductu causa est ipsa aqua, quæ viva & perennis est, & ex fontana oritur. *Don. lib. 1. com. 3. facit l. un. §. hoc interdictum 4. ff. de fonte.* Est igitur Aquæductus servitus realis.

II. Propter dilucidum textum *in l. 1. ff. de S. P. R. princ. Instit. de servit.* ubi aquæductus inter servitutes rusticorum prædiorum connumeratur. Non igitur personalis est.

III. Si aquæductus per fundum vel loçum duci debet, necessariò consequetur, illum non personæ, sed prædio servire: ratio hujus sequelæ est *in d. §. ideò Instit. hic.* At prius verum est, *l. rusticorum 2. §. aquæductus 1. D. de S. P. R. l. 1. §. hoc interdictum 9. ff. de rivis.* Ergo & posterius

IV. Evincit idipsum definitio Aquæductus; qui jus est aquæ ducendæ per fundum alienum,

l. 1. in

l.1. in fine.pr. ff.de S.P.R.§.1.Instit.d.t. ubi frustra annexa vocula *per fundum*, si non prædio deberetur.

V. Textus etiam perspicuus est, quem inveni *in l. & in provinciali 3.Cod.de servit. & aqua.* ubi Imp. Alexander aquæductum, ut & alias servitutes reales, in prædio provinciali constitui posse asserit. Est igitur realis, non personalis servitus. *Don.d.loco.Coras.ad rubric.de servit.Gualter.1. miscell.5. & alii.*

Denique ad argumenta superiora, quæ his reluctantur, respondendum est.

Primò quòd dicitur, Aquæductum continuam causam non habere; simpliciter negatur. Contrarium enim jam ostensum est; nec enim ideo aquæductus continuam causam habere definit, quòd in stagno aut lacu aqua non semper fluat. Quod enim ex accidente & impedimento quodam superveniente contingit, rem ipsam nō immutat. Jura itaque intelligenda de iis, quæ ἐπὶ τὸ πολὺ eveniunt, *l.nam ea 5. cum sequent. ff. de legibus.*

Secundò parum resistit *d. l. Lucius pen. D. de S. R. P.* ibi enim non servitutis jus legatum est, sed usus aquæ duntaxat, qui personalis est, *arg.§. 1.Instit.de usu & habit. & d. l. pen.*

Ad tertium & quartum respondetur cum *Giph. ad d.§.inter rusticor. Inst. de servit.* Aquæductum quidem principaliter servitutem realem

reſſe, ſi fundo videlicet & prædio ſerviat; Sin verò ad utilitatem hominis conſtituatur, tum perſonalem eſſe ſervitutem, quemadmodum & aquæhauſtus; quo ſenſu accipi debet *d. l. Mela. §. 3. verſ. nam & hauſtus. Capoll. cap. 19.*

THEOREMA VI.

An Cautio ſit de ſubſtantia uſusfructus?

DEfinitur uſusfructus à Celſo, *in l. 2. eſt enim. ff. de uſufr. & in pr. Inſtit. de uſufr.* & ſitjus in corpore, quo ſublato, ipſum uſumfructũ neceſſe eſt perimi. Jam verò rerum, quæ diurno uſu conſumuntur, uſusfructus non conſtitui poſſet; nulla enim earum ſalva eſt ſubſtantia, ut in frumento, vino, oleo, &c. Sed cùm multa utilitatis causâ in jure introducta ſint, contra ſtrictas juris regulas, *l. ita vulneratus 51. in fine. ff. ad l. Aquil.* ſic & in rebus conſumptibilibus & fungibilibus, ob utilitatem hominum, etiam in his rebus uſusfructus relinqui vel conſtitui poteſt, *l. ſed de 2. §. quo SCto. ff. de uſufr. ear. rer.* ut tamen utiliter caveatur, *§. conſtituitur 2. ff. Inſtit. de uſufr.* & proinde cautionibus intervenientibus, uſusfructus conſtituitur. Hinc illa quæſtio hîc ſuborta eſt: An cautio ſit de ſubſtantia uſusfructus? Qui negant, his rationibus ſe inſtruunt.

I. Quod poteſt abeſſe præter rei corruptionem, illud non eſt de ſubſtantia rei, ex trito axiomate

mate Philosophorum. At cautio potest abesse ab usufructu, sine ejus corruptione; & præstari non debet. Ergo non est de substantia ejus. Assumptio probatur *l. cum autem fin. §. sin autem 4. in fine*, his verbis; paternâ reverentiâ eum excusante à ratiociniis & à cautionibus, & aliis omnibus &c. *l. cum oportet. §. non autem. Cod. de bon. quæ lib. l. si ususfructus 9. §. planè 2. ff. usufruct. quemadmod. cav. l. huic stipulationi 5. §. sed si usus. 1. Digest. d. tit. l. omnes 3. §. si ususfructus 2. ff. eod.* Cautio igitur de substantia ususfructus non est.

II. Cautio sive satisdatio, quæ legatorum nomine exigi solet ab herede, jure publico, voluntate testatoris, remitti potest, *l. ipsis rerum 2. Cod. ut in poss. legat.* Cùm igitur tam cautio legatorum, quàm usufructuarii sit de re privata, & ad jus defuncti pertinente, idem etiam juris erit in ususfructus cautione, quod fuit in legato.

III. Huc facit, quòd quilibet juri pro se introducto renuntiare possit, *l. si quis 21.* ubi hoc juris axioma in omnibus casibus verum esse dicitur, *Cod. de episcop. & cleric. & l. si quis 29. Cod. de pact. l. pactum 49. ff. de pact. l. se judex 41. ff. de minor.*

IV. Demonstrat idipsum satis manifestè *l. hoc Senatusconsultum 5. §. 1.* ubi pecuniæ aliarumque rerum in abusu positarum, quasi usus-

fructus potest legari; etiamsi cautio nulla intervenerit, *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. & l. tribus 8. ff. d. t.* ubi, cùm testator duos coheredes jusserit pro legatario satisdare, tertio coheredi cautionem ususfructus remisisse videtur.

Dimissâ hac sententiâ contrariâ, veritati similior est, Cautionem omnino necessariam esse ususfructus; adeò ut non sine ratione de substantiâ ejus esse dicatur; sententiæ hujus rationis hæ sunt.

I. Propter textum *in l. si cujus rei 13. ff. de usufr.* ubi *Ulpianus* ait, dominum proprietatis satisdationem desiderare ab usufructuario, & quidem officio judicis interveniente; ubi sanè nemo negabit, cautionem necessariam esse, cùm præcisè fieri debeat, judicis etiam officio interveniente, ut dominus proprietatis securus reddatur.

II. Quia in omni usufructu cautio præstari debeat, sive res mobilis sit, sive soli, vel quovis modo constituta; sive lege, sive testamento, sive pactionibus, sive à judice, *l. 1. §. 1. Digest. usufruct. quemadmod. cav. l. 2. sed & de pecunia rectè caveri oportet*, *inquit Cajus*: ubi verbum *oportet* quandam necessitatem importat, *ff. d. t. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.*

III. Si in usu constituto, qui haberi non potest, nisi possessio rei usuario tradita sit, cautio interponi debet, multo magis in usufructu constituto

stitutio interponi debet. At antecedens probatur *d.l.huic stipulationi 5. §. 1. & l.usu quoq; pen. ff.usufruct. quemadmod. cav.* Consequens igitur verum est.

IV. Sæpè aliâs contingeret, ut maxima jurgia & lites exoritentur inter heredem & usufructuarium, si ususfructus finiretur, *l.1. §. rectè 4. ff.usufruct.quemad.cav.* ut igitur litibus occurratur, & ne usufructuario pro libidine rebus fungibilibus abuti concedatur, satisdatio & cautio usufructuarii interponi debet, *Donel. lib. 11. com.cap.14. Dom. Arum.exercit.5.th.19.*

Supersunt argumenta Antagonistarum suprà allata uttefellantur.

Quòd igitur primò in contrarium adfertur, cautionem posse abesse ab usufructu, per *l. cum oportet. §. non autem. & l. final. §. sin autem 4. in fine*. ubi cautio patri in bonis adventitiis filii remittitur, *Cod. de bon. qua lib.* deinde ex *d.l. si ususfructus 9. §. planè.* ubi proprietate legatâ ex die, usufructu verò alteri purè, cautio usufructuario remittitur: ad hæc respondendum est, necessitatem præcisè hanc esse in usufructuario, ut caveat; duobus tamen his casibus exceptis; in quibus cautio præcisè non requiritur; quos etiam à jure communi excipit *Don. lib.10. comment. 14.* Deinde nihil resistit *dict. l.5. §. sed si usus 1. ff. usufructuarius quemad. cav.* Nam *in d. §. Ulpian.* sancit de usu sine fructu

legato; ut de solo usu caveatur, non etiam de fructu; quia is legato non erat comprehensus; non entis enim nullæ sunt qualitates.

Nec etiam quidquam juvat hanc sententiam *d. l. omnes 3. §. si usufructus. ff. d. t.* Rectè enim de amisso usufructu constitutum est, si non utiliter cautum sit, committi in stipulationem; & ideo exceptioni locum esse. Ergo non efficitur, cautionem non intervenire debere; sed contrarium potiùs, adeò ut si non interveniat, in stipulationem committatur, quod non utiliter cautum sit.

Secundò, ducitur argumentum à *legato* ad usumfructum; Eodem modo in usufructu cautionem remittendam esse, quemadmodum remitti potest in legato. Sed respondetur, in usufructu non idem obtinere; quia in legato non invitatur heres ad delinquendum, ut præstet cautionem; ideoque hæc eidem condonatur, quia res pleno jure legatarii manet; nec in ea heres licentiùs versari potest, eâque pro arbitrio suo uti. Secus verò est in usufructuario, si non satisdederit, *d. l. 1. §. rectè 4. ff. usufructuarius quemadmodum cav.*

Tertiò parùm stringit, quod objicitur; Unumquemq; juri pro sè introducto renuntiare posse: nam hoc limitationem recipit, nisi ea renuntiatio sit contra bonos mores, *l. nemo 55. l. si quis inquilinus 112. §. pen. ff. de l. 1.* Renuntiatio autem

autem hujus cautionis esset contra bonos mores, si admitteretur; cùm incitaret usufructuarium ad delinquendū, & rei fructuariæ abusum. Cautio igitur tam incommodum domini proprietatis, ut rem non deteriorem factam recipiat; quàm usufructuarii, ne is cum domino proprietatis litigare compellatur, recepta est: ideoq; in eorum dispendium vergere non debet.

Deniq; adducitur *l. hoc SCtum 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* ubi cautio non intercessit. Respondeo, etiamsi ab initio non intervenerit, tamen quia condici potest, interveniisse censetur, quod novum non est; quia stipulatio vel cautio (nam vocabulo stipulationis cautio intelligitur, *l. 1. & 2. tit. usufruct. quemad. cav.*) semper tenet, *l. quoniam 10. ff. d. tit. de usufruct. ear. rer.* Parum etiam ad hanc rem conducit *d. l. tribus 8.* ubi duo satisdederunt, tertius autem non satisdedit. Cautio ergo non intervenit respectu tertii. Nam respondetur ex textu; ubi dicitur cautionem non impediri, nec etiam cautionem remitti; sed jubentur duo ex heredibus pro tertio promittere. Ideoque cautio non videtur abfuisse: Quin imò etsi duo satisdederint, tamen eorum caut efficax fuisset, ut etiam tertii ad se traheret; cùm in eo quod plus est, semper insit etiam quod minus est, *l. in eo 120. pr. ff. de R. J.*

THEOREMA VII.

An ob malam fidem accedentem usucapio irrita constituatur?

IN usucapione, quæ effectum sortiri debet, certa quædam requisita adhiberi debent. Prima causa, sine qua non, est bona fides, *l. si aliena 10. l. Celsus 27. ff. de usucapio. & præscriptio. l. bonæfidei 48. ff. de adquirend. rer. dom. §. diutina 7. Instit. de usucap.* deinde etiam requiritur ipsa bona fides, *pr. Instit. d. tit. dict. leg. si aliena res 10. l. Celsus 27. ff. d. t. de usucap.* tertiò possessio, sine qua non est usucapio, *l. sine 25. Dig. d. t.* quartò tempus legitimum, de quo *in pr. Instit.* & aliis in locis; quintò, ut res non sit vitiosa, vel prohibita usucapi; quæ omnia duobus versiculis comprehenduntur:

Justa fides, justus titulus, res non vitiosa,
Quòd res traditur, tempus quoq; continuetur.

De bonâ fide hîc dubitatio emergit; An mala fides superveniens usucapionem impediat, irritamque constituat. Quod affirmandum videtur hisce de causis.

I. Quòd bona fides nulla sit, quando quis rem alienam esse cognovit; quamobrem cùm cesset bona fides, nec bonæ fidei possessor dici potest, *l. bonæfidei 48. §. in contrarium. 1. ff. de adquiren.*

quiren.rer. dom. ubi dicitur, bonæfidei possessorem non videri eum, qui rem, quam à vero domino putabat se consequi, postea alienam esse cognovit, *l.bonæfidei 109. ff.de verb.sig.*

II. Propter textum *in l. si ab eo 12. ff.de usurpat.& usucap.* ubi eodem modo usucapio interdicitur, si quis rem sciens illicitam possideat.

III. Furtivæ res usucapi nequeunt, *§.furtiva. Instit.de usucap.* At res mobiles, si quis cognovit alienas esse, easque servat, fraudulento animo contrectat, furtivasq; tenet. *§.1.Inst.de furt. Don. lib. 5. comment.17.* Ergo usucapio earum invalida est.

IV. Quòd aliàs in foro conscientiæ iniquum esset, aliquem locupletari cum alterius dispendio, & invitis dominis res suas auferri, *l. si ego Sejæ 9.§.1.ff.de jure dot.l.filiofam.§.1.ff.solut.matrimon.* Quare sic videtur concludendum. Id omni ex parte fugiendum & detestandum est, quod absque conscientiæ nostræ enormi læsione fieri non potest. At usucapio rei alienæ scienter non potest contingere absque læsione conscientiæ. Ergo admittenda non est. Et hanc sententiam in rebus mobilibus veram esse, existimat *Don. d. loco.*

Sed tamen hæ rationes nihil movent, quin magis manifesto ore non erubescam affirmare, in rebus tam mobilibus, quàm soli, usucapionem efficacem esse, cujus principium bonæ fidei

fuit; quamvis mala fides postea supervenerit, ob sequentes rationes.

I. Textus perspicuus est *in §. diutina 7. Instit. de usucap.* ubi tempus possessionis prodest usucapienti, modò initium fuerit justum, licet usucapiens sciat prædium alienum esse; nam ex ratione à contrario sensu manifestò id evincitur.

II. Ubi militat eadem ratio, ibi non est diversum jus introducendum, *l. non possunt 12. ff. de legib.* Jam autem eadem ratio videtur esse ejus, quod *in l. nec enim 2. ff. de itin. actuq; priv.* scriptum est; non mutari posse id quod rectè actum est, superveniente delicto quodam. Ergo etiamsi superveniat cognitio rei alienæ, tamen nihilominus usucapio efficax est.

III. Confirmat hanc sententiam *l. sequitur 4. § si antequam 18. verbi*, quòd si, cùm jam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut & in emtis rebus placuit, *ff. de usucap. facti l. just. errore 44. §. 1. 2. & 4.* ubi ex initio usucapio æstimat, *ff. d. t. l. un. C. de usucap. transform. l. bonæfidei. §. 1. ff. de adquir. rer. dom. l. pen. ff. pro emt.* à quibus legibus temerè recedendum non est. Ex initio igitur æstimari debet bona fides usucapientis, *argum. l. 1. Digest. de orig. jur. l. denique 3. §. scio 2. Digest. de minor.*

IV. Quæ sunt juris, i. e. civilia, non tollunrur per ea quæ sunt facti, id est, naturalia, *§. ult. Instit. de legit.*

de legit. agnat. tut. l. eas obligationes 8. ff. capit-dim. At usucapio est juris, acquisitio videlicet dominii, *l. usucapio 3. ff. d. t.* Ergo non tollitur per bonam sive malam fidem, quæ facti est, *l. bonæ-fidei. ff. de adquiren. rer. dom. Giph. ad d. §. diutina 7. Instit. d. t.* Et hanc sententiam sequitur *Giph. in lectur. Altorphin. ad l. 46. ff. de adquir. rer. dom. Arum. exercit. 5. thes. 7. Valent. Forster. lib. 2. disp. 9. th. 6. Dom. Doctor meus Helfric, Ulric. Hunn. disp. 6. th. 18. Instit.*

Videndum nunc est, quomodo argumentis suprà propositis responderi queat.

Primò igitur, quòd objicitur bonam fidem continuari debere ex *d. l. bonæ fidei.* huic respondetur, in perceptione fructuum id omnino verum esse; diversa autem ratio est in usucapione; quæ continuum jus est, & continuum factum requirit, nempe possessionem, *l. 3. ff. de usucap.* At in fructuum perceptione tot sunt facta, quot perceptiones; facilè igitur patet, diversam esse rationem. Patum etiam movet, si urgeas ex *d. l. bonæfidei 109. ff. de verb. sig.* ibi enim dicitur: Bonæfidei emtor esse videtur, qui ignoravit rem alienam esse &c. ubi Modestin in præterito loquitur, qui primò ignoravit; non dicit, qui adhuc ignorat, vel jam rem alienam esse scit. Ideoque initium bonæfidei in usucapione si intervenit, non dubium est, usucapionem validam esse, *CL. D. Gœd. Præceptor meus in d. l. bonæfidei. n. 9.*

Secundò nihil facit ad rhombum *d. l si ab eo 12. ff. de usucap.* ibi enim initium non consistit, si quis usucaperet rem emtam ab eo, quem Prætor vetuit alienare. Et hîc locũ habet, Quod ab initio non consistit, tractu temporis non convalescit, *l. quæ ab initio 210. ff. de reg. jur.*

Tertiò, sententia Donelli prædicto argumento non subsistit. Nam quod in propositione dicitur, furtivarum rerum non esse usucapionem, *d. §. furtivæ.* id accipiendum est, si res sint verè vitio furti affectæ, si quis ab initio malam fidem habeat, nullamque causam possidendi; Secus verò est, quando initium possidendi justum fuerit, & quòd certo & præfinito tempore possessio adimpleta fuerit; sibi enim tunc imputare debet, qui patitur rem usucapi. Bâ enim ratione ipse rem alienare videtur, *l. alienationis 28. ff. de verb. sign.* Cùm igitur usucapio jure civili introducta sit, *d. l. sequitur 4. §. 18. cum similib. ff. de usucap.* & permittente lege fiat; non videtur injustè facta, *l. Gracchus. Cod. de adult. l. jubemus 14. §. sanè 1. in fine. Cod. de sacrosanct. Eccles.* quemadmodum è diverso, ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest, *l. ubi 24. ff. de usucap.*

Denique, quòd dicitur, usucapionem non procedere absque enormi læsione conscientiæ nostræ; illud probari nõ potest. Nam cùm usucapio bono publico introducta sit, ne dominia rerum

in in-

in incerto essent; non solùm jure civili, sed etiam canonico usucapio probata est. Itaque sine læsione conscientiæ quisque jure pro se introducto uti potest. Nam aliàs sequetur, illum peccare, qui sacris canonibus innititur; quod tamen hoc loco non fit. Aliâs enim, Papicolarum unanimi suffragio, hoc penitus à veritate alienum est, *capit. qui peccat 23. quæst. 4.* cùm canones magnopere laborarint in hac materiâ, ne peccatum aliquod introduceretur, *capit. ultimo de præscript.*

THEOREMA VIII.

An donatio omnium bonorum valida sit?

MAxima controversia est tam inter veteres, quàm recentiores Jurisconsultos, si quis omnia sua bona, tam præsentia quàm futura, donatione largitus fuerit; an hæc donatio in jure subsistat, effectumque sortiatur? Et videtur omninò dicendum, invalidam hanc esse donationem, sequentibus de causis.

I. Quia adimat liberam testamenti factionem, *l. stipulat. hoc modo concepta 61. ubi DD. ff. de V. O.* & restringat liberam voluntatem, quæ ambulatoria esse debet usque ad supremum vitæ spiritum, *l. Divi l. §. licet. ff. de jure codic. l. 4. §. fin. ff. de adim. legat.* Igitur si quis omnia sua donaverit, non tantum sibi reservat, unde testaretur; *auth.*

ingressi C. de sacrosanct. Eccles. l. obsides 11. ubi Accurs. ff. qui test. fac. poss.

II. Pacto non potest dari hereditas, *l. ex eo 4. C. de inut. stip. l. fin. C. de pact.* At donatione omnium bonorum, tanquã pacto, omne id quod est in successione universi juris defuncti, h. e. ipsa hereditas, datur. Ergo valere non debet hæc donatio. Est enim pactum & dispositio contra bonos mores, *l. cùm donationis 34. C. de transact. l. fin. C. de pact. l. licet 19. ubi Jas. n. 15. C. d. t. de pact.*

III. Testamenti factio publici juris est, *l. 3. ff. qui test. fac. pos. l. testandi. Cod. de testam.* Ergo privatorum pactis, quale est donatio, *l. si quis argentum 35. §. fin. C. de donat. l. 1. §. conventionis 3. π. de pact.* nec niti, *l. fin. ff. de suis & legitim.* neque tolli potest, *l. jus publicum 38. D. de pact. Coras. lib. 6. miscell. cap. 16.*

IV. Si omnium rerum alienatio est invalida, consequens est, etiam omnium bonorum donationem invalidam esse. Connexi ratio est, quia & donatio alienatio sit; si dominium in donatarium sit translatum, *l. alienatum 67. ff. de verb. sign. l. cujus 163. π. de reg. jur.* Sed prius verum esse, evincitur ex *l. si l. bertus 16. §. si quis plures 1. in fine verbor.* magisque est ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit, *ff. de jure pat.* Ergo & donatio omnium bonorum nullius momenti erit.

V. Accedit, q. hæc donatio omnium bonorũ

fiat

fiat in fraudem creditorum. Etiamsi enim donatorem non fraudandi animo donasse probetur; tamen consilium fraudandi vix abesse conjicitur *ex l. omnes. §. Lucius. D. quæ in fraud. credit.* Atque ita cùm æri alieno non satisfieret, donatori hæc libido indulgenda minimè est, ut omnia sua bona in alium transferat. Inclinant in hanc sententiam Dd. communiter, *Covarru. in rubr. de test. 4. p. n. 8. Hotoman. in tr. de don. circa fin. Bronchorst. cent. 1. ass. 54. Wes. in parat. D. de don. nu's.*

Verùm his non obstantibus, contraria sententia verior est; Omnium bonorum donationem de jure validam esse; quod hoc modo demonstrari potest:

I. Unusquisque rei suæ moderator & arbiter est; itaque de eâ pro animi sui sententiâ & voluntate constituere poterit, prout ei visum est: aliâs enim qui dominus rei suæ est, efficeretur non dominus, *l. in re mandata 21. C. mandati.*

II. Quemadmodum dominia rerum ab invitis dominis discedere nequeunt, *l. si ego 9. §. si res 1. circa finem. π. de jure dot.* ita nihil magis naturali æquitati convenit, quàm voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi, *l. qua ratione 9. §. hæ quoq; res. D. de adquir. rer. dom. §. per traditionem. Instit. eod.*

III. Propter dissertos & luce meridianâ cla-

riores textus in *l. si unquam 8.* ibi, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus: *& l. si quis argentum 35. § sed etsi quis 4. ibi:* universitatis faciat donationem &c. *C. de donat. l. si totas 5. C. de inoff. test.* quã sententiam sequuntur *Vaud. 1. quæst. 37. Coras. lib. 6. miscell. c. 16. Dominic. Arum. exercit. Justin. 6. th. 15. Valent. Forster. lib. 2. disp. 10. Instit. th. 13.*

Removenda igitur argumenta superiùs adducta.

Primò, non tantopere negotium facessit, quod dicitur, hanc donationem omnium bonorum, constringere liberam testandi *facultatem*; quod verum non est. Tunc enim *libera voluntas* testandi admitur, non, si qua inter vivos gesta sunt: quæ ad jus testamentorum non pertinent, *l. verba 20. ff. de V. S.* Sed si pacto ad certam hereditatis partem se astrinxerit testator; testamentó ve suo legem dixit, *l. pactum quod dotali 15. & l. ult. C. de pact.* Aliter respondet *Gail. 2. observ. 11. nu. 10. Coras. lib. 6. cap. 17. nu. 2.*

Secundò, quod dicitur pacto hereditatem non dari; id omnino verum est, ubi pactum vice testamenti fungitur, quod interpositum est, *d. l. hereditas. C. de pact. convent.* non etiam de pacto donationis, quod testamenti vice non fungitur, *Bart. in l. fin. C. de pact.*

Tertiò, nec obstat, testamenti factionem esse juris publici; ideo privatorum pactis tolli eam non

non posse. Ad id enim solutio ex prima dependet, quòd donatio omnium bonorum non impediat jus testandi. Deinde quod dicitur, testamenti factionem publicam utilitatem respicere; id non fit principaliter, sed per consequentiam & secundariò; unde legitimâ conventione, jure meritoq; tolli potest, *l. jurisgent. 7. § si paciscar. ff. de pact.*

Quartò, non refragatur etiam *d. l. si libertus 16. § si quis 1. D. de jure patronat.* Ibi enim ideo bonorum alienatio nullius momenti esse dicitur, quia facta sit in fraudem legis, ut patet.

Ultimò, non repugnat, si dicatur, hanc donationem fieri in fraudem creditorum, *d. l. omnes. § 1. D. quæ in fraud. credit.* Poterit enim donator omnium bonorum priùs satisfacere creditoribus, & residua bona omnia donatione alii largiri; vel etiam contingere potest, donatorem nullos vel tenues creditores habere; ut colligi potest ex verbis: qui creditores habere se scit. Nam si sciat, se non habere, hoc non fieri potest in fraudem. Imò etiam, quamvis inconsultò donator, non habitâ ratione creditorum, omnia bona donarit; creditoribus tamen actione Pauliana satis provisum est, quâ suum consequuntur, *§. item si quis 6. Instit. de action.* Donatio igitur bonorum in jure invalida non est.

THEOREMA IX.

An maritus sit dominus dotis?

QUanta sit dissonantia juris interpretum de præsenti quæstione, satis superq; ex authoribus hinc inde liquet. Tantopere enim inter se digladiantur, ut adhuc sub judice lis sit: Qui dominium dotis penes uxorem esse asserunt, his utuntur rationibus:

I. *Leges uxori disertè dotis dominium attribuunt; ut satis evidenter perspicitur ex l. in rebus 30. C. de jure dot.* in verbis, cùm eædem res & ab initio uxoris fuerint, & naturaliter in ejus permanserint dominio, *l. quamvis 75. in verbis*, mulieris tamen est, *ff. eod. l. deniq; 3. §. ergo 5.* in fine verborum; quoniam dos ipsius filiæ proprium patrimonium, *l. pater 71.* in verbis, non enim sicut mulieris dos est, *D. de minoribus. l. filium 4.* in verbis, sicut in matrisfamiliâs bonis esse intelligitur, *D. de collat. bon.* Ex quibus legibus necessariò efficitur, uxorem dominam dotis esse; à verbis enim legum recedendum non est. Ac proinde, quia duo unius ejusdemq; rei in solidum domini esse non possunt, *l. si ut certo 5. §. si duobus 15. D. commod. l. de hereditate 19. §. 3. pater 7. de castr. pecul.* & quia ex *dd. ll.* apparet, penes uxorem dominium dotis residere. Er-

re. Ergo maritus eandem in solidum tenere non poterit.

II. Illud argumento esse potest, dominium prædii dotalis penes uxorem esse; quòd ei actiones competant adversus maritum, si qua in re dos deterior facta fuerit, *l. ubi 29. C. de jure dot. l. si constante 24. §. si maritus. l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. solut. matrim.* Debet igitur eidem præstare dolum & culpam, *l. in rebus 17. ff. de jure dot. l. etiam 18. §. liceat. l. pen. pr. D. solut. matrim.* Est igitur dos in uxoris dominio.

III. Domino dominii jure fructus & omnia commoda rei adquiruntur. At si quid est in dote fructuum, id ad maritum non pertinet, *l. un. §. cumq; 9. in fine. C. de rei ux. act.* Sic thesaurus in fundo dotali inventus à marito, non ei totus cedit, sed pro parte tantùm, quasi in alieno inventus, *l. fructus 7. § si fundum 12. ff. solut. matrim.*

Sunt tamen non vilia & flocci pendenda eorum argumenta, qui dominium dotis marito potiùs assignandum censent quàm uxori, Ea sunt:

I. Quia leges perspicuè dotalis prædii dominium marito quæsitum esse, tradunt, *l. dotale prædium 13. §. dotale 2.* ibi, cùm dominium marito quæsitum est, *ff. de fund. dot. l. si ego 9. §. 1.* in fine. ibi, dominium ad maritum ipso jure transferri, *ff. de jure dot. l. Lucius 21. §. idem* respondit, constante matrimonio dotem in bonis

mariti esse, *ff. ad municip. l. dotis 7. §. si res 3.* ibi; fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur, *ff. de jur. dot.* Ex quibus omnibus nemo diffiteri potest evidenter probari, dominium dotis marito competere, adeò, ut ipsi invito eripi nullo modo possit.

II. Competit marito dotis vindicatio, *l. de his 11. C. de jure dot.* non autem uxori, *l. dote ancillam 9. C. de rei vindic.* Rei autem vindicatio non datur, nisi domino, *l. in rem 23. D. de rei vindic.* Maritus igitur dominus est dotis.

III. Propter æquitatis rationem; Eum enim sequuntur rei commoda, quem & incommoda, *l. secundum 10. D. de reg. jur.* Jam autem maritus matrimonii onera sustinere cogitur; atq; adeò omnia incommoda, *l. pro oneribus 20. C. de jure dot. l. si pater 76. in fine. ff. eod.* Naturali igitur ratione etiam dotis dominus efficitur.

His tamen nihil obstantibus, aliisq; distinctionibus (quarum tot sunt, quot capita) nõ attentis, totam controversiam, rationesq; pugnantes conciliari posse puto hac distinctione adhibitâ; inter dominium absolutum quiescens, quale est dominium illius, qui dominium materiæ habet, ex qua in alieno solo ædificium extructum est; ubi materiæ dominus dominiũ velut dormiens habet. *§. in suo 30. Instit. de R. D.* & dominiũ, quod in exercitio vel usu positum est. Prius dominium quiescens competit uxori, constante matrimonio. So-

nio. Soluto enim matrimonio, tunc incipit dominiũ in exercitio & usu positum, *d.l. in reb. 30. C. de jure dot.* vel si maritus ad paupertatẽ redactus sit, *l. si constante 24. pr. ff. sol. matr.* Posterius verò dominium in usu & exercitio positum est mariti; cui propterea rei vindicatio datur, recuperandæ dotis; cui etiam tot onera matrimonii subeunda sunt; ut jam dictum.

Ad primum itaq; respondetur; quod dicebatur, dominium duorum esse non posse in solidum; verum esse, ubi unus idemq; subsit respectus; quod tamen in proposito non fit. Nam dominium penes uxorem est quiescens, penes maritum verò in exercitio & usu positum.

Secundum resolvitur, juxta prædictam distinctionem. Nam uxori dantur actiones adversus maritum, si re dotali malè usus sit; aut ad paupertatem redactus. Nam tunc dominium uxoris in usu & exercitio esse incipit.

Denique *d.l. un. §. in fine* nihil huic distinctioni repugnat. Loquitur enim eo in casu, quando matrimonium dissolvitur; ut patet ex *pr. versic.* sed & novissimi anni, in quo matrimonium solvitur &c. Neque etiam quidquam facit, quod de thesauro adfertur ex *d.l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. solut. matr.* qui à marito inventus est, cui non totus cedit, sed pro parte, pro parte uxori. Ibi enim thesaurus inventus est in fundo dotali, qui à marito deterior factus est; quo casu an-

tea dictum, uxorem actionem intendere posse, maritumq; exercitium usumq; dominii amittere. Non igitur mirum est, thesaurum in fundo dotali inventum dividi.

THEOREMA X.

An pignus alienari possit ante biennium; si de eo alienando creditor cum debitore pactus non fuerit?

QUemadmodum interdum fieri potest, ut is qui dominus rei sit, eam alienare non possit; ut docet *Imper. in pr. Instit. quib. alien. lic. vel non.* sic eodem modo fieri potest, ut is qui dominus non est rei, interdum eam alienare possit; quale exemplum proponitur §. *r. d. tit.* de pignore. Certo enim tempore si debitum non sit exsolutum, pignus alienari potest. De alienatione igitur si quæratur, tunc notum est, eam duplici modo fieri; *Uno*, si creditor cum debitore convenit de certo tempore vel die pignus alienandi; ut si intra præfixum terminum debitor non solvat, ei pignus alienare concedatur. Et hoc in casu debitor ipse pignus alienare videtur; quia ejus consensu & voluntate fit, *l. qui mandat 56. ff. de solut. & liberat. l. si convenerit 4. cum seq. D. de pignor. act.* *Altero modo* fit alienatio pignoris; quando inter creditorem & debitorem nihil

conven-

conventum est de alienatione pignoris: Quo casu quæsitum est, an intra biennium à creditore alienati possit? Et posse, videtur probari per subsequentes rationes:

I. Propter *d. l. si convenit. 4. ff. de pigner. act.* ubi Ulpian. distinguit, an convenerit de alienatione inter creditorem & debitorem, quo casu admittitur alienatio; sed etsi non convenit, tunc nihilominus alienatio permittitur. Poterit ergo creditor ante biennium, si nihil de alienatione pignoris conventum est, pignus alienare.

II. Quia iniquum sit, revocari venditionem, si creditor pignus distraxerit, cessante solutione; ut habetur in *l. si cessante 7. C. de distract. pignor.*

III. Sic eo casu, quando placuit creditori & debitori, ne pignus distraheretur, pignus vendi potest, si ter denuntiatum fuerit debitori, *d. l. si convenit.* Ter enim debitori denuntiandum per intervallum decem dierum; & post triginta dies creditori pignus vendere conceditur; quod etiam in tribus edictis peremtoriis observatur, & *legib. 12. tabb.* congruit; quibus æris confessis, ac de debito judicatis, triginta dies dati fuerunt; inter quos pecuniam conquirerent, eamq; dissolverent; teste *Agellio lib. 20. cap. 1.* ne rem otiosam creditor relinquere cogeretur, & sic nullo modo ad jus suum perveniret, *Don. tr. de pignore cap. 12. Si igitur nullum pactum intervenit, cur*

minus id liceret, ut ante biennium creditor pignus alienaret; cùm contra expressum pactum creditor pignus alienare possit? *arg. l. non debet 21. ff. de reg. jur.*

IV. Accedit, quòd satis durum sit, absque causa creditorem tam longo tempore moram ferre, nec jus suum consequi; præsertim tunc, cùm debitor non sit solvendo; quod etiam consuetudine publicâ observari in Italiâ, tradit *Don. d. loco. Arum. exerc. 12. th. ult.*

Cæterùm *his non obstantibus, in* contrariam sententiam potiùs descendendum esse arbitror; nam vetere jure hæc militare non abnego. Jam verò, jure novo illud emendatum est. Nam constitutione Justiniani *in l. fin. §. 1. C. de jure domin. impetr.* cujus verba, operæ pretium est, ut hîc transponantur, aliud receptum est: Sancimus itaque, inquit, si quis rem creditori suo pigneraverit, & si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem & debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio interceſſit, licentia dabitur fœneratori ex denuntiatione, vel ex sententia judicati, post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum eam vendere. Ex quibus constat, non alienari posse pignus ante biennium, *Valent. Forster. lib. 2. disput. 11. thes. 6. Wesenb. in*

senb. in parat. D. de pignerat. act. nu. 4. Neguz. p. 6. m. 1. n. 4.

Quamobrem nihil repugnat *d. l. 4. D. de pignerat. act.* si ea exaudiatur, ut exaudiri debet, de jure veteri; cui derogatur *per d. l. un. §. 1. C. de vet. jur. dom. impet.*

Secundò, nihil stringit *d. l. cessante 7. C. de distract. pign.* ubi dicitur, iniquum esse, venditionem pignoris, à creditore factam, revocari. Respondendum est, iniquè revocari venditionem, quæ non reluctante contractus lege facta est; videlicet post biennium, quæ lex est hujus contractus, *d. l. un. §. 1.* Secus est, si fraudulenter venditor pignus alienavit; tunc enim adhuc conveniri potest.

Ad tertium petenda solutio ex primâ responsione. Denique non repugnat, si prætendatur hoc iniquè receptum esse, videlicet quando debitor non sit solvendo. Quod si enim solvendo sit, vel interea temporis tantum lucretur, ut elapso biennio satisfaciat; iniquum igitur non est, tamdiu moram ferre creditorem, donec tempus biennii præterlabatur.

DECAS V.

Cujus hæc sunt theoremata.

I. *An septem testes sint de substantia testamenti?*

II. *An privilegium testamenti militaris extendendum sit ad milites limitaneos & stationarios?*

III. *An posthumus rectè adhuc exheredetur?*

IV. *An heres ex re certa institui possit?*

V. *An substitutio obliqua fideicommissi universalis detur?*

VI. *An substituto præferendus sit pater, si filius hereditatem repudiarit?*

VII. *An substitutio pupillaris, verbis directis vel civilibus puberi facta, valida sit jure fideicommissi?*

VIII. *An spurio herede instituto, fratri cõpetat querela inofficiosi testamenti?*

IX. *Heredis vocabulum unde deducatur?*

X. *An heres non conficiens inventarium, perdat quartam Trebellianicam?*

THEO-

THEOREMA I.

An septem testes sint de substantiâ testamenti?

QUæ solennia in condendo testamento requirantur, passim ad tit. de testamentis, ab interpretibus latè explicantur; quæ, si testamentum perfectum esse debet, omnino intercedere debent, § *ult. Instit. de testam. ordin.* Aliâs enim inefficax est. Inter prædicta autem solennia cumprimis refertur numerus septem testium, qui in perfecto testamento adhibendus est, § *sed cum paulatim 3. Instit. d. t. l. hac consultissima 21. C. de testam.* de hoc tamen non omnium eadem est sententia, an numerus septem testium, etiam sit de substantia testamenti; & eo cessante, testamentum subsistere non possit? Quod quibusdam negandum esse videtur, hisce de causis;

I. Quia voluntas hominis, secundùm naturale jus, substantiam testamenti constituat; Testes verò, ad formam & solennitatem pertinent probandi; ne testamentum infirmum aut inofficiosum pronuntiari possit, quòd non ritè factum sit; & ut insidiæ tollantur, quæ aliâs miris & variis modis incidere possunt, *d. l. hac consultissima 21. §. ult. C. de testam. l. fin. C. de fideicom.*

II. Maximè inter se differunt, substantia & forma: Substantia enim uniuscujusq; rei sim-

plex essentia est, velut fundamentum per se subsistens. Forma verò est, quæ causam dat per quam res est. Itaq; cùm numerus testium ad formam duntaxat referatur, ut testamenti solennitas comprobetur; de testamenti substantia non est, *Bart. in l. 1. π. de condict. indeb.*

III. Propter elegantem textum in *l. habeat 1.* in verbis; nihil est, quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, *C. de sacrosanct. Eccles. l. verbis 120. ff. de V. S. cum similibus.* Jam autem voluntas suprema testamento rata est, *cap. relatum. X. de testam. & cap. cum esses. X. de testam.* Itaque voluntas testatoris potiùs perficit testamentum, quàm numerus testium.

IV. Quia numerus septem testium non sit novo jure necessarius, cùm in testamento tantum quinq; sufficiant, ut sanxit Leo Imp. *in Nov. 41. & 43. Mynsi. Oldendorp. in pr. 4. class. act. Alc. in d. l. 1. C. de sacrosanct. Eccles.*

Verissima tamen est contraria sententia, quam plerique Dd. sequuntur; Numerum septem testium omnino de substantia testamenti esse; idque propter subsequentes rationes;

I. Nemo potest facere, ne leges in suo testamento locum habeãt, *l. nemo 55. D. de leg. 1.* Cùm igitur in legibus disertè numerus septem testium requi-

requiratur, *d.l. hac consultissima* 21. *C. de testam.* §. *sed cum paulatim* 3. in verbis; quod jus civile quodam modo exigebat. *Instit. de testam.* Aliàs testamentum imperfectum est, §. *ult. Instit. eod.* Ergo hoc jus testator omnino observare debet, & per consequentię rationem, cùm numerus septem testium præcisè requiratur, omnino de substantia testamenti erit.

II. Contrariorum eadem est scientia, *princ. Inst. de his qui sui vel alieni juris sunt. l. nihil magis. ff. de R. J.* Jam autem nudâ voluntate testamentum tolli nequit, §. *pen. Instit. quib. mod. test. infirm.* Ergo nec constitui potest; & proinde voluntas, juxta autores contrariæ sententiæ, de testamenti substantia esse non potest.

III. Solennitas testamenti versatur in numero testium, *Don. lib. 7. com. cap. 19.* Quod si igitur aliquid iis deest, tunc testamentum injustum pronuntiatur, *l. 1. ff. de injust. rupt. irrit. l. si unus. C. de testam.* Necessariò igitur sequitur, illum esse de substantia testamenti. Nam non solùm ad probationem facit numerus septem testium, sed ad ipsam etiam essentiam; adeò ut licet plenè probari possit duobus aut sex, tamen testamentum subsistere nequeat, *Don. lib. 6. com. 10. Cl. Scipio Gentilis ad* §. *ex imperfecto. d. l. 8. C. de testam. Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 5. lit. A.*

Contraria suprà allata sic removeri possunt.

Primò, quod adfertur, voluntatem potiùs substantiam testamenti constituere, non probatur adductis legibus. Nam in *d. l. hac consultissima 21. §. fin.* voluntas testatoris, non quasi testamentum habetur, qui primum jure perfectum testamentum infirmari voluit, per quamvis ultimam voluntatem ab intestato; si in priore testamento scripti sint, qui ad hereditatem ab intestato pervenire non possunt. Non igitur voluntas testatoris, jure testamenti valet, sed pro ultima voluntate. Sic etiam *d. l. fin. C. de fideicom.* loquitur de fideicommisso, ubi quinque testes sufficiunt, §. *& quia, fin. Instit. de fideicom. hered.*

Secundò, nihil facit ad infringendam hanc sententiam, distinctio inter substantiam & formam; &, quòd hæc potiùs testamentum perficiat. Nam respondendum est, formam hîc non aliam accipi, quàm quę constituat rei essentiam; ac proinde hîc substantiam, quę ex forma oritur, accipi pro ipsâ formâ; quæ quasi ejusdem significationis est. Res enim potiùs, quàm verba spectantur, *argum. l. scire. ff. de ll.*

Tertiò: Omnino concedi potest, voluntatem testatoris liberam esse debere; non tamen solam efficacem esse, ut testamentum constituat; nisi necessariò numerus septem testium accesserit. Quod autem ex jure canonum adfertur *c. relatum. extra. de testam.* dicendum est, licet ibi de imperfecto testamento non scripto sermo sit, tamen ad

men ad similes textus juris Canonici in proposito responderi potest, jus illud apud Papicolas vigere debere; ut duobus testibus, & præsente parocho, testamentum validum sit, *cap. cum esses. extr. de testam. Schneid. in §. sed cum paulatim 3. Instit. de testam. ordin. nu. 19.* Nam, cùm jus civile cum canonico pugnat, tunc jus civile potiùs sequi debemus in iis, quæ sunt fori secularis, *c. 1. x. de nov. oper. nunc. cap. fin. x. de præscript.* Verisimile enim est; Pontificem requisito parocho, commodis sacrificulorum prospexisse, ut spem præcidaneæ alicujus consequendæ concipiant.

Quartò itaque, nec constitutio, *Novella Leonis 41. & 43.* contrarium suadent: Eæ enim, si juri civili manifestò repugnant, recipi non debent, *Vigl. ad §. sed cum paulatim 3. Instit. d. tit.*

THEOREMA II.

An privilegium testamenti militaris, extendendum sit ad milites limitaneos & stationarios?

MAgnis & gravibus periculorum casibus milites vitam exponunt; patriam enim, parentes, præliis & vulneribus salvant, *l. advocati 14. C. de advoc. diversi. judicior.* & pro republica vitam perdunt, *l. bello 18. D. de excusat. tut.* & idcirco nec sine egregiis virtutum suarum facino-

ribus mortui æstimandi; sed in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur, *pr. Instit. de excusat. tut. vel curat.* Ob tanta vitæ discrimina, in quibus constituti sunt, jure iisdem quædam privilegia indulta & concessa sunt; quibus tam in actibus inter vivos, quàm in ultimis mentis voluntatibus gauderent, *l. testamento 26. D. de testam. milit.* Ideoq; cùm inter arma leges sileant, & milites in militia constituti jus ignorent, *l. scimus ult. C. de jure delib.* hinc illis plurima in testamenti factione remissa sunt; nec præcisè milites, ut pagani, ad solennia tenentur. *Hinc totus tit. D. & C. & Instit. de militari testamento.* Sed hîc quæstio exoritur, an hoc privilegium militaris testamenti omnibus indistinctè militibus competat, etiam hodiernis militibus, item stationariis, so in Stätten vnd Schlössern auf die wacht geführet vnd gestellet werden; limitaneis, die in Grentzhäusern vnd anstössen ligen? indulgendum sit? Sunt qui affirmant, ob sequentes rationes.

I. Quod olim militibus permissum est, illud adhuc durare debet, *l. item eorum 6. §. quid si actor 2. D. quod cujuscunq; universit. nom.* Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? *l. sancimus. C. de testam. l. præcipimus 32. in fine. C. de appell.* At militibus pro voluntate olim permissum erat testari; ob hanc rationem, quòd juris ignari sint, qui arma potiùs quàm leges scire debent,

bent, *l. scim⁹ ult. §. 1. C. de jure delib.* quæ ignorantia illis nullo modo nocet, *l. 1. C. de jur. & fact. ignor.* sed eorum simplicitati subveniendum est, *l. 1. ff. de test. milit. l. quanquam 3. C. eod. princ. Instit. ejusdem tit.* Quæ ratio etiam in militibus stationariis & limitaneis locum habet, quorum summa est simplicitas. Ergo iisdem privilegiis militaribus gaudere debent.

II. Illis militib. privilegium testamenti militaris datur, qui in numerū militum recepti sunt, *l. ex eo 42. ff. eod.* & tamdiu manēt, quamdiu sunt in numeris, *l. jure militari 4. ff. d. tit. de milit. test.* At stationarii & limitanei milites in numerum militum relati sunt. Ergo iis etiam beneficium militaris testamenti concedi debet.

III. Huc facit quòd ꝓpter subita pericula limitanei & stationarii in expeditione occupati censeantur, *l. nominis 6. §. verbū 1. ff. de V. S. Val. Forst. disp. 12. th. 11. Gothofr. ad l. pen. C. de test. mil.*

IV. Accedit, quòd paganus apud hostes, si sit in procinctu aciei, vel cingulo militari (non autem dignitatis, ut voluit Conan. *ad l. ult. C. d. t.*) ornatus, jure militari testamentum facere possit, ut perspicuè ostendit *l. rescripta 44. ff. de testam. milit.* Æquum igitur est, multò magis hoc militibus limitaneis & stationariis permitti. Sequuntur hanc sententiam *Vigl. ad princ. Instit. de milit. test. Cujac. cons. 49. Vaud. 1. q. 55. Giph. in thesibus de testam. milit. Altorphii propositis, th. 23. Goth. d.*

loco. D. Gœdd. de contrah. ſtip. cap. 7. n. 302. Barter. decad. 7. quæſt. 5. Reuſner. p. 16. c. 4. nu. 16. Aruma. diſp. 7. th. 8. Val. Forſt. d. loco.

Sed his relictis, verior videtur contraria ſententia; limitaneis & ſtationariis militibus non eſſe tribuendum prædictum militare privilegium; & hujus ſententiæ ratio eſt;

Ceſſante ratione, ceſſat etiam legis diſpoſitio, *l. adigere 6. §. quamvis 2. ff. de jure patron.* At in his limitaneis & ſtationariis militibus, ceſſat ratio; *Primum* in eo, quòd non pro tuenda repub. pro patriis aris & focis pugnent, ſed in valle & clauſtris deliteſcant; per horulam excubias agant, vel integrum ſæpe diem compotationibus luxuriosè conſumant. *Secundò*, ceſſat etiam ratio in his militibus, quę habetur in *d. l. ne quidem 17. C. de milit. teſtam.* cum qua conveniunt *d. l. ult. C. d. t. & l. ult. C. quib. mod. non objic. long. temp. præſcript.* quæ tres leges divulſæ quidem, ſed tamen unius reſcripti membra ſunt; ubi dicitur in *d. l. 17.* non aliter, niſi in expeditionibus occupatis, circa ultimas voluntates militibus privilegium teſtamenti militaris indulgendum; in expeditione autem occupati, ſi quid in vagina aut clypeo literis, ſanguine rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere ſcripſerint, hæc voluntas valida haberi debet, *l. milites 15. C. d. t. de milit. teſt.* Stationarios & limitaneos milites verò, in expeditione occupatos non eſſe, perſpicitur ex eo,

quòd

quòd expeditio propriè profectio sit cum expeditis militibus, ut *Sallust. de Jugurthino bello*, inquit: Marius interea exercitu in hybernaculis composito, cum expeditis cohortibus & partibus equitatus proficiscitur in loca sola &c. Sic *Don. lib. 6. com. cap. ult. circa finem propè*: Expeditionem intelligit, cum milites ita comparati sunt, ut sint expediti ad præliandum, quod fit, inquit, cùm proficiscuntur adversus hostem &c. Sic *in princ. Instit. de milit. test.* Justin. milites rectè testari ait, si videlicet in expeditionibus occupati sint; quo sensu etiam accipi debet §. *sed hactenus 3. Instit. eod.* Cùm igitur genuina verbi expeditionis significatio, stationariis & limitaneis militibus non competat; nec etiam ex mente Imper. illis attribui possit; Consequens igitur est, illos in expeditione occupatos non esse & proinde nec privilegium testamenti militaris illis indulgendũ; nisi ex templo prælium cum hoste commissuri sint. Sequuntur hanc sententiam *Aretin. in pr. Instit. de milit. test. Bal. in l. pen. ff. de test. milit. Ripa in l. centurio 27. ff. d. t. Gail. 2. observ. 118. nu. 6. & Donel. d. lib. 6. comm. 28. in fine. Doctor meus Scipio Gentilis ad d. l. 17. C. de testam. milit.*

Respondendum itaque argumentis suprà in medium prolatis.

Primò enim quod objicitur, Quod nõ mutatum est, stare non prohibetur. Militibus autem

privilegium testamenti militaris concessum est, ob imperitiam eorum; quæ ratio cùm non sit sublata, igitur adhuc in quovis milite spectanda est. Resp. Verum est, causa est militum imperitia, si videl. in expeditione occupati sunt. Tunc enim jura ignorare præsumuntur, & arma potius tractare. Si enim in expeditione occupati non sunt, tunc faciliùs adhibitis amicis jure communi testari possunt. Ideoq; cùm in antiquis legibus nihil certi de hoc testamento constaret, Imp. constitutione sua in *l. pen. C. de testam. milit.* hoc privilegium iis militib. concessit, qui in expeditione versantur; quales non sunt stationarii & limitanei, ut suprà ostensum, *D. Scipio Gentilis d. loco. Vigl. in §. 2. Instit. d. tit.* Argumenta reliqua, ex legibus juris veteris comprobata adhuc locum non habent. Derogatur enim iis per *d. l. pen.* ubi jus vetus penitus abolitum est. *Doctor meus piè defunctus, Scipio Gentilis in d. l.*

THEOREMA III.

An posthumus rectè adhuc exheredetur?

NAturâ æquum est, eum pœnam pati nõ debere, qui nihil deliquit. Nam satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare, *l. absentem 5. D. de pœn.* quia omnium interest, innocentem defendi, *l. servis 7. ff. de serv. export.* & nemo cum alterius odio

prægra-

prægravari debet, *cap. non debet. X. de reg. jur. in 6.* nec etiam sine culpa puniendus, *cap. sine culpa. de reg. jur. in 6.* Itaque pœnæ suos debent tenere autores, *l. sancimus C. de pœn.* Sic etiam exheredationis pœna non nisi ob certas & graves causas parentibus in filios concedi solet, *Nov. 115.* Est enim omnibus modis odiosissima, ideoque benignitate coërcenda est, *l. cum quidam. D. de lib. & posthum.* Nam in ea pater proprium suum sanguinem bonis suis privat, aliosq; remotiores eidem præfert, cùm nullus sit affectus, qui paternum vincat, *l. fin. C. de curat. furios.* & unusquisque proprias successiones alienis præponat, *l. cum acutissimi. C. de fideicommiss.* Hinc quæri potest, an posthumus rectè adhuc exheredari possit? Quod affirmandum videtur sequentes ob causas.

I. Idipsum perspicitur ex *rubr. & t. tit. D. de liberis & posthumis heredibus instituendis vel exheredandis. l. posthumus. C. de inoffic. test. l. posthum. 3. π. d. tit. de injust. rupt. §. posthum. 1. Instit. de exher. lib.* Idem jure novo dicendum videtur. Nam in Novellis nulla mentio facta est posthumorum non exheredandorum; nihil ergo abolitum & juri veteri detractum est, *l. sancimus 27. C. de testam. argum. l. præcipimus 32. §. quicquid, fin. C. de appellat.*

II. Quia etiam sine causa exheredabantur liberi, *pr. Instit. de inoffic. testam.* ideoque jure eti-

am posthumus exheredatur; quamvis in eum nulla exheredationis causa cadat.

III. Evincitur idipsum ex sensu *d. Nov. 115. cap. 3. in fine. §. si autem hæc observata &c.* ubi Imper. docet; si causæ exheredationis, & prædicta omnia in testamento non observata fuerint; tunc testamentum evacuari & enervari. Ex quibus colligitur, illud idipsum antea validum fuisse, priusquam evacuaretur. Nam evacuare accipiendum est de eo quod antea validum erat; quod enim per se nullum est, *id* rescissione non opus habet, *§. alio modo 4. cum seq. Instit. quib. mod. testam. infirm.* Si ergo testamentum rescindendum est, in quo causæ exheredationis expressæ non sunt; utique antea valuit; privatio enim præsupponit habitum, *l. liberorum 3. in fine D. de capit. minut.*

IV. Huc facit, quòd mentem & voluntatem defunctorum spectare debeamus, quæ semper prædominari debet, *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. l. in testamentis 12. π. de reg. jur.* Cùm igitur testator posthumum exheredare voluerit, utiq; ejus voluntas rata firmaq; esse debet, *Don. 6. com. 13. Con. 9. com. 10.*

Contraria tamen sententia verior est, posthumum adhuc hodie exheredari non posse.

I. Propter *d. Nov. 115. cap. aliud quoq;* ubi sancitur, non licere immerentes liberos exheredare. Unde sic colligo; Quicquid fit prohibente lege,

lege, pro infecto habendum est, *l. non dubium 5. C. de ll. l. jubemus 14. §. sanè in fine. C. de sacrosanct. Eccles.* Talis autem exheredatio posthumi, est contra leges, & prædictam Novellæ constitutionem, exheredare innocentem, & punire eum, qui nihil admisit. Ergo pro infecto habendum est. Nemo enim potest facere, ne leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo 55. D. de leg. 1.*

II. Inter alia, in prædicta *Nov. 115.* refertur, quæ causæ ingratitudinis in exheredatum cadant. Jam autem nulla ingratitudinis causa de posthumo probari potest, qui condito testamento, nondum in lucem editus est. Satis igitur crudele esset, eum qui non sentit, ingratum existimari, *l. si quis 33. §. fin. C. de inoffi. test.* & in quo nulla culpa est, *l. sed etsi 55. §. 1. in fine. D. de fideicom. libert.* eum in culpa haberi.

III. Nec jure veteri exheredatio valebat, quæ sine exheredationis causis fiebat, *l. non putavit 8. §. non quævis 2. D. de bon. poss. contr. tabb. l. cum ratio 7. in pr. D. de bon. damnat.* Ergo nec exheredatio posthumi subsistere debet, in quem nulla exheredationis causa cadit. Et idcirco non iniquum est, meliori cōditione frui posthumos, atq; jam natos, *d. l. si quis 33. §. fin. C. de inoffic. test.* ob rationem, quæ ibidem continetur, *Forster. disp. 12. thes. 19. Cujac. ad l. 4. Dig. de lib. & posthum. cum aliis.*

Locus deniq; superest, ut argumenta in con-

trarium allata removeantur, & veritas posterioris sententiæ pateſcat.

Primò ergo ei quod objicitur, nihil *in d. Nov. 115.* de exheredando posthumo ſcriptum eſſe; reſpondendum, quamvis *in d. Nov.* non expreſsè de posthumo exheredando ſcriptum ſit; tamen in omni exheredatione liberorum quatuor hęc attendi debent; *Primò*, ut fiat nominatim, *l. maximum vitium. Cod. de liber. prater. Secundò*, ut fiat ex cauſa *Novellæ 115.* cognitâ. *Tertiò*, ut cauſa ſit teſtamento inſerta. *Quartò*, ut in exheredatum cadat, *auth. non licet. Cod. de liber. prater. Nov. 115. cap. 3. verſ. ſive igitur. cum ſeqq.* Itaque cùm quartum requiſitum exheredationis, ut cauſa exheredationis, in exheredatum cadat, in posthumo locum ſibi non vindicet; posthumus enim inculpabilis eſt; ſequitur igitur, ex *d. Nov.* relucere, posthumum non eſſe exheredandum.

Secundò nihil facit, quod ex *pr. Inſtit. de inoffi. teſtam.* adfertur, exheredationem à parentibus ſæpe ſine cauſa fieri; ideoque etiam in posthumo licet nulla cauſa exheredandi appareat, tamen eum nihilominus rectè exheredari. R. Non probari *ex d. princ.* exheredationes ſine cauſa fieri; ſed ſi ſine cauſa factę ſint, tunc inofficioſi teſtamenti querelam dari; tanquā contra ipſo jure injuſtas. Nam certum eſt, etiam veteri jure liberos ſine meritis cauſis exheredari non potuiſſe, *d. l. cum ratio. ff. de bon. damn.* Sed dices: Ergo veteri

jure

jure exheredatio subsistet; cùm causæ juri veteri cognitæ fuerint exheredandi, nec tamen posthumus exceptus sit. ℞. Malè id inferri. Quamvis enim absque meritis causis, etiam jure veteri, exheredatio non fieri dicatur, *d. l. cum ratio*, tamen causæ illæ exheredandi nondum etant certæ; quas postea Justin. *Nov. 115.* expressit, easque quatuordecim recensuit.

Tertiò nihil stringit, si regeras, non necesse esse, ut causa exheredandi in exheredatum cadat, cùm id *Nov. 115.* constitutio non requirat. Nam *cap. 3.* in fine ostendit, si causæ exheredationis nõ fuerint observatæ, testamentum evacuari; & *c. 4.* in fine dicit; rescindi. Sequitur ergo, antè valuisse; quod enim nullũ est, rescissione non indiget. ℞. Quandoq; revocatur aut rescinditur à lege vel jure, id quod ipso jure nullum est; ut libertas revocatur in fraudem creditorum data, contra L. Æliam Sentiam, *l. 1. C. qui manum. non poss. item in l. si dolo 5. C. de resc. vend. l. elegant. 7. in pr. ff. de dol. malo. l. conditio 100. ff. de V. O.* Hinc dicitur, nihil agit, nihil actũ est, *l. si libertus 16. ff. de jure patron. §. fin. Inst. de usufr.* ꝙ inanem alicujus operã significat, ut ait *Bal. in tit. Inst. qui & quib. ex caus. Giph. d. §. finitur.* Itaq; etiam *in d. c. 3. vers. si autem*, verba, testamento evacuato vel rescisso, accipi debent; quasi statim peremto testamento, ꝙ non subsistit; quemadmodum etiam idipsum arguunt verba græca ἀκυρῶσθαι & ἀνατρέπεσθαι, quibus *d. Nov.* utitur. Nec denique hîc ratio locum

habet, quòd privatio præsupponat habitũ; cùm testamentum firmitatem, & habilitatem consequi non possit; cùm causæ exheredationis in exheredato non probatæ sint; neque etiam privatio ulla locum habet. Non enim verba captare debemus, ne jus civile calumniari videamur; sed mentem potiùs legum intueri, *l. ad exhibendum 19. ff. ad exhib.* Mens autem Imper. *in d. Nov.* in verbo evacuari, quæ sit, jam dictum est. Denìq; nihil concludit, si voluntatem testatoris contra rationem juris spectaremus; cùm nemo velle aut facere possit, ne leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo 55. ff. de leg. 1.*.

THEOREMA IV.

An heres ex re certâ institui possit?

TEstamenti ritè perfecti, basis & fundamentum esse dicitur, heredis institutio, *§. ante 34. Instit. de legat. l. proximè 3. D. de his quæ in testam. del.* Unde vires capit, per institutionem heredis, *l. quod per manus 10. D. de jure codicill.* adeò ut sine hac institutione heredis, testamenti capita corruant, *l. si nemo 9. D. de testam. tut.* nisi testamentum inofficiosum ob præteritionem vel exheredationem constituatur; tunc enim legata nihilominus debentur, *auth. ex causa. & auth. licet. Cod. de liber. præterit.* vel si scriptis heredibus, hereditas tanquam indignis, erepta sit à fisco;

tunc

tunc is legata solvit, *d.l.proximo* 3. *D. de his quæ in test. del. l. cũ fisco* 9. *D. ad SCtum Sil. l.* 3. *D. de jure fisci.* Cùm autem heres sit successor in universum jus defuncti, *l. hereditas* 63. *ff. de reg. jur. l. nihil est aliud* 24. *ff. de verb. sign.* hinc quæritum est, an ex re certâ heres rectè instituatur? Negantiũ castra ingredientes, his rationibus se tuentur.

I. Non sunt verè heredes instituti ex re certâ, sed legatariorum vice funguntur, *l. quotiens* 13. *C. de hered. instit.* Ergo institutio heredis non est ex re certâ.

II. Ob indigitatam rationem, quòd hereditas sit successio in universum jus defuncti. *d. l. hereditas* 62. *l. heredem. ff. de reg. jur. l. ei qui* 54. *D. de hered. petit. l.* 24. *ff. de verb. sign.* Hinc omnis heres ad onera hereditaria adstringitur, & ad exsolvendum æs alienum; quod, in re certa institutus heres, non præstat; Igitur heres non est.

III. Res certa, non est pars assis; Ergo nec etiam hereditatis propriè, *l. quamvis* 14. *D. si quis omissa causa.* & proinde nec heres ex re certâ institui potest.

IV. Evincitur ex eo, quòd instar legatariorum quartam patiantur Falcidiam, *l. ex facto* 35. *§.* 1. *D. de hered. instit. fac. l. qui non* 78. *in fine pr. ff. d. t.*

Sed in contrariam sententiam descendendum, animus suadet; quam veriorem esse, autumo.

I. Legis est, heredem facere; Quem enim lex

heredem facit, is heredis loco habendus: quemadmodum quem Prætor bonorum possessorem facit, is pro possessore bonorum recognoscendus est. Institutum autem in re certâ *ll.* faciunt heredem, *l. quotiens 13. C. de hered. inst.* Nam omnium rerum defuncti, talis heres esse intelligitur, Nobilis. Scipio Gentilis *ad d. l. 13.* Ergo verus heres omnino dicendus est.

II. Voluntas defuncti, quæ à legibus non improbatur, totum perficit, *l. ex facto 35. §. rerum. D. de hered. instit. l. his consequenter 18. §. idem quærit 2. D. fam. herciscæ.* Et testamentum potiùs valere debet, quàm perire, *l. pen. ff. de his quæ in testam. del.* Si igitur heres in re certâ solus institutus, legatarius potiùs nominari deberet; mutaretur voluntas defuncti, *§. sed & si quis 3. Inst. quib. mod. testam. infirm.* Quod ut evitetur, omnino verus heres esse debet.

III. Probatur, utilem esse hanc institutionem ex re certâ, *l. 1. §. si ex fundo 4. l. ex facto 35. in fine princ. ff. de hered. instit.* Nec repugnat, si dicas, neminem ex asse aut ejus parte institutum, ibi proponi; imò eò magis juri consentaneum est, ut quo casu coheres ex asse aut ejus parte additus non est, nulla exinde juris diversitas resultet, cùm favor, qui in illo casu militat, voluntatem defuncti exitum habere, etiam in hoc casu militare debeat.

IV. Nomina rebus debent esse consequentia, §.

tia §. *est & 3. Instit. de donat.* nec communi hominum opinione judicandum est. Nihil enim nomina operantur, nisi ut demonstrent voluntatem dicentis, *l. Labeo 7. §. Servius 2. D. de supell. leg.* Si igitur ex re certâ scriptus heres, non heres vocari deberet, mutaretur consuetudo, & proprietas loquendi; quod incommodum nullo modo admittendum est.

V. Semel heres factus non potest desinere esse heres. At heres in re certa scriptus, est heres, *d. l. 41. §. fin. l. 1. §. si ex fundo 4. ff. de hered. instit.* Ergo verus heres esse non desinit.

VI. Quemadmodum fundamentum, parietes, tectum, velut partes principales, constituunt ædificium; quæ partes sunt heterogeneæ: sic fundus hereditarius, non malè pars hereditatis censetur; etiamsi fundus consistat in corpore, hereditas in jure. Est igitur omnis heres universalis; nec in toto amplissimo juris Oceano quispiam heres particularis dari potest, *l. 1. l. 55. ff. de adquir. hered.* Ergo separatis corporibus & juribus, ex quibus hereditas vires capit, universitas hereditatis intelligi non potest, *l. nunquã 26. ff. de usucap.* Necesse est igitur, res certas dari, ex quibus heredis institutio, tanquã basis testamenti, subsistat.

Operæ pretium nunc est, argumenta contrariæ sententiæ considerare, eaque convellere.

Primò igitur, quòd prætendunt, institutos ex re certa, heredes verè non esse, sed legatariorum

vice fungi, ex *l.13. C. de hered. instit.* ℞. *in d. l.13.* heredes ex re certâ institutos, loco legatariorum haberi propterea; qa non soli sint instituti, sed eo in casu, si mixti sunt heredes; quorum alii simpliciter, vel ex partibus certis hereditariis, quas quotas vulgò vocant, sunt instituti; alii ex re certa. Et ratio est, quòd illi veri heredes sint, qui à creditoribus conveniri possunt; non autem tales à creditoribus conveniuntur, qui pro legatariis habentur: Secus verò est, si soli instituti sint, ex re certâ; tunc enim veri heredes sunt, *l. coheredi 41. in fine ff. de vulg. & pup. subst.* Deinde, etiamsi *in d. l.13.* instituti in re certâ, pro legatariis habeantur; non tamen inde efficitur, illos magis veros esse legatarios, quàm heredes. Sic donationes mortis causâ, exæquatæ sunt legatis, *§.1. Instit. de don.* vera tamen legata non sunt, *l.2. ff. de Public. in rem. act.*

Secundò quod adfertur, hereditatem esse successionem in universum jus defuncti, *l. hereditas 59. ff. de reg. jur.* & heredem ad onera hereditatis teneri, ut ad exsolvendum æs alienum defuncti, cum similib. Quod cùm non faciat institutus ex re certâ; ideo verè heredem non esse. ℞. Heredem non minus in singulare rerum dominium succedere, quàm in omne jus defuncti, *l. heres 37. ff. de adquiren. hered.* Et hereditas nihilominus hereditas est; etiamsi nulla comprehendantur nomina; ut *ait Bal.* Licet enim nihil æris alieni

persol-

persolvatur, non tamen liber est hic heres ab omnibus incommodis; in quibus vicissim compensari debet, quòd exigua commoda, nec omne emolumentum percipiat.

Tertiò sic arguunt; Rem certam non esse partem assis; & consequenter nec hereditatis: Non ergo propriè heredem institui in re certâ. Sed dicendum est; Pars hereditatis in unâ re propriè non intelligitur, propter commoda & incommoda; quibus *inseparabili* quodam vinculo pars assis magis obnoxia, non item res aliqua una: interim sicut propterea res una, pars partis esse non prohibetur, *l. si totam 83. D. de adquiren. hered.* ita propriè nec hereditatis; utpote, quæ ex rebus singularibus dependet, *l. 7. § fin. ff. de except. rei jud.* Igitur etiam pars hereditatis est, *l. 10. D. de hered. petit.*

Denique urgent, quòd dicatur heredes ex re certâ, instar legatariorum, pati quartam Falcidiam, *d. l. ex facto 35. §. 1. ff. de hered. instit.* & Pragmaticos etiam in eâ esse opinione, sed perperam. Nam *in d. l.* duo apponuntur instituti; unus ex fundo Corneliano, alter ex Libiano; & ex semisse, sublatâ certarum rerum mentione, heredes facti sunt. In eodem autem testamento, testator extraneis plurima legata reliquit; adeò, ut metu hereditatis, nimium iisdem exhaustæ, ad L. Falcidiam sibi decurrendum esse, judicarint heredes instituti; cujus beneficio unusquisque

ſuum retineat dodrantem, *arg. l. ſi quis 29. ff. ad SCtum Trebell.* Cùm igitur ex *d. l. 35. in pr.* perſpiciatur, quòd unus fundus dodrantem bonorum faceret, alter quadrantem; neceſſariò officio judicis præceptiones uniuscujusque ita reſecantur, ne ſinguli heredes beneficio legis Falcidiæ ſuum quadrantem tueri prohibeantur; & alterius portio magis exhauriatur, auctior verò alterius permaneat, *Fach. l. 77. D. ad l. Falcid.* Sed dodrans hereditatis ex æſtimatione utriusque fundi deductus pro ſolutione legatorum cedat, retinente unoquoque quadrantem partis, officio judicis adjudicatæ. Et hic eſt ſenſus *d. l.*

THEOREMA V.

An ſubſtitutio obliqua fideicommiſſi univerſalis detur?

QUemadmodum fundamentum & baſis teſtamenti conſiſtit in heredis inſtitutione, ut jam modò demonſtratum; ita etiam de directâ ſubſtitutione non inconveniens erit dixiſſe. Ea enim non minus ad perfectionem teſtamenti neceſſaria eſt, quàm ipſa inſtitutio; & ratio hujus rei duplex eſt; *Prima*, quia ſubſtitutio nihil aliud eſt, quàm ſecunda inſtitutio, ſive ſecundi gradus, *l. 1. D. de vulgar. & pupill. ſubſt. l. mulier*

mulier 20. §. si quis te 2. D. de condit. instit. Altera ratio est, quòd substituti secundi heredes appellentur. *Cicer. in epist.* Instituit filio suo secundum heredem. Item pro Cluent. Mulier, ab heredibus secundis acceptâ pecuniâ, partum sibi medicamentis abegit. Cujus rei meminit etiam *Tryphon. in l. Cicero 39. D. de pœn.* ubi eadem verba ex prædictâ oratione transtulit. Hinc etiam *Tacit. lib. 1. annal.* in secundam vel tertiam spem heredes institui docet. Cùm itaque directa substitutio in testamento maximè spectanda sit, quid sentiendum erit de obliqua fideicommissi universalis substitutione? Videtur omnino negandum; nullam substitutionem obliquam fideicommissi universalis in jure locum tenere.

I. Dicunt, Omnem substitutionem esse vel vulgarem vel pupillarem; quasi pupillarem, & militarem. Quam divisionem sequitur cũ *Duar. Wesenb. in paratit. ff. de vulg. & pupill. substit. num. 9.* qui substitutionem fideicommissi penitus arcendam esse opinantur.

II. Substitutionem fideicommissi nullam esse, ex eo apparet, quòd titulus substitutionum longo intervallo sejunctus sit à titulo fideicommissorum. Nam materia substitutionum *in alio*, ut & fideicommissorum, *peculiari Digestor. libro* explicatur.

III. Evincitur, nullam esse obliquam fideicommissorum substitutionem, ex *l. tutores 39. §. heres ff. de administr. tut.* ubi heres qui impuberi restituere debet hereditatem, non habere dicitur substitutum. Nulla igitur est fideicommissorum substitutio.

IV. Tale argumentum colligunt; Substitutio est secundi aut ulterioris gradus heredis institutio, *l. 1. D. de vulg. subst.* Sed fideicommissum non est secundi aut ulterioris gradus institutio. Ergo propriè *fideicommissarius non est secundi aut ulterioris gradus substitutus, §. restituta 3. Instit. de fideicom. hered.*

V. Huc facit *§. extraneo, fin. Instit. de pupill. substit.* ubi cùm Imper. removerit, neminem ita substituere posse; Si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius sit heres; postea subjungit, per fideicommissum eum obligari posse, ut hereditatem aut integram aut pro parte restituat, *Cujus in §. fin. de subst. fac. secund. tab.* ubi dum primò substitutionem nullam esse demonstravit, innuit in fideicommisso multò minùs eam concedi; sed illi, qui priori modo substitutus negabatur, succurri per fideicommissum; non quòd substitutio fideicommissi sit; Aliàs enim Imp. substitutionis fideicommissi meminisset, quod ibi nullo modo factum. Obliqua igitur fideicommissi substitutio non est, *Arum. in exercit. 8. th. 9.*

Sed

Sed relictâ hac sententiâ, illa vetior est, magisque placet, obliquam fideicommissi substitutionem dari, quod sequentibus rationibus comprobari potest.

I. Quòd directa substitutio ponatur ad differentiam obliquæ, *Don. 6. com. 23. Scipio Gentilis ad l. C. de impub. & aliis substit.* Si igitur directa datur substitutio, utiq; etiam obliqua fideicommissi dabitur. Sed prius verum, ex *d. l. 5.* ubi dicitur, directam substitutionē ab impuberibus filiis non factam, expirare per aditionem hereditatis; quod in obliqua fideicommissi substitutione secus est, *l. cogi. ff. ad SCtum Trebell.* Sic directa substitutio est, cùm testator voluit potius à se aliquid ex hereditate capi, quàm ab alio, *§. ult. Inst. de reb. sing. per fideicom. relict.* Fideicommissaria verò substitutio est, cùm testator heredem rogavit, ut hereditatem alteri restitueret.

II. Ostendunt idipsum legum evidentes textus, *l. coheredi 41. §. quod si 3.* ibi; si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere; & postea subjungit, cogendum legitimum heredem, patris hereditatem fideicommisso restituere, *ff. de vulg. & pupil. substit.* Item manifestè probat, quod intendo, *l. pater famil. 46. in verbis*; Quod si Gajus Sejus, frater meus, primo loco substitutus, heres mihi esset; tunc Titio fideicommissum relinquo, *ff. d. t.*

III. Elegans textus est *in l. heredes mei 57. §. ult.* ibi: Respondi, substitutionem fideicommissi factam videri. *ff. ad SCtum Trebell. l. recusare 6. §. Titi. 5.* in verbis; Sempronio substituto rogatus est hereditatem restituere, *ff. eod.* Et omnium optimè probat *l. cum proponas 16.* ibi, precariam substitutionem. *C. de pact.* Ex quibus omnibus manifestò constat, obliquam fideicommissi substitutionem in jure receptam esse, *Donel. lib. 6. com. 23. Doctor meus Scipio Gentilis in d. l. 5. C. de impub. & aliis substit. Schneid. ad pr. Instit. n. 2. de vulgar. & pupill. subst. CL. Dn. Helfricus Ulricus Hunnius Præceptor meus in colleg. Inst. disp. 9. th. 3.*

Sententia itaq; contraria, fideicommissariam substitutionem non esse, refellitur hoc modo.

Primò igitur quod dictum est, nullam aliam esse substitutionis divisionem, quàm substitutionem aliam esse vulgarem & pupillarem; quæ bipartita divisio veteres JCtos authores habet, & ab ipso Justiniano comprobata est; ut apparet ex *rubr. D. & Instit. de vulg. & pupill. substit.* Quæ divisio omnino retinetur, si modò priùs præmittatur, substitutionem aliam esse obliquam precariam, videlicet fideicommissi, *d. l. heredes mei 57. §. ult. D. ad SCtum Trebell. l. cum proponas 16. C. de pact.* aliam directam, quæ rursum vel vulgaris vel pupillaris, *l. 1. ff. de vulg. & pupill. subst.*

Secundò parum huc facit, si prætendatur *tit. de vulgari & pupillari substitutione*, longè remotum

tum esse à *tit. de fideicommissis.* Nam nihilominus ex iisdem hæc obliqua fideicommissi substitutio probari potest. Nam ex *d. l. paterfamilias 46. D de vulg. & pup. subst.* satis liquet, fideicommissariam vel obliquam substitutionem proponi. Imò etiamsi hæc precaria fideicommissi substitutio ex *tit. D. de vulg. & pup. subst.* demonstrari non posset; tamen id quod deest, supplendum est ex aliis titt. quod in jure novum non est; quod tamen necessarium hîc non est, *Don. d. loco.*

Tertiò non resistit *d. l. tutores 39. §. heres 3.* Nam quod *ibi* dicitur, heredem non habere substitutum, hoc ideo fit, quia directa substitutio *ibi* nulla sit, quam ibi intelligit Papin. nec habet substitutum, directò videlicet; obliqua substitutio nõ negatur facta. Hinc tutores condemnantur, quòd impuberis, cui fideicommisso substitutio facta est, utilitatem deseruerint, qui mortuo herede, ad restituendam hereditatem impuberi autores non fuerunt.

Quartò non impugnat hanc sententiam, quòd substitutio sit alterius gradus heredis institutio. Talem autem substitutionem nõ esse fideicommissariam; Ergo malè eam substitutionem dici. R. Non tantùm vocabuli significatione, quatenus substitutio unius rei in alterius locum repositionem significat, quod in directâ substitutione perspicitur potissimùm, locum habere substitutionem fideicommissi, sed quatenus

in materia testamenti substitutio accipitur; quæ est heredis secundi vel ulterioris gradᵘˢ institutio, quæ licet verè in obliqua substitutione locum non habeat; impropriè tamen (quod in jure sæpè contingit in aliis rebus) substitutio habetur, *l. sapè 53. in pr. D. de verb. sign. Menoch. lib. 4. præsumpt. 70. num. 5. & seqq.* Denique quod ex *§. extraneo. fin. Instit. de pupil. substit.* adfertur, pro stabilienda hac sententia omnino facit. Nam dum Imperator constituit, quòd pater paganus filio impuberi substituere non possit, pupillariter & directò, concedit, quòd possit tamen obliquè per fideicommissum totam hereditatem restituere, *Dn. Vult. Præceptor meus, dict. §. fin. & Dn. Dinnerus Antecessor Altorphinus, item Præceptor meus, d. loco.*

THEOREMA VI.

An substituto præferendus sit pater, si filius hereditatem repudiarit?

PIetatem parentibus (etsi inæqualis eorum sit potestas) æqualem deberi, patet ex *l. furiosa 4. D. de curator. fur.* Et honor & gloria filii laus patris est, cùm pro una persona reputentur, *l. fin. C. de impub. & aliis substit.* Et vox patris filii quoque est, *§. si quis 4. Instit. de inut. stipulat.* Propterea etiam quicquid olim liberi acquirebant, id patri, non verò sibi ipsis acquirebant, *§.*

igitur

igitur liberi vestri 1. Inst. per quas pers. nob. acquir. Cùm igitur eadem ratio, eadem persona, & idem jus videatur esse patris & filii; meritò hîc quæri solet, An substituto præferendus sit pater, si filius hereditatem adire recusarit? Et præferendum patrem, evincere nonnulli volunt, sequentibus adjuti rationibus.

I. Ob prædictam rationem, quòd filius & pater pro una persona reputentur, *l. fin. C. de impub. & aliis substit.* Si igitur eadem persona patris & filii est; utique pietatis ratione, si filius hereditatem adire recusaverit, pater admittendus erit.

II. Adducunt *l. cum non. fin. §. simili, modo. Cod. de bon. quæ lib.* ubi, si filius fam. miles, recusarit adire hereditatem, tunc pater admittitur, ac si ab initio heres institutus esset: ut ergo heres institutus expellit substitutum, sic etiam pater substitutum repellere potest.

III. Huc confert *l. si pater fam. 40.* ibi, si heres non erit, nec alium heredem fecerit, *D. de hered. instit.* At filius, qui in proposito heres non est, ex naturali pietatis affectu patrem potiùs quàm substitutum præferri cupit, & idcirco etiam admitti debet, *Bart. Bald. Cyn. ad d. l. fin. C. de bon. quæ lib. Vasq. 1. de success. prag. §. 5. n. 17.*

Sed relictâ hac sententiâ, firmiter potiùs stabiliendum puto, substitutum potius quàm patrem, repudiante filio, ad hereditatem admittendum esse, ob has rationes.

I. Idem jus hoc loco observandum est, quod alibi traditur; Instituto omittente hereditatem, substitutum omnino admittendum esse, *l. heres instituta 3. Cod. de impub. & al. substit.* Sic etiam hoc loco, si filius repudiarit adire hereditatem, patre excluso, substitutus admitti debet.

II. Nemo potest plus juris in alium transferre quàm ipse habet, *l. nemo 54. D. de reg. jur.* Cùm igitur filius repudiando hereditatem emolumentum omne hereditarium omiserit. Ergo patri adjicere non potest.

III. In testamentis voluntas testatoris totum facit, *l. ex facto 35. §. rerum. Digest. de hered. instit.* In præsenti casu verò pater non est vocatus ex mente testatoris, repudiante filio hereditatem, sed substitutus, *dict. leg. 3. Cod. de impub. & al. substit.* Igitur admitti non debet.

IV. Si vinco vincentem, multò magis te vincam, *l. de accessionibus. §. 3. ff. de diverf. & temp. præscript.* At substitutus vicit eum, qui se ipso potior erat, videlicet heredem institutum. Ergo etiam vincit patrem, *Don. lib. 6. comment. capit. 24. Con. 19. controv. 7. n. 3. Ant. Fab. decad. 33. error. pragm. 7. num. 3. & seqq. Fachin. 4. controverf. cap. 63. Dom. Arum. exerc. 8. quæst. 10. Hœn. disp. 8. th. 14.*

Supersunt argumenta in contrarium adducta, ut convellantur.

Primum igitur est, filium & patrem pro unâ personâ

personâ reputari, *l. fin. C. de impub. & aliis subst.* Ideoque jure patrem in locum filii succedere. R. Fictione juris fieri, quòd pater & filius pro unâ personâ habeãtur, cùm revera nemo negare possit, duas diversas esse personas. Itaque fictio hîc locum non habet, cùm leges contrarium suadeant.

Secundo non importat contrarium *l. fin. §. similiq; modo. C. de bon. quæ lib.* ubi filiofam. repudiante hereditatẽ, pater admittitur. Nam *in d. l. §. similiq; modo.* Imp. loquitur in eò casu, quando nullus additus est substitutus heredi instituto, qui heredi aliàs succederet, *d. l. heres 3.* Tunc enim beneficio legis, quæ repudiante filio admittit patrem; non autem per filium, qui omittendo hereditatem, omne jus adeundi amittit, pater ad hereditatẽ admittitur. Deinde de hoc etiam peculiarem rationem habet in bonis castrensibus, in quibus pater nullum habet dominiũ, sed quæ pleno dominio cum usufructu ad filiũ pertinent. Ideoq; meritò, nullo existente substituto, ad patrem illa bona lege perveniunt; in aliis verò hereditatibus, in quibus nullum filii peculium versatur, idem non obtinet. Pater enim acquirebat filii hereditatem, modò jussu patris filius eam adierit, *l. si quis 7. ff. de adquir. vel amitt. hered.* Absurdũ enim foret, patriq; injuriosum, filii repudiatione ei hereditatem quæri; præsertim si exhausta sit ære alieno, & legatis, *Ant. Fab. d. loco.*

Denique non repugnat *l. si pater fam. 40. ff. de hered. instit.* ubi verba, si heres non erit, accipienda sunt, si nec alium heredem fecerit. Nam in præsenti negotio filius heres non erat, nec etiam alium heredem fecit; ut puta patrem; non enim is, qui hereditatem non adiit, ad alium transmittere eam potest, *l. un. §. in novissimo. C. de caduc. toll. l. delata 151. ff. de verb. sign.* Ergo nec filius poterit.

THEOREMA VII.

An substitutio pupillaris, verbis directis vel civilibus puberi facta, valida sit jure fideicommissi?

ELegans quæstio, & consideratione digna; Si puberi filio pupillariter aliquis substitutus fuerit; an hæc substitutio, si non jure per se subsistat, subsistat tamen in vim fideicommissi? Qui affirmant in vim fideicommissi valere, nituntur subsequentibus rationibus.

I. Per *l. Scævola 76. D. ad SCtum Trebell.* ubi substitutio, quæ aliâs inutilis esset, benignâ interpretatione, ex fideicommisso admittitur, *Donel. lib. 6. com. cap. 25.* circa medium.

II. Si apparet, testatorem directis verbis, & alioquin jure utilibus voluisse hereditatem suam, aut rem aliquam, ad quendam pervenire; toties ex ejus voluntate idipsum alicui indulgendum

dum est, etiamsi fideicommissum sit, *l. cum proponebatur 64. ff. de leg. 2. l. ex facto 17. ff. ad Senatusconsultum Trebell.*

III. Addi debet etiam *c. si pater. extr. de testam. lib. 6. & cap. Rainutius.* Illo motus fuit *Zas. in tr. de subst. cap. 5.* ubi dicitur, interdum directum & fideicommissum ex una causa trahitur: Hoc verò posteriori inductus *Cujac.* existimans, jus Canonicum à civili in hac quæstione separandum esse. Verius est dicere, nullo modo talem substitutionem subsistere, ne quidem in vim fideicommissi, propter has causas:

I. Quia dicere, Substitutum filio puberi admittendum ex fideicommisso; nullâ ratione, nec lege, sine qua quid asserere pudor est; *Nov. 18. c. 5.* confirmari potest. Idcirco nec nos clementiores legibus esse debemus. Argumenta enim superiùs adducta, nihil impedit, quò minùs ruant & evertantur. Mala enim causa multis eget pharmacis; veritatis autem est simplex oratio, *c. veritatis extr. de jurejur.*

II. Textus est *in l. verbis 7. ff. de vulg. & pup. subst.* ubi dicitur, post annũ quartumdecimum, frustra fieri pupillarem substitutionem. *Et §. masculo 8. Instit. eod.* evanescere dicitur substitutio puberi facta. Evanescere autem est, irritum fieri, & penitus intercidere, *l. cum fundus 31. §. 1. ff. si cert. pet.*

III. Talis substitutio puberi facta, militibus

ſpecialiter conceſſa eſt, & valere debet jure militari, *l. centurio 15. ff. d. t. de vulg. & pupill. ſubſtit. d. l. precibus 8. Cod. de impub. & aliis ſubſtit.* Ergo paganis ademta, qui jure communi teſtari poſſunt.

IV. Accedit, quòd pupillaris ſubſtitutio pubertate finiatur, licet longius tempus comprehenſum ſit in ſubſtitutione, *l. in pupillari 14. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit. Vigl. Weſenb. ad §. fin. maſculo. Scipio Gentilis in dict. leg. precibus 8. prælectionum ſuarum*, quæ penes me ſunt. *Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Cujac. 11. obſerv. cap. 25. & 12. obſer. cap. 27. Fachin. 4. controv. 14. Dem. Arum. exercit. 8. th. 12.*

Argumenta pro contraria ſententia diſcutienda ſuperſunt.

Primò adfertur *l. Scævola 76. ff. ad Senatusconſultum Treb.* in qua dicitur, patrem filio impuberi heredem ſubſtituiſſe in codicillis; quæ ſubſtitutio poſtea, benignâ interpretatione, jure fideicommiſſi valet. Nam dicendum eſt, parum *d. l.* propoſitæ quæſtioni inſervire. Ibi enim impuberi ſubſtitutio facta eſt, non verò puberi; de quo quæſtio incidit. Eam autem, jure fideicommiſſi, ſubſtitutionem ibi valere patet; quia ſubſtitutio codicillis, non verò in teſtamento facta ſit. In codicillis verò quia fieri non poteſt ſubſtitutio, ſed inutilis eſt; ideo benignâ interpretatione, ut

ne, ut volunt Dd. obliquatur, i. e. toleratur, *Dn. Vult. tit. Inst. de substit.*

Secundò, quòd regerunt, verba directa quandoque trahi ad fideicommissum, *l. cum proponebatur 64. ff. de leg. 2. l. ex facto 17. Dig. ad SCtum Trebell.* Ergo etiam in præsenti quæstione. R. Malam fieri à diversis illationem. Diversitas resultat ex ipsis *ll.* jam dictis. Secus enim est in præsenti theoremate; quia talis substitutio in vim fideicommissi valere prohibetur *dd. ll.*

Nec denique contrariam sententiam comprobant *dd. capitula*, verba directa vim fideicommissi valere; cùm directorum verborum prorsus non fiat mentio, *Andr. Fachin. lib. 4. controv. cap. 44.*

THEOREMA VIII.

An spurio herede instituto, fratri competat querela inofficiosi testamenti?

OMnibus de inofficioso testamento disputare licere, tam parentibus, quàm liberis, tam suis, quàm emancipatis, docet Ulpian. *in l. sciendum 1. D. de inoffic. testam.* Ratio hujus rei generalis est; omnes videlicet ob pietatem & humanitatem naturalem admitti, *&l. Dn. Andr. Dinnerus Præceptor meus in d. l. 1.* Fingitur enim eo colore testator, ac si non sanæ mentis fuerit, *l. hoc colore 2. ff. d. t.* Fratribus conceditur etiã tunc

quando turpis persona instituitur heres, §. 1. *Instit. de inoffic. testam. l. fratres 27. C. d. t.* Hinc illud in disquisitionem venit, An fratribus liceat inofficiosi querelâ agere, si spurius heres institutus sit? Et licere iis querelâ inofficiosi agere, hoc modo probari potest.

I. Consanguineis contra testamentum agere licet, si heres institutus sit turpis persona, vel levis notæ macula aspergatur. Jam spurii, si non pro turpibus habentur *personis*, tamen levis notæ maculâ asperguntur, *Plutarcho teste, lib. περὶ παιδαγωγίας*, cujus hæc sunt verba: Quorum enim vel à matre, vel à patre aliquid vitii habent natales, eos per omnem vitam opprobria comitantur, quæ elui nullo modo possunt. Sequitur ergo, actionem inofficiosi testamenti contra illos dari.

II. Accedit, quòd infamiam facti non effugiant, quam extra omnem legis necessitatem esse patet, & à sola nominum, gravium videlicet & optimorum, opinione dependere, *l. ea quæ 13. C. ex quib. caus. infam. irrog.* & pulcrè *in l. honori 2. D. de obseq. parent. & patron. præstand. Marquar. Freher. lib. 3. de infam. cap. 22. num. 1. 2. & 3.* Ergo competit inofficiosi querela contra spurios heredes institutos.

Ab hac tamen sententia ut discedam, validiores rationes suadent, quibus hæc sententia

stabilitur

ſtabilitur; ſpurio herede inſtituto, fratri minimè inofficioſi querelam competere.

I. Infamibus dignitatum portæ non patent, *cap. infamibus. de reg. jur. in 6. l. neq; famoſis 2. C. de dignitat.* Spuriis autem dignitatum portæ patent; quod perſpicitur ex eo, quòd ad Decurionatum admittantur, *l. generaliter 3. § ſpurios 2. & l. ſpurii 6. D. de decur.* Non enim impedienda eſt ejus conditio, qui nihil admiſit. Infames enim aliâs à Decurionatu arcentur, *l. etſi 3. C. ex quib. cauſ. infam.* Spurii igitur pro infamibus haberi non debent.

II. Si ſpurius pro infami perſona reputari debet, aut infamiâ juris, aut facti notabitur; ſic enim infamiam diſtingui in priore parte dixi; quamvis perperam ita diſtinguatur, ut in *dec. 7. theoremate 5.* oſtendam. Sed ſpurius, infamiâ juris non notandus eſt; quia illa ſemper ex delicto noſtro oritur, *l. cognitionum 5. §. exiſtimatio 1. ff. de extraord. cognit.* Spurius autem nihil deliquit, *d. l. 6. ff. de decur.* Nec æquum eſt, illum portare delictum parentum, quod ei maculam infligere non debet, *l. crimen 26. ff. de pœn.* Quemadmodum nec calamitas matris ei nocere debet, qui in ventre eſt; *init. tit. Inſtit. de ingen.* Ergo facti infamiam non evitabit ſpurius, quod viciſſim negatur hoc modo: Infamiam facti eſſe volunt, quæ ex opinione hominum & re ipſa naſcitur, *l. honori 2. ff. de obſeq. par. & patr. præſt.* Spurius

autem inculpabilis est, *pr. Nov. 12.* si modò re & vitâ honestâ sit, *d. l. generaliter. §. spurios 2. ff. de decur.* Ergo nullâ infamiâ notandus est, & proinde nec ab hereditate arceri debet.

III. *Si is infamis non habetur, qui invitus in infamiæ notam incurrit;* multò minus erit infamis spurius, ob admissum delictum patris: deberet enim à primis incunabulis pro infami haberi, cùm tamen infantes doli sint incapaces, & peccasse non videantur, *l. si quis in suo 33. §. legis 1. in fine. C. de inoffic. testam.* qui quodcunque vident, ignorant, *l. 1. C. de fals. mon.* Sed prius verum, *l. 1. §. removet 5. ff. postul.* Ergo & posterius, *Hartman. Pistor. lib. 2. quæst. 30. nu. 26. Palæst. de noth. Fachin. lib. 4. contr. 93. Treutl. vol. 1. disp. 13. thes. 4. lit. B.*

Non repugnant igitur argumenta, quæ superiùs afferuntur.

Primum enim desumitur ex *d. l. fratres 27. C. de inoffic. testam.* consanguineis agere licere inofficiosi testamenti querelâ, si turpis persona vel quæ levis notæ maculâ aspergatur, instituta sit. Jam autem, Plutarcho teste, illegitimorum natales semper opprobria sequi, & proinde contra illos inofficiosi querelam competere. Respon. Nuspiam in toto Juris Oceano spurium infamem personam esse demonstrari, neque etiam illum levis notæ maculâ aspergi; deinde nec Plutarchi testimonium hîc locum

habet,

habet, ubi de juris civilis terminis quæstio est. Cùm igitur in spuriis cesset ratio, cessabit etiam *d.l.27.* dispositio.

Secundò, quòd dicitur, spurios infamiam facti non evitare, quam consistere volunt in opinione gravium virorum. Verùm non probatur, hanc esse infamiam facti: nullam enim præter juris infamiam cum *Donello 18. commen. 6.* & *Giphan.* agnosco, ut in *decade 7. theo. 5.* ostendã. Et posito, non verò dato, infamiam facti esse, juxta Dd. opinionem; non tamen demonstratur, eâ spurios notatos esse, ut §. in secunda ratione posterioris sententiæ dixi.

THEOREMA IX.

Heredis verbum unde deducatur?

SI Grammaticorum præcepta penitius evolvamus, non mirum videri debet, ea à jurisperitorum scientia longiùs sæpenumero discrepare, si animo expendamus, nec inter ipsos juris interpretes sæpius de verbi origine constare, quod & in præsenti theoremate factitatum, cùm nec interpretes inter se conveniant de vocabulo *heres*, unde originem sortiatur. Quàm alienas enim à re ipsa deductiones commini-scantur, dispiciendum est.

I. Existimant, ab hærendo vocabulum heres deduci; eam ob causam, quòd proprium hoc

nomen sit suorum, non verò extraneorum heredum. Nam & hos solos exheredari: deinde, quia filiusfam. eadem in familia & domo hæreat; unde etiam non heredare dicitur: quia suo jure filius adhæresçat. Hinc etiam suus heres dictus in *l. in suis 11. ff. de lib. & posthum.* Et ideo etiam Justinianum, suos heredes, domesticos heredes vocare quasi vernas heredes, qui non aliunde acciti, sed domi nati sint, eidemq; adhæreant. Itaque cum diphthongo vocabulum scribendum esse arbitrantur *Hotom. in com. verbor. verbo Heres. Spigel. in Lexic. Vigl. Mynsing. ad §. fin. Instit. de hered. qualit. & diff.* Quam sententiam tota Grammaticorum schola sequitur; quam etiã, sic instructus à Præceptoribus meis, (qui grande nefas esse ducebant, si verbum heres simpliciter sine diphthongo scriberetur) longo tempore tenui, donec melior sententia mihi probata fuerit.

II. Nonnulli etiam ab ære vocabulum heres descendere autumant; quod pecuniam esse dicunt, in quam heres succedit: & hereditas, Cicerone autore *in Topic.* pecunia sit, à defuncto relicta, hoc est, patrimonium; *l. nam quod 14. & l. pecuniæ 178. & 222. ff. de verb. sign.*

Sed nihil hisce obstantibus, verius esse arbitror, heredem deduci ab hero; & proinde vocabulum sine diphthongo scribendum esse.

I. Antiqui herum dominum appellabant, teste

teste Festo, & JCtis. Nam in jure pro herede gerere, idem est, ac pro domino gerere, §. *fin. Instit. de hered. qual. & diff.* Sic herus pro domino accipitur in *l. item Mela 11. §. legis 6 ff. ad L. Aquil.*

II. Sui heredes, qui propriè heredes dicuntur, domini sunt bonorum paternorum, vivo etiam testatore, *d. l. in suis 11. D. de liber. & posthum.* Quam sententiam recepit etiam *Cassiodor. in Psal. 2. 15. & 77.* scribens; Hereditas ab hero dicta est, id est, domino; quasi eam jure legitimo dominus possideat, *Cujac. lib. 5. obs. cap. 10.* Nec refragatur, si objiciat quis, primam syllabam *in* herede produci, in hero verò corripi; ideoque potius ab Era deduci, quod verbum terram significet; unde Varroni heredium agellus est. Nam respondendum est, ab Era non deduci heredem. Est enim vocabulum à rei proprietate alienum; sed rectius ab hero: nam novum non est, voculas longas à brevibus originem sortiri: ut lictor à ligando, non verò à lino vel licio, ut Tullius contra Agellium voluit, *lib. 12. noct. Attic. cap. 3.* Sic lector à legendo, *tutor à tuendo*; structor à struendo; Doctor à docendo, cum similibus. Eodem modo heres rectè deducitur ab hero. Sic rectè in libris juris sine diphthongo exprimitur, *Treutl. vol. 2. disp. 12. th. 1. lit. A.*

Quod igitur dictum est, heredem aliunde quàm ab hero deduci, verisimile non est. Nam facilè convellitur.

Primò enim, quòd *Hotoman. ejusq; sequaces Wesenb. Mynsing.* & alii, heredem ab hærendo deducunt, quòd is familiæ testatoris adhæreat; & hinc etiam in *l. 11. D. de lib. & posthum.* rectè dici suum heredem ostendunt, in quem continuum dominium transferatur, illud ipsum levidense est. Resp. Si hæc deductio veritati consona esset & recipienda, tunc non solùm liberi essent sui heredes, sed etiam extranei heredes; quia & illi adhærere debeant familiæ testatoris, juxta hanc sententiam; aut heredis nomẽ tantùm suis competeret, non etiam extraneis, quorum utrumq; ἄτοπον & absurdum est. Nam & extranei heredes sunt, qui tamen familiæ defuncti non adhærent, §. *cæteri 3. Instit. de hered. qual. & differ.*

Secundò, nec ea opinio sustineri potest, si ab ære heredem deduceremus. Etenim admissâ Ciceronis autoritate, quamvis hereditas in solâ pecunia non consistat, sed etiam in aliis rebus & bonis; tamen si heres inde nomen sortiretur, necesse esset, ut non heres sed æres absque aspiratione H legeretur; quamvis alias aspiratio H omitti soleat, in hoc autem verbo nunquam. Consequens ergo est, meliorem hujus vocabuli deductionem non dari, quàm heredem ab hero deduci, ut antè satis superq; demonstratum est.

THEO-

THEOREMA X.

An heres non conficiens Inventarium perdat quartam Trebellianicam?

TRiplex est via adeundæ hereditatis: *Prima*, si quis delatam sibi hereditatem vel ex testamento, vel ab intestato, rectâ viâ adeat; *l. ult. §. cum igitur. C. de jure delib. Secunda* est, quando cum deliberatione quis adit, de qua agitur in fine *d. l. ult.* quæ duæ priores rationes licet antiquæ sint, non tamen prohibetur quis iis etiam hodie uti, si velit. *Tertia* ratio vel via adeundi hereditatem, est, per confectionem Inventarii, in quo describuntur omnes res à defuncto relictæ, *d. l. fin. §. sin autem.* Quamvis autem non desint incommoda heredibus, si Inventarium confecerint; multi etenim sumptus in confectione ejus sæpe impenduntur, deinde in descriptione bonorum deteguntur omnes facultates nostræ, quod miserum atque molestum esse videtur, *l. meminimus 2. versic. quid enim tam durum. C. quando & quib. quarta pars. lib. 10. l. fin. C. de pact.* Sed tamen ex ejusdem confectione plurima commoda & emolumenta cõsequitur heres, ne teneatur ultra vires hereditatis creditoribus & legatariis. Necesse est igitur, eum sequi commoda, quem sequuntur incommoda. Si igitur heres nõ confecerit inventarium,

tunc plurima percipit incommoda; quemadmodum & aliâs omne periculum ad heredem pertinet, *l. in ratione 30. in pr. ff. ad l. Falcid.* Hinc quæsitum est, an præter alia incommoda heres etiam perdat quartam Trebellianicam, si non confecerit testamentum? Et non perdere videtur, sequentibus de causis.

I. Non expressè cautum videtur, heredem non conficientem inventarium eodem modo, quo is quartam Falcidiam perdit, etiam quartam Trebellianicam perdere. Ergo sine lege loqui nefas est.

II. Standum ei est, quod expressè prohibitum non reperitur; nec præsumitur facta legum correctio, nisi expressè appareat, *l. præcipimus 32. in fine. C. de appellat. l. sancimus 27. C. de testam.* Sed nulla est hîc legum correctio, neque mutatum est jus Falcidiæ amittendæ. Ergo adhuc obtinere debet, nec temerè ad quartam Trebellianicam produci; nec propter similitudinem rationis legum extensio admittenda est; ut scitè docet *Bart. in auth. quas actiones. nu. 10. C. de sacrosanct. Eccles.*

III. In pœnalibus odia sunt restringenda, & favores ampliandi, *cap. odia, de reg. jur. in 6.* Si igitur heres inventarii conficere neglexerit, tunc ei commodum quartæ Trebellianicæ non detrahendum, nec pœnâ, qua indignus est, affici debet. *Mynsing. 3. obs 30. Fr. Hotoman. adversus Guid.*

Guid. Papam & alios, lib. 4. obs. cap. 23. & lib. 5. obs. 31. Gail. 2. obs. 138. n. 6. & seq.

Probabilior & veritati viciniot affirmantium sententia videtur, heredem non conficientem inventarium, ut quartam Falcidiam, sic etiam quartam Trebellianicam perdere.

I. Per *auth. sed cum testator* ibi: quo non observato, solida legata præstentur, etsi fines hereditarios excedant, *C. ad L. Falcid.* Ergo si integra legata præstabit, non deducet quartam Trebellianicam.

II. Evidenter etiam probatur per *l. fin. §. 12. C. de jure delib.* ubi dicitur; Si heredes inventarium conficere distulerint, tunc eos in solidum teneri; nec quartam deducere, cùm legis beneficium contemtui habuerint. Nec officit, si dicas, *d. l. fin. §. 12.* loqui de quarta Falcidia, quod non extendi debet ad quartam Trebellianicam; cùm sæpe appellatione Falcidiæ veniat etiam Trebellianica, *l. pater filiam 14. in pr. ff. ad l. Falcid. gl. in auth. unde et si parens. in verbo Falcidia. C. de inoffic. test.*

III. Propter *Nov. 1. cap. 2. §. si verò.* ibi, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, licet puræ substantiæ morientis mensuram transcendat legatorum datio. Si igitur complebit fideicommissarios, juxta *d. §.* perdet omnino Trebellianicam, quæ strictè ad

fideicommissarios duntaxat refertur, *§. 5. Inst. de fideicom. hered.*

IV. Heres obligatur reddere rationes universali fideicommissario, *l. mulier 22. §. sed enim 3. ff. ad SCtum Trebel. Bal. in l. filium quem. nu. 43. ff. fam. herciſc.* At inventario non confecto, rationes commodè reddi nequeunt: est enim inventarium exordium & caput rationum, *l. 1. §. officio. ff. de tutel. & ration. distrah.* Si igitur inventarium conficere neglexerit, tunc pœnam quartæ Trebellianicæ non effugiet.

V. Accedit, quòd legata fideicommissis exæquata sint, *l. 1. ff. de leg. 1. l. 2. §. 1. C. comm. de leg.* Quemadmodum igitur heres non conficiens inventarium, perdit quartam Falcidiam, dictis textibus; eodem modo fideicommisso gravatus, quartam Trebellianicam, cùm utrobiq; eadem sit ratio, & idcirco idem jus militet, *d. l. pater filiam 14. ff. ad L. Falcid.* Facit pro eadem sententia *cap. Raynutius. §. 1. ubi Covarr. n. 10. de testam. Coras. in l. in ratione. §. quod vulgo. ff. ad L. Falcid. nu. 16. Treutl. vol. 2. disp. 13. th. 9. lit. A. Val. Forst. disp. 13. th. ult.*

Ultimò argumenta contraria supersunt, quibus respondendum est.

Primum igitur est quod dicunt, non expresè cautum esse, ut quemadmodum heres non conficiens inventarium perdit quartam Falcidiam, eodem modo perdat etiam quartam Trebellianicam.

nicam. Resp. Non verba legis spectanda esse, sed vim & effectum, *l. scire leges 17. ff. de ll.* Nam licet expressè non dicatur, tamen per bonam consequentiæ rationem id evinci potest. Verum enim, est, legata fideicommissis in omnibus exæquata esse, *l. omne 2. C. com. de leg.* Cùm igitur eadem ubique militet ratio, ut s. satis demonstratum, ideo hîc non erit diversum jus recipiendum, *l. non possunt 12. ff. de ll.*

Secundum eodem ferè modo convellitur. Nam nulla correctio legum admittitur, ubi propter eandem rationem idem jus recipitur. Deinde etiam, quòd heres perdat quartam Trebellianicam, ob non confectum inventarium, demonstratur ex *d. Nov. 1. cap. 2. vers. si verò. in verb.* sed complebit fideicommissarios & legatarios; non igitur retinebit heres quartam Trebellianicam, si debet complere fideicommissarios. Non igitur propter similem rationem duntaxat, militat, præsertim ubi dispar ratio, ut in præsenti theoremate, reddi non potest. Sed ex disertis verbis etiam hoc ipsum demonstratur, ut proinde correctione opus non sit.

Tertiò, nihil hîc facit ad rhombum, si dicas, odia esse restringenda, & favores ampliandos, *cap. odia. de reg. jur. in 6.* ac proinde nec heredi commodum deductionis quartæ Trebellianicæ eripiendum. Resp. Nullum hîc heredis odium, aut incommodum versari, si inventarium con-

fecerit; in ejus enim favorem & commodum *l. Nov. 1. cap. 2.* id constitutum est; ne teneatur ipse heres ultra vires hereditarias, *l. ult. C. de jure delib.* Quod si verò heres non confecerit inventarium, tunc suo juri & favori renuntians, ipse in causa est, quòd quartam Trebellianicam deducere non possit. Damnum igitur, quod suâ culpâ sentit, non videtur sentire, *l. quod quis 203 ff. de reg. jur.* Non igitur ei subveniendum, sed læsis & errantibus, *l. regula 9. §. si quis 3. versic. quod si ideo. ff. de jur. & fact. ignor.*

DECAS VI.

Cujus theoremata sunt hæc.

I. *An constitutione Justiniani legata per omnia fideicommissis exæquata sint?*

II. *An filiusfam. si hereditatem omisit, amittat legatum testamento sibi relictum?*

III. *An in conjunctione verbali, locum habeat jus accrescendi?*

IV. *Si Titio fundum quis leget, deinde ejusdem fundi partem Sejo; cui dimidia pars debeatur?*

V. *An*

V. *An legatum in voluntatem extranei conferri posſit?*

VI. *An duæ quartæ simul deduci possint?*

VII. *An filius emancipatus, & à sacris paternis remissus, cui nihil relictum est, fideicommisso onerari posſit?*

VIII. *Liberi in conditione positi, an etiam in dispositione positi videantur?*

IX. *An testator quartam Trebellianicam prohibere posſit?*

X. *An fœmina in codicillis testis esse posſit?*

THEOREMA I.

An constitutione Justiniani legata per omnia fideicommissis exæquata sint?

QUemadmodum donationes mortis causâ per omnia legatis exæquatas esse, docet *Imp. in §. mortis causa 1. Instit. de don. l. etsi debitor 17. ff. de mort. caus. donat.* sic etiam legata fideicommissis exæquata voluit *in §. sed non 3. Instit. de leg.* in verbis; necessarium esse duximus,

omnia legata fideicommissis exæquare, *l.1.ff.de leg.1. l.omne verbum 2.C.commun. de leg.* Sed videtur negandum, Imperatorem jure veteri omnia legata fideicommissis exæquasse; ut ex his rationibus argui potest.

I. Videtur esse nimis arrogans Imperator, quòd ea sibi attribuere velit, quæ tamen multo antè tempore ab Ulpiano aliisque JCtis prodita fuêre. Nam quòd in *l. omne 2.C.comm. de legat. & §. sed non 3. Instit. de leg.* tradit, legata fideicommissis se per omnia exæquasse, videtur se alienis plumis ornare, dum veterum JCtorum monumenta suæ constitutioni adscribit. Nam Ulpian. *in leg.1.ff.de leg.1.* ante Justinianum hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem invenit; quamobrem non mirum, si *Cujac. lib.8. observ. cap.4.* fateatur, se in risum solutum, cùm in manuscripto quodam libro ad *d.l.1.ff.de leg.1.* ut & ad nonnullas alias, Imperatoris Justiniani nomen præfixum invenerit.

II. Sic etiam Paulus hanc exæquationem comprobare videtur, *l. & fideicommissum 87.ff. de leg.3.* Et Trypho...nus *in l. Babius Marcellus* in verbis; dote universâ filiæ prælegatâ; & paulo pòst, in fine hoc prælegatum fideicommissum esse innuit, *Digest. de dote præleg.* Non igitur à Justiniano hæc exæquatio primò facta est.

III. Non

III. Non esse eandem rationem legatorum & fideicommissorum, arguunt differentiæ inter legata & fideicommissa, quòd in legatis magis strictum jus consideretur, quod ex *ll.12. tabb.* originem sortitur; fideicommissorum autem pinguior natura est, quæ ex nuda voluntate relinquentis dependent, *Cl. Andr. Dinnerus Præceptor meus ad d.§. sed non usq. Instit. de legat.* Deinde distinguitur legatum à fideicommisso, quòd legatum verbis imperativis, directis & civilibus relinqui possit, *§. sed olim 2. Instit. d. tit. de legat.* Fideicommissum verò relinquitur verbis precariis hisce; Fideicommitto, rogo, peto, volo dari, *Ulp. in fragm. tit. 21. in princ.*

IV. Si Imperatori propositum fuisset, per omnia legata fideicommissis exequare, proculdubio sustulisset etiam nomina diversa; cùm non incognitum illi fuerit, ex diversitate nominum rerum quoq; diversitatem argui, *l. si idem 7. C. de codicill. l. mercis 66. ff. de V. S. Coras. lib. 6. miscell. 17. Robert. 2. sent. 29.*

Cæterùm huic sententiæ suffragari, animus longè alienus est; nec cum Zas. in *d. l. 1.* dubitandum existimo, quid sentiendum sit; quin potius in illam descendam sententiam, quæ tutior est, nec variis obstaculis circumsepta; constitutione Justiniani, exæquationem legatorum & fideicommissorum factam, ut nulla amplius detur differentia: *id quod hoc modò ostenditur.*

I. Per sæpe dictum *§. sed non usq; 3. Instit. de leg.* his verbis; Necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia, quibus nihil clarius dici potest, quàm quod intendo.

II. Evincitur ex *l. omne verbum 2. C. commun. de leg.* ubi Justinianus legata fideicommissis exæquavit, ut eorum una natura esse diceretur.

III. Per *l. un. §. ubi autem 11. vers. nos autem. C. de caduc. toll. Revard. 3. var. 4. Duar. 2. disp. 9. & cap. 1. de legat. & fideicom. Don. 8. com. 2. Ant. Fab. 6. conject. 3.*

Sententiâ hac ita confirmatâ, residuum adhuc esse videtur, ut ad objectiones superiores respondeatur.

Ad primum & secundum, ubi asseritur, falsò Imperatorem sibi adscribere exæquationem legatorum & fideicommissorum in *l. 2. C. comm. de leg.* cùm longo tempore ante Justin. in *l. 1. ff. de leg. 1.* inventa fuerit *ab Ulp.* & exæquatio hæc jure veteri non incognita fuerit aliis JCtis, Paulo & Tryphonino; respondent nonnulli, quamvis in *d. l. 1.* Ulpiano hæc exæquatio adscripta sit, veteribusq; JCtis aliis non fuerit incognita; tamen eam exæquationem esse Imperatoris Justiniani; cùm omnia in jure civili sua fecerit, *l. 1. §. sed neq; 6. in fine vers. omnia. C. de vet. jur. enucl.* Quod tamen difficultatem non tollit: nam seipsum explicat Imp. in *d. l. 1. §. 6.* quòd omnia sua esse ve-

esse velit ratione confirmationis, ubi suam interposuit autoritatem: non verò ratione inventionis & introductionis, quamvis se laudabiliorem prædicet Imp. quòd emendarit, quàm invenerit jus vetus. Nec dicendum etiam est, *d.l.2. C.comm.de leg.* esse interpolatam à Triboniano in *d.l.1.ff.de leg.1.* cùm *d.l.1.* desumpta sit *ex Ulp. lib.* LXVII. ad edictum, in quo Ulp. non tractavit de legatis & fideicommissis, sed de interdicto quod legatorum; in quo respectu materiæ voluit legata & fideicommissa exæquare *per omnia:* non autem *in omnibus*, ut in interdicto quod legatorum, & deductione quartę Falcidiæ. Itaque Imper. Justin. in *d.l. omne verbum.* & *d. l.un.* §. *ubi autem 11.vers.nos autem.C.de caduc. toll.* in omnibus exæquarit legata fideicommissis, in tantum, ut una eorum natura & proinde essentia sit; & quod uni tributum est, tribuatur etiam alteri. Perperam igitur Haloander in Noricis exemplaribus, quorum aliàs permagna autoritas est, in *d.l.1.* pro autore Ulpiano substituit Imperatoris nomen, *Dn. Vultej. Præceptor noster honor.in* § *sed non usq; 3.Instit.de legat. Cujac.d.loco.*

Tertiò, idem respondendum; prædictas differentias omnes sublatas esse, *d.l.2. C.comm.de leg.l.un.C.de cad.toll.*

Quartò non repugnat, si dicas, nomina diversa adhuc remanere. Respondetur enim, vocabu-

la nihil differentiæ constituere, quæ indistinctè usurpantur, & in usu juris, in eadem significatione capiuntur, nihilque probant, *dd. ll.* præsertim, cùm diversitatis ratio utrobique sit evidens.

THEOREMA II.

An filius fam. heres institutus, si hereditatem omisit vel repudiavit, amittat legatum testamento sibi relictum?

ACquirunt extranei heredes sibi hereditatem adeundo, §. *item extraneus 6. & §. cæteri. Instit. de hered. qual. & diff.* omittunt vicissim, repudiando. Sui verò heredes acquirunt hereditatem immixtione; si hereditati se immisceant, non autem adeant, §. *sui autem. Instit. d. t.* Sic abstinendo eam amittunt. Sed ut ad rem progrediar, quæsitum est; si filius heres institutus, hereditatem pro sua parte, cùm coheredes ei adjuncti sint, omiserit, an cessante illâ omissione, nihilominus legatum in eodem testamento sibi relictum consequi possit. Et videtur dicendum, filium nullo modo legatum consequi, sequentibus de causis.

I. Qui voluntatem defuncti oppugnat, is ex eo testamento, in quo scriptus est heres, nihil capere debet, *l. Papinianus 8. §. meminisse autem 14. ff. de inoffic. test.* In præsenti autem theore-

theoremate filius deditâ operâ laboravit, ut testamentum corrueret, irritumque fieret. Ergo nihil ex eo capere debet, & consequenter legatum in eodem testamento sibi relictum perdit.

II. Probatur, heredem talem, qui renuntiavit hereditati, legatum perdere, *l. apud Celsum 4. §. si quis ex uncia 11. in fine. ff. de dol. mal. & met. except.* ubi dicitur, legatum non capere eum, qui hereditatem omiserit.

III. Propter *l. pater pro filia. ult. §. marito. ult. ff. d. t. de dol. mal. & met. except.* ubi Scævola ait, Si filia ex sex unciis instituta sit, quæ postea hereditatem omisit, ut salvam tutelæ actionem haberet, & legata à matre relicta consequi vellet, filiam ea non impetrare. Id etiam perspicitur ex *l. sed si 88. ff. de leg. lib. 1.*

IV. Accedit, quòd testamentum validum esse nequeat, ubi heredis institutio deficiat, nec hereditas adita fuerit, *l. proximè 3. circa medium. ff. de his quæ in testament. delib. l. eam 14. C. de fideicommiss.*

Sed his non obstantibus, verius est, heredem filium fam. abstinentem se ab hereditate, nihilominus legatum consequi.

I. Lex disertè hoc fieri jubet in *l. cum responso 12. C. de legat.* in verbis finalibus, cùm hereditati matris filia renuntiasset; nihilominus eam rectè legatum vindicare visum est; quibus nihil

clarius esse potest, quo sententia hæc fulciatur. Eam enim l. loqui de præsenti quæstione, quando plures simul instituti sint, convincunt verba præcedentia, quæ cum subsequentibus cohærent, *arg. l. non est 26. ff. de ll.* Ex verbis autem præcedentibus apparet, ibi: Omissâ parte; ubi suam partem omisit & legatum vindicavit, relictis reliquis heredibus, ex quorum institutione testamentum vires capit, quod aliâs omnino corrueret, *d. l. proximè 3. ff. de his quæ in testam. del. l. eam 14. C. de fideicom. Scipio Gentilis in d. l. cum responso 12. C. de legat.*

II. Evidenter hoc probatur *l. filio pater 87. ff. de leg. 1.* ubi filius in potestate patris retentus, pro parte ab eo institutus est, pro parte alii heredes instituebantur; deinde eidem filio à patre legatum relictum est. Dicit itaque Papin. durissimam & iniquam sententiam esse, si filio, qui abstinuit patris hereditate, legatum denegetur, ob rationem ibi subjunctam.

III. Accedit, quòd filius non videatur repudiasse legatum patris, etiamsi hereditatem omiserit, sed propterea, quòd videret, illam non sufficturam creditoribus, quibus ære alieno obstrictus erat, ideo eandem omisit, ut legatum consequeretur, *d. l. cum responso.*

Superest denique, ut argumenta adversantia concilientur.

Primo igitur, quod dictum est, filium qui omisit

misit patris hereditatem, voluntatem patris oppugnare, & ideo nihil ex testamento capere, *d.l. Papinianus.* Resp. Filium non oppugnandæ voluntatis patris causâ omisisse hereditatem, sed ut sibi prospiceret; cùm nolit se obstringere æri alieno, & incommodis hereditariis, cùm non esset forsan solvendo; ideoque providentia hæc filii dicitur in *l. quid ergo 90. ff. de leg. 1.* non autem arbitrium evertendæ voluntatis defuncti.

Secundò, nihil obloquitur *d.l. apud Celsum 4. §. si quis 11. in fine ff. de dol. mal. & met. except.* Ibi enim heres acceptâ pecuniâ à substituto, ut ei postea adeundi locus fiat, petit legatum dolo malo: itaque contra illum doli mali exceptio competit. Cessante autem hoc dolo, si heres ex coheredibus amittat hereditatem & legatum petat, ne oneribus hereditariis obstringatur; nihil obstat, quò minùs illud consequatur, *d.l. §. si quis 11 in pr.*

Tertiò, parum stringit opposita *l. ult. §. ult. ff. d. t. de except. dol. mal.* Nam ibi filiæ sub conditione legatum relictum erat, ut & in *d.l. 88. ff. de leg. 1.* si videlicet heres existat; Quòd si hereditatem adire detrectet, tunc nec legatum consequi potest, propter pendentem conditionem, nec adimpletam, & voluntatem testatoris repugnantem.

Denique, nihil etiam operatur, si dicas, nihil capi posse ex testamento, non aditâ hereditate;

dd.ll. Non enim quæstio est concepta de eo casu, quando is, qui omissâ hereditate legatum capit, solus heres institutus est, sed quando cum aliis coheredibus.

THEOREMA III.

An in conjunctione verbali locum habeat jus adcrescendi?

DE conjunctionibus mirificè digladiantur inter se interpretes, quomodo in iis jus adcrescendi locum habeat? Triplices autem perhibentur esse conjunctiones; aut re per se, aut re & verbis, aut verbis tantùm, ut patet ex *l. re conjuncti 89. ff. de leg. 3.* Hinc quæsitum est, an jus adcrescendi inter omnes conjunctos locum habeat? eos inprimis, qui verbis duntaxat sunt conjuncti? Quibus negativa sententia arridet, sequentibus argumentis se muniunt.

I. Verbis conjuncti semper habent partes, *l. re conjuncti 89. ff. de leg. 3.* hoc est, tam ab initio, quàm concursu. Jus autem adcrescendi locum habet, quando ab initio solidum habent legatarii, partes verò concursu, *l. Neratius 3. ff. de usufr. adcresc.* Ergo in verbali conjunctione non habet locum jus adcrescendi.

II. Propter satis perspicuum textum in *l. 1. princ. ff. de usufr. adcresc.* ubi Ulp. docet: Si separatim unicuiq; partis rei ususfructus relinquatur, tunc

tunc jus adcreſcendi ceſſare. Facit *l. cum ſingulis. pen. ff. d. t. de uſufr. adcreſc.*

III. Huc conferri debet *l. ſi ita quis 66. ff. de hered. inſtit. l. hujusmodi 84. §. quibus ita 12. ff. de leg. 1.*

IV. Accedit, quòd Impet. §. *ſi eadem res 8. Inſtit. de legat.* penitus excluſerit conjunctionem ſimplicem verbalem, eam videlicet ob cauſam id factum videtur, quòd in ea jus adcreſcendi non conſiſtat.

Affirmantium caſtra ſequi, tutius eſt; etiam in verbali conjunctione jus adcreſcendi locum habere, hisce de cauſis:

I. Cùm ſine lege loqui, pudor ſit. Probatur id ipſum *l. un. §. hu ita definitis 10. verſic. ſin verò quidam*, ibi: tunc ſi quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad ſolos conjunctos cum ſuo veniat onere, &c. Unde ſubſumitur; At verbis conjuncti inter conjunctos numerantur, *l. triplici 142. ff. de verb. ſignif.* Ergo etiam inter illos portio deficientis reliquis adcreſcet. Deinde ex eadem *lege & d. §. verſic. ſin autem ex his.* in fine, hæc ſententia ſuſtinetur; ibi, quia conjuncti propter unitatem ſermonis, quaſi in unum corpus redacti ſunt, & partem conjunctorum ſibi heredum, quaſi ſuam præoccupant. Quibus congruit *§. ubi. & ſeq. d. l.*

II. Conjunctus verbis præfertur reliquis, qui re & verbis conjuncti ſunt, *l. re conjuncti 89.*

ff. de leg. 3. Sed non præfertur reliquis, propter nudam institutionem: aliâs enim reliqui ejusdem juris iniquè repellerentur: sed propter unitatem sermonis, *d. l. un. §. 10.* Necesse ergo est, hoc fieri jure adcrescendi.

III. Evincitur idipsum *ex l. si duobus 16. §. si Titio fin ff. de leg. 1.* ubi duo casus adferuntur; unus, in quo continetur conjunctio realis & verbalis simul; in qua citra dubitationem jus adcrescendi locum habere dicitur. In secundo casu proponitur verbalis conjunctio, ubi Titio & posthumo testator viriles partes concessit, posthumo autem non nato, Titius totum legatum consequitur. Nullo igitur alio, quàm jure adcrescendi, vindicabit. Pluribus de hac quæst. *Gœdd. ad d. l. 142. ff. de verb. signif. nu. 9. Don. 7. com. 13. & seq. & lib. 8. comm. cap. 20. Alber. Gentilis 1. lect. c. 4. & frater ejus Scipio in tract. de jure accresc. cap. 6. Dom. Arum. exercit. 9. th. 11. Vult. ad §. ult. Instit. de don. n. 9. & 10.*

Nunc argumenta superiora considerandæ supersunt, quæ convelli debent.

Primò igitur dictum est: Verbis conjunctos semper habere partes, tam ab initio quàm concursu, *d. l. 89. ff. de leg. 3.* jus autem adcrescendi tunc locum habere, quando legatarii ab initio solidum habent, partes verò concursu: Ergo non habere jus adcrescendi locum in verbali conjunctione. Resp. Verum esse verbis conjunctos semper ha-

per habeere partes, *d. l.* 89. Sed in concursu partem nihilominus deficientem collegatarii jure adcrescendi consequuntur ex tacita mente testatoris, *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. Nec vehementer reclamant *l.* 1. *& l. idem Neratius* 3. *ff. de usufruct. adcresc.* ubi dicitur, locum sibi vindicare jus adcrescendi, quando partes relictæ sunt, quæ non dividuntur. Nam dicendum *primò*, jus adcrescendi in verbali conjunctione locum non habere in usufructu; quod postea in secundo argumento contrario ostendam. *Secundò*, in conjunctione verbali partes non esse divisas & certas; sed indivisas & incertas, nihilomagis rem dividentes, quàm si expressæ non fuissent, *Donel. d. loco.* Nam & in re & verbis conjunctis, licet ii ab initio partes habeant, *l. planè* 34. *§. si conjunctim* 9. *ff. de leg.* 1. *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. tamen in iis jus adcrescendi locum habet. Nec propterea Fabro credendum est, qui *in d. l. si duobus* 16. *in fine ff. de leg.* 1. ait, posthumi partem Titio accedere, non jure accrescendi; cùm posthumus *in d. l.* 16. non natus, partem non faciat, *l. utrum* 7. *Dig. de reb. dub.* Nam *in d. l. utrum.* nulla proponitur verbalis conjunctio, ut *in d. l.* 16. in fine; ubi testatoris voluntas id suadet, ut non nati posthumi pars Titio adcrescat.

Secundò dices, separari usumfructum videri, si duobus relinquatur; & proinde jus adcrescendi locum non habere, *dd. ll.* Respondeo cum Cl.

Hermanno Vultejo, Præceptore meo, ad *§. ult. Instit. de donat. num. 9. & 10.* jus adcrescendi non habere locum in verbali conjunctione ususfructus, & ratio hujus rei hæc esse videtur, quòd in conjunctione verbali, deficiēte personâ, cui portio tributa est, extinguatur ususfructus, & domino proprietatis cedat, *§. finitur. Instit. de usufruct.*

Tertiò adfertur *l. si ita quis 66. ff. de hered. instit.* ubi in conjunctione verbali jus adcrescendi locum non habet. R. Conjunctos verbis verè non esse, cùm testator potius celeriùs dixisse, quàm conjunxisse dicatur; ideoq; ex voluntate testatoris omnibus coheredibus deficiens pars adcrescit. Deinde ad *d. l. huiusmodi 84. §. quibus ita 12. ff. de leg. 1.* respondeo, *in d. l.* vocari legatarios ad res diversas; quamvis enim verbis conjuncti sint, rebus tamen sunt disjuncti; ac proinde non mirum est, si deficientis pars alteri non adcrescat, *l. cùm quæstio 23. paragraph. sed & aliam 1. Cod. de legat. Gothofred. ad dict. leg. hujusmodi 84. §. 12.*

Denique non obstat, quòd Imperator *in d. §. si eadem res 8. Instit. de legat.* verbalis conjunctionis mentionem non faciat. Non enim id eam ob causam factum est, quasi nulla esset verbalis conjunctio, & proinde nec jus adcrescendi in ea locum haberet; nam dicendum est, exempla non restringere regulam, *l. penult. §. ult. ff. de jur. & fact. ignor. l. 1. §. quod vulgo ff. unde vi. Dom.*

Doctor

Doctor meus Ant. Matthæus ad dict. §. si eadem 9. Instit. de legat. Quod igitur ibi deest, supplendum erit ex aliis juris locis, *d. l. re conjuncti 89. Digest. de leg. 3. l. triplici 142. Digest. de verborum significatione.*

THEOREMA IV.

Si Titio fundum quis leget, deinde ejusdem fundi dimidiam partem Sejo, cui dimidia pars debeatur?

NON liquere videtur inter juris interpretes de præsenti theoremate, & adhuc sub judice lis potiùs manet; Si fundum Titio quis leget, deinde ejusdem fundi dimidiam partem Sejo, quæritur, an totus fundus Titio debeatur, an verò dimidia tantùm pars? Qui negant semissem deberi secundo, subsequentibus rationibus nituntur.

I. Adducunt *l. interdum 3. ff. de hered. instit.* ubi Ulpianus docet, secundum non consequi semissem, sed trientem tantùm.

II. Huc facit *l. Julianus 15. paragr. idem Dig. d. tit.* ubi primus ex semisse, & secundus ex semisse instituuntur. Et primò, si is heres non erit, substituitur tertius ex dodrante; primo igitur non adeunte hereditatem, secundus & tertius æquales partes non percipiunt;

nam secundus sex, tertius verò substitutus novem consequitur, Fach. *l. si ita 47. §. 1. ff. eod*

III. Ab absurdo; Si enim secundus, cui dimidium tantùm legatum est, tantundem consequeretur, quantum primus, cui duplo plus legatum est; ad incommodum & absurditatem id vergeret, quæ tamen omnibus modis fugienda est.

Sed rejectâ priori sententiâ, posteriorem hanc potiùs sequi, animus est; nempe dimidiam partem utrique deberi, quod expressè probatur *l. cùm quæstio talis 23. C. de legat.* testatoris voluntatem hanc esse, videlicet dimidiam partem primo adimi, & secundo adjici; in qua re secutus Imperator voluntatem testatoris, & veteris juris tenorem, *Don. in d. l.*

An igitur contrarium scriptum sit *in dd. ll.* jam considerandum est.

Primo igitur & secundo loco, quod *l. interdum 13. §. sed si 5. & l. Julianus §. idem cum simil. ff. de hered. instit.* adfertur, ubi prior hereditatis bessem, posterior trientẽ habere dicitur; sic quòd aliud etiam ostenditur ex *d. l. Julianus 15. §. idem, cum simil. ff. de hered. instit.* Sciendum est, aliud esse, uni dare totum; alteri verò illius partem dimidiam; & aliud vicissim, primo dare totum assem, & sex uncias, vel dimidium assis secundo; non addito, sex uncias ejusdem assis; Nam primo casu secundus partem dimidiam totius assis consequitur, quam primo detrahit; posteriori verò,

verò non intelligitur testator secundo dare ex uncias, vel dimidiam partem assis ejusdem, sed novi. Potest enim testator hereditatis suæ tot asses facere, quot velit, *d. l. interdum* §. 1. *Don. in d. l. cum quæstio*. Paulò aliter distinguit *Scipio Gentilis, ibid. in d. l. cum quæstio*. Deinde etiam responderi potest, diversam esse rationem heredis institutionis *in dd. ll.* & legati dationis, ut ex jam dictis constat.

Tertiò, nec absurdum inde emergit, si primo cui totum relinquitur, tantum attribui debeat, quantum secundo, cui dimidia pars duntaxat relicta est. Nam respondetur, omnino absurdum & inconveniens esse, si totus fundus primo legatus esset, ut legatus quidem apparet; sed cùm testator ejus fundi partem dimidiam legarit secundo, eam priori ademptam voluit.

THEOREMA V.

An legatum in voluntatem extranei conferri debeat?

LEgatum aut confertur in arbitrium legatarii; aut in arbitrium extranei. De legatariis verum est, quòd legatum in eorum arbitrium conferri possit; ut Titio fundũ do, lego, si voluerit, *l. cum in testamento, 48. ff. de fideicom. libert.* Idem etiam in heredibus obtinet, *l. fideicommissaria 46. ff. eod.* Et ratio est, quia hoc modo in

alienam voluntatem legatum non confertur, quale aliâs prohibetur *in l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonstr.* Nec repugnat *l. senatus 43. §. 2.* ibi, in heredis non potest. *ff. de leg. 2.* Loquitur enim Ulpianus de voluntate merâ, non autem de voluntate boni viri, cujus consideratione legatum permittitur, *l. fideicommissa 11. §. quanquam 7. ff. de leg. 3. Cujac. lib. 2. observ. cap. 2.* Quòd si legatum in arbitrium extranei conferatur, hîc major dubitatio est. Negant enim, legatum in extranei arbitrium conferri posse, hisce de causis.

I. Patet, quòd disertè Modestin. sanxerit, legatum in alienam voluntatem expressè conferri non posse, *l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonstr.* quod propriè de extraneo exaudiri debet, qui à legato alienus est, ut placuit *Donel. 8. comment. 15.*

II. Sequi aliâs, extraneum in cujus voluntate legatum ponitur, legati datorem esse, quod inutiliter fit.

III. Probatur, quòd Ulpian. *in l. 1. ff. de leg. 2.* dicat; nihil interesse, sive legetur, si Titius in Capitolium ascenderit; an si voluerit: ubi relinquitur sub conditione, quæ valet idem, ac si in arbitrium legatarii legatum conferatur.

Tutissima via est, in contrariam sententiam potiùs descendere; legatum in extranei voluntatem conferri posse, ut conditionem.

I. Pro-

I. Propter *d.l.1. ff. de leg.2.* ubi Ulpian. asserit, in arbitrium alterius, velut conditionem, legatū conferri posse. Deinde confirmatur hæc sententia potius, quàm infirmatur *in d.l.1.* his verbis; Quid enim interest, si Titius in Capitolīū ascenderit an voluerit? Ibi enim vocabulum *quid*, pro *quantum* accipiendum est; ut in verbis, *quid interest*, sit sensus, quantum interest; maximam videlicet differentiam esse inter hæc duo; ita ut priori casu sit validum, posteriore improbetur & inutile sit, *l. si quis Sempron. 68. ff. de hered. instit. & d.l. nonnunquam 52. Dig. de condit. & demonstr.* Sic eodem sensū verbo *quid* usus *Terent. Eunuch. 2. scena 2.* Dii immortales, homini homo quid præstat? stulto intelligens? ubi *quid* accipitur pro *quantum*.

II. Huc confert *d.l. senatus 43. §. legatum in alienâ voluntate poni potest, &c. ff. de leg. 1.* Sequuntur hanc sententiam *Don. d. loco. Duar. de condit. instit. cap. 4. Cujac. lib. 2. obser. 2. Robert. 2. sent. 10. & 11. Fachin. 5. controv. 58. Dom. Arum. exerc. 9. th. 9. Gerhard. dec. 10. quæst. 10. Paul. Berens. disp. 7. th. 3. quæst. 10.*

Superioribus argumentis, in contrarium adductis, denique satisfaciendum est.

Primò enim, quòd Modestinus constituit *in l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonstr.* legatum in alienam voluntatem conferri non posse; sciendum est, quòd *Cujac. lib. 2. observ. cap. 2.*

monet, hîc locum habere; distinguendum esse, quando legatum in alterius arbitrium confertur, aut confertur, ut legatarius arbiter & quasi dator sit legati, ut *in d. l.52.* aut testator pro conditione accipit, si quem legatarium facit hac conditione, Si volueris: si contigerit, ut id velles: Et bene distinctio hæc probatur *in d.l.1.ff.de leg.2.*

Sic eodem modo cadit, quod secundò adfertur. Non enim hîc accipitur, legatum in alieni arbitrium conferri posse; quasi extraneus legati dator sit, sed accipitur sub conditione legatum relictum.

Ad tertium responsio desumi potest *ex iis*, quæ pro confirmatione posterioris sententiæ in primo argumento dicta sunt; ubi ostensum est, quomodo verba *quid interest*, *in d.l.1.* accipienda sint.

THEOREMA VI.

An duæ quartæ simul deduci possint?

QUanta semper inter Papicolas decretorum reverentia & autoritas fuerit habita, ex eo cumprimis cognosci potest, quòd *in cap. si Papa 40. distinct.* scriptum sit, contra Pontificum decreta non tantillum mutire licere, etiamsi secum innumeras animas catervatim in gehennam traherent. Item, Penes nos, inquit, est mandandi authoritas, alios manet obsequendi necessitas, *cap. Ecclesia*

Ecclesia S. Mariæ. extr. de constit. & cap. quamvis 21. dist. & cap. cuncta 9. quæst. 3. Hinc est, quòd sibi ipsis etiam tantopere placeant in præsenti theoremate, conenturq; probare ex multis juris Canonici textibus, duas quartas heredem deducere; legitimam videlicet portionem hereditatis testatoris, & quartam Falcidiæ; quæ tamen decreta ex falso juris intellectu processisse censet *Cujac. lib. obs. 8. cap. 3. cum Fulgosio & Cyno*; qui omninò hanc duarum quartarum deductionem, cùm omni juri contraria sit, repudiarunt. Affirmativam sententiam igitur sequuntur Canonistæ, sequentibus de causis.

I. Adducunt *cap. Raynutius. & cap. Raynaldus de testament.* ubi judex permisit tutori duas portiones deducere, trientem jure naturæ debitum, & quadrantem ex lege Falcidia propter fideicommissariæ hereditatis restitutionem; idq; fieri propter naturalem æquitatem; ut pater, liberis non ingratis existentibus, legitimam partem bonorum relinquat, & heres ex lege Falcidia quartam deducat.

II. Ex jure Civili hanc sententiam stabilire nituntur per textum *in l. qui non militabat 78. ff. de hered. instit.* ubi is, qui non militabat, bonorum maternorum heres instituitur; & Titius, paternorum bonorum in Syria ambos semisses habere debet. Nam primò lucrum legitimæ naturâ debitæ ex *l. 12. tabb.* capit; alterum verò semissem

ex *l.* Falcidiâ, ne frustra heredis onus sustineat.

III. Confirmatur *l. quotiens 67. ff. ad l. Falcid.* in quâ tam ex *l.* Falcidiâ, quàm ex *l.* Julia deductio admittitur. Duæ igitur quartæ deducuntur.

IV. Conatur idipsum etiam evincere *Cont. lib. disp. cap. 3.* ubi primò ponit *l. si pater 12. & l. quoniam 32. Cod. de inoffic. testam. cum l. jubemus 6. Cod. ad Senatusconsultum Trebell.* ex quibus prioribus duabus probat, quòd institutio filii rescindatur, ubi fideicommissum relictum restitui debuisset; sed quia legitima quantitas præterita fuit, ideoque usque ad eam institutio vitiatur & rescinditur. Quibus ita præmissis, consequenter *l. jubemus 6. Cod. ad SCtum Trebell.* hoc modo adjungit; quòd filius, qui restituerit portionem suam hereditatis, & detractâ quartâ Trebellianicâ legitimam jure antè sibi debitam ex lege Justiniani, quòd fideicommissum restitui debeat, consecutus sit; non quidem ab initio, sed veniente restitutionis tempore; eamq; legitimam jure ipso retro detractam, debere imputari in Falcidiam, *l. in quartam. ff. ad l. Falcid.* Ex quibus efficitur, duas quartas simul deduci.

V. Legitimæ non potest onus imponi, *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoffic. test.* At hac ratione heres onerabitur necessitate aditionis, nec tamen quartam deduceret, quod fieri nõ debet. Itaq; quem incommoda sequuntur, necesse est etiam

etiam commoda sequi, *l. secundum* 10. ff. *de reg. jur.* Et ut neminem onerare possumus, quem non honoramus; ita etiam nec in proposito heres potest cogi ad adeundam hereditatem, nisi etiam quartæ Falcidiæ deductionem habeat.

Huc facit, quòd maxima sit differentia inter legitimam & Trebellianicam, ut habetur *in l. Papinianus* 8. §. *& is* 14. ff. *de inoffic. testam.* ubi is qui querelam inofficiosi testamenti movit, & succubuit, Falcidiam perdit; legitimam, ut æs alienum servat: Ergo si querelam non movit, quartam Falcidiam non amittit; sed eam unà cum quarta legitimæ portionis ex eadē hereditate simul capit. Sequuntur hanc sententiam *Andr. Fachin. 5. controv. c. 2. Cont. 1. disput. cap. 3. Covarruv. in cap. Raynutius. §. 11. n. 5. de testam. Coras. in l. filium. num. 45. C. fam. hercisc.* Verior est sententia negativa, duas quartas in jure civili nō dari, quæ simul detrahantur; quod sequentibus rationibus evidenter ostendi potest.

I. Qui unam habet, jure etiam alteram habere videtur. Nam qui ea, quæ in quartam imputantur, habet, in ea nihil quidquam desiderare poterit amplius, *l. in quartam* 91. *Digest. ad l. Falcid.* At qui quartam Trebellianicam habet, is simul consequitur id, quod in quartam imputatur: Ergo qui habet quartam Trebellianicam, is simul consequitur legitimam, *Don. lib. 7. comment. ult.*

II. Si is qui Falcidiam capit ex hereditate, testamentum inofficiosum dicere nequit; sequetur, duas quartas deduci non posse, sed unam cum alterâ compensari; sed antecedens verum esse probatur ex *l. Papinianus. & §. quarta 9. ff. de inoffic. test.* Ergo etiam consequens.

III. Propter *d. l. jubemus 6. C. ad SCtum Trebell.* quæ magis pro hac sententia, quàm superiori facit; ubi filius jussus restituere dodrantem, retinet quartam ex SCto Trebell. ubi una, non duplex est deductio.

IV. Quia traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non posse; ut disertè scriptum est *in §. si res aliena 6. Instit. de legat.* Et regula juris est, bonam fidem non pati, idem bis exigi, *l. bona fides 57. ff. de reg. jur.* Atqui hîc duæ lucrativæ causæ intercederent, si legitimam portionem & quartam ex SCto Trebelliano separatim heres perciperet, & quod in alteram imputatur, seorsim lucraretur. Ergo id permittendum non est. Et hanc sententiam sequuntur plerique *Dd. Don. 7. com. cap. ult. Hotom. illustr. quæstio 43. Gail. 2. observ. 121. num. 4. Dom. Arum. exerc. 9. quæst. 18. Bronchorst 3. assert. 67. Harpr. ad §. & cum 1. Inst. ad l. Falcid.* Canonistarum argumenta supersunt, ut refellantur.

Primum enim, quod *cap. Raynutius. & cap. Raynaldus* adducunt, ad ea respondet *Philipp. Corn.*

Corn. ad l. quanquam. C. ad l. Falcid. cùm ex malo intellectu juris civilis processerint, illa servanda esse in Pontificiorum foro; in foro verò nostro servandum jus civile. Ideoque bene respondet Hotom. *d. loco*, duplicem quidem esse detractionem quartarum de legatis & fideicommissis. Nam cùm quadringenta in hereditate essent, septuaginta quinq; de trecentis legatis deducit heres ex l. Falcidia; viginti quinq; verò de centum fideicommisso *relictis*, detrahit ex Senatusconsulto Trebelliano.

Secundò, quod ex *d. l. non militabat 78. ff. de hered. instit.* dicitur, quòd filius diverso jure petat duas quartas; unam tanquam filius, vel suus heres; alteram verò tanquam extraneus: Respondet ad hoc commodè *Dom. Arum. exercit. 9. th. 18.* regulæ isti tunc demum locum esse, ubi qualitas personarum id patiatur, & non reluctetur *l. Titiæ, si non nupserit 100. Digest. de condit. & demonstr.* Jam autem qualitas personarum repugnat, esse quem filium, sed tanquam extraneum.

Tertiò parum probat *d. l. quotiens 67. ff. ad l. Falcid.* in qua duplicem evinci quartarum deductionem putant. Sed sciendum, unam tantùm esse deductionem Falcidiæ. Quod enim ob legatarii vitium accidit, quòd solidum capere non poterat, non id heres colligit; sed si patrimonii quantitas tulisset, ad filium, caducum ex *l.* Papia

delatum fuisset, *l. si is qui 6. ff. de vulgar. & pupill. substit. l. si quis 72. ff. de hered. instit.*

Quartò, malè infertur ex *d. l. si pater 12. & d. l. quoniam. C. de inoffic. testam.* Nam ex priore nullo modo demonstratur, institutionem vitiosam esse, & rescindi per fideicommissum relictum. In *d. l. quoniam* Imperator prorsus non meminit fideicommissi restituendi; & à proposito planè aliena est. Ex falso igitur præsuppositio cadit etiam id, quod ex *d. l. jubemus. C. ad SCtum Trebell.* adfertur; ex qua lege posterior sententiâ, deductionem duarum quartarum non dari, evidenter probatur; ut in posteriori sententiâ in quarta ratione ostendi.

Quintò non repugnat, quod dicitur, Legitimæ non posse onus imponi; hoc modo autem onerari heredem, ut cogatur adire hereditatem, cùm tamen ex eâ nullum commodum percipiat. R. Nullam hanc esse oneris impositionem ejus, qui volens, non coactus, adiit hereditatem. Nam in quartam, quam heres capit ex legatis, imputantur res, quas heres capit jure hereditario, *l. in quartam 91. ff. ad l. Falcid.* in quartam verò Trebellianicam omnia imputantur, quæ percipit heres judicio defuncti, *l. mulier 22. §. si heres. in fin. ff. ad SCtum Trebell. Don. d. loco.* Non igitur oneratur heres, cùm commodum & emolumentum rei percipiat; tunc autem onus sustineret,

neret, si legitima minor redditur vel quantitate vel tempore.

Sextò, nec satis validum argumentum desumitur ex *d.l. Papinianus* 8. §. 14. ff. *de inoffic. test.* ubi, qui inofficiosi querelam movit, & succubuit, tantùm legitimam consequitur, Falcidiam verò perdit. Ergo querelâ non motâ, duas quartas heres deducit. Sed respondendum est, antiquo jure filium non utentem querelâ inofficiosi, nihil aliud ex hereditate obtinuisse, quàm quod ei nominatim relictum fuit: si igitur ei nihil ei relictum est, nihil omissâ querelâ habiturus erat, sed Falcidiam tantùm, *d.l. in quartam. ff. ad l. Falcid.* Sed postea Imperator *in l. omnimodo* 30. *Cod. de inoffic. testament.* aliud introduxit; licere iis personis, quæ testamentum quasi inofficiosum arguunt; id quod minus portione legitimâ relictum est, ad eam implendam, sine ullo gravamine aut morâ exigere. Sive ergo querelam moverint, sive non, tamen legitimam portionem, & quod eidem deest, exigere possunt, quod illis in quartam imputatur, *d.l. in quartam. Digest. ad l. Falcid.*

THEOREMA VII.

An filius emancipatus, & à sacris paternis remissus, cui nihil relictum est, fideicommisso onerari possit?

SEcundùm naturam est, inquit Paulus Jurisconsultus *in l. 10. ff. de reg. jur.* commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *Si igitur* pater *filium emancipatum* fideicommissum restituere jussit, *cui nihil reliquit*; quæstio est, an jure pater id facere possit? *Qui* affirmantibus calculum addunt, hisce argumentis se tueri volunt.

I. Propter generalem & verissimam regulam juris; eum à nobis onerari posse, quem & honoramus, cui videlicet aliquid relinquimus, *l. 1. §. sciendum 6. ff. de leg. 3.* nec rogando onerandus, cui nihil dederis, ut ait Jurisconsultus *in l. sed etsi 6. §. 1. ff. d. tit. de leg. 3. l. ab eo 9. Cod. de fideicommiss.* At pater hîc filium honorasse videtur, dum ei libertatem dedit, ut per emancipationem sui juris efficeretur; quæ emancipatio beneficium quærendorum bonorum appellatur, *in leg. prim. in princip. Digest. si quis à parente manum.* Ergo justè ab eo fideicommissum relinqui potest.

II. Si

II. Si filio emancipato datur bonorum possessio contra tabulas, non penitus ab hereditate patris arcetur, sed partem bonorum debitam consequitur. Sed datur ei à Prætore bonorum possessio, *l. 1. §. & sui 6. ff. de bon. possess. cont. tabb. l. maximum vitium 4. versic. sancimus itaque. Cod. de lib. prater.* Ergo æquum est, eundem & fideicommissa restituere.

III. Accedit, quòd diserte ab Imperat. constitutum sit *in l. liberi 1. Cod. de bon. possess. contr. tabb.* quòd liberi, contra tabulas parentum, bonorum possessione admissâ, legata præstare teneantur. Igitur etiam fideicommissa, *arg. §. sed non usque 3. Instit. de leg. l. omne verbum 2. Cod. comm. de leg.*

IV. Huc confert, quòd quartam Trebellianicam emancipatus deducere possit; nec cogitur onus sine lucro sustinere, *§. sed quia heredes 5. Instit. de fideicom. hered.*

Sed rationes hæ dubitandi parum stringunt, nec veriorem sententiam evertunt, quæ certa est, & in legibus fixam habet sedem, fideicommissum relinqui non posse ab illo, à quo nullum commodum hereditatis accepimus; & hujus assertionis fundamenta hæc sunt.

I. Textus ad hanc rem luce meridianâ clarior est, ut majori indice opus non habeat, *in l. quidam filium 31. C. de fideicommissis:* ubi Imper.

explodit antiquitatem circa hanc rem, & noviter sancit, filium emancipatum non cogi fideicommissum restituere; quia injuriâ affectus sit, quòd testator alienos præferre voluerit filio suo.

II. Præteritione heredis testamentum corruit, quod ex institutione aliâs robur suum consequeretur. Non igitur sine causâ liberi prætereundi aut exheredandi sunt, *authent. non licet. Cod. de liber. prater. Nov. 115. cap. 3.* Nec officit, quòd *in authent. ex causa C. d. tit. de liber. prater.* dicatur, ex causâ exheredationis & præteritionis, testamentum tantùm, quo ad institutionem, irritum esse; cætera verò firma permanere ut sunt legata, & fideicommissa. Nam illud tunc demum verum est, ubi legata à filio instituto relicta sunt. Deinde *d. authent.* loquitur de præteritione maternâ, quæ habetur pro exheredatione; item, de filio in patris potestate constituto; hîc verò de emancipato sermo est.

III. Idem constitutum est in patrono, qui à liberto præteritus est. Nam contra tabulas bonorum possessione petitâ, non cogi poterit servum vendere, *l. alieno 31. § si patronus 3. Digest. de fideicommiss. libert.* Idem igitur in præsenti casu recipiendum erit. Non enim is fideicommisso aut legato onerari potest, ut aliquid præstet, qui nullum lucrum captat, sed tantùm erogat,

rogat, quantum capit, *l. civitatibus 122. in fine. ff. de leg. 1.*

Reliquum est, ut argumenta contra hanc sententiam adducta convellantur.

Primò enim quod asseritur, patrem filium honorasse in eo, quòd ei libertatem dederit, ut per emancipationem sui juris efficeretur; dici potest, beneficium emancipationis inter vivos à patre in filium collatum esse, non demum ex hereditate patris filium eam consequi, ideoque si is fideicommisso onerari debet, necesse est eum aliquid mortis causâ cepisse à testatore, *l. 1. §. sciendum 6. Digest. de leg. 3.* deinde etiam hîc locum habet, quod legibus proditum est, Emancipationem, patriam potestatem, libertatem, & jura patronatus, inæstimabiles res esse, quæ nullâ pecuniâ æstimantur, *l. statu liberum 9. §. illud. 2. ff. de statu lib.* regula verò, ut onerare possimus, cui aliquid relinquimus, locum sibi vindicat duntaxat, si quid pecuniarium vel simile ex bonis alicui relinquatur, *l. filiusfamilias 114. §. si quid 5. ff. de leg. 1.*

Secundò quod objiciebatur, filium emancipatum non penitus à patris hereditate alienum esse, quòd ad bonorum possessionem contra tabb. à Prætore admittatur, *dd. ll.* Ergo consequens esse, illum fideicommisso onerari posse. R. Filium quidem patris bona consequi, remedio Prætoris; sed contra patris voluntatem ideo à

patre onerari non debet, quia non judicio testatoris ea sibi adquirit; quemadmodum nec is gravari potest, qui fortuitò aliquid ex testatoris bonis accepit, sive hereditatem sive legatum, *l. sed et si ó. §. 1. ff. de leg. 3.*

Tertium, est ab Accursio inventum, *ad l. 1. C. de bon. poss. contr. tabb.* ubi liberis præteritis datur bonorum possessio, si modò legata & fideicommissa præstiterint; & proinde non obstante præteritione, legata nihilominus deberi, *d. auth. ex causa.* sed *d. l. intelligenda in eo casu*, ubi legata illa testator non à filio, quem præteriit, sed *ab aliis heredibus, quos instituit, reliquit.* Ad authent. suprà responsum est. Denique *nihil* facit ad rem *d. §. sed quia heredes 5. Instit. de fideicommiss. hered.* Loquitur enim de herede instituto, qualis non est emancipatus hîc.

THEOREMA VIII.

Liberi in conditione positi, an etiam in institutione positi videantur?

NAturam parentib⁹ ingenerasse στοργὴν quandam erga suos liberos, plusquam manifestum; adeò, ut si nullâ causâ compulsi liberos exheredarint, eo colore id fecisse fingantur, ac si non sanæ mentis fuissent, *l. hoc colore 2. ff. de inoffic. testamen.* qui aliâs vivo patre domini bonorum

rum esse dicuntur, *l. sui 11. ff. de liber. & posthum.* unde Bart. de liberis & nepotibus scribit, Unumquemque magis amare liberos, quàm eorum filios; præsertim, quos testator ne vidit vel novit quidem, si moriatur. Naturâ igitur æquum esse videtur, liberos, tanquam proprium sanguinem, præferri aliis extraneis: quod non solum ex testamento, verùm etiam sub conditione quovis modo, fideicommisso fieri potest; unde si conditio talis adjecta sit: si sine liberis decesserit, tot capito &c. quæritur, an liberi in conditione positi, etiam in dispositione positi videantur? Quod nonnulli affirmant, sequentibus de causis.

I. In fideicommissis solùm testatoris voluntatem spectandam esse, *l. in conditionibus 19. l. pater Severianam 101. §. conditionum 2. Digest. de condit. & demonstr. l. 1. Cod. de sacrosanct. Eccles.* Cùm igitur hæc sit testatoris mens & voluntas; liberos sub conditione positos institutos esse, *l. Lucius 85.* verbis finalibus; fratrem non solùm prætulit substitutis, sed & ejus liberos, *ff. de hered. instit.* Liberi igitur, in conditione positi, in institutione positi videntur.

II. Alibi etiam, in jure, hæc verba, si sine liberis pro dispositione accipiuntur, *l. inter socerum 26. §. cùm inter patrem. ff. de pact. dot.* ubi filia jussa est dotem restituere, si sine liberis discedat; defunctâ verò filiâ liberi salvi supervivent, dotem retinent; ubi perspicitur, conditionem

dispofuiſſe. Idem ergo dicendum eſt in præſenti quæſtione, dispoſitionem fieri.

III. Facit ad hanc ſententiam *l. qui filium 74. in pr. ff. ad SCtum Trebell.* ubi diſertè Paulus proponit, dispoſitionem factam eſſe, cùm liberi nati ſint. Igitur idem attendendum erit in propoſitâ ζητήσει.

IV. Accedit, ſi verba ſine liberis nihil dispo- nerent, inutilis eſſet eorum expreſſio, cùm tamen ſubſtitutus excludatur, *l. cùm avus 102. ff. de condit. & demonſtr.* ubi tacita conditio disponit, ut nepotis liberi excludant patruum. Pietatis enim conjectura eſt, quemlibet proprias ſucceſſiones extraneis præferre velle, *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideicommiſ. Coraſ. miſcell. 2. cap. 19. Fachin. 4. controv. 51. Dn. Gœdd. ad l. 148. nu. 5. Hotom. illuſtr. quæſt. 13.* Sed non diutiùs his inhærendum eſt, quin veriorem ſententiam contrariam amplectar, quæ his nititur fundamentis in jure certiſſimis.

I. Si liberi in conditione poſiti, in dispoſitione quoque poſiti eſſent, tunc mutaretur natura conditionis, quæ nihil disponit; ut perſpicitur ex *l. ſi quis ſub conditione 8. ff. ſi quis omiſſâ causâ teſtam.* ubi ab inteſtato poſſidere dicitur hereditatem, qui ſub conditione poſitus eſt, quia legatarius non fuerit, *l. ſi quis ita 82.* ibi, deficere conditionem teſtamenti, illo vindicante, *ff. de hered. inſtit.*

instit. ubi patrier conditio nihil disponit. Ergo admitti non debet.

II. Comprobatur hæc sententia *in l. Lucius Titius 85. D. hered. instit. in fine. ib.* Non enim fratrem solùm heredem prætulit substitutis, sed & ejus liberos. Ubi substitutis præferuntur liberi sub conditione positi, non ratione institutionis, sed ab intestato successionis. Nam ratione institutionis non præferuntur liberi substitutis; quia institutio non conjecturâ aliquâ fit, sed verbis directis probari debet, *l. jubemus 20. C. de testam. §. inprimis. Instit. de fideicomm. hered.* nec ut fideicommissum nutu relinqui potest, *l. in epistola 22. Cod. de fideicommiss.* nec etiam ex fideicommisso liberi in dispositione videntur esse, quia illud intercidit, si heres scriptus, antequam adiret hereditatem, mortuus fuerit: tunc enim fideicommissarium decipere videtur, *l. ille à quo 13. §. quid ergo 3. ff. ad Senatusconsultum Trebell. l. ita tamen 27. §. quotiens 6. ff. d. tit.* Consequens ergo est, liberos sub conditione positos non esse in institutione.

III. Textus ad hanc rem sunt *in l. ex facto 19. ff. de hered. instit. l. filius familias 114. §. cùm erit. 13. ff. de leg. 1. l. si quis 16. in fine. ff. de vulgar. & pupill. substit. Cujac. in l. 85. ff. de hered. inst. Gomes. 2. var. resol. cap. 3. num. 33. pag. 31. Duar. in tit. de cond. instit. cap. 5. Donel. & Sichard. in d. l. 1. C. de pact. Gail. lib. 2. obs. 136. Ant. Faber. par. 2. dec. 26.*

error. pragm. Forst. part. 1. disput. 12. thes. 16. Dom. Arum. exerc. 9. th. 19.

Supersunt ea, quæ suprà proposita sunt, ut refutentur.

Primò enim, quod dictum est, In fideicommissis testatoris ultimam voluntatem spectandam esse; eo nihil verius est. Quod autem subjungitur, testatoris hanc esse mentem & voluntatem, ut liberi in conditione positi, etiam in institutione esse videantur; penitus sine ratione dicitur, nec *dict. leg. Lucius.* probari potest, in qua plures conditiones proponuntur; quarum hæ, si Titius priùs moriatur, antequam hereditatem meam adierit, aut liberos ex se natos nõ habuerit, pro conjunctis haberi debent, perinde ac si testator dixisset: si Titius moriatur ante aditam hereditatem sine liberis: non autem liberi sub conditione positi vocati sunt; quia totus tit. agit de institutione directâ. Fieri autem non potest, ut institutio sub conditione fiat, sed verbis directis & expressis fieri debet, *l. heredes palàm 21. ff. qui testament. facere poss.* ut suprà demonstratum est.

Secundò parum facit *l. inter socerum 26. §. cum inter 2. ff. de pact. dot.* Ibi enim nulla institutio, sed ex pacto dos ad patrem pertinet, si filia sine liberis decedat. Nulla igitur dispositio ibi locum habet, sed lex à proposito prorsus aliena est.

Tertiò

Tertiò quod attinet ad *l. qui filium 74. ff. ad SCtum Trebell.* respondendum est, ibi dispositionem esse, non verò conditionem, de qua hîc sermo est; ideo ex præsumpta testatoris voluntate, fideicommisso hereditatem relictam esse.

Denique non obstat, quod dictum est, liberos sub conditione positos, substitutum excludere, *d. l. cum avus 102. ff. de condit. & demonstr.* quod ibidem non probatur; sed avus testator fideicommissum reliquit, quod filius sive nepos post mortem patruo restituere debet; mortuo postea nepote, relictis liberis, defecit fideicommissi conditio, & ex pietate liberi ab intestato succedunt. Non enim in testamento instituti sunt, quorum testator non meminit; quia post testamentum factum demum nati sunt; aliâs si tempore testamenti facti nati essent, patruum testator non præferret. At quia post testamentum nati sunt, ex pietate ab intestato illos succedere voluit, *l. cum acutissimi. C. de fideicom.*

THEOREMA IX.

An testator quartam Trebellianicam prohibere possit?

REgulare est, neminem prohibere posse, ne lẽges in suo testamento locum habeant, *l. nemo 55. ff. de leg. 1. l. ita autem Julianus 7. ff. de administr. l. testandi 13. C. de testam.* Cùm itaq; jure

civili permissum sit, quartam Trebellianicam deducere, *§. sed quia 5. cum aliis seqq. Instit. de fideicom. hered.* ideoq; non liquet, qua fronte contrarium quis asserat. Pro hac enim sententia hæ militant rationes.

I. Cessante ratione cessat etiã legis dispositio, *l. adigere §. quamvis. ff. de jure patron.* Et nemo prohibere potest, ne leges in suo testamento locũ habeant; ut jam dictum. At nullâ expressâ lege cautum reperitur, ut tantam licentiam testator sibi tribuat quartam Trebellianicam prohibendi: Ergo jure id facere nequit.

II. Textus est perspicuus in *l. jubemus 6. C. ad SCtum Trebell.* in verbis; ut omnibus modis retentâ quartâ, auctoritate SCti Trebelliani &c. ubi verba, *omnibus modis*, necessitatem quandam præcisam important, *l. si quis argentum 35. §. sed si quidem 5.* circa medium in verbo *omnimodo*, *Cod. de donat.* Sequuntur hanc sententiam *Vaud. lib. 2. quæst. 17. Domin. Arum. exercit. 9. thes. ult. Forster. disput. 14. thes. pen. Fachina. 3. illustr. controvers. cap. 4. Forcat. in Necyomant. dialogo 45. Alciatus 5. parerg. Angel. Matthe. lib. 4. de legat. cap. 14. nu. 9.*

Sed his rejectis, quibus postea satisfaciendum erit, verius est, testatorem quartam Trebellianicam prohibere posse.

Ubi enim eadem ratio militat, ibi eadem est juris dispositio, *l. non possunt. ff. de ll.* At in quarta Tre-

ta Trebellianica eadem est ratio, quæ est in quarta Falcidia defalcanda, *l.1.§. inde Neratius 19.ff. ad SCtum Trebell.* ubi Falcidiam nominat fideicommissi, quæ tamen in legatis aliàs deduci solet, *tit. de L. Falcidia. l. pater filiam 14. §. avia 1. ff. ad L. Falcid. l. Titia 86. ff. eod.* & inter se exæquantur in *l. Marcellus 3.§. item Pomponius. Digest. ad senatusconsult. Trebellian.* Jam verò quartam Falcidiam testator prohibere potest, *Nov.1. cap.2. vers. si verò. & auth. sed cum. Cod. ad L. Falcid.* Ergo etiam prohibere poterit quartam Trebellianicam. *Bartol. & Jason. Gomes. 1. resolut. 11. num. 11. Jul. Clarus in §. testam. quæst. 61. Soarez. lit. T. & alii. Vasqui. de succes. resol. 2. §. 11. nu. 27. Duaren. ad l. nemo 55. ff. de leg. 2.*

Propositi nunc est, quod supra in contrarium adductum est, considerare, & cum posteriori sententia conciliare.

Primò igitur, quod affertur, nullâ lege probari, quartam Trebellianicam prohiberi posse, manifestè convellitur *d. Nov. 1. cap. 2.* in fine; ubi testator prohibere potest, ne heres quartam Falcidiam defalcet; cur non igitur etiam Trebellianicam? cùm eadem harum sit ratio, & legata in omnibus fideicommissis exæquata sint; ergo etiam in deductione quartarum, *l. 2. C. com. de legat.* Plura ad hanc rem in 1. theor. hujus decadis dicta sunt.

Secundum etiam parum stringit, quod ex *l. jubemus 6. C. ad SCtum Trebell.* elicitur, in verbis; omnibus modis, retentâ quartâ Trebellianicâ: quæ verba necessitatem importent, *d. l. si quis argentum 35. §. sed si quidem 5. C. de donat.* ubi nonnulli necessitatem non absolutam, sed consequentiæ intelligunt; sed concesso, verbum *omnimodo* necessitatem importare; illud tamen non semper contingit. Admittit enim limitationem, *ut in §. item verborum 11. Instit. de inutil. stipul.* Ideoque quamvis regulariter quartam Trebellianicam ex fideicommisso heres deducere possit; non tamen poterit, quando testatoris voluntas refragatur, *d. Nov. 1. cap. 2. vers. si verò designaverit non velle, &c.*

THEOREMA X.

An femina in codicillis testis esse possit?

REgula juris est, feminas ab omnibus officiis civilibus & publicis remotas esse, *l. femina 2. ff. de reg. jur.* Quod ut in aliis rebus observatur, sic etiam in testamenti factione; quæ cùm juris publici sit, *l. 3. ff. de testament.* ideo jure civili mulier in testamento calato testis esse nequit, cùm comitiorum particeps esse non possit, *Agell. 5. noct. Attic. cap. 16.* Neque in illo, quod in procinctu fiebat, cùm militiæ incapaces sint; neque etiam in eo testamento, quod per æs & libram

libram fiebat; quia in emancipationibus, tanquam solennibus, adhibeantur cives Romani masculi duntaxat; ut scitè docet *Dom. Aruma. exerc. 7. th. 14.* Hinc quæsitum est, an non in codicillis testis esse possit, in quibus non tanta solennitas requiritur? Qui negant, in codicillis etiam feminam testem esse non posse, his demonstrant rationibus:

I. Prohibitionem in testamento factam etiam locum habere in codicillis, videtur probari *l. Divi 6. §. codicillos 3. ff. de jure codicill.* ubi codicillos is facere dicitur, qui & testamenti factionem habet. Jam autem testamentum facere non potest, ubi femina testis est, *§. testes 6. Instit. de testam. ordin.* Ergo nec codicillos: Non igitur validi videntur codicilli, ubi femina testis fuit.

II. Comprobatur *l. discretis 10. C. de testam.* ubi muti, surdi arcentur à testimonio, ob corporis aliquod vitium; quanto magis igitur feminæ, quæ animi defectu laborant, & debile earum est judicium, facileq; circumveniri possunt.

III. Huc confert *l. hac consultissima 8. vers. quæ in eundem*; ubi traditur, eundem modum observandum esse in codicillis, quem in testamentis; numerum videl. septem testium, qui necessariò aliàs in testamento requiritur.

IV. Codicilli non absque solennitate quadam perficiuntur; quod ex eo perspicitur, quòd in codicillis quinque testes adhiberi debeant,

l.fin.§.fin.C.de codicill. Ergo feminæ hujus solennitatis rudes & expertes à codicillis arceri debent, *Dec.in l.2.ff.de reg.jur.n.26.*

A qua tamen sententia ut recedam, validiores rationes me movent. Veritati igitur potiùs convenit, feminas in codicillis testes esse posse.

I. Cessat enim *in iis causa*, propter quam in testamentis testis esse nequit, quia in codicillis nulla requiritur solennitas, *§. fin. Instit. de codicill.* Feminæ igitur in codicillis testes esse possunt.

II. Nulla differentia daretur inter testamentum & codicillos, si ubique eædem solennitates intervenirent, *Don.d.lib.7.com. cap.19.*

III. Accedit, quòd aliàs femina testis esse possit, *l. qui testamento 20.§.mulier 6.ff.qui test.fac. poss.* ubi, excepto duntaxat testamento, mulier testari non prohibetur, *l.1.§.1. ff. de testibus.* Et hanc sententiam ut veriorem exosculantur *Don. 7.com.19. Vigl.in §.fin. Instit. de codicill. Dom.Arum.exerc.7.quæst.14. Hœnon.disput.11.thes.22. Paul.Berens. disput.7.them.ult. quæst.ult. Forster. disput.14.th.ult.*

Ultimum adhuc restat, ut argumenta contra hanc posteriorem sententiam adducta refutentur.

Primum igitur parum hîc conducit, quod ex *l.Divi 6.§.codicillos 3.ff. de jure codicill.* proponeba-

ponebatur, codicillos eum facere posse, qui & testamentum. In testamento autem feminæ testes esse non posse. Ergo nec in codicillis. Respon. Committi fallaciam à dicto secundùm quid ad dictum simpliciter. Non enim in *d. l. Divi. §. codicillos.* dicitur, codicillos quem eodem modo facere posse ac debere, quo testamentum, sed eum posse facere codicillos, qui & testamentum facere potest; inter quæ multum interest. Nam priori locutione necesse est, omnia solennia in codicillis adhiberi, quæ in testamento requiruntur, quod tamen necesse non est, *§ fin. Instit. de codicill.* nec etiam in *d. l. Divi. §. 3.* id præcipitur. Igitur requirit id duntaxat, ut is, qui codicillos facturus sit, habeat testamenti factionem, ut tunc qui quod plus est, potest, possit etiam, quod minus est, *l. in eo 110. ff. de reg. jur.*

Secundum argumentum à surdis & mutis, & vitio corporis laborantibus, desumptum, ad feminam, quę debile habet judicium, hîc non procedit, ubi dispar est ratio. Quid enim surdus testetur, qui non audiat, quæ geruntur? quid mutus, qui loqui non possit, testabitur? Femina verò, quamvis ejus judicium infirmum sit, tamen hîc nihil impedit, quò minùs in codicillis testis esse possit, quemadmodum & in contractibus & judiciis testis esse potest, *Dec. in d. l. femina 2. nu. 34. & aliis. ff. de reg. jur.*

Tertiò, perperam adducitur *l. hac consultissima 8. C. qui testam. fac. poss.* ubi circa medium ostendit Imp. idem in codicillis observari, ut illi septem testibus perficiantur, & aliis requisitis, quæ de testamento constituit. Ibi enim à tabulariis subscriptionem & cætera specialiter Imp. requirebat in testamento cæci, ultra vulgarem testandi modum. Atque ita etiam in codicillis id fieri vult, quod tamen non trahendum est ad consequentias, *l. jus singulare. cum simil. ff. de ll. Wesenb. ad §. 4. Instit. de testam. ord.* Deniquenihil concludit illud *ex l. fin. §. fin. C. de codicillis* depromptum, quòd in codicillis non exigua solennitas testium, & eorum subscriptio requiratur. Notum enim est, à plerisq; omnibus juris interpretibus uno ore id verè receptum esse; in codicillis testes non propter solennitatem, quæ in illis nulla est, *d. §. fin. Instit. de codicill.* sed probationis causâ adhiberi, ut ostendit *l. fin. C. de fideicom.* quâ frustra nititur Borcholt, demonstraturus per eam, *d. §. fin. Instit. de codicill.* correctum esse. Cùm itaque probationis causâ in codicillis testes adhibeantur, femina in illis arceri non debet, cùm probare possit, *l. 3. §. 5. l. 18. ff. de testibus.*

DECAS

DECAS VII.

Cujus theoremata sunt hæc.

I. *An inter suos & emancipatos differentia sublata sit in successione ab intestato?*

II. *An in regni successione præferendus sit filius ante regnum natus, an verò is, qui post regnum demum natus est?*

III. *An jus repræsentationis in infinitum locum habeat in linea recta?*

IV. *An duorum pluriúmve fratrum liberi patruo in capita succedant?*

V. *An spurii laborent infamiâ?*

VI. *An filius emancipatus à patre adoptivo, utriusq; tam naturalis, quàm adoptivi patris successione frustretur?*

VII. *An filius sumptus studiorum causâ factos conferre debeat?*

VIII. *An pactum affirmativum de successione, in jure validum sit?*

IX. *An bonorum possessio adhuc in usu sit?*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0289
DFG

X. *An bonorum possessio dominium proprietatis tribuat?*

THEOREMA I.

An inter suos & emancipatos differentia sublata sit in successione ab intestato?

TRes ordines sive gradus cognatorum Imp. Justin. *in §. 1. Instit. de gradibus cognationum; & in l. gradus 1. ff. de grad. & affin.* proponit. *Alius* enim gradus est superioris ordinis, qui & cognatio suprà dicitur; ut pater, mater, avus, *avia*, &c. *Alius* inferioris; ut descendentium, liberorum, & nepotum: *Tertius* collateralium tam agnatorum, quàm cognatorum. In gradu descendentium, quando liberi ad legitimam patris hereditatem vocantur, considerandum est, an omnes liberi vocentur? & an nihil discriminis constitui debeat inter sexum, aut inter illos, qui in patris potestate sunt, & emancipatos, § *praterea 6. Instit. quib. mod. jus patr. potest. solv.* Et an in successione ab intestato hac ratione nihil intersit inter liberos? De quibus posterioribus dubitatur, & adhuc res non satis expedita videtur, an nulla differentia sit observanda inter emancipatos, & suos heredes; qui vivo patre quasi domini dicuntur bonorum ejus, *l. in suis 11. ff. de lib. &*

lib. & posthum. Unde etiam participes à Terentio dicuntur, quòd cum iis bona participentur, ut ait *Cic.* Et patri ita succedunt, ut continuari potius, quàm mutari dominium videatur, *d.l. in suis 11. ff. de lib. & posthum. l.1. §. largius 12. ff. de succes. edict.* Nullam differentiam inter suos & emancipatos in successione ab intestato dari, nonnulli negant, sequentibus de causis:

I. Quia præcisè hæc duo requiruntur in suis heredibus; *Primò*, ut in potestate patris constituti sint, *§. sui autem 2. Instit. de hered. qual. & different. & §. sui autem 2. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. Secundò*, ut sint in potestate defuncti, tempore mortis, *Cl. Andr. Dinnerus ad §. sui autem 2. Instit. de hered. quæ ab intestat. &c.* Unde patet, manifestam adhuc subesse differentiam.

II. Differentia inter suos & emancipatos cognosci facilè potest ex eo, quòd sui vocentur à jure civili, *§.1. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* Emancipati verò à jure Prætorio, unde bonorum possessio ipsis à Prætore datur, & jure civili nihil juris habent, *§. emancipati 9. Instit. d. tit. de hered. quæ ab intest. l. capitis 11. ff. de suis & legitim.*

III. Sequetur, ut Cujacio placuit ad *Nov. 118.* tolli edictum totum de conjungendis cum emancipato liberis; ubi à Prætore datur eman-

cipato bonorum possessio ejus partis, quæ ad eum pertineret, si in potestate permansisset.

IV. Novum non est, antiquiores leges ad posteriores trahi, *l. ideo 27. ff. de ll.* & idcirco cùm sui heredes jure veteri 12. tabb. ad testatoris hereditatem vocati sint, *d. §. intestatorum 1. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* nō vocantur ex *d. Nov. 118.* Et quemadmodum sui heredes *ex d. Nov.* non vocantur, pari ratione nec emancipati succedent, *Cujac. ad d. Nov. 118.*

Verior tamen est illa sententia, omnem differentiam inter suos & emancipatos sublatam esse; quod sic ostendi potest:

I. In *d. Nov. 118. cap. 1. in princ.* his verbis; & sive suæ potestatis, sive sub potestate sit; & circa medium & totum caput, hæc sæpius reiterantur. Et sic Justin. Imper. non quidem quoad heredum qualitatem jus vetus abolere voluit, nec penitus jura suorum & emancipatorum confundere, ut hodie ignoretur, quis suus vel emancipatus dicendus esset; sed hoc noviter constituit, ut emancipati, qui non nisi beneficio Prætoris succedebant, *§. emancipati autem 9. Instit. de hered. quæ ab intest.* hodierno jure civili succederent, *Anton. Fab. lib. 29. err. pragm. 10.*

II. In successionibus Imp. non tam strictè jus patriæ potestatis attendit, sed magis naturalem rationem secutus; ut habetur *in auth. in successione, C. de suis & legitim.* Sequuntur hanc sententiam

tentiam *Don. l.8.com.2.* ubi jus vetus penitus abolitum esse censet, *Val. Forster. disp.15.thes.7. Dominic. Arum. exercit.11.th.7.*

Cogitandum jam supereſt, quomodo superioribus argumentis satisfaciendum sit.

Ad primum igitur & secundum quod attinet, differentias adhuc dari, inter suum & emancipatum: respondendum est, illas in successione penitus abolitas esse, *d. Nov.118. cap.1.* ubi omnes liberi succedunt, sive in potestate sint, sive suæ potestatis, ut emancipati; non autem emancipatus jure suitatis (ut ita loqui liceat) succedit, sed quia filius est, ideo ab hereditate non alienus esse debet.

Tertium totum Cujacio concedi potest; Edictum de conjungendis cum emancipato abrogari. Cui enim competit ordinarium, is non opus habet extraordinario, *arg. l.1. ff. de Public. in rem act.* Nam in *d. Nov. cap.1.* bene inter se conjunguntur, ut juri veteri differentiæ alicui nullus locus supersit.

Quartò etiam nihil juvat Cujacii sequaces, quod in *l. ideo 27. ff. de ll.* adfertur, quæ satis explicatur per subsequentes leges, posteriores leges ad priores trahi, nisi contrariæ sint. Jam autem jus *Nov.118. cap.1.* contrarium est ei, quod dicitur, emancipatos remedio Prætoris bonorum possessionem petere posse, qui heredem facere non potest, *princ. Instit. de bon. poss.* Ideoque tan-

quam ex lege, inter liberos & heredes, succedit emancipatus, jure *Nov. 118.* quo bonorum possessio Prætoris non attenditur. Quamvis enim sui jure veteri etiam vocentur, tamen quia eo jure inter liberos magna in successione erat differentia, ideo Imp. in *d. Nov.* eam abrogatã voluit.

THEOREMA II.

An in successione præferendus sit filius ante regnum natus, an verò is qui post regnum natus est?

ANtiquissimam, & ex jure gentium originem sortiri primogenituram, quam primogeniti habent, docent post *Bart. in l. interdũ 29. ff. de condict. indebiti. & in rubr. ff. de adq. hered. Johan. le Cirier in tr. de primogen. quæ. 3.* Nam omnium gentium instituto, quæ legibus & morib. regunt̃ur, primogeniti in honoribus, hereditatibus & successionibus prærogativâ quadam gaudent, quæ à natura provenit, quod etiam sacris literis comprobatur, *Zach. 12.* ibi, & dolebant super eum, ut dolent parentes in morte primogeniti. Sic olim privilegium primogenitorum erat, à dextris patris sedere, cibos duplicatos accipere, duplicem partem in hereditate patris habere, de quibus *Andr. Tiraquell. de jure primogenitorum. Hinc Herodot. in Polymnia* scribit, apud universas gentes constitutum fuisse, ut maximus

ximus natu liberorum Principatum obtineret. Id etiam confirmat in *l. ex hoc jure 5. col. 2. vers. 4. quæritur. ff. de just. & jur.* Semper par, inquiens, fuit, & semper erit, quòd primogenitus succedat in regno: quod non solùm leges Hebræorum, sed etiam totius Galliæ, Hispaniæ, Angliæ, Ungariæ, aliorumque populorum consuetudines comprobant, *Andr. Tiraquell. d. loco.* Non levis hîc suboritur controversia: Si duos filios progenuerit pater, unum ante regnum acquisitum, alterum post regnum, uter horum in successione præferri debeat? In hac quæstione non desunt, qui pro secundo filio respondent, illumque primogenito præferendum esse, his probant rationibus.

I. Regis filius nominari non potest is, qui natus est, antequam pater Rex electus est, *Bart. in l. senator 11. C. de dignitatib.* Ideo nascendi felicitate regnum ad secundò genitum potius referendum est; quod & exempla comprobant Artobazenis & Xerxis, cùm Xerxes, arbitro constituto Artapherne patruo, Dario regi successit secundò genitus, *Herodot. in Polymnia lib. 7. Plut. in Artaxerxe, in princ. Justin. lib. 2.* Sic *Henricus Othonem fratrem expugnavit.*

II. Si ex senatore natus de dignitate patri pòst acquisitâ nihil participat quicquam, *d. l. senator 11. C. de dignit.* nec filii ante decurionatum patris nati decurionatus privilegiis gaudent, sed hi tan-

tùm, qui pòst nati sunt, *l. si quis decurio aut subjectus 55. C. de decur. l. Doctitii 63. l. divæ memoriæ 65. & l. fin. C. d. t. de decur.* consequens est, eâdem ratione non illum primogenitum esse, nec in regno patris succedere, qui ante adeptionem illius in lucem editus est. Generale enim est, filios eam conditionem sequi, quæ tempore nativitatis patris est, *l. si manumissus 2. C. de liber. & eor. libert.*

III. Huc facit definitio primogenituræ, quæ prærogativa quædam est, quæ filio primogenito præ cæteris competit, quam primum natus est, *Exod. 13. & 34. Num. 3. & 18.* Quæ definitio bene congruit filio post regnum patris nato. *Is* enim verè filius regis est, cui præ cæteris jus primogenituræ tribuendum est. Quemadmodum filius scenicæ non habetur is, qui susceptus est, postquam mater desiit scenica esse, *l. imperialis 23. §. his illud 5. C. de nupt.* Eodem modo nec filius regis is haberi debet, antequam patet Rex designatus est, *Cujac. ad l. 36. C. de decur.*

Sed salvo cujusq; meliore judicio, contraria sententia mihi verior videtur, filium ante regnum natum aut conceptum, in successione regni præferendum esse; cujus rei hæ sunt causæ:

I. In *l. senatores 5. in fine. ff. de senator.* diserte exprimitur, Senatoris filium non illum tantùm esse, quem pater in senatoriâ dignitate constitutus susceperit, id est, conceperit, (hinc susceptus filius,

filius, *l. filius 25. ff. de rit. nupt.*) sed etiam, qui ante senatoriam dignitatem natus est, *Fac. l. 2. C. de advoc. diversorum judicum.* Idem ergo recipiendum est in præs. quæstione, propter eandem juris rationem.

II. Confert ad stabiliendam hanc sententiam textus *in l. filii 22. §. senatores 6. ff. ad municip.* ubi dicitur, filios retinere dignitatem municipalem sive ante dignitatem senatoriam, sive pòst demum nati sint: ubi nulla correctio admittenda est, ut *gl. ibidem* habet; cùm autoritas Florentinarum Pandectarum, quibus permagna fides semper habita est, refragetur. Sic & in *l. qui ad tempus 2. §. in filiis 2. ff. de decur.* dicitur, eum non tantùm decurionem natum esse, qui ante decurionatum natus, sed & qui conceptus est: *Fac. l. neq; Dorotheum 6. C. d. t. de decur.* Hinc est, quòd filii presbyterorum sint, sive geniti sint in sacerdotio, sive non, *cap. ad extirpandos. x. de filiis presbyterorum.* Idem ergo hoc loco recipiendum erit, & filius primogenitus sceptro & regno potietur patris sui defuncti; adeò ut mortuo primogenito filio, non secundò genitus, sed nepos ejusdem primogenii ad successionem admittendus sit, *Besold. lib. 1. dissertat. 7. n. 4.*

III. Sequitur aliàs illud incommodum; si Rex decederet, relictis filiis, vel unico saltem filio superstite, qui natus esset ante partum regnum, illum patri non succedere posse.

IV. Comprobatur hæc sententia illustri exemplo Belæ, qui secundus Ungariæ, quæ Pannonia dicebatur, Rex, cùm in privata fortuna Geizam vel Geisam (utrumq; licet loqui) suscepisset; Rex deinde designatus Ladislaum & Stephanum & Almum, patri defuncto successit primogenitus Geiza, ante regnum natus, fratresque suos, aliquid contra se molientes, facilè abegit; ut ostendit *Michaël Riccius in regibus Ungaria*. Et hæc omnia ita obtinent, nisi constitutionibus aliud receptum sit, *Val. Forst. de success. lib. 4. cap. 24. nu. 36. Tiraq. de jure primogen. p. 31. nu. 27. Hotom. 2. illustr. quæst.*

Illud adhuc supereſt, ut argumenta contraria superiùs allata convellantur.

Primò enim quod objicitur, dignitatem patris ante acquisitum regnum non pertinere ad primogenitum, ante regnum patris natum, quia is regis filius dici non possit, manifestò falsum est. Absurdum enim est, patrem esse nobilem, vel regio honore auctum, filium verò plebejum. Nec commodè exemplum Cyri huc transfertur, cùm, si ab antiquitate illud revocetur, contrarium liquidò appareat. Nam, ut *Plut. in Artaxerxe* monet, Darii regis uxoris Parasatidis, inter filios, Artaxerxem, videlicet ætate maximum, & reliquos, Cyrum fuisse amantissimum, eumque propterea regno patris succedere cupiebat, relicto Artaxerxe. Erat enim persuasa eâ ratione,

tatione, quâ olim Xerxes priscus usus est, autore Demarato Lacedæmone; Artaxerxem se privato, Cyrum Regi peperisse. Nec tamen propter has persuasiones mater Cyri perficere potuit, ut id obineret: nam qui ætate anteibat, Rex constitutus est. Hæc Plutarchus. Ex quibus liquet, perperam ab aliis hæc recensèri.

Secundò probatur hæc sententia ll. quibus illud tantùm demonstratur, quæ in honorem & dignitatem filiorum vivo patre transeant, de qua re sermo hîc non est, sed de his duntaxat, quæ transeant post mortem jure successionis in primogenitum, *Tiraq. d. loco.*

Denique definitio tota primogenituræ potius pro posteriori sententia confirmanda facere videtur. Nam definitur prærogativa quædam, quæ filio præ cæteris competat. Jam autem ordine naturæ inspecto liquet, & omnibus innotuit, illum primogenitum esse, qui primùm ex vulva egressus est, *Exod. 13. & 34. Num. 8. & 18.* Ergo eidem etiã jus primogenituræ competit. Nec obest, si dicas, illum ante regnum patris natum esse, quo tempore pater nondum in regio honore constitutus erat, quia etiam tunc nihilominus jus primogenitorum habet, ut jam fusiùs dictũ est. Multò minùs impugnat sententiã hanc *l. imperialis 23. §. his illud 5. C. de nupt.* ubi dicitur, filium scenicæ uxoris non esse illũ, qui natus est, postquam mater ejus scenica esse desiit. Nam ibi

non agitur de honore & dignitate filii, sed potiùs de dedecore, quod filius sentiret. Ars enim histrionica pro turpi & infami vitæ genere habetur, *l.1. & 2. ff. de his qui not. infam. t.tit. C. de spectac.* Odia igitur restringenda & favores sunt ampliandi. Diversum verò est, ubi agitur de regio honore protogenii, qui aliàs Infant vocatur. Deinde hoc argumentum à contrario sensu hic locum non habet, cùm manifesta suprà dicta ratio repugnet.

THEOREMA III.

An jus repræsentationis in infinitum, locum habeat in linea recta?

FIctionem juris naturam imitari, intelligitur ex *§. minorem 4. Instit. de adopt.* Quod & in eo verum est, quando filius & pater pro una eademque persona reputantur, & vox filii patris quoque esse intelligitur, *§. post mortem 11. Instit. de inutil. stipul.* Unde & in *l. ult. C. de impub. & aliis substit.* naturâ dicitur filium & patrem eandem personam intelligi: Sic etiam pater & filius censentur in uno gradu esse; nec enim pater sine filio, nec filius sine patre dici potest: id quod jure civili fit, cùm filius surrogatur in locum patris, ubi surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur, *l.1. §. hæc actio 10. in verbis*, in

locum

locum deficientis furti actionis propter servitutem, hanc actionem substituit Prætor, ff. *si is qui testam. liber esse jussus &c. l. si eum* 10. §. *qui injuriarum* 2. ff. *si quis cautionibus in judicio, &c.* Ideoque filius personam patris repræsentans in ejus locum succedit, & eo defuncto, ad liberos & nepotes hereditatem transfundit; quæ repræsentatio jure divino, gentiū & civili nititur, *Forster. de succeff. lib. 4. cap. 19. n. 5.* Unde hîc quæstio suboritur, An jus hoc repræsentationis in linea recta in infinitum locum habeat: quod nonnulli negant his de causis:

I. Propter summam iniquitatem, quæ hîc versatur, ubi longè remotissimi admitterentur cum proximis ad successionem, quos defunctus nunquam vidit, nec agnovit. Propter hanc iniquitatem, hoc admittendum esse non videtur in jure civili; quod in dubio non videtur discedere à jure naturæ; & nec ipse Justinianus contra naturalem rationem quidpiam introducere potest, §. *sed naturalia. Instit. de jur. nat. gent. & civ. Ant. Fab. 1. conject. 2.*

II. Omnis repræsentatio est cujusdam irregularitatis, & singularis juris, quod non subsistit, nisi perspicuè in jure de eo expressum sit. Singularia enim extendi non debent, ut communiter à *Dd. notatur in l. 1. ff. de reg. jur.*

III. Natura reluctatur, ut repræsentatio ultra pronepotem vel trinepotem extendatur.

Nam tunc nec liberi ampliùs vocantur, nec gradus specialib. vocabulis nominantur, *l. jurisconsultus 10. §. parentes 7. ff. de gradib. & affinib.*

IV. Dicunt *in §. cùm filius 6. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* non probari, jus repræsentationis in infinitum extendi posse, sed tantùm usq; ad pronepotem, quem §. Tribonianum ex Gajo desumpsisse tradunt, *lib. 3. vel ex Instit. lib. 2. tit. 8. §. si quando. Item ex Ulp. tit. §. si defunctus sit filius*; ubi duntaxat usque ad pronepotes jus repræsentationis extenditur. *Alex. Rauder. lib. 2. de analog. cap. 30. nu. 131. Joh. Faber. Angel. Mynsi. ad d. §. cùm filius 6. tit. lib. 3. Inst. Bart. in l. 1. ff. de lib. & posthum.*

Posterior sententia eorum est, qui affirmant, jus repræsentationis in infinitum locum habere, & hujus rei hæc fundamenta juris locant:

I. Jus repræsentationis ab æquitate dependet, *§. cùm filius 6. Instit. d. tit.* Æquitas verò illa in ratione naturali posita est, qua liberi ad parentum hereditatem naturâ vocantur, *l. cùm ratio 7. ff. de bon. damn.* Liberorum autem appellatione non solùm nepotes & pronepotes, sed etiam ultioris gradus descendentes veniunt, *l. liberorum 220. ff. de verb. significat.* Ergo etiam in infinitum jus repræsentationis ad liberos extendi potest.

II. Nihil peccavit is, qui non citiùs fuit conceptus & in lucem editus, *arg. §. sed nos 4. Inst. de*

SCto

SCto *Tertull.* in verbis; quid enim peccavit &c. Non idcirco fraudandus est defuncti hereditate, & avitâ successione, propter casus humanos & fortuitos, & alii in ejus locum substituendi, quos ipse defunctus penitus fortè repudiasset, *l. un. C. de his qui ante apert. tabb.* Quilibet enim proprias successiones præfert alienis, *l. cùm acutissimi 30. C. de fideicom.*

III. Propter *Nov. 118. cap. 1.* ubi cùm nimis longum esset, & Imperatori molestum, singulos gradus enumerare, subjecit: aut alios ascendentes: quibus verbis complectitur omnes omnino in infinitum posteriores, *l. ult. §. parentes. ff. de gradib. & affin.*

IV. Congruit *l. ult. C. de suis & legit.* ubi dicitur, quòd exclusis agnatis soli descendentes (ubi liberi in infinitum intelliguntur) ad mortui successionem vocantur; quod fieri non potest alio jure quàm repræsentationis.

V. Quotiescunq; generali significatione verborum Imp. utitur, liberorum, descendentium, posterorum &c. tunc verba juxta communem sensum sunt intelligenda, *l. liberorum 220. ff. de V. S.* Sed hîc nulla est restrictio, vel peculiaris ratio. Ergo generaliter textus legum sunt accipiendi, & non solùm ad nepotes, sed etiam pronepotes, & in infinitum extendi debent, *Forster. lib. 4. cap. 21. n. 6. & 22. n. 12. de succeff. Borcholt de gradibus pag. 177. Dom. Arum. exerc. 11. th. 5. & alii.*

Contraria igitur sic removentur.

Primò igitur, quod prætenditur, repugnare naturali æquitati, in successione admitti remotissimos, quos defunctus nunquam vidit, nunquam etiam agnovit; ad hoc colligi potest responsio ex prima ratione posterioris hujus sententiæ.

Secundò, non probatur, jus repræsentationis esse juris singularis, cùm hoc jure omnes descendentes & liberi defuncti uti queant, ut jàm ostensum.

Tertiò, quòd dicitur; Liberorum nomen amittere descendentes ultra pronepotem, d.l. Jurisconsultus. 10. §. parentes 7. ff. de gradib. & affin. Resp. Non desinere illos esse liberos, licet posteriores liberi vocari possint. Verbum enim *ultra* ad posteriores etiam descendentes accommodari debet, *l. nurus 50. ff. de verb. signif.* & pulchrè idipsum ostendit *l. liberorum 220. ff. d. tit.* ex qua *d.l. 10. §. 7.* explicanda est. Nihil igitur impedimento erit, quò minùs etiam in posterioribus jus repræsentationis locum habeat.

Denique quòd objicitur *d. §. cùm filius 6. Instit. d. tit.* tantùm loqui de nepote & pronepote; non verò jus repræsentationis ad alios descendentes accommodandum esse: quod etiam ex Cajo & Ulpiano probare laborant. Sed responderi potest, in *d. §.* commemorari exempla, ad regulam illustrandam; nequaquam verò eandem re-

dem testringendam, *l. regula 9. §. fin. ff. de fact. & jur. igno.* Loquuntur enim ea exempla de iis, quæ ἐπὶ τὸ πλεῖον accidunt, non verò quæ ἐν τῷ παρηλόγῳ, *l. jura 3. cum tribus seqq. ff. de ll.* Rarissimè enim contingit, parentes videre abnepotes: quod si tamen casus evenerit, infrequentia non tollet regulam, *Forster. d. loco.* Quod verò ex Cajo & Ulpiano comprobare volunt dictis locis; unde *d. §.* desumptum esse autumant: sed contrarium verius, Cajum & Ulpianum reliquos descendentes à jure repræsentationis non excludisse; quod ex eo patet, quòd Imperatori, illisque summis JCtis propositum fuerit, dictis locis ostendere, quomodo ab intestato liberi succedant in hereditate patris, quæ illis naturali ratione debetur, *l. cùm ratio 7. ff. de bon. damn.* jure videlicet reptæsentationis. Jam autem ipse Cajus liberos ultra pronepotes, non negat esse inferiores descendentes, *l. 1. in pr. ibi ex ll. 12. tab. & §. 1. in verbis*, vel nepotibus vel cæteris liberis *ff. de test. tut.* Neque etiam Ulpianus id negat, ut perspicitur ex *l. nam civium 4. cum seqq.* in verbis pronepotes, & deinceps *ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* ubi, cùm exempla duo liberorum proposuisset, nepotum & pronepotum; addit & deinceps, intelligens cæteras personas abnepotes, trinepotes & posteriores. Vocabulum enim *deinceps*, notum est, adverbium ordinis esse, & propriè gradatim aliquid fieri debere denotans,

quasi per singula capita. Hinc veteres *deinceps* proximum quemque capitum dicebant, quemadmodum Principem primum capitum. Sic Cic. *in lib. de divin.* refert, Rhodium quendam morientem sex æquales nominasse & dixisse, qui primus, qui secundus, qui deinceps moriturus esset. Cùm igitur appellatione liberorum etiam illi veniant, q. sunt descendentes in infinitum, *d.l. liberorum 220. Digest. de verborum significatione*, consequens est, jure liberorum in repræsentatione *illos uti posse.*

THEOREMA IV.

An duorum pluriúmve fratrum liberi patruo in capita succedant?

PErplexa & dubia quæstio est, quæ Oedipo quodam, vel domi Sphingem tenente, opus habet, in qua mirificè summi & permagni nominis Jurisconsulti se torserunt; & propterea in illa mihi ipsi Suffenus esse nolo, qui ex Heraclito antro res obscuras eruere nequeo: An duorũ pluriúmve fratrum liberi patruo in capita succedant, an verò in stirpes? In stirpes succedere, sequentes rationes evincere nonnulli opinantur.

I. Lex posterior abolet priorem, si repugnat, *l. sed & 28. ff. de ll.* Jus autem Novellarum posterius est jure Digestor. Cod. & Instit. *præfat. Nov.*

Nov. in verbis; sed quoniam positas leges neglectas invenimus, reparare eas judicavimus &c. Ergo ubi agitur de successione fratrum & filiorum, eos non in capita, sed in stirpes succedere, jure Novellarum certum est, *Nov. 118. cap. 3. in princip.* ibi: si autem defuncto fratres &c. ubi dicitur, liberos tantum capere, quantum parens eorum, si viveret, consecuturus esset. Idem etiam in sequent. versic. habetur. Non igitur dubium est, jus vetus abrogatum esse.

II. Accedit, quod *in d. Nov. cap. 3. vers. hujusmodi*, Imperator ait, se tantùm hoc privilegium solis fratrum masculorum & feminarum filiis & filiabus indulgere, ut in suorum parentum jura succedant; ubi sanè fratrum filii & filiæ in stirpes succedunt.

III. Ostendunt idipsum *in d. Nov. cap. 3.* illa verba; sed & ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur thiis &c. Ubi idem jus cõstituitur de fratrum filiis, quòd in stirpes succedant, non solùm quando soli sunt, sed etiam quando cum thiis suis concurrunt.

IV. In *d. Nov. cap. 3.* in fine verba hæc sunt: quod si nec parentes nec fratrum filii succedant, tunc successio cognatorum in capita admittatur. Ex quibus efficitur, quamdiu fratres & fratrum liberi superstint, tunc successionem non in capita, sed in stirpes fieri.

V. Huc facit, quòd nepotes succedentes cum filiis succedãt in stirpes, *§. cùm filius. Inst. de hered. quæ ab intest.* Eodem modo, si cum patruo succedunt, in stirpes vocantur, quia in patris locum succedunt, quando cum fratrum liberis vocantur. Et hæc de priori sententiâ, quam certatim sequuntur *Dd. Accurs. Bartol. & innumeri alii, quos passim allegatos videre licet.*

Posterioris sententiæ rationes veriores sunt, quibus confirmatur, quod intendo; Fratrum liberos patruo *in capita, non in stirpes* succedere.

I. *Quod novo jure correctum* non est, quare stare prohiberetur? *l. sancimus 27. C. de testam. l. præcipimus. in fin. C. de appel.* At jus vetus, *de fratrum liberis patruo succedentibus*, jure Novellarum correctum non est, quod ex solutionibus superiorum argumentorum jam patebit, tum etiam ex illa sufficienti ratione, quòd in toto *cap. Nov. 118.* non agatur de solis liberis fratrum patruo succedentib⁹, de quibus hic sermo est, *Don. lib. 7. comment. 4.* Ergo adhuc jus vetus observari debet.

II. Per *l. post consanguineos 2. §. 2. ff. de suis & legitim.* ubi successio fit in capita. Id quod repetitur à Justin. *in §. hoc etiam 2. Instit. de legitim. agnat. succeff.* ubi in fine disertè constitutum est, in præsenti casu hereditatem inter fratrum liberos non in stirpes, sed in capita dividendam esse, *l. pen. §. fin. in fine.* ibi procul dubio *C. de legitim. hered.*

hered. Theoph. tit. de legit. agnat. succeſſ. §. his ita. circa finem. Ulpian. §. agnatorum 3. tit. 26. de legit. hered. Cajus lib. 2. Inſtit. §. regulariter 6. tit. de inteſtatorum hered.

III. Deſumitur argumentum ex prædicta *Nov. 118. c. 3. verſic. hujusmodi*, à contrario ſenſu, quod in jure firmiſſimum eſt: ubi nulla abſurditatis ratio, vel contraria lex, ut in propoſito noſtro, dari poteſt. Nam *in d. verſic. hujusmodi.* fratrum filiis hoc beneficium competit, ſi cum propriis thiis vocantur; tunc enim in ſtirpes dividenda eſt hereditas. Ergo ubi non ſuccedunt cum propriis thiis, ſed ſoli ſunt, tunc ſuccedent in capita.

IV. Noviter inſuper in Comitiis Spiræ habitis *à Carolo V. Imperatore conſtitutio* promulgata eſt, anno Imperii ejus 24. ut fratrum filii non in ſtirpes, ſed in capita ſuccederent; quam Germanicam conſtitutionem ſecundū apicem memorat *Valent. Forſter. de ſucceſſ. lib. 8. cap. 3. in fine.* Et ſecundùm eam ſuo tempore deciſum eſſe in Camera Imperiali, teſtatur *Mynſing. obſ. 94.* eamque in parlamento Galliæ receptam eſſe, aſſerit *Hotom. illuſt. quæſt. 14.* eandemq; ſequuntur *Don. d. loco Fachin. 6. contr. 6. Joh. Vaud. lib. 1. quæſt. 24. & alii.*

Nunc argumenta, quæ in contrarium adducta ſunt, expendenda ſuperſunt.

Primò, quòd aſſerunt ex *d. Nov. 118. c. 3. verſ.*

si autem; ubi dicitur, filios tantum capere, quantum parens eorum, si viveret, consecuturus esset: quod & in seqq. reiteratur, fratres cum filiis defuncti in stirpes succedere: Idem jus igitur recipiendum esse in præsenti quæstione. Respondendum est, *dictis locis* fratrum filios non solos succedere patruo, de quibus in præsenti negotio agimus, sed quando cum fratribus defuncti concurrunt.

Ad secundum & tertium respondetur, *d. vers. hujusmodi* conjungendum esse cum posteriore *versic. sed & ipsis &c.* in quo Imperator limitat id, quod *in dict. versic. hujusmodi* constituit, videlicet prædictum beneficium successionis in stirpes inter liberos fratrum tunc locum habere, quando cum propriis thiis ad successionem defuncti vocantur; atq; ita hîc nihil repugnant, ubi tantùm de liberis fratrum agitur, quando soli succedant patruo, non verò concurrentibus thiis.

Quartò, malè infertur, ubi Imperator constituit, si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, reliquos cognatos in capita succedere: Ergo si fratrum filii supersint, tunc illos non in capita, sed in stirpes succedere. Sed eadem hîc responsio locum habet, totum Novellæ *cap. 3.* loqui, si fratrum liberi cum propriis thiis ad successionem defuncti vocentur. Et posito, non verò concesso, *Nov. 118. cap. 3.* loqui, quando soli

soli liberi patruo succedant, tamen jus hoc penitus abolitum est *Nov. 127. cap. 1.* cùm tamen constet, neutram loqui de solis libens patruo succedentibus.

THEOREMA V.

An spurii laborent infamiâ?

REGULARE est, uni per alterum non debere iniquam conditionē fieri, sed pœnæ suos debent tenere autores, *l. sancimus 22. Cod. de pœn.* Omnium enim interest, innocentes defendi, & hominem hominis beneficio affici, *l. servis 7. Digest. de serv. exportat.* Hinc illud in disquisitionem venit, An spurii infamiâ notari debeant? Sunt nonnulli, qui de infamiâ juris quidem negant, de facti tamen concedunt; quam esse dicunt, quæ ex facto & opinione hominum nascitur; ut si pater in testamento filium increpaverit, si judex quem correxerit ad bonam frugem, si quis condemnetur condictione furtivâ. Et de præsenti theoremate, si quis ex legitimo matrimonio non sit natus, *Azo in summa Cod. ex quibus caus. infam. num. 3.* quæ infamia facti, *Hub. Giph. in disp. de divis. jur. thes. 184.* rectiùs popularis infamia dicitur: sed de his satis. Ad propositum theorema quod attinet, spurios infamiâ facti notari, hisce de causis volunt probare.

I. Spurios semper opprobria comitantur, quæ nullo modo elui possunt, *Plut. pr. libri περὶ παίδων*. De quâ infamiâ etiam loquitur *l. 2. ff. de obseq. par. & patr. præst.* Spurii igitur, infamiam facti nõ effugiunt, *Duar. lib. 1. disp. anniversc. 42.*

II. Confirmatur etiam hæc sententia, quòd spurii opificum statutis removeantur in civitatibus ab artificiis, nec etiam honestiorum mechanicorum consortio gaudeant; & propterea etiam non mirum est, spurios assessoribus, vel etiam Principum Consiliariis non accenseri, *Mynsing. cent. 4. obs. 3.* nec ad Docturæ honores aspirare, *Dn. Gœdd. disp. 7. Pandect. th. fin.* Quamobrem ut laudabile & honestum est, & apud graves viros bonam famam meretur, à legitimis parentibus quem progenitum esse; eâdem ratione inhonestum & infamiæ proximum, matrem demonstrate posse, patrem verò esse populum, ac proinde omnino non patrem, juxta illud:

Cui populus pater est, non habet ille patrem.

II. Spurii ideo dicuntur legitimari, & fieri legitimi à lege, quòd prius infamiæ stigmate notari sint.

IV. Accedit, quòd civitatis ratio haberi debeat. Sic etenim spurii omni labe carerent, leviſſimi etiam nec turpitudinem esse existimabunt, furtivos exercere amores, & civitates spuriis replere. Spurii igitur ab infamiâ prorsus alieni non sunt, *Joh. Cas. 4. in Sphæra civitat. 6.*

Sed

Sed ab hac sententiâ discedendum, & stabiliendum potiùs, spurios nullâ infamiâ notari, nec etiam facti, quæ nulla est.

I. Infamia nulla est, nisi jus illam irroget. Et leges negant esse infamiam facti, *l. ictus 22. ff. de his qui not. infam. l. ea quæ 13.* in verbis, infames quidem ipso jure non fiunt, *l. nullum. l. interlocutio 19. C. ex quib. caus. infam. irrog. l. honori 2. ff. de obseq. par. & patr. l. 7. ff. quod met. caus.* in quibus omnibus diserte scriptum est, infamiam non irrogari. Unde etiam nemo infamiâ notatur, nisi pœnam præcesserit ea causa, ob quam jure quis notatur, *l. eos 12. ff. de decur. d. l. ictus fustium 22. ff. de his qui not. infam.* Spurii igitur nullâ infamiâ notantur.

II. Matris calamitas ei non debet nocere, qui in utero materno est, vel jam nascitur, *§. sufficit. Instit. de ingenuis.* Ergo nec spurio, qui innocens est, macula nativitatis aspergi debet. De pluribus rationibus, pro hac sententiâ, suprà *dec. 5. theor. 8.* dixi. Videatur etiam de hac infamiæ divisione *Don. lib. 18. comment. 6. Cl. Dom. Doctor meus Ant. Matth. in disp. de divisionibus & distinct. juris &c. th. 17. & seqq.*

Argumenta contrariæ sententiæ autorum jam refellenda supersunt.

Primò parum movet, quod ex Plutarcho adfertur. Nam præter illud, quòd in jure diversum sit, & in terminis juris quæstio consideretur, à

quibus Plutarchi sententia aliena est, adhuc illud dici potest: Etiamsi leves maculas apud graves & honestos viros spurii mereantur: tamen propterea illi infamiâ non notantur quæ ex delicto, quale in spurium nullum cadit, oritur, *l. cognitionum 5. §. existimatio. ff. de extraordinar. cognit.*

Secundò nihil movet, quòd spurii ab opificiis mechanicis arceantur, nec ad gradum dignitatis & honoris aspirare possint. Respondeo; Verum est, magnam & gravem esse spuriorum cladem, *qui ex injustis nuptiis procreati sunt: tales enim nasci, abominatio est apud Deum*: si tamen legitimi liberi fiant per subsequens matrimonium, vel per rescriptum Principis, vel Comitum Palatinotũ, (penes quos hodierno tempore est jus legitimandi) tunc se ab ista macula liberare possunt. Jmò etiam posito, ab honestis officiis eos quandoque excludi, non tamen id æquum est, ut Tiraq. de nobilit. notat. Non enim quid fiat, sed quid fieri debeat, considerandum est, *l. sed licet. ff. de offic. præsid.* & multitudo errantium non parit errori patrocinium.

Tertiò negandum est, spurios ideo legitimos fieri, quod antè inhonesti & infames fuerint. Non enim ideo dicuntur legitimi fieri, sed ut in potestatem parentum redigantur, *l. cùm quis à muliere 10. Cod. de natur. libert.* & commoda liberorum consequantur &c.

Deniq;

Denique non sequitur, spurios infamiâ notandos esse, ne iisdem civitates repleantur. Nam in parentes animadvertendum est, si effrenatam libidinem exerceant, ut si quando pœnas dederint, à furtivis complexibus alii deterreantur. Non autem illi puniendi sunt, qui inculpabiles nihil admiserunt.

THEOREMA VI.

An filius emancipatus à patre adoptivo, utriusq; tam naturalis quàm adoptivi successione frustretur?

CEssante causâ cessat etiam effectus, juxta vulgare Philosophorum decantatum axioma. Sic etiam in præsenti negotio adoptione tanquam causâ cessante, cessat etiam effectus, jus hereditatis & successionis. Quod si igitur filius à patre adoptivo sit emancipatus, quæstio est, An & patris adoptivi successione frustretur, & simul etiam patris naturalis? Qui negant, filium adoptivum emancipatum tam naturali, quàm adoptivo patri succedere, his nituntur fundamentis.

I. Filius ab adoptivo patre emancipatus eidem succedere non potest. Sibi enim imputare debet, qui se emancipari passus est: cùm invitus nemo emancipetur, *§. sed etsi pater. Institut. quibus mod. jus patr. potest solv. Accurs. in l. cum*

in adoptivis 10. §. si verò. & §. seq. neq; enim. Cod. de adopt. Nec naturali patri succedere potest, cùm adoptione jura naturalis patris amiserit.

II. Plurima incommoda sequerentur, si filius ab adoptivo patre emancipatus ad defuncti naturalis patris successionem admitteretur. Primò enim jus legitimis heredibus quæsitum adimeretur, quod iniquum est, *l. id quod nostrum 11. ff. de reg. jur. l. nam hoc natura 14 ff. de condict. indeb.* Deinde sequeretur, dispositionē ab alterius arbitrio pendere, quod tamen fieri non debet, *l. illa institutio 32. in pr. ff. de hered. instit.* Permitteretur autem arbitrio & voluntati patris adoptivi, si eum emanciparet; qua ratione ad patrem naturalem reverteretur, eique succederet; vel etiam si in potestate sua adoptivus pater eum retineret qua ratione; jura patris naturalis dissolverentur, & sic pro arbitrio adoptivus pater cum eo ageret.

III. Repugnat naturali æquitati, legitimum successorem, qui bona defuncti jure quodā suo sibi adquisivit, vendidit, alienavit, creditoribus satisfecit, & æs alienum expiavit, hereditatem filio emancipato restituere: cùm alienatio, in fraudem creditorum facta, titulo oneroso, non revocetur à bonæfidei possessore, *l. qui autem 6. §. hoc edictum. ff. quæ in fraud. cred.* Et hæc pro Accursii opinione scitè tradit *Valent. Forster. de success. lib. 5. cap. 3. n. 6.*

Sed

Sed verior & receptior est contratia sententia quæ æquitate naturali nititur, hisce de causis.

I. In hac successione non jus patriæ potestatis, sed magis jus cognationis in considerationem venit, *authent. in successionibus. C. de suis & legitim. Nov. 118. cap. nullam 3.* quòd jus sanguinis nullâ civili ratione tolli aut minui potest, *l. jura sanguinis 8. ff. de reg. jur.*

II. Accedit, quòd per adoptionem jura patris naturalis minimè dissolvantur, *§. sed hodie 2. Instit. de adopt.* Nam naturalis ratio suadet, filium non ab utriusque parentis successione arceri. Quilibet enim magis suos liberos succedere vult, quàm extraneos, *l. cùm acutissimi 30. Cod. de fideicommiss. Forster. de success. dict. loco. Angel. in dict. §. sed hodie. Instit. de adopt.*

Sic ad argumenta superiora respondendum est,

Primò enim, quod proponitur *d. l. 10. §. neque enim Marciani.* in fine verborum; cùm emancipationis interventu adoptio in quacunque personâ facta rectè solvatur, *Cod. de adoptio.* Sed respondendum est, *dict. l. penult.* data & promulgata fuit Kalend. Sept. Lampadio & Oreste WCC. consulibus, anno 530. & 4. Imperii Justiniani; quo, mense Decembri, Pandectas componi jussit, *Nov. 118. vel authentica, de heredibus ab intestat. ven.* ex quâ transcripta est, *authent. in*

successione. C. de suis & legitim. hered. anno Christi 543. Imperii 17. post Cons. Basilii anno secundo, & sic 13. recentior est. Non igitur ambigitur, quin *dict. lex 10. Cod. de adoptio.* correcta sit, per *d. authent.*

Secundò, non officit huic sententiæ: Primò, quòd quis duplici successionis commodo gaudeat per ea, quæ Dd. *in l. Gallus 29. in fine ff. de lib. & posthum. hered. instit.* Quia diverso respectu id fieri non prohibetur, ut diversos parentes, quibus succedamus, habeamus, unum verum, alterum fictum. Hoc igitur, in favorem filii introductum, in alterius odium vergere non debet, *l. quod favore 6. Cod. de legib.* Cùm igitur filius adoptivo patri non succedit, patris naturalis jura integra servat, *d. §. sed hodie. Instit. de adop.* Et proinde naturâ ad parentis hereditatem vocatur, *l. in suis 11. ff. de liber. & posthum.* adeò, ut inofficiosi testamenti querelâ uti possit, si in testamento alius sit scriptus heres. Deinde quod dicitur, institutionē heredis non pendere ex arbitrio alieno, *d. l 32. ff. de hered. instit.* aliâs enim vitiosa est. Nam pater naturalis filium non instituit ex arbitrio patris adoptivi, si videlicet is voluerit, sed sine eo ad patris naturalis successionem vocatur, *d. authent. in successione. Cod. de suis & legitim.*

Non denique repugnat, hoc naturali rationi contrarium esse, ut is qui hereditatem jam adquisivit,

quisivit, non retineat. Contra naturalem rationem id verò minimè est; φύσις enim naturalis suadet, filium à patris sui hereditate non avelli. Ergo id iniquum non est.

THEOREMA VII.

An filius sumptus studiorum causâ factos conferre debeat?

SI quid filius sibi ex castrensi vel quasi castrensi peculio adquisivit, traditum est ab Ulpian. *in l. 1. §. nec castrense 15. ff. de collat. bon.* illud non computandum esse in hereditate & bonis defuncti; & ratio est, quòd in his rebus pater nullum jus habeat, *§. igitur 1. Instit. per quas pers. nob. adquir. l. miles 4. §. actionum. 1. & 1. tit. Dig. de castrensi pecul.* Et in his bonis filiusfamiliâs vice patrisfamiliâs fungitur, *l. usq; ad quantitatem 2. ff. ad Senatusconsultum Macedon.* sic nec illi sumptus conferendi erunt, qui quasi causa sunt, quâ filius quasi castrensia bona sibi aliquando adquirere possit; ut si pater sumptus filio largitus sit studiorum causâ; quæritur, an filius hos sumptus conferre debeat? Et videtur quibusdam dicendum, filium hos sumptus omnino conferre debere.

I. Argumento est, quod *in l. illud 20. Cod. de collat.* scriptum sit, omnia conferenda esse cohæredibus, quæ tam occasione militiæ uni here-

dum ex pecuniis defuncti adquisita sunt, quàm in aliis? Videtur ergo idem dicendum de sumptibus studiorum causâ factis.

II. Sequetur, filium, qui etiam pessimè in Academiis sumptus patris dilapidavit, melioris conditionis esse, quàm reliquos liberos, qui domi tenaciter vixerint, & ita liberorum æqualitas tolleretur.

III. Accedit, quòd non videarur donasse hos sumptos pater filio, studiorum causâ factos, quia donatio inter patrem & filium ipso jure invalida sit, *l. donationes 25. Cod. de donat. inter patrem & filium.* sed potiùs voluntas patris præsumitur esse, filium hos sumptus conferre debere, *Bald. in authent. quod locum habet. C. de collat. Dn. Gœdd. disput. 24. thes. 6. parte 1. Pandectar. Treutl. vol. 2. disput. 17. thes. 5. sub H. in fine.*

Sed hisce in medio relictis, contrarium nihilominus verius est, filiumfamil. sumptus studiorum causâ factos, nullo modo conferre debere, nisi probatum fuerit, patrem magis credendi animo eos filio dedisse. Et hujus sententiæ fundamenta hæc sunt.

I. Ea conferenda sunt tantùm à filiis, quæ habent tempore mortis patris, *l. ea demum 6.* ibi quo pater fati munus implevit, *Cod. de collat.* At filius tempore mortis non percipit illos sumptus, proinde illos conferre non debet.

II. Bona

II. Bona non intelliguntur, quæ debent conferri, nisi ptiùs deducto ære alieno, *l. subsignatum 39. §. bona 1. ff. de verb. sign.* At filius sumptus factos studiorum causâ capit, quasi æs alienum, *l. qua pater 50. ff. famil. herciſc. Weſenb. in paratit. ff. de collat. dot. numer. 3. & conſ. part. 2. conſ. 80. Hartm. Piſtor. lib. 1. quæſt. jur. 9.* Ergo illos filius conferre non cogitur.

III. Huc facit, quòd parentes liberos alere, iisq; victum & amictum suppeditare teneantur, *l. necare 4. & 1. tit. ff. de agnoſc. liber.*

IV. Illud conferendum est, quod in legitimam imputatur, *d. l. illud 20. Cod. de collat.* At tales sumptus in legitimam non imputantur. Non enim nomine bonorum veniunt, *d. l. subsignatum 39. §. 1. ff. de verbor. ſignificat.* Ergo non sunt conferendi.

V. Denique hîc & illud expendendum est, filiumfamilias eam ob causam sumptus impendisse, ut aliquando ad felicem finem studiorum cursum perduceret, ipsique literæ & artes magis honori quàm dedecori essent. Æquum igitur est, filium hos sumptus lucrari, *l. ſecundùm naturam 10. Digeſt. de regul. jur. Cujac. lib. 3. obſerv. 30. in fine*.

Restat, ut argumenta superiùs allata refutentur.

Primò enim, quod ex particula legis inspecta colligitur, omnia conferenda esse, initio fal-

sum est, sed omnia ea conferri dicuntur, quæ imputantur in quartam legitimam, quod tamen, de sumptibus studiorum causâ filio à patre donatis, *d. l. 50. ff. fam. herciſc.* dici non potest, eos in quartam legitimam imputari.

Secundò, quod dicitur, tolli æqualitatem liberorum, & filium talem melioris conditionis esse, quàm reliquos liberos, ad hoc dicendum est, æqualitatem potius servari, quàm tolli: si enim consideretur, quòd pater filium, ut liberos domi latitantes alere cogatur, *d. l. necare 4. ff. de agnasc. & alend. lib.* & si liberi in domo patris viventes non conferunt ea, quæ pater pro alimentis eorum impendit; iniquum est, filii sumptus conferri, quibus propter necessitatem vitæ indiguit. Æqualitas liberorum proinde omnino servatur. Favor item studiorum suadet, hos sumptus non conferri; utpote, in quem aliâs plurima commoda introducta sunt, ut perspicitur ex *auth. habita. Cod. ne filius pro patre.*

Tertiò, quod dictum est, donationes inter patrem & filium non subsistere, *d. l. donationes 25. Cod. de donat. inter patr. & fil.* verum id est, nisi silentio & morte patris confirmentur, ut in hac donatione contingit, *Gothofr. in d. l. lit. A.*

THEO-

THEOREMA VIII.

An pactum de successione affirmativum, in jure validum sit?

PActa, quæ bonis moribus & juri civili repugnant, servanda non sunt, *l. si unus 27. §. pacta 4. & l. seq. ff. de pact.* Idem igitur de pacto succedendi videtur dicendum esse. Nam tale pactum omnino contra jus civile & bonos mores pugnare videtur; ut nonnulli hoc modo probant, sine distinctione loquentes.

I. Propter *l. epistola 52. §. de inofficioso 3. ff. de pact.* ubi tale pactum omnino non valet, *l. ult. C. eod. l. hereditas 5. in verb. fin.* nullo modo debentur. *C. de pact. convent. l. pater ult.* in fine verborum; privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri, *ff. de suis & legitim. l. pactum 3.* ibi, juris auctoritate improbatur, *C. de collat.*

II. Adimeretur libera testandi voluntas testatori, *l. pactum 15. in fine C. de pact.* cum tamen ejus voluntas usque ad supremum vitæ spiritum ambulatoria esse debeat.

III. Duæ tantùm causæ sunt hereditatis; Lex, & testamentum: unde & hereditas testamentaria, & legitima dicitur, non verò datur tertia convertionalis, quæ ex pacto proficiscitur, *Huber. Giph. in disput. de pact. Altorphii habitâ, thes. 244. & seq.*

Sed remotâ hac sententiâ, nimis generaliter & indefinitè prolatâ, distinctio quædam inter pacta constituenda est: Aut enim pactum de successione est affirmativum, aut negativum; prius affirmativum de successione, ipso jure prohibitum est, quia hæc stipulatio est contra bonos mores, *l. stipulatio 61 ff. de verb. oblig.* & ideo nullius momenti, *l. ex eo 4. Cod. de inut. stipulat.* & reverentiam parentibus debitam evertit, votum captandæ mortis inducit, perpetuasque iras conciliat, *l. fideicommisso 11. Cod. de transact.* Certis tamen & expressis casibus permitti potest, quos videre licet apud *And. Gail. 2. observ. 126. Dom. Arum. exerc. 11. thes. 14. Treutl. vol. 1. disp. 6. thes. 8. per totum.* Negativum verò pactum de non succedendo, tunc efficax est, si is qui paciscitur, se hereditatem non aditurum, legitimam portionem consequatur à defuncto, *l. si quando 33. §. & generaliter 2. Cod. de inoffic. testam. Bart. in l. fin. C. de pact.*

Quod igitur dictum est, generaliter omne pactum tam affirmativum quàm negativum, jure prohiberi, restat, ut concilietur.

Primò enim textus *in l. epistola 52. C. de pact. l. ult. Cod. eod. l. hereditas 5. Cod. de pact. convent.* loquuntur de pacto succedendi affirmativo; quod prohibitum est, præterquam incertis casibus, quorum unus *in d. l. ult.* in verbis; nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntate suam

suam eis accommodaverit &c. C. *de pact.* Quod verò *in d.l. pater. ult. ff. de suis & legit. l. pactum 3. C. de collat.* de negativo pacto adfertur, si pactio facta sit de filia quæ dotem tantùm accepit, nec aliud ex hereditate patris consequebatur ex pacto constituto, prorsus hoc pactum invalidum esse: Rectè hoc pactum non valet, quia eo nihil filia percipiat ex hereditate; & propterea distinctionem superiorem non tollit. Nam negativo pacto succedendi tunc demum locus fit, si aliquid ex hereditate defuncti percepetimus: quod cùm hoc loco filia nihil hereditarii perciperet, meritò pactum invalidum esse censetur, *d.l. si quando 35. §. & generaliter 2. Cod. de inoffic. testam.*

Secundò, nihil facit, quod dicitur, testatori liberam testandi facultatem eripi. Nam in tali negativo pacto, si filius paciscatur, se non adquisiturum sibi hereditatem patris, retentâ legitimâ portione, quam testator naturali jure filiis debet, nec auferre potest injustis de causis, *l. cùm ratio 7. ff. de bon. damn.* nihil decedit voluntati testatoris. Quinimò magis confirmatur, non adquirente filio hereditatem, tunc aliis heredibus locum dari, quibus hereditatem testator relinquere voluerit.

Tertiò, hinc nec illud subsistit, quod prætendi solet; Testamentum & legem causas esse adquirendi hereditatem, & sic etiam duplicem esse

hereditatem, testamentariam & legitimam, conventionalem verò nullam. Neque enim, nisi certo modo & certis casibus, ut cum ipso Giphanio sentiam, *in d. thes.* pacto hereditas datur; qualis casus habetur *in dict. leg. ult. Cod. de pact.* Non tamen efficitur, pactum causam esse adquirendæ hereditatis, sed potiùs, voluntatem testatoris id ratum habentis. Imò etiam si pactum negativum consideretur, tunc hereditas amittitur, retentâ legitimâ; quam non ex pacto, sed naturali ratione filius percipit. Non igitur pactum hîc, ut causâ adquirendi, in considerationem venit.

THEOREMA IX.

An bonorum possessio adhuc in usu sit?

SI effectum bonorum possessionis æquâ lance expendamus, magnam æqualitatem esse hereditatis & bonorum possessionis, fatendum est; nam & bonorum possessio pro hereditate habetur, ut *in l. 1. C. qui admitti ad bonorum poss. l. hereditatis 138. ff. de verb. sig. l. 1. l. 3. §. bonorum. ff. de bon. poss.* Et bonorum possessores, heredes dicuntur, *l. 1. ff. de possessoriâ heredit. petit. l. in omnibus 2. ff. de bon poss.* Hinc illud in quæstionem deductum est, an nulla adhuc bonorum possessionis sit utilitas: Et nullam necessariam, nec utilem bonorum

bonorum possessionem recipiendam esse, probari potest his rationibus.

I. Sciendum est, quòd quodam tempore populus Romanus sine lege vixerit, exactis videlicet regibus; postea consules constituti, qui jus 12. tabb. à Græcis acceptũ promulgabant, *l. 2. §. exactis 16. cum seqq. ff. de O. J.* postea exortis bellis, juridicendo præesse non potuerunt, tunc Prætores electi sunt, *dict. leg. 2. §. cumque consules 27. ff. de O. J.* Et penes hos erat potestas jus corrigendi, & in meliorem statum reducendi. Cum igitur tales Prætores hodie non dentur, meritò cessabit jus bonorum possessionis.

II. Cui competit ordinarium legis auxilium, is non debet confugere ad extraordinarium, *l. in causa 16. ff. de minor.* Atqui cognati succedunt, non amplius ex jure Prætorio, sed ex jure civili, *Nov. 118.* Et discrimen inter emancipatos & suos, penitus est abolitum, *d. Nov. 118. cap. 4.* tam in testamento, quàm ab intestato: ibi, in quacunque successione. Sic vir & uxor succedunt hodie, jure civili, non Prætorio, *auth. præterea. C. unde vir & uxor. Forster. disp. 16. th. 8.*

Verior nihilominus manet contraria sententia, bonorum possessionem, licet non in omnibus, tamen adhuc utilem, & necessariam esse; quod sic ostendi potest.

I. Necessarium est Prætoris remedium, in bonorum possessione, *unde vir & uxor*; nam tunc

nullo beneficio juris civilis succurritur, quando uxor marito, vel maritus uxori, nullis extantibus liberis, succedit, tunc enim solo beneficio Prætoris illis subveniendum est, *l. un. ff. unde vir & uxor.*

II. Non desunt etiam plurimæ utilitates, quas 21. *Angel. Aretin. in tit. Instit. de exheredat. liberor.* in fine principii recenset, quarum potiores hæ sunt: 1. *Si* intra tempus continuum 30. annorum, hereditatem mihi relictam non adiero, tunc jure adeundi exclusus sum jure civili: Jure tamen Prætorio post 30. annos petere possum bonorum possessionem. *Ibi* enim tempus utile currit, *l. 2. l. quamdiu. C. qui admitti ad bon. poss. l. 2. ff. quis ordo in posses. serv.* 2. Filius injussu patris non potest adire hereditatem sibi delatam jure civili, *l. si quis mihi bona fide. §. jussu. ff. de adquiren. hered.* tamen sine jussu patris potest petere bonorum possessionem, *l. 1. C. d. tit. qui admitti &c.* Plures utilitates, & quidem notatu dignas, adnotavit *Sichard. ad rubric. d. tit. C. qui admitti. Don. lib. 7. comment. 14. in fine. Oldendorp. class. 5. act. 6. quæst. An hodie petatur.*

Nunc restat, ut ad argumenta allata respondeatur.

Primò, quod dicitur, bonorum possessionem hodie cessare propterea, quòd hodierno tempore tales Prætores non dentur, quales olim erant. Resp. Si non tales quales olim erant, hodierno tempore

tempore Prætores dantur: tamen dantur, qui vicem eorum sustinent, & qui Prætoribus non absimiles sunt, ut Episcopi, Comites, Marchiones, Duces. Hi omnes enim comparantur Prætoribus, *Bart. in l. 5. §. pratoria. ff. de verb. oblig.* & per eundem, & ferè omnes Dd. in *l. omnes populi. ff. de just. & jur.* Ergo si Episcopi, Comites, statutum aliquod contra jus civile introducunt, illud vim habet juris prætorii, *Sichard. d. loco.*

Secundò, parum movet argumentum adductum: Cui competit ordinarium remedium, is non debet confugere ad extraordinarium. Illud enim omnino verum est. Quod verò subjicitur, emancipatis succurri remedio ordinario, *Nov. 118. cap. 4.* dicendum est, id tunc demum procedere, si ex testamento, vel ab intestato succedere debent. Tunc enim filius emancipatus cum aliis liberis succedit: secus verò est, si contra testamentum succedere debet. Eo enim casu nullo remedio civili eidem succurritur, si præteritus sit. Nam aliis liberis in potestate patris retentis competit querela inofficiosi testamenti: Emancipato verò nunquam, *Nobiliss. Scipio Gentilis in rubrica tit. Cod. de bon. poss. cont. tab.* Si igitur filius emancipatus præteritus fuit, tunc testamentum ipso jure nullum rescindi non potest jure civili, sed jure Prætorio, per bonorum possessionem datam, *l. 1. & ib. Dd. C. de bon. poss. cont. tabb.* Quod verò de uxore adfertur *ex auth. pra-*

terea. C. unde vir & uxor. ubi conjugi præmorienti superstes succedere dicitur jure civili; id locum tantùm meretur, si inops uxor fuerit, nec dotem dederit, ut idipsum etiam, ex *Nov. 53. cap. 6.* unde desumpta est *d. auth.* perspici potest; quod tamen ad consequentiam producendum non est, *l. jus singulare 16. ff. de ll.* Si enim inops non sit uxor, nihil ei ex *d. auth.* ex bonis mariti debetur, *d. Nov. 53. cap. 6. l. 6. C. quor. bonor.* Quæ inopia dependet ex arbitrio judicis, *Cl. JCtus Scipio Gentilis in d. auth.* Petit igitur jure prætorio bonorum possessionem, *l. un. ff. unde vir & uxor.*

THEOREMA X.

An bonorum possessio dominium proprietatis tribuat?

NOtissimum est, & communi omnium calculo comprobatum, Prætorem heredem facere non posse, *in fine princ. Instit. de bon. poss.* Consequens igitur erit, nec dominū facere posse, quia heres pro domino habeatur, *l. in suis 11. ff. de lib. & posthum.* Et pro herede gerere est pro domino gerere, *l. pro herede 20. ff. de adquir. hered.* Et proinde hîc in disquisitionem venit, An bonorum possessio dominium proprietatis tribuat? Quod negandum videtur sequentibus de causis:

I. Pro-

I. Propter jam datam rationem, quòd Prætor heredem facere non possit, & proinde nec dominum. Veteres enim heredem dominum appellabant, autore *Festo. §. fin. Instit. de hered. qual. & diff.* Hinc Aquiliæ actio hero, id est, domino competit, unde heres nomen sortitur, ut *theor. 9. decade 5.* pluribus: Hinc hereditas domina dicitur, *l. non minus 32. in fine. ff. de hered. instit.* Ergo dominium nullum est in bonorum possessione.

II. Pater, bonorum possessionem non pro domina accipiendam esse, quòd plures sint differentiæ inter hereditatem & bonorum possessionem; quod & diversa nomina ostendunt, adeò ut non mirum sit, dominium proprietatis bonorum possessionem non tribuere.

III. Dominum facere legis est, possessorem verò jurisdictionis, *l. cognitio 4. §. 1. ff. de offic. ejus cui mandat. est jurisdictio. Val. Forster. disput. 16. thes. 3.*

IV. Bonorum possessio continet persecutiones, quæ non fiunt actionibus civilibus, sed possessoriis, *l. ideoq; 4. in verbis possessoriis actionibus. ff. de Carbon. edict. l. nihil 50. §. sed nunc quid 2. ff. de bon. libert.* quibus dominium rei utile adquiramus, non verò statim directò: ut in hereditate, *Dn. Gœdd. ad l. hereditas 24. ff. de V. S. nu. 14. & seqq. Cuja. in parat. ff. ad tit. de bon. poss. Guilh. Ranchinus in tr. de succes. ab intestato. p. 2.*

Sed ab hac sententia discedendum puto, & contrarium potius asserendum, bonorum possessionem dominium proprietatis tribuere, propter sequentia juris fundamenta:

I. Pro stabilienda hac sententia adduci potest textus luce meridianâ clarior, ita ut nefas sit, illum infitiari, *l. 1. ff. de bon. poss.* ubi disertè scriptum est, bonorum possessionem dominium tribuere. Neque ibi dominium utile accipiendum est, ut Dd. placuit: cùm dominium nudè prolatum, directum intelligatur, *l. un. C. de nudo jure Quirit. toll.*

II. Prætor eos ad hereditatem vocare dicitur, quos ad bonorum possessionem vocat, *princ. vers. ic. quos autem. Instit. de bon. poss.* Et bonorum possessio absolutè hereditas dicitur, *l. ult. C. qui admitti ad bon. poss.* ubi Constantin. testationem amplectendæ bonorum possessionis, testationem amplectendæ hereditatis vocat. Et bonorum possessores loco heredum haberi debent, *l. 2. ff. de bon. possess.* Bonorum igitur possessio non immeritò dominium tribuit, & quidem proprietatis.

III. Definitur bonorum possessio ab Ulp. *in l. 3. §. bonorum. ff. de bon. poss.* jus persequendi retinendiq; patrimonii, sive rei, quæ cujusq; cum moritur, fuit. Et sic bonorum possessione alicui datâ, emolumentum successionis jure prætorio eidem quæsitum est, *l. bonorum. in fine C. qui admitti.*

mitti. Qui igitur hoc habet, effectu & reverâ hereditatem habet, dominiumque proprietatis plenum.

IV. Accedit, quòd Prætor bonorum possessionem deferat ex testamento, dum heredi instituto dat bonorum possessionem secundùm tabulas, *t. tit. de bon. poss. sec. tab.* Non igitur dubitandum, bonorum possessionem dominium plenum tribuere, *Don. lib. 7. comm. 14. Cont. lib. sing. de hered. quæ ab intest. Robert. 3. animadv. 9. Treutl. vol. 2. disp. 15. th. 1. lit. B. & alii.*

Argumenta igitur in medium adducta refutanda restant.

Primò parum stringit, Prætorem heredem facere non posse. Respondeo: Verum est, Prætor verum heredem non potest facere, quia heredes per legem & juris constitutionem fiunt, (quamvis in genere jus Prætorium etiam ad civile referendum sit, *§. prætorum quoq; 7. Instit. de jur. nat. gent. & civ. Dom. Vultej. Præceptor meus in princ. Instit. de bon. poss. n. 8.*) sed tamen bonorum possessores loco heredum esse possunt, & in effectu heredis loco in omni causa habentur, *l. 1. & 2. ff. de bon. poss. l. 11. ff. de hered. petit.* Cùm bonorum possessione à Prætore datâ, omnia commoda & emolumenta hereditatis percipiantur. Itaque quamvis verbis sint distincti bonorum possessores & heredes propter subtilitatem juris civilis,

reipsa tamen & emolumento diversi non sunt, *Don. d. loco.*

Secundò, objicitur, bonorum possessionem non eodem modo accipi, quo hereditas pro domina accipitur; & adhuc plures differentias inter hæc duo supersesse. Resp. Verum esse, plures esse differentias inter hæc duo, quas ordine recenset *Don. d. lib. 7. com. 14.* Verùm illud contrà nemo diffiteri potest, bonorum possessionem in plurimis juris locis pro hereditate accipi; ut non minùs dominium proprietatis adquiramus bonorum possessione datâ, quàm hereditatem adeundo. Ideoq; nomine, ut jam dixi, diversa sunt, & juris subtilitate; vel, ut *Vacon. à Vacuna lib. 3. declarat. jur. ff. 28.* distinguit inter hereditatem & bonorum possessionē, hoc modo: Bonorum possessionem rectè hereditatem dici, sed in genere; sicut arrogatio dicitur adoptio in genere, non verò in specie; ut ostendit *l. hereditatis 138. ff. de verb. signif.* In genere itaque hoc loco acceptâ bonorum possessione, simul etiam pro hereditate accipi debet; qua ratione dubium non est, dominium proprietatis tribui.

Tertiò, non implicat contradictionem, quod dicitur; Legis est, dominum facere; bonorum possessorem verò, jurisdictionis. *d. l. cognitio 4. §. 1. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Non exinde enim efficitur, bonorum possessionem, non tribuere dominium proprietatis; cùm effectu hæc duo eadem sint:

Ad

Ad quartum responsio desumi potest ex iis, quæ pro ratione tertia posterioris sententiæ, adducta sunt.

DECAS VIII.

Cujus theoremata sunt hæc.

I. *An in faciendi stipulatione quis præcisè teneatur ad factum?*

II. *An in criminalibus causis fidejussor dari possit?*

III. *An ἀναγωγείας exceptio post biennium opponi possit?*

IV. *An venditor rem præcisè tradere teneatur?*

V. *Ad quem periculum rei venditæ ante traditionem pertineat, si dolus venditoris non intercedat?*

VI. *An scriptura præcisè ad substantiam emphyteuseos requiratur?*

VII. *An, si insigniter fundum emphyteuticum emphyteuta deteriorarit, ex eo expelli possit?*

VIII. *An in societate omnium bonorum*

filiæ dotem pater de communi largiri posſit?

IX. *An negotiorum geſtor præſtet culpam leviſſimam?*

X. *An ad antidora obligatus habeat condictionem indebiti, ſi ignorans ſolverit?*

THEOREMA I.

An in faciendi ſtipulatione quis præcisè teneatur ad factum?

DIſtinguuntur ſtipulationes in *l. ſtipulationum 2. ff. de verb. oblig.* cui convenit *§. fin. Inſtit. eod.* quasdam in faciendo conſiſtere, quasdam verò in dando. De dandi ſtipulatione, in qua res à debitore dari debet creditori, ut volunt *Dd. per l. ubi autem 75. §. fin. ff. d. t.* hîc non eſt ſermo, ſed de ſtipulationibus faciendi vel facti hîc quæri ſoler, an quis præcisè ad factum teneatur? Qui affirmant, his utuntur argumentis, ex penu juris depromptis:

I. Nihil magis bonæ fidei congruum eſt, quàm id præſtari, de quo inter contrahentes actum eſt, *l. 11. in pr. ff. de pact. l. ex facto 11. ff. de act. emti.* Ac proinde, cùm ſe debitor obſtrinxerit ad faciendum, naturali rationi conveniens eſt, illud præſtari, juxta illud Poëtæ:

Verba

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.

II. Si in dandi obligationibus præcisè tenetur debitor præstare, *d. l. ubi* 75. §. *fin.* cur non etiam in facti stipulationibus, cùm se quis ore proprio ad aliquid faciendum obligavit? cùm & jure ad illud compellatur, *l. hereditatem* 28. *ff. de donat. l. fideicommissa* 11. §. *fin. ff. de leg.* 3.

III. Accedit, quòd aliud pro alio invito creditori solvi non possit, *l. mutuum* 2. §. *in mutui. fin. ff. de reb. credit.* Ergo nec in præsenti casu creditor contentus esse debet, si tantum, quantum ipsius interest, non verò rem ipsam de qua convenit, debitor præstare velit.

IV. Denique in emtione & venditione idem etiam attenditur, ubi venditor ad factum tenetur, & ad rem scilicet præstandam, *l. ex emto* 11. *ff. de act. emt.* Cùm igitur eadem hîc subesse debeat ratio, idem jus quoque statuendum videtur. Tuentur hanc sententiam *Coras. ad d. l.* 72. *ff. de verb. oblig. Cujac. ibid. Bronchorst. cent.* 4. *assert.* 41. *Vasq. illustr. controv. cap.* 25. *n.* 33. *Pinell. ad l.* 1. *part.* 3. *n.* 25. *C. de bon. matern.*

Posteriori sententiæ veriori calculum adjicere magis placet, ob sequentes causas:

I. Propter textum satis manifestum in *l. stipulationes non dividuntur* 72 §. *Celsus. ff. d. t. de verb. oblig.* ubi dicitur, justam æstimationem facti dandam esse. Non igitur præcisè ad factum obstringitur debitor, sed ad *id* duntaxat, quod

creditoris interest. Quod etiam probatur per *l. si quis ab alio 13. §. ult. ff. de re judic. l. si pœnam 68. l. quoties quis 81. in princ. & §. 1. l. si quis stipulatus 112. ff. de verb. oblig.*

II. Sequitur, si ad factum debitor teneretur, quòd omnis libertas illi adempta esset per hanc stipulationem, *l. nihil 2. ff. de liber. hom. exhib. l. Gajus 12. ff. de annuis legat.* Atqui stipulationes, quæ libertatem restringunt, ipso jure invalidæ sunt, *l. 1. §. quæ onerandæ 3. ff. quarum rer. act. non dat.* Ergo nec talis stipulatio efficax esse debet, ubi debitor ad factum cogitur.

III. Propter summam utilitatem hominum hoc recipiendum esse videtur; cùm debitor sit adeò pertinax, ut obstinato animo nolit factum præstare; tunc commoditas hominum exigit, ut pecunia in locum facti succedat, cùm res alias exitum habere nequeat, *Val. Forster. lib. 3. disput. 17. thes. 6. Hœnon. disput. 4. thes. 8. Donel. ad d. l. 72. ff. de verb. oblig. Dn. Gœdd. de contrah. stipul. cap. 9. conclus. 4.*

Nunc illud supereſt, ut argumenta adducta cum hac sententia concilientur.

Primò, quod adfertur ex *l. 1. ff. de pact.* nihil magis bonæ fidei congruum esse, quàm id servare, de quo conventum est. nam respondetur, *d. l. 1.* non habere locum, ubi incommodum aliquod sequatur, cum primis in proposito, si libertas constringatur: quo casu stipulationes ipso jure in-

re invalidæ sunt, *l.1.§.onerandæ 5.ff.quar.rer.act. non dat.*

Secundò dices, in dandi obligationibus præcisè debitorem dare teneri, idem ergo in faciendi obligationibus dicendum esse. Respondendum est, magnam esse differentiam obligationū dandi & faciendi. nam in obligatione dandi nec expresè, nec tacitè aliud voluntati & intentioni contrahentium ineſt, quàm id quod dari debet, nec aliud etiam petitur, *l. vinum 22. ff. de reb. credit.* Sed si quid fieri convenit, non solùm juris interpretatione, sed tacitâ etiã contrahentiũ voluntate obligatio ineſt, ad id quod interest, *l. quotiens 81.ff. de V.O.* A separatis igit malè infertur.

Tertiò nec movet illud, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. Ergo nec in faciendi stipulatione. Nam idẽ hîc respondeti potest, quod jam dictũ est: quòd voluntatib. & consentientibus non fiat injuria. Contrahentium enim tacitæ voluntate obligatio ad id quod interest, ineſſe intelligitur, *d.l. quotiens.*

Deniq; non resistit, quod dictum est, venditorem teneri ad factum, tradendam videl. rem: nam respondendum est, traditionem non meri facti esse, quia habeat in se dationem inclusam, & venditor non solùm tenetur ad traditionem, sed etiam ad dandum sive transferendum dominium, *d.l.11.* nisi emtori placuit id quod ejus interest, consequi.

THEOREMA III.

An in criminalibus fidejussor dari possit?

NOn levis momenti Dd. quæstio est, an in criminalibus idoneus fidejussor dari possit? Qua in re considerandum est, quòd fidejussor, quamvis non in plus teneatur, quàm reus principalis, ac non tantùm seipsum, verùm etiam heredem obligatum relinquat, ut dicitur in §. *fidejussor 2. Instit. de fidejussor.* non minùs tamen tenetur, quàm reus principalis, quod etiam in criminalibus locũ habet. Distinguunt tamen nonnulli, quòd crimen, super quo quis fidejubere debet, aut pecuniarium sit, aut mortis pœnam ingerat. Priori casu facilè largiuntur, fidejussorem dari posse: posteriori non item, & hujus rei causas has reddunt:

I. Fidejussor ad idem cum reo principali se obstringit, *arg. l. 5. §. satis. ff. de fidejuss.* At nemo potest se ad pœnam corporalem obligare, quia nemo membrorum suorum proprius sit dominus, *l. liber homo 13. ff. ad l. Aquil. cap. si non licet 23. quæst. 5.* Ideo nec pro alio fidejubere quis potest in casu, ubi de vita fidejussor periclitatur, *Bart. in l. si quis 57. in princ. ff. de fidejuss. Bal. in l. 1. C. ne fidejussores dotium dentur. Wesenb. in parat. ff. de fidejuss.*

II. Patet etiam, fidejussorem pro alio ad pœnam

nam corporalem se obligare non posse, ut probat *gl. in cap. homo 23. quæst. 5.* Hinc Bart. *in l. eos. § super his. C. de appellat.* ait, non esse relaxandum reum, etiamsi daret mille fidejussores.

Vulgari tamen hac distinctione non attentâ, in illam sententiam potiùs descendendum esse arbitror; In criminalibus delictis sine discrimine, etiam capitalibus, judicem fidejussorem dare posse; idq; hisce de causis:

I. Propter perspicuum textum in *l. 1.* ibi: de custodia reorum Proconsul æstimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fidejussoribus committenda, *ff. de custod. reor.* ubi sine distinctione pœnæ pecuniariæ vel capitalis, Ulp. docet, arbitrio judicis rem totam committendam esse: qui cognoscere debeat, an fidejussores dari debeant, nec ne? Nec etiam cum Bart. eo in loco dicendum est, *d. l.* intelligendam esse, cùm delictum non sit grave; cùm tamen *d. l.* absolutè intelligenda sit, nec ullius distinctionis meminerit.

II. Probat *l. 2. ff. eod.* ubi servus in vincula conjectus ob capitale crimen, dato fidejussore liberatur. Ubi certum est, crimen capitale pœnam mortis inferre, si principium legis cum *§. 1.* conjungatur. Pœna enim publici criminis mors est, *l. 2. §. 1. ff. de public. judic.* Quod cùm in servo constitutum sit, multò magis in libero homine recipiendum erit, *arg. l. aut facta 16. § persona 3.*

ff. de pœn. Et delictum grave fuisse, contra Bart. opinionem patet, quòd omne crimen capitale grave sit, *l. 2. ff. de pœn.* Datur ergo in crimine capitali fidejussor.

III. Ulterius hæc assertio demonstrari potest *ex l. subseq. 3. D. d. tit.* ubi dicitur in vincula conjiciendum eum non esse, qui fidejussores dare paratus sit, nisi grave delictum admiserit, ut pœnam carceris ante supplicium sustineret: quale crimen est læsæ Majestatis, parricidii, latrocinii, raptus cum incestu, proditio patriæ, &c. ubi cùm genus criminis atrocissimi JCtus exceperit, censetur in reliquis concessisse fidejussorem dari.

Ultimò, non levidense argumentum suppeditat *l. eos 6. §. super his 3.* ibi: ut inopia idonei fidejussoris retentis in custodia reis, &c. *C. de appellat.* ubi inopiâ fidejussoris rei in custodia retineri possunt: Ergo si fidejussores existant, tunc rei à custodia liberabuntur. Huc facit *auth. hodie novo jure.* in verbis: si quidem fidejussorem dare potest, ei credatur, *C. d. tit. de custodia reor. l. si à reo 70. §. fin. ff. de fidejuss. Videndus & Menochius lib. 2. arbitr. judic. quæst. 303. Val. Forster. lib. 3. disput. 17. thes. fin. Dominic. Arum. exercit. 13. thes. 16.*

Contraria sic diluuntur:

Primò quod dicitur, neminem se ad pœnam corporalem fidejubendo obligare posse, quia nemo sit

mo sit dominus membrorum suorum. Responderi potest, illud quod dicitur, neminem esse dominum membrorum suorum, accipiendum esse de libero homine, qui impunè in suum corpus sævire non potest, & sibi ipsi violentas manus inferre: de hoc enim casu intelligi debent omnes textus, ut *in d.l. liber homo 13. ff. ad l. Aquil. l. sed si damnum 9. §. si ipse servus. ff. de peculio. l. omne delictum. §. qui se vulneraverit. ff. de re milit. l. si quis aliquid. §. fin. ff. de pœn.* Non verò detorquendi sunt in siniſtrum sensum, quasi in fidejussione quis ad alterius pœnam corporalem se non obligare posset, quæ tamen pœna plerumq; in fidejussore pecuniaria est, earum rerum cujus fidejussor dominus est, *Dn. Gœdd. in tract. de stipul. 6. conclus. 23. n. 414. in fine*.

Secundò, non adversatur quod ex *cap. cùm homo 23. q. 5.* adfertur, ubi hæc sunt verba: Aliquando qui causa mortis fuit, potius in culpa fuit quàm ille qui occidit, veluti si quispiam recipiat fidejussorem atque ille pro ipso legitimum supplicium luat. Hic enim fidejussor deceptus, fidem dedit, ut reum liberaret, & proinde in causâ fuit & in culpâ occisi. Quod in præsenti quæstione secus est, ubi non agitur de fidejussore, qui dolo fecit, quò minùs reus se sisteret, sed qui idoneè fidejussit, qualem fidejussionem nec ipsi canones rejicere videntur, *arg. cap. si clericus 15. §. fin. de sent. excom. in 6.*

THEOREMA III.

An ἀναγνείας exceptio post biennium opponatur?

LEgimus, veteribus Romanis in more positum fuisse, singulis diebus in tabulis consignare, quid exposuerint, mutuò dederint, acceperint, vendiderint & alienaverint, quarum tabularum maximam fidem & respectum fuisse, testatur *Cic. in epistolis & aliis locis. Videatur hac de re Hotoman. ad tit. Instit. de liter. oblig.* Sed his tabulis abolitis, succesſerunt in earum *locum* σύγγραφα & chirographa, quibus nomina, id est, debita fatemur. Unde literarum obligatio nascitur, quæ potissimùm in numerata pecunia vel non numerata perspicitur. Hinc quæstio exoritur, An exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium opponi possit. Casus talis cõstituitur: Indigeo certâ quadam pecuniâ, convenio proximum meum petoq; ab eo, ut certam quantitatem mihi mutuò det, & ut faciliùs voti compos fiam, simul chirographum, quo contestor me pecuniam accepisse, eidem trado: quod si creditor postea tergiversetur, dietim pecuniæ solutionem differendo, abitumq; in alienas terras præparando, & interea obligationis tempus biennii elabatur, quæsitum est, an non obstante biennio elapso, si debitor probare possit & velit, pecuniam

niam sibi non esse numeratam, exceptione hac uti possit? Negant communiter uno ore propè Dd. his rationibus.

I. Si reus post biennium probare potest, pecuniam sibi non esse numeratam, atque adeò ἀναιρετικὴν exceptione uti: sequetur, illum non fuisse obligatum. At obligatum esse perspicitur ex § *fin. tit. Instit. de oblig.* & *tit. Instit. de lit. oblig.* Quare non est audiendus, etiamsi contrarium probare velit, pecuniam sibi non esse numeratam: nisi statuatur, debitorem obligatum non esse.

II. Si intra biennii tempus debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ opposuerit, tunc omnimodo solvere cogitur, *l. si intra 8. in fine verborum*: si verò legitimum tempus excesserit, in querimoniam creditore minimè deducto, omnimodo heres ejus, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur, *C. de non num. pec.* ubi notetur verbum *omnimodo*, quod quandam necessitatem importat, *l. sed si plures. §. 6. ibi: debuit relinquere. ff. de vulg.* & *pupill. substit.*

III. Achilleo scuto utuntur, & tanquam Ancile cælo delapsum exosculantur, quod scriptum est in *l. contractibus 14.* ibi, elapso biennio nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci potest, *C. d. t. de non num. pec.* Ergo etiamsi debitor probare possit, pecuniam non esse numeratam, tamen præterlapso biennio non admit-

tetur. Idem probat *d. l. in contractibus 14. §. illo 5. C. d. tit.* ubi Imp. dicit, quòd cui non detur exceptio non numeratæ pecuniæ, ei nec liceat actori jusjurandum deferre. At jusjurandū est species probationis, *l. non erit 5. §. dato. ff. de jurejur.* Ergo manifestum est, exceptionem non numeratæ pecuniæ post biennium non admitti.

IV. Sequetur, si debitori concedatur, post biennium non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, quòd neganti probatio concederetur, cujus tamen per rerum naturam nulla est, *l. adseveratio 10. C. de non num. pec.* Ergo adhuc dicendum est, debitorem post biennium probantem pecuniam sibi non esse numeratam, non esse audiendum.

V. Quicunque cavit sibi pecuniam esse numeratam & per biennium in cautione acquievit, is facto non potest desinere teneri, nisi aut solvat creditori, aut ejus nomine satisdet, *l. si rem 9. §. omnis 3. ff. de pigner. act.* At debitor obligatus post biennium, cavit pecuniam sibi esse numeratam. Ergo aut solvat, aut satisdet, necesse est.

VI. Hac ratione efficeretur, obligationem literarum nunquam esse obligationem: ante biennium enim non est, neq; etiam tunc quando pecunia revera numerata; esset enim potius ex re, quàm ex literis, & scriptura obtineret vicem probationis: neq; etiā post biennium, quando de-

do debitori exceptio competit, pecuniam sibi non esse numeratam, *Duar. ad tit. C. de non num. pec. cap. 4. Don. lib. 14. com. 38. Hartman. Pistor. 4. quæst. 12. n. 33. Fachin. 2. controvers. 21. Robert. disput. 15. coron. 2. & alii.*

Verisimilior nihilominus est sententia eorũ, qui etiam post biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponi posse autumant, non quidem ut privilegium, sed ut onus probandi debitor in se recipiat, has ob causas:

I. Exceptiones naturâ suâ sunt perpetuæ, *l. purè 5. in fine ff. de dol. mal. except.* Cessante igitur privilegio, h. e. biennio, hæc exceptio aliarum exceptionum naturam recipiet, *argum. l. ejus 34. §. militia. ff. de testam. milit.*

II. In contractibus magis veritatem quàm scripturam nudam tueri debemus, *l. 1. C. plus valer. quod agit.* Veritas enim rerum errorib. gestarum eludi non debet, & ideo præses provinciæ id sequitur, quod convenit ex fide eorum quæ probantur, *l. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de offic. præsid.* Atqui si reprobaretur ipsius debitoris testimonium post biennium probantis, pecuniam non esse numeratam, scriptura magis, quàm veritas inspiceretur. Ergo id fieri non debet.

III. Propter *d. l. adseveratio 10.* ubi creditor ratione biennii probare debet, pecuniã se numerasse: elapso verò biennio si ipse debitor onus probandi in se suscipere velit, utiq; audiendus erit, *arg. l. 1. ff. de offic. ejus &c.*

IV. Contra quem est juris præsumptio, eidem onus probandi incumbit, *l. ab ea 5. §. 1. ff. de probat.* At contra debitorem elapso biennio est juris præsumptio, solutam videlicet esse pecuniam. Ergo ei incumbit onus probandi, se pecuniam non accepisse.

V. Omnis illicita exactio facta cum alterius dispendio, ipso jure iniqua est, *l. cùm hi 8. §. si quis 22. ff. de transact. l. nam hoc 14. ff. de condict. indeb.* Sed si debitori non permitteretur, post biennium probare, pecuniam sibi non esse numeratam, tunc creditor lucrum sentiret & locupletior fieret cum debitoris jactura. Proptiâ enim conscientiâ convictus, quæ instar mille testium est, pecuniam scit se non numerasse, debitor enim non idem bis peteret. Ideoq; his fallaciis & fraudibus creditoris connivendum non est.

VI. Si de obligando quærimus, propensiores esse debemus, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi verò de liberando quæritur, faciliores esse debemus ad liberationem, *l. Arrianus 47. ff. de O. & A. l. favorabiliores 125. ff. de reg. jur.* At quando debitor paratus est probare, numeratam sibi non esse pecuniam, tunc habemus occasionem negandi & liberandi. Non igitur statim condemnandus est, *Dn. Vultej. Præceptor meus ad pr. Instit. de lit. oblig. Gomes. lib. 2. variar. resolut. cap. 6 nu. 7. Bronchorst. cent. 2. ass. 22. Zanger. de except. part. 3. cap. 12. nu. 24. Treutl. vol. 1.*

vol.1. disput.26. thes.2. lit. C. *Hœnon. disput.15. thes.15.*

Ultimò argumenta his repugnantia discutienda supersunt.

Primò parum stringit quod prætendi solet: si debitori post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ competeret, efficeretur illum non esse obligatum, contra *§. fin. Instit. de lit. oblig.* Resp. Ex *d. tit. de lit. oblig.* non obligatum esse debitorem, si is adhuc queri possit, id est, exceptionem opponere possit non numeratæ pecuniæ. At quando debitor probare potest, pecuniam sibi non esse numeratam, tunc adhuc queritur, & exceptioni locus est, *argum. l. adseveratio 10. C. de non num. pec.* Ergo obligatus non est.

Secundò non adeò movet verbum, *omnimodo* solvere cogitur, *in d. l. si intra in fine 8. C. de non num. pec.* quod verbum importare quandam necessitatem arguunt contrariæ sententiæ autores. Sed responderi potest vocabulum *omnimodo*, interdum restrictionem & limitationem pati, ut *in §. item verborum. Instit. de inutil. stipul.* Sic etiam *d. l. 8.* accipi potest adhibitâ limitatione & excepto eo casu, quando ipse debitor onus probandi in se recipere velit, & creditorem ab eo relevare.

Tertiò asseritur, exceptionem post biennium elapsum non dari, quia in *l. contractibus 14.* scriptum sit, nullo modo competere exceptionem

non numeratæ pecuniæ elapso biennio. Ergo nec dari, si probare debitor velit, pecuniam sibi non esse numeratam post biennium elapsum. Nam dicendum est, *d. l. 14.* accipiendam in eo casu, quando creditor probare debeat: tunc enim elapso biennio nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci potest. Secus verò est quando onus probandi ipse debitor in se recipiat. Nec obstat, quòd in *d. l. 14. §. 3.* ne quidem juramentum deferre liceat post præteritum biennium, quod juramentum tamen species probationis sit, *l. non erit 5. §. dato. ff. de jurejur.* Nam respondetur, juramentum non esse probationem, sed adminiculum infirmæ & illegitimæ probationis, *Cujac. in parat. Cod. Don. tr. de probat. cap. 6.* Itaq; non simile hoc juramentum est veræ probationi debitoris, quæ post biennium non excluditur.

Quintò, responsio ad hoc desumi potest ex responsionibus ad secundum & tertium argumentum.

Sextò non militat, quod ajunt, obligationem literarum nunquam verè obligationem esse. Nam dicendum est, tunc verè obligationem esse, quando nulla ex ratione apparet, creditorem circumveniendi animo cum debitore agere, sed pecuniam revera dinumerasse, quod non constat, si debitor adhuc contrarium probare poterit.

THEO-

THEOREMA IV.

An venditor præcisè tradere rem teneatur?

INter modos adquirendi rerum dominium, principalis est traditio, *§. per traditionem 4. Instit. de adquir. rer. dom. & ear. divis. l. traditionib. 20. C. de pact.* quæ traditio cum primis necessaria est, etiam in contractu emtionis & venditionis, adeò ut venditor rem præcisè tradere cogatur; quod tamen complures negant, contrarium intendentes, venditorem liberari, si præstet, quantum emtoris interfit, propter has causas:

I. Ostendit idipsum disertè Ulp. *in l. 1. si res vendita non tradatur*, tunc in id quod interest, agitur, *ff. de act. emt.* Ergo non absolutè ad rei traditionem venditor cogi potest, nec simul ad utrumque tenetur, ad rei traditionem, & ad id, quod emtoris interest, sed si non tradit, tunc id quod interest, succedit.

II. Natura etiam actionis ex emto & vendito requirit, ut agatur ad id, quod emtoris interest, rem non fuisse traditam, ut ostendit JCtus *in l. si in venditione 60. ff. de evict.*

III. Non est damnosum emtori, rei æstimationem potius quàm rem ipsam consequi, quia non sit habenda affectio privatæ utilitatis, ut ait Paulus *in l. pretia 63. ff. ad L. Falcid. & l. si ser-*

vum 33. ff. ad L. Aquil. quod nec hoc loco fieri debet: cùm venditor ad id, quod emtoris interest, tenetur, quod sæpè ipsum rei pretium excedit, *d. l. 11. ff. de act. emti. Secundò*, quia emtor non minus habeat, quàm qui rem habet, si pretium consequatur, *l. quia 39. ff. de usufr.*

IV. Faciunt huc expressi textus, *l. ex emto 11. §. idem ait 9. ff. de act. emt.* ubi dicitur, non tradentem condemnari quanti interfit, *l. si jactum 12.* ubi, si venditor ei qui jactum retis emerit, pisces tradere nolit, æstimationem piscium præstare debet, quos extraxit, *ff. de act. emt.* Idem dicitur, in *l. si traditio 4.* ubi, si procaciâ venditoris res non tradita fuit, tunc quanti interest, præses æstimat, *C. de act. emti.*

V. Evincitur hac ratione: Ex quibus causis juramus in litem, ex iisdem id quod interest præstando, liberamur: Ex causa autem emtionis juratur in litem, *arg. l. 5. ff. de in lit. jur.* Ergo præstando id quod interest liberamur, *Covarru. 2. variar. resol. 19. n. 1. Alciat. ad l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter &c. Fachin. 2. controv. 30. Dn. Gœdd. comm. de contrah. stipul. concl. 4. n. 68. Cl. Doctor meus Anton. Matth. in not. ad princ. tit. de emt. & vendit.*

Contraria sententia verior est, quòd tradere rem venditor teneatur.

I. Nihil magis bonæ fidei convenit, quàm id quod inter contrahentes gestum est, servare, *l. ex emto 11.*

emto 11.§.1 ff.de act.emt.l cum ventrem 21.ff. locati. Id autem inter contrahentes gestum est, ut venditor rem, emtor verò pretium præstaret, *d.l. 11.§. & inprimis 2.ff.de act.emt.* ubi Castr. notat, quòd manu militari cogi possit venditor, si rem tradere detrectet. Ergo in venditore necessariò requiritur traditio.

II. Quemadmodum donatori incumbit necessitas tradendi rem donatam donatario, eodem modo necessitate astringitur emtor ad rei traditionem, *§. aliæ autem donationes 2. Instit. de donat. l. si quis 35. §.sed si quidem 5. C.de don.* ubi compellitur donator omnimodo rem tradere.

III. Contractus fidem fregit, qui rem, quam præstare potuit, non præstat, & alii fortè vendit, *l.qui tibi 6.C.de hered. vel act.vend.* At si venditor contractus fidem servare velit, omnino rem tradere debet, & emtor pretium dare, *§.sed & certum.Instit.de emt. & vendit.*

IV. Accedit, quòd aliud pro alio, invito creditore, solvi non possit, *l.mutuum 2. §. 1. in fine ff. si cert.pet.* Ergo nec invito emtori, id quod interest, præstari potest.

V. Huc referri possunt complures textus, qui absolutè requirunt, ut res tradatur, *d. l. 11. §. & inprimis 2. l. si servus 30. §. fin. & l. seq. ff. de act. emt. l.si in emtione 34. §. si emtio 6. l. si cum fundum 68.§.fin.l.cum manu 80.§.fin. ff. de contrab. emt.* Joh.Faber. *in §. & certum. Instit. de emt. &*

vendit.n. 9.10.& 11. Cujac. in l. stipulationes 72. ff. de verb. oblig. & ibi Giph.n. 33. Gomes. variar. resol. 10. 11. 22. Arius Pinell. l. 1. de bon. matern. Hier. Treutl. vol. 1. select. disput. 28. thes. 2. lit. C. Enucl. Don. 13. cap. 2. lit. A. & 15. comm. 3. lit. B.

Nunc superioribus argumentis respondendum est.

Primò, non officit sententiæ huic *l. 1. ff. de act. emt.* ubi id quod interest præstari debet, non verò res ipsa. Responderi potest, principium *d. l. 1.* accipiendum esse eo in casu, quando venditor dolo facit, quò minùs res tradatur, ob moram tradendi; ideoque emtor eligit id, quod ipsius interest: & textum hoc modo accipiendum monstrat §. *1. d. l. 1.*

Secundò, volunt actionis emti & venditi naturam esse, ut quanti intersit pręstetur, *d. l. si in venditione 60. ff. de evict.* ℞. Id ex *dict. l.* non elici, sed quando res evicta est, & adversario recuperata per judicem, tunc venditor emtori præstare tenetur id quod ejus interest: necesse ergo est, rem prius esse traditam, *l. non tamen 24. ff. de evict.*

Tertiò parum stringit, emtorem privatam utilitatem spectare non debere, *dd. ll.* sed rei æstimationem, vel rei pretium capere, quod sæpiùs rem ipsam excedat. Nam respondetur, nullam ob utilitatem emtorem potius rei traditionem urgere, sed ut id quod inter contrahentes gestum est, servetur; quod naturalis ratio suadet, *l. 1. ff. de pact.*

pact. ne contractus emtionis & venditionis irritus constituatur. Pretiũ verò non semper rem ipsam excedit, cùm difficile sit probare, quanti alicujus interfit; ideoque nec minimam rei partem sæpè emtores consequi possunt, si probare debeant, nec tamen possint, quanti ipsorum interfit. Itaq; non habere videtur rem, qui rei pretium habet, aliâs enim illud retinuisset, remq; inemptam reliquisset, *Ant. Fab. lib. 6. conject. 17.*

Quartò parum movent textus adducti in contrarium. Nam primò ex *d. l. ex emto 11. §. idem ait 9. ff. de act. emt.* quemadmodum & *l. contractus 17. C. de fide instrum.* loquuntur in casu, quando venditor rem tradere non potest, quòd multis modis contingere potest ne res tradi possit à venditore, *l. si cum 68. §. fin. ff. de contrah. emt.* Deinde *d. l. si jactum*, non multùm imponit: ubi si jactum retis quis emit, & non traditis piscibus, venditor ad id quod emtoris interest tenetur. Nam dicendum est, *in d. l.* non rem certam, sed factum incertum venditum esse: omnia enim facta incerta sunt. Itaq; quod dicitur, venditorem rem tradere oportere, limitationem hanc recipit, nisi aliquid incertum vendatur, quod in spe & futuro eventu consistit. Tunc enim liberatur venditor, præstando id quod emtoris interest, *Jason & Dd. in d. l. si jactum 12.* Alii aliter respondent; emtorem elegisse rei æstimationem, cùm venditorem aliâs ad rei traditionem urgere potuisset. Denique non

resistit *l. si traditio 4. C. de act. emt.* ubi procaciâ vel contumaciâ venditoris res non tradita est, qui tantùm ad interesse (ut vulgò vocât) tenetur. Nam eo ipso dum procaciam commisit in tradendo, necesse est illum antè obligatum fuisse ad rei traditionem. Ni si enim obstrictus fuisset rem tradere, venditor non commisisset procaciam, *l. lecta 40.* in verbis: nec ante solutæ &c. *ff. de reb. credit. si cert. petat.*

Quintò non probatur ex eo, quòd in bonæ fidei judiciis, inter quæ emtio & venditio numeratur, juramentum in litem locum habet, *d. l. 5. ff. de in lit. jur.* & proinde venditor liberetur, si præstet id quod interest. R. Omnia diligenter à JCtis exposita esse, quæ in hac materiâ desiderantur, nusquam tamen scriptum extare, contra venditorem in litem jurari; nam si liceret emtori jurare in litem contra venditorem, tunc eo in casu potissimùm liceret, quando procaciâ venditoris res non traditur, sed in litem jurari negant Impp. *in d. l. si traditio 4. C. de act. emt.* sed taxatio ejus quod interest, judicis arbitrio & religioni relinquitur, quia in re vendita ante traditionem nihil juris habet emtor, licet in personam venditoris actionem habeat, ut is rem tradere cogatur, *§. cum autem. Inst. de emt. & vend.* Non igitur in omnibus bonæ fidei judiciis in litem juratur, sed si quis rem suam adquisitam vindicat, ut dicitur *in l. in actionibus in rem 5. ff. de in*

de in lit. jur. Nam actiones depositi, commodati æquè sunt bonæ fidei, non tamen in iis juratur in litem, *l. ei apud quem 5. ff. depos.* Igitur nec in emtione & venditione jusjurandum in litem locum habet.

THEOREMA V.

Ad quem periculum rei venditæ ante traditionem pertineat, si dolus venditoris non interveniat?

QUAM necessarium sit, rem venditam ab emtore tradi, superiore theoremate satis superque ostensum est. Jam si contingat ut antequam venditor rem tradiderit, res vendita periculum damni sentiat, vel prorsus intereat, quæsitum est, ad quem periculum ejus, si dolus venditoris non accedat, pertineat? Autumant nonnulli, sine distinctione ad venditorem pertinere, hisce de causis & legibus.

I. Probatur hæc sententia perspicuè *in l. si fundus* ibi: nam si vendideris mihi fundum, isque priùs quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto, *ff. locati.* Ex quibus relucet, periculum non esse emtoris, si res intereat, sed ad venditorem referri.

II. Res unaquæque suo domino perit, *l. pignus 9. C. de pigner. act.* Ante traditionem autem emtor non est dominus, *l. traditionibus 30. C. de*

pact. l. alienatum 64. ff. de V.S. Ergo ad venditorem periculum pertinet, non verò ad emtorem.

III. Confirmatur hæc sententia *l. quod si neq. 14. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.* ubi dicitur, periculum venditoris esse, si materia furto periit ante traditionem, *l. ult. ff. de condict. causa dat. &c.* ubi pecunia data, ut Stichus daretur, repetitur, quia Stichus ante traditionem interierit. Facit huc *l. lectos 12. ff. de peric. & commod. rei vend. Cujac. d. loco Bocer. in l. 23. cap. 4. num. 7. de de reg. jur. Dom. Vult. in princ. Instit. tit. de emt. & vendit. num. 71. in fine & Borcholt hic.*

Tutius tamen est dicere, periculum rei ad emtorem pertinere, excepto casu fortuito, quo ipse venditor non est excluſus, & sententiæ hujus fundamenta hæc sunt.

I. Quem sequuntur commoda, eum etiam incommoda sequuntur, *l. secundum 10. ff. de R. J.* At emtor omne commodum rei percipit. Ergo etiam incommodum, *l. id quod 7. ff. de peric. & commod. rei &c.*

II. Si per venditorem non stetit, quò minùs res tradita fuerit, videtur id emtori adscribendum, quòd tamdiu moram tulerit, nec rem petierit, donec in damnum aliquod inciderit, *arg. l. item illa 18. ff de constit. pec.*

III. Venditor debitor speciei habetur. At is interitu rei liberatur, si sine ejus culpa & dolo ad interitum vergat, *l. si ex legati 23. & ibi Coras. ff. de*

ff. de verb. oblig. Ergo periculum ad emtorem pertinet.

IV. Huc conferunt textus luce meridianâ clariores, quibus ostenditur, ad emtorem periculum rei pertinere: est *l. cùm emtor 5. § fin. ff de rescind. vend. l. venditor 21. ff. de hered. vel act. vend. l. dedi tibi 16. ff. de condict. caus. dat. caus. non sec. l. id quod 7. l. si vendita 11. ff. de peric. & com. rei vend. §. cùm autem 3. Instit. de emt. & vendit. cum similib.* Quòd autem venditor non immunis sit à casu fortuito, sed de illo etiam teneatur, probat *§. cùm autem 3. vers. quòd si fugerit. Instit. de emt. & vendit. l. si ea fugerit. princip. ff. de act. emt. Faber 2. conject. 4. Bronchorst. cent. 1. aff. 89. Dn. Doctor meus. Ant Matthaus in not. ad d. tit. Inst. de emt. & vendit. Val. Forster. disp. 18. thes. 5.*

Illud adhuc superest, ut argumentis in contrarium adductis satisfiat.

Primò autem in medium adfertur *d. l. fundus 33. ff. locati.* ubi venditor tenetur ex emto, si fundus, quem non tradidit, publicatus sit: non ergo periculum ad emtorem spectat. Nam respondendum est, ibi casum fortuitum proponi, quo periculum ante traditionem etiam ad venditorem spectat, *d. §. cùm autem. vers. quòd si fugerit. Instit. de emt. & vendit.* Quòd si tamen venditor securus esse velit, cedere debet actiones emtori, *l. si vendidero 80. Digest. de furt.* si verò nullas habeat, ut in casu *dict. leg. cùm fundus*, si

videlicet fundus publicat⁹ sit, tunc condemnandus est, *l. quod sapè 35. §. si res 4. ff. de contrah. emt.* Non autē specialis casus est *in d. l.* eā ob causam, quòd aliquid veteri possessori datum sit, eidemq; venditori honoris causâ, *l. item si in 15. §. 2. ff. de rei vindic.* cùm id in aliis etiam casibus locum habeat, ob rationē cur venditor actiones cedere teneatur, ne ultra precium lucrum consequatur, rem videlicet & ipsum precium, *l. si ea 31. in princ. ff. de act. emt.*

Secundò, perperam objici solet *l. pignus 9. C. de pigner. act.* ubi atquere volunt, rem suo domino perire; jam autem ante traditionem emtorem dominum nō esse: Ergo venditori rem perire. Respondendum est, Propositionem non esse πρὸς πάντας, simpliciter veram. Nam infirmitas ejus patet ex eo, quòd & creditori, qui dominus non est pignoris, illud tamen pereat, vulgatâ *l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig.* Venditor enim dominus est sine effectu: dominium enim penes illum non est, sed penes emtorem. Habet enim actionem ad rem, & proinde rem ipsam, *l. is qui 15. ff. de reg. jur.*

Denique nihil operatur *d. l. quòd si neq; 14. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.* ubi periculum venditoris esse dicitur, si res furto surrepta non fuit tradita contra §. *cùm autem emtio. Instit. de emt. & vend.* Nam dicendum est, ibi non certam speciem venditam esse, sed genus, ut sunt lignа,

gna, trabes; quo casu res perit venditori, quia genus perire non potest, *l. in ratione 30. §. verum 3. ff. ad l. Falcid.* Nec etiam tantopere repugnat *l. dedi tibi 16. ff. de condict. causa dat. causa non sec.* Non enim ibi pecunia data est ut pretium, sed ex mutuo officio: nam si ut pretium data esset, tunc omnino emtio & venditio esset, *l. ult. C. de præd. decur.* Ideo Celsus *in d. l.* ait, nullam aliam obligationem esse, quàm ob rem datam, re non secutâ: negat verò, esse emtionem & venditionem: ideo ad præsentē quæstionem malè applicatur. Denique nihil *l. lectos 12. ff. de peric. & commod. rei vend.* Respondetur enim, culpam & imprudentiam venditoris ibi versari, qui lectos in publica via collocavit, meritò igitur ipsius erit periculum.

THEOREMA VI.

An scriptura præcisè ad substantiam contractus emphyteusis requiratur?

TRaditum est ab Imp. Justin. *in l. contractus. C. de fide instrum.* quòd ipsi placuerit, emtionem & venditionem in scriptis fieri. Idem quoq; repetitur *in princ. Instit. de emt. & vendit. l. 1. §. est autem 2. in verbis, & per literas. ff. de contrah. emt. l. cum inter 4. in verbo sine scriptis. C. de peric. & commod. rei vendit.* Sic etiam *in l. si pater. ult. circa pr.* dicitur promissionē dotis instrumento

dotali fieri. *C. de dotis promiss.* In quibus tamen locis omnibus scriptura non necessariò requiritur. In contractum emphyteuticum etiam scriptura venit, quæ an de substantia contractus sit, dubitari potest propter dispares opiniones. Nam qui scripturam præcisè ad emphyteusin requirunt, his fundamentis utuntur:

I. Per *l. jus emphyteuticarium 1. C. de jure emphyteut.* ubi contractus emphyteuticus valet, & robur suum consequitur, sed hac tamen additâ conditione, si scriptura intercedat. Nam verba *pactionibus interveniente scripturâ habitis, &c.* demonstrationem in futurum complectuntur, *l. servi electione 6. ff. de leg. 1. Don. 9. com. 13.* non in præteritum, ut *in §. ult. Instit. de nupt.* compositis dotalibus instrumentis, *l. 2. §. ex actis. ff. de O. J.* Deinde notandum est, *in d. l.* duos ablativos absolutos poni, *Scripturâ interveniente, qui* conditionem præcisè implendam inducunt, ex mente *Dd. in l. Thais 41. §. libertatem 10. & §. ult. ff. de fideicomm. libert. l. si statuliberi 6. §. ult. ff. de statuliber. l. à testatore 109. ff. de condit. & demonstr.*

II. Evincunt id ipsum *l. 2.* in verbis: siquidem aliæ pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptæ, *& l. cùm dubitabatur 3.* in verbis, siquidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, *C. d. tit. de jure emphyt.*

III. Ac-

III. Accedit, quòd scriptura adhiberi soleat in tali contractu, qui in perpetuum constituitur, *l.1.§ 1.& ibi Cl. Andreas Dinnerus* Præceptor meus. *ff. si ager vectig. & §. adeò 3. Instit. de locat. & conduct. l. quicunq; 3. Cod. de fund. patrim. lib. 11.* Et ratio dari potest, quòd vix aliunde probatio desumi possit contra heredes emphyteutæ, sive conductoris perpetuarii, si forte successu temporis qualitatem emphyteuticam negare, & proprietatem rei vindicare conentur, *Bocer. de contract. cap. 4. num. 9. Don. 9. comment. 13. & 13. comm. cap. fin. Jason in l. 1. num. 61. & seqq. Cod. de jure emphyt. & ibid. Bald.*

Verùm enimverò his non obstantibus firmiter tenendum esse existimo, scripturam non esse de substantiâ contractus emphyteusis.

I. Si emphyteusis contractus est solo consensu constans, non requiritur in illa scriptura. At prius verum est. Nam quemadmodum emtio & venditio solo consensu perficitur, *l. consensu 2. ff. de O. & A. & t. tit. Instit. de oblig. ex consensu.* ita etiam emphyteusis, quæ contractui emtionis & venditionis similis est, ut olim dubium fuerit, an emphyteusis emtio-venditio, an verò locatio esset, *§. adeò 3. Instit. de loc. & conduct.* Ergo & posterius. Quòd autem in contractibus, qui consensu constant, non requiratur scriptura, disertè ostendit *l. contrahitur 4. ff. de pign. l. in re hypoth. 4. ff. de fide instrum. l. 2. l. nō figura 38. ff. de O. & A.*

II. Si scriptura abesse potest sine corruptione emphyteuseos, sequetur, illam non esse de substantia ejusdem. At prius verum esse, relucet ex *l. 3.* in verbis: vel fortè instrumentum emphyteuseos deperditum fuerit, tunc propterea contractus non irritus constituitur: Item *l. 2.* in verbis: Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum; &c. *C. eod. de jure emphyt.* Consequens ergo est, scripturam non esse de substantiâ contractus emphyteutici.

III. Huc confert, quòd *Justin.* omnia *diligenter exposuerit, quæ ad substantiam* hujus *contractus* referuntur; nunquam autem constituit, quòd instrumento aut scripturâ perfici debeat, nec *in d. §. adeò 3. Instit. de locat. & conduct.* neque etiam *in d. l. 1. 2. & 3. Cod. de jure emphyt.* Obstacula enim levissimi ponderis jam removebuntur. Ideoque non præcisè requiritur scriptura ad constituendam emphyteusin.

IV. Accedit, quòd omnis conventio, (qualem contractus desiderant, *l. 1. § conventio 3. ff. de pact.*) absque scriptura gesta regulariter valeat, *l. conventio 4. ff. de pignor. & hypothec. l. in re 4. ff. de fide instrum. l. pactum 17. C. de pact. Bart. in dict. l. 1. Conman. 7. comment. 12. Curaſ. de jur. arte part. 2. cap. 9. Cl. D. Cunradus Rittershuſ. Præceptor meus piè defunctus, cui ſit terra levis, partit. feud. 2. quæſt. 2. & alii.* Respondendum est nunc ad contraria.

Primò

Primò prætendunt antagonistæ, intervenientе scripturâ hunc contractum efficacem esse, *d. l. 1. Cod. de jure emphyteut.* ubi duo ablativi absoluti conditionem in futurum præcisè implendam inducunt. Ad hoc in promptu est duplex responsio. *Primò* enim non sequitur. In contractu emphyteuseos intervenit scriptura: Ergo scriptura est de substantiâ ejus. Nam & emtio-venditio scripturâ comprehendi potest, *§. 1. Instit. de emtio. & venditio. l. contractus. Cod. de fide instrument.* Sic dos instrumento fieri potest, *l. ult. Cod. de dot. promissio.* ut in frontispicio hujus theorematis tetigi: non tamen confestim efficitur: Ergo necessariò scriptura intervenire debet, sed contrahentibus ita visum est rem scriptis comprehendi.

Deinde duo ablativi absoluti, (ut à *Dd. pragmaticis* vocantur) non ad contractus substantiam denotandam proferuntur, cùm ea sit in consensu posita: sed propter pacta, quæ huic contractui sæpè adjunguntur, ut firma constituantur, *dict. leg. 1. Cod. de jure emphyteut.* Denique duo ablativi absoluti non semper conditionem inducunt, præsertim in verbo præsentis temporis, ut hoc loco, *l. 2. per totam. ff. mandati.* vel in verbo præteriti, *l. 2. §. exactis. ff. de O. jur. ubi Coras. num. 2. & 3.* sed tunc, quando jure certum est, rem aliquam in pendenti esse posse, *Rol. à Valle, vol. 1. cons. 82. num. 16.* Non igitur, nisi

probandi causâ, in emphyteusi scriptura adhibetur, *Don.13.comm.32.*

Secundò idem respondetur, quod ad primum.

Tertiò non movet, quòd aliunde probatio contra coheredes emphyteutæ non detur, si successu temporis qualitatem emphyteusis negare velint, & proprietatem sibi vindicare, *d.l.3. C.de fund.patrim.* Nam respondent Dd. pragmatici, scripturam non probare esse, quod ab eo contingit abesse, *l.neq; natales 10. C. de probat.ubi gl. & Dd.* Igitur scriptura, ut maximè in emphyteusi adhibeatur, ad contractus substantiam non requiritur.

THEOREMA VII.

An si insigniter fundum emphyteuticum deteriorarit emphyteuta, ex eo expelli possit?

SI res emphyteuticaria omnino intereat, periculum totum ad dominum vergere, docet Imper. *in §. adeò 3. Instit. de locat. & conduct. & l. 1. C. de jure emphyt.* Et ratio est, quia res regulariter suo domino pereat, *l. pignus. Cod. de pigner. act.* Secus tamen est, si res particularis & levis intereat, tunc enim periculum ad emphyteutam redundat. Hinc versiculi, quos Accurs. *in d. §. adeò.* adfert.

Si

Si res perit tota (puto hoc propter rhythmum factum esse: aliàs enim versum, ut is numeris suis conveniat, sic restituendum esse censeo)

Si res tota perit, tunc nil dabit emphyteota:
Si pro parte perit, non ita liber erit.

Et hæc vera sunt, si periculum fortuitò suboriatur, & ex re ipsa promanet. Sed quid dicendum erit in præsenti theoremate? An emphyteuta tenebitur, si ipse rem insigniter deteriorem reddiderit, adeò ut etiam fundo emphyteutico expelli possit? Et expelli posse, quidam omnino defendunt has ob causas:

I. Fundamentum locant *in Nov. 120. cap. 8.* ubi dicitur, quòd venerabili domui licentia data sit, emphyteutam, si rem deteriorem fecerit, ejicere de emphyteusi.

II. Propter *auth. qui rem. Cod. de sacrosanct. Eccles.* ubi dicitur, si emphyteuta rem emphyteuticariam deteriorarit, aut Canonem non solverit, quòd hac conditione & lege repelli possit, ut totius temporis pensionem solvat, & id, in quo rem læsit, resarciat. Huc facit *Nov. 7. cap. 3. §. 2.* Atque ita quod in Ecclesiæ emphyteusi dictis locis constitutum est, id etiam recipiendum est in paganâ, *Jacob. Menoch. de arbit. judic. quæst. lib. 2. cap. 78. Cujac. ad d. Nov. 7.*

III. Verbi emphyteusis significatio repugnat. Dicitur enim Lat. emphyteusis, melioratio, ut

emphyteuta fundum vel rem emphyteuticam meliorem, non deteriorem reddat, *Accurs. in gl. verbi emphyteusis. §. adeò. Instit. loc. & conduct.*

IV. Pro confirmanda eadem sententia adducitur *l. ade quam 3. Cod. loc. & conduct.* ubi si in æde conductâ quis malè versatus fuerit, expelli potest. Ergo idem dicendum videtur in emphyteusi, cùm permagna sit cognatio inter emphyteusin, & contractum locati & conducti, emti & venditi, *d. §. adeò 3. Inst. de loc. & conduct.*

V. Nemini permittendum est, ut re vel propriâ vel alienâ ut emphyteuticâ, abutatur, *§. 1. Instit. de his qui sui vel alien. jur. sunt. l. 1. §. 1. Dig. si ager vectig.* Hanc sententiam sequuntur plerique *Dd. Jason in l. divortio. §. si fundum. num. 4. Dig. solut. matrimon. Jul. Clar. in §. emphyteusis. quæst. 26. Matth. de afflict. ad tit. de pace tenendâ & ejus viol. lib. 2. feud. Jacob. Menoch. & Cujac. dict. loco.*

Sed in negantium sententiam descendendum esse non dubito, Emphyteotam fundo non esse expellendum, etiamsi rem insigniter deteriorem fecerit: sed dominum actionem in personam contra emphyteutam intentare posse, ut pactis & conventionibus satisfacere compellatur.

I. Per *§. 1. Instit. de loc. & conduct.* ubi locatori actio ex locato conceditur. Sic pari ratione domino actio emphyteuticaria conceditur contra emphy-

emphyteutam, *l. 1. Cod. de jure emphyteut.* qua actione consequitur dominus, ut emphyteuta ex arbitrio boni viri re emphyteuticâ fruatur.

II. Militat etiam ratio, quòd pœna privationis locum non habeat, nisi in casibus jure expressis, *argument. l. etsi 14. §. 14. Divus. Digest. de religios. & sumpt. funer. Nov. 2. cap. 3. §. sin autem voluerit &c.* Nullibi autem pœna privationis emphyteusis in jure determinata & expressa est, quòd paganus emphyteuta ob deteriorem rem factam expelli debeat. Ergo sine lege & expresâ juris constitutione illud nefas est recipere, *Dom. Andreas Dinnerus Jurisconsultus Altorphinus, Præceptor meus, in comm. suo de jure emphyt. quæst. ult.*

Contraria sententia, quibus nitatur fundamentis, ultimò dispiciendum est.

In primo & secundo argumento, ubi argumentatio ab emphyteusi Ecclesiasticâ ad paganam instituitur, hic locum non meretur. Nam in Ecclesiasticâ emphyteusi favor Ecclesiæ jus singulare introduxit, quod in civili emphyteusi locum non habet: sic enim & in aliis causis, quibus emphyteusis amittitur, durior conditio est emphyteutæ Ecclesiæ, quàm emphyteutæ pagani. Nam emphyteuta paganus, si per triennium canonem non solvat, re emphyteuticâ privatur, *l. 2. Cod. de jure emphyt.* Emphyteuta au-

tem Ecclesiæ, si duntaxat per biennium non solvat, *d. Nov. & d. auth.*

Tertiò nil movet, verbi emphyteusis significationem refragari, si emphyteuta fundo non expellatur, quia emphyteusis meliorationem significet, teste *gl. in d. §.* Respondeo, plus inferri, quàm par est. Nam ideo melioratio dicitur ab Accurs. *d. loco*, quia olim sterilia dabantur in emphyteusin ut meliorarentur: hodie verò non tantùm sterilia, sed etiam fertilia dantur, nisi in Ecclesiâ, quæ ea solùm dat, quæ congrua sunt Oeconomo, *authent. perpetua quoq;. Cod. de sacrosanct. Eccles.* Non igitur illicò inferendum, emphyteutam fundo expellendum ob rem deteriorem factam; sed dominus mitiùs contra illum actionibus experiri potest, ut re arbitrio boni viri utatur.

Quartò, ulteriùs laborant sententiam suam corroborare *l. æde quam 3. C. de loc. & conduct.* ubi ex æde conductâ is expelli potest, qui malè in eâ versatus est. Idem ergo in emphyteuta videtur locum habere propter cognationem horum contractuum, *dict. leg. 3. Instit. de loc. & conduct.* Sed respondendum est, *dict. leg. 3.* loqui de simplici tantùm conductore, non igitur extendendam esse ad emphyteutam, cujus jus plenius & uberius longè est, quàm nudi conductoris, quod solutionè Canonis ei auferri nequit, facilè verò à conductore simplici auferri potest, utpote

utpote in quem dominium transferri nequit, *l. non solet 39. Digest. locati*, nec conductor actionem in rem habet ut emphyteuta, *l. 1. §. 1. ff. si ager vectig.* sed tantùm actionem in personam adversus locatorem, *argument. l. qui fundum 32. ff. loc. l. emtorem 9. Cod. eod. tit.* Non igitur mirum est, quin etiam hoc casu diversum jus recipiatur in emphyteuta, quàm in conductore nudo. Si enim eadem omnino horum contractuum ratio esset, tunc prædictis differentiis locus non relinqueretur.

Ultimò non obstat, nemini indulgendum, re vel propriâ vel alienâ abuti. Respondendum, Non concedi emphyteutæ, ut re malè utatur, sed actiones domino competere contra emphyteutam, ut suprà fusiùs ostensum.

THEOREMA VIII.

An in societate omnium bonorum filiæ dotem de communi pater largiri possit?

MAXIMA sunt onera & incommoda matrimonii, *l. un. §. nec enim. circa finem. Cod. de impon. lucr. descript. lib. 11.* hæc onera cùm maritus sustinere cogatur, *l. si filia 26. §. hoc amplius 2. Dig. famil. herciscæ.* æquum est, eidem ad

relationem tantarum moleſtiarum beneficium attribui, filiamque dotari, *l. dotis 7. l. ſi is. §. ibi dos eſſe 1. l. quamvis 75. ff. de jure dot.* Pater igitur filiam dotare debet, ne domi relinqueretur, nec quisquam eam duceret: nubere enim & Imper. ipſe negat feminas, ſi dotes earum non ſartæ tectæque ſint, *l. reipublicæ 2. ff. de jure dot. l. intereſt 18. ff. de reb. auctor. judic. poſſid. l. fin.* ibi: neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautum eſt, omnino paternum eſſe officium, dotem, vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie, *Cod. de dot. promiſſ. l. capite 19. ff. de jure dot.* Quæ cùm ita ſint, quæſtio antiqua, non tamen levis, hîc in conſiderationem venit, An pater in ſocietate omnium bonorum conſtitutus, de communi filiæ dotem dare poſſit? Et quidem de communi non videtur hoc facere poſſe ob has rationes.

I. Nec directè nec indirectè ad ſocietatis commodum dos filiæ pertinet: quemadmodum aliâs impenſæ ſocii, ſi ad emolumentum ſocietatis pertineant, ſocietati imputantur, ut ſi ſocius peregrè ad merces emendas profectus ſit, tunc viaticum computatur, *l. cum duobus 52. §. ſi quis 15. ff. pro ſocio.* Ergo non de communi ſocietatis dotanda erit filia.

II. Nemo ſociorum alterius ſocii partem, vel plus ſuâ propriâ parte donare poteſt, *l. nemo 68. ff. d. tit.* pro ſocio: Ergo nec dotem pater de communi filiæ donare poteſt.

III. Con-

III. Confirmatur hæc sententia per textum *in l. si socius 81. ff. pro socio.* ubi dos tunc de medio sumitur, si pacto ita provisum sit; pactum enim tale, quin justum sit, non ambigitur. Quod si verò nullum pactum, nulla conventio intercessit, tunc aliunde pater filiam dotare debet, vel quicquid ex societate filiæ datum fuit, id patri imputandum est. Et hanc sententiam sequuntur *Baldus, Albericus, Fulgosius, Petrus de Ubald. tr. de duobus fratribus, pagina sext. quæstio 9. ubi utramque sententiam defendi posse asserit.*

Et quamvis multi sint in hac opinione, probabilior tamen, & in jure verioribus rationibus stabilita est sententia contraria, dotem in societate de communi filiæ dandam esse, hisce de causis.

I. Quæcunque impendia propter honorem liberorum adhibentur, illa ex communibus bonis sociorum adhibentur, *l. si societatem 73. paragr. 1. in fine verborum:* ea quoque quæ in honorem alterius liberorum &c. *Digest. pro socio.* At solennitatis nuptiarum summus est honor, *l. nam in honorem 2. Dig. rerum amot.* Hinc feminæ honore matrimonii ad summam dignitatem senatoriam vel majorem provehuntur, *l. femina 8. Digest. de senator.* Ergo pater jure de communi dotat filiam in societate omnium bonorum.

II. Quod necessitate unus sociorum præstare cogitur, non verò ex delicto, id fit de communi sociorum, *argumento l. cum duobus 52. §. fin. ff. pro socio.* Sed necesse est, & officium patris requirit, filiam dotare, *d. l. ult. Cod. de dot promiss. cum multis aliis suprà adductis.* Ergo ex arca communi societatis dotem filiæ pater largiri debet. Hinc eodem modo pater in societate omnium bonorum de communi sociorum filio sumptus studiorum causâ ad honorem Magisterii vel Doctoratus suggerere debet: *liberum enim fuit sociis quovis tempore, à contractu resilire, cum primis quia ipsis innotuerit, tales impensas fieri: cùm igitur tacuerint, videntur in iis acquievisse, Menoch. b. 2. arbitr. judic. quæst. casu 127. Don. ad pr. tit. Cod. pro socio. Arum. exerc. 15. th. 2. Treutl. vol. 1. disp. 27. th. 8. sub H. & alii.*

Argumenta jam allata removentur hoc modo.

Primò movere solent, quòd dotis datio nec directè, nec indirectè ad societatis commodum spectet, iniquè ergo conferatur cum sumptibus sociorum. Ad hoc in propatulo est responsio, quamvis ad societatis commodum dotis datio non spectet, tamen in illa societate omnium bonorum non solùm commoda, sed etiam incommoda in considerationem venire, *l. secundum 10. ff. de reg. jur.* Cùm itaque omnis impensa societati imputetur: Ergò etiam dotis datio, cùm & ea inter socios communicetur, *l. quod si 66. ff. d.*

tit.

tit. pro socio. De communi igitur sociorum dos filiæ quærenda est.

Secundò regerunt, quòd socius alterius socii partem donare non possit, ideo nec propter dotem socii partem eripiendam esse. Nam respondendum est, nullam hîc subesse donationem, cùm omnia hæc societati imputentur. Nam familiæ sociorum ex communi alendæ sunt, imò etiam dotandæ, *Gothofred. ad l. si socius 81. Dig. d. tit. pro soc. Rolandus à Valle 1. consilio 91. num. 45.*

Tertiò, non hîc attendi debet distinctio, an inter socios conventum sit de dote præstandâ, vel non? Priore casu de communi dotem præstandam esse, posteriori non item, *d. l. 81.* Nam patet ex *d. l.* ibi non agi de societate omnium bonorum, sed de quovis socio: nam tunc dos filiæ constituta datur ex conventione sociorum. In societate autem omnium bonorũ hæc conventio ineſt, in qua omnia onera & lucra, omnesq; conventiones communicantur, nisi leonina societas aliâs coita sit. Jam autem dotis constitutio patris onus est necessarium. Si igitur simpliciter societas inita est, non additis verbis, *omnium bonorum*, in hac societate solùm commune est, quæ ex quæstu convenit, ut in emtione, locatione plerunq; fit. Sed dices, generaliter *in d. l. 81.* societatẽ contractã esse: Ergo genus comprehendit sub se omnes suas species, etsi non exprimantur, *l. si ser-*

vitus 23. in fine princip. Digest. de servit. urb. prad. & proinde etiam societas omnium bonorum comprehendetur. Sed respondetur, verbo generali omnes species comprehenduntur, quando aliud actum non est inter contrahentes, semper aliàs id sequendum est quod actum est, *l. semper ff. de reg. jur. ut & in d. l. 81.* Secus verò est in societate omnium bonorum, ut jam dictum.

THEOREMA IX.

An negotiorum gestor præstet culpam levissimam?

UTILEM & necessariam esse negotiorum gestionem, patet ex *l. 1. ff. de nego. gest.* qua amicus amico succurrit, ejusque rem & conditionem meliorem facit, *l. solvendo 39. ff. d. t.* Trahit enim originem suam ex officio & amicitia, *l. 1. §. mandatum 4. ff. eod.* adjuvari enim nos per alios, non decipi oportet, *l. in commodato 17. §. sicut 3. Digest. commod. l. ad res donatas 62. in fin. ff. de ædilit. edict.* Hinc *Cicero pro Roscio Amer.* in eos qui fraudulenter alterius negotia gesserunt, invehitur. In privatis, inquit, rebus, si rem mandatam non modò malitiosè gesserit, seu quæstus aut commodi causâ, verùm etiam negligentiùs, is admittit summum dedecus. Quid enim recipis mandatum, si aut ad tuum commodum conversurus, aut neglecturus es? cur

cur mihi te offers, aut meis commodis officio simulato officis & obstas. Recede de medio, per alium transigam, suscipis onus officii quod te putas sustinere posse. Ideoque si quid culpâ suâ deseruit negotiorum gestor, id ei imputandum erit.

Hinc crux Doctorum, An etiam de culpa levissima negotiorum gestor teneatur? Quod negare nonnulli intendunt, sequentes ob causas:

I. Nemini officium suum debet esse damnosum, *l. sed si quis 7. ff. testam. quemad. aper.* Sed hoc modo maximè damnosum esset officium negotiorum gestoris, si ad exactissimam diligentiam astringeretur & ad minimum etiam damnum rerum, quod nemo facilè effugere potest, *l. si servus 61. §. quod vero 5. ff. de furt.* Igitur negotiorum gestor non tenebitur de levissima culpa.

II. Sequetur, quòd nemo administraturus sit alterius negotia, si ad levissimam culpam in hac actione quis teneretur, sed omnia negotia desererentur, *Bart. in l. quod Nerva. ff. depos. q. 10. Joh. Ferrar. Montan. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. p. 124. in princ. & alii.*

III. Comprobat *l. heredes 25. §. non tantùm 16.* in verbis: non talem diligentiam &c. *ff. fam. herciſc.* ex quo textu tale argumentũ exstruunt, Diligentiam præstare debet negotiorum gestor, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet.

Sed is non adhibet exactiſſimam diligentiam, ſed exactam: quæ contraria eſt culpæ levi. Ergo negotiorum geſtor non tenetur de leviſſima culpa.

IV. Evinci hanc ſententiam poſſe, exiſtimant ex *l. tutori 20. C. de negot. geſt.* ubi dicitur quòd negotiorum geſtor dolum, latam & levem culpam præſtare debeat; nullius verò leviſſimæ culpæ meminit, de qua negotiorum geſtor teneatur. Ergo nec ſine legum textu negotiorum geſtori ea affingi debet.

V. Huc facit, quod *Papin. in l. fidejuſſor 32. ff. de negot. geſt.* ſcribit, in actione negotiorum geſtorum culpam æſtimari ſatis eſſe, non etiam caſum. Itaq; negotiorum geſtor non tenetur de omni culpa, etiam leviſſima, *Bart. d. loco. Ferrar. Mont. ad d. l. contractus. ff. de reg. jur. Treutl. vol. 1. diſput. 10. th. 6. lit. D. Hugo Don. 16. com. 7. Hœnon. diſput. 17. th. 17.*

Receptior & verior eſt contraria ſententia, negotiorum geſtorem etiam de leviſſima culpa teneri, hisce de cauſis:

1. Si non aliis argumentis idipſum demonſtraretur, ſufficeret hoc unicum, quòd diſertis verbis conſtitutum ſit ab Imp. *in §. igitur. verſic. ſicut autem, ibi*: quo caſu ad exactiſſimã quisq; diligentiam compellitur reddere rationem, *Inſt. de oblig. quæ ex quaſi contractu &c.* Si igitur negotiorum geſtor exactiſſimam diligentiam præſtare

ſtare debet, tam fideliter negotia gerere debet, ut ab omni culpa, etiam leviſſima, immunis ſit, de qua aliâs teneretur: exactiſſima enim diligentia culpæ leviſſimę opponitur: & *in d. verſic.* ulteriùs hæc ſententia confirmatur, ubi dicitur, quòd non talem diligentiam adhibere debeat, qualem quis ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modò alius diligentior commodiùs negotia adminiſtraturus eſſet; ubi dicit, ſi alius diligentior eſſe potuerit, & majorem curam adhibere, quàm *ipſe* adhibuit, tunc negotiorum geſtorem non excuſatum eſſe.

II. Perſpicuus etiam textus ad hanc rem facit in *l. ſi mater 24. C. de uſur.* ubi Imp. Philippus conſtituit, ſi mater filii filiæve negotia geſſerit, tunc omnem diligentiam præſtare debere; ubi procul dubio etiam exactiſſimã intelligit. Qui enim omne dicit, is nihil excludit, ut Logici docent, ſpecies videlicet ſub ſuo genere, & partes ſub toto comprehendi. Quod igitur in femina obtinet, multo magis in viro obtinere debet.

III. Per *l. in re mandata. C. mandati*, ubi dicitur: aliena negotia exacto officio geruntur. At negotiorum geſtor aliena negotia gerit: Ergo exacto officio, *l. 2. §. ſæpe evenit 35. ff. depoſ.* Vires enim is ſuas priùs experiri debuiſſet, an negotio ſuffecturæ ſint nécne? Jam cùm negotia alterius quis ſuſceperit, peritiam & ſcientiam in re gerenda oſtendit. Ideoq; ſi quid malè geſſit, excuſari non debet.

IV. Idipsum demonstrati potest ex *l. si negotia 11. ff. d. tit. de negot. gest.* ubi dicitur, si absentis negotia gesseris, & culpam & dolum præstare teneris, ubi nomine culpæ non levis & lata duntaxat, sed etiam levissima venit; quod etiam verba sequentia declarant: sed Proculus interdum etiam casum præstare debet, *Dom. Vult. dicept. 15. Cujac. in not. ad lib. 1. sent. Paul. cap. 4. in princ. Borcholt. in d. §. 1. Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu &c.*

Nunc contraria convellenda supersunt.

Primò, quod dicitur, nemini debere officium suum esse damnosum, *d. l. 7.* id intelligi debet de eo teste, qui rogatus ad solennitatem testamenti, *§. 3. Instit. de testam. ordin.* secus verò est, si quis se negotio alieno obtulit, *l. 1. §. quod sæpè. ff. depos.* Tunc enim illud *Cicer. locum habet, Cur mihi te offers, aut meis commodis officio simulato officis & obstas.* Culpa enim ipsius est, rei ad se non pertinenti immiscere, *l. culpa 36. ff. de R. jur.* Damnum igitur quod suâ culpâ sentit, sentire non videtur, *l. quod quis 203. ff. de R. jur.* Naturalis enim & civilis ratio suadet, alienam conditionem nos deteriorem facere non posse, *l. solvendo 39. ff. de negot. gest.*

Secundò non militat hîc ratio Bart. neminem aliena negotia procuraturum, si ad exactissimam quisq; diligentiam teneretur. Respondetur enim, quemadmodum mandatum æquè ut nego-

negotiorum gestio ex amicitia originem trahit, *l.1.§.3.ff.mandati.* non tamẽ propterea qui mandatum susceperunt, cùm tenentur de levissima culpa, *l.in re mandata 21. C. mandati:* mandata suscepta inexpedita relinquunt, *l.in re mandata 21.C.mandati:* idem ergo in negotiorum gestione dicendum est. Si tamen dominus mitiùs agere velit cum negotiorum gestore, qui in aliis rebus diligenter operam suam præstitit, poterit eidem culpam levissimam remittere, *l.ait prætor.§. interdum 9.ff. de negot. gest.*

Tertiò conantur sententiam suam corroborare *per l.heredes 25.§.non tantùm dolum 16. ibi:* non tamen diligentiam, &c. *ff. fam. herciſc.* ubi tantùm diligentis patrisfamilias diligentia requiritur, ea autem non est exactissima, sed exacta diligentia: Igitur de ea negotiorum gestor tenetur. Respondendum est, in *d.l.* diligentiam diligentis patrisfamiliâs non de exactâ diligentiâ accipiendam, (eã enim coheres præstare debet,) sed de ea diligentia quam coheres non præstat, videlicet exactissima, quam præstat negotiorum gestor. Non igitur is tantùm exactam boni patrisfamiliâs diligentiam adhibere debet, sed etiam exactissimam, qualis ibi intelligitur per diligentiam patrisfamiliâs. Nec obstat, si dicas in *d. l.25.§. non tamen, in princ.* simpliciter culpam à coherede præstandam dici: ibi enim culpa absolutè posita accipitur pro levi, *l.8 §. tempore.l.seq.*

§. est praterea. ff. de reb. author. judic. poss. l. 25. §. maritum. ff. sol. matrim.

Quartò, nihil resistit etiam *d. l. tutori 20. C. de negot. gest.* ubi negotiorum gestor dolum, latam & levem culpam præstare debet, nullam verò leviſſimam, quia ea penitus excluſa videatur. Sed dicendum eſt, ex *d. l.* argumentum à contrario ſenſu vel ab incluſione unius ad excluſionem alterius deductum eſſe, quod valde periclitatur, & præcipuè hic locum non meretur, ubi textus juris repugnat, ut in *d. §. igitur. verſic. ſicut. Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contr.*

Quintò, non contrarium importat *l. fidejuſſor 32. ff. de negot. geſt.* ubi dicitur, in negotiorum geſtione ſatis eſſe culpam æſtimari, non etiam caſum. Nam in *d. l.* nomine culpæ non excluditur culpa leviſſima, ſed omnis culpa intelligitur; quamvis aliâs ſimpliciter poſito verbo culpæ levis culpa intelligatur. Sed hoc non eſt perpetuum: nàm interdum oppoſitio inter culpam & caſum fortuitum ſuadet, ut culpa pro omni accipiatur, pro lata, levi & leviſſima, ut in *d. l. fidejuſſor. & in l. ſi procuratorem 8. §. proinde ſi ſibi. ff. mandat.* Nam ſi in *d. l. 32.* non etiam appellatione culpæ leviſſima veniat, cur non Papin. æquè culpam leviſſimam ac caſum excepit? cùm de hac major, de illo minor dubitatio ſit.

Dn. Vultej. d. loco.

THEO-

THEOREMA X.

An ad antidora obligatus habeat condictionem indebiti, si quid ignorans solverit?

DOnationes tunc perfici Julian. ait in *l. 1. ff. de donat.* cùm donator eâ mente rem det, ut eam statim donatarii accipientis fieri velit, solius liberalitatis & munificentiæ suæ intuitu: nec etiam propriè & revera donationem fieri, si res ideo data sit, ut videlicet remuneratio subsequatur; tunc enim permutatio potiùs facta videtur, quàm donatio. Si tamen quis remunerationis causâ donum acceperit, & deinde aliud dederit, quæsitum est, an habeat condictionem indebiti? Denegant nonnulli condictionem indebiti, ob has rationes:

I. Quæ naturâ debentur, illa condictione indebiti repeti non possunt, *l. naturaliter 13. l. si quod 64. ff. de condict. indeb.* Atqui ἀντιδώρῳ naturaliter debentur, *l. sed etsi lege 25. §. consuluit 11.* in verbis: quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt, *ff. de heredit. pet. l. si pignore 54. §. 1. ff. de furt.* in verbis: ex alieno largiri & beneficii sibi debitorem adquirere. Ergo condictio indebiti ad ἀντιδώρῳ obligato non datur.

II. Accedit, quòd contra ingratos nonnunquam ingrati actio detur, *l.1. C. de revoc. donat. cap. fin. de postul. Covarruv. in cap. cum in officiis. n. 10. X. de testam.* Ergo multò magis retentio, *Zas. 1. respons. cap. 3. nu. 22. Joh. Robert. lib. 1. sent. jur. cap. 6. Val. Forster. lib. 3. disput. 19. thes. 5. Henon. disput. 17. thes. 21.*

Sed his non obstantibus, verius omnino est, neminem esse obligatum ad ἀνάδοσιν, adeò ut si ignorans quis solverit, condictionem indebiti habeat.

I. *Donans non ideo donat, ut donatarium* obstringat ad remunerationem, quæ *donatio* omnino non est, *d. l. 1. ff. de donat.* Nam si quis teneretur ad remunerandum, tunc mercedem pro beneficio solvere videretur, *l. si pater 34. §. 1. ff. d. t. de donat.* & permutatio potius, quàm donatio dicenda esset, *Cl. Dom. Andreas Dinnerus ad d. l. sed etsi lege 25. §. consuluit 11.* Ergo donatarius obligatus non est, & si ignorans aliquid solverit, dabitur ei condictio indebiti, *l. 1. f. de condict. indeb.*

II. Bona fides exigit, ut id servetur quod actum est *l. 1 ff. de pact.* Si igitur inter donatorem & donatarium convenit, ut donatarius rem dono acciperet, nullo igitur juris vinculo donatori obstrictus erit.

III. Si donatarius munus reddit donatori, non invitus, sed ultrò reddit, nullo jure cogente

& ne

& ne naturali quidem: invitus enim nemo gratiam refert, atque ita cùm in ipsius donatarii arbitrio positũ sit, an munus reddere velit nec ne, ideo is cogi non potest, multo minùs obligatus erit donatori; nulla enim obligatio in alicujus arbitrium confertur, *l. hac venditio 7. ff. de contrah. empt.*

IV. Accedit, quòd obligatio nullius rei certæ contrahatur, quæ aliâs in omni obligatione intervenire debet, *l. triticum 94. ff. de verb. oblig.* Consequens ergo est, cùm non sit obligatus donatarius, & per errorem facti aliquid promiserit vel dederit, condictione indebiti illud repeti posse, *d. l. 1. ff. de condict. indeb. Duar. cap. 2. de oblig. & act. Costal. in l. 15. ff. de oblig. qua ex quasi contractu. Don. 12. com. 2.*

Opinio superior infirmis rationibus astruitur.

Primò enim quod adfertur, antidora & remunerationes naturaliter deberi, *d. l. sed & 25. §. consuluit 11. ff. de heredit. petit. l. si pignore 54. §. 1. ff. de furt.* & idcirco quod datum est, condictione indebiti repeti non posse, id, sine negotio refellitur: Nam *d. l. 25. §. 11. ff. de heredit. petit.* verba *naturaliter obligaverint ad remunerandum*, non accipi debent de aliqua obligatione, ex qua actio nasci possit; cùm obligatio vinculum juris sit, non autem vinculum æquitatis, quod naturale est, *l. Stichum 95. § naturalis 4. ff. de solut. &*

liber. & ideo ad producendum actionem inefficax, *l. juris gentiũ 7. §. quinimò 5. ff. de pact.* Quòd verò in *d. l. si pignore 54. §. 1.* debitor beneficii dicitur, *ff. de furt.* quemadmodum & creditor dici posset beneficii, id non alio modo contingit, quàm eo, quo in *l. sin autem 8. ff. de ædilit. edict.* spado morbosus, vel fuga servi, libertatis species, vel taciturnitas in JCto, scientiæ species, Julio Scaligero teste, habetur: quæ omnia fictè intelligenda sunt, minusq; propriè.

Secundò, nihil hic facit, quod *ex d. l. 1. C. de revoc. don. & cap. fin. de postul.* profertur, contra ingratos actionem dari, donationemq; revocari. Nam hic ingratus non est, qui verbis gratam mentem profitetur, quamvis reapse gratiam non referat. A separatis igitur malè infertur.

DECAS IX.

Cujus theoremata hæc sunt.

I. *An pœna furti hodierno tempore usq; ad mortem extendi possit?*

II. *An raptor mitiori pœnâ teneatur quàm fur?*

III. *Provocatus an verbalem injuriam repellere possit?*

IV. *Peti-*

IV. *Petitio hereditatis an sit realis vel personalis actio?*

V. *An post litem contestatam libellus emendari & mutari possit?*

VI. *An in §. item si quis in fraudem, Instit. de action. Pauliana actio proponatur?*

VII. *An petitorium cum possessorio concurrere possit?*

VIII. *An, quando de eadem re concurrunt rei persecutoria & mixta pœnalis, si rei persecutoriâ priùs actum sit, mixtâ pœnali agi possit?*

IX. *An ex pacto nudo nascatur actio?*

X. *An minor viginti quinq; annis possit esse Procurator ad lites?*

THEOREMA I.

An pœna furti hodierno tempore usq; ad mortem extendi possit?

FAvorabiliores esse debent rei quàm actores, *l. favorabiliores 125. ff. de reg. jur.* Odia enim sunt restringenda, *cap. odia. de reg. jur. in 6.* & procliviores ad liberandum quàm ad damnandum

esse debemus, *l. Arrianus 47. ff. de oblig. & act. l. absentem 5. ff. de pœn. l. absentem 6. C. de accusat.* adeò, ut hinc mirum videri possit, in delicto furti non mitiorem pœnam, quàm capitis reo inferri, sed propemodum cum Draconis lege, non minùs propter olus surreptum, quàm propter interfectum hominem pœnam capitalem irrogari. Dispiciendum igitur est in præsenti theoremate, An hodierno nostro tempore pœna furti ad mortem usq; extendi possit? Negantium vexilla sequentes has causas adducunt:

I. Refragari sacra Biblia, in quib. furtum non pœnâ capitali punitur, sed pœnâ quadrupli: Loci sunt *Exodi cap. 22. vers. 1. Levit. 5. vers. 23. Deuter. 19. vers. 21.* Et hæc lex divina posita est in naturali ratione. Naturæ enim conveniens est, ut qui ære delinquit, etiam ære puniatur. Jam autem certum est, naturales leges perpetuò durare, *§. sed naturalia. Instit. de jur. nat. gent. & civ.* Itaque etiam durare debet lex divina de pœna furti constituta, quę in ratione naturali consistit. *Dn. Doctor meus Anton. Matthæus in extraord. disput. de furt. thes. 8. & 4. seqq.* Et huc faciunt omnia argumenta, quæ *in d. disput.* ab eo proponuntur.

II. Nec legibus Romanorum pœna mortis in fures statuitur. Nam jure Romanorum sancitum fuit L. Portiâ & edictis Prætorum, dupli & quadrupli pœnam furibus irrogari. Neque etiam

etiam legibus juris civilis comprobatur, ob bona surrepta pœnam sanguinis inferri. Quod igitur sine lege fit, pro infecto habendum est, cùm erubescendum, quidquam sine ea asserere, *Nov. 18. cap. 5. in princ.*

III. Patet contrarium verum esse, jus civile magis cum jure divino consentire, *Deut. cap. 5. Exod. cap. 20.* Nam quod in dictis locis sacrarum literarum constitutum est, furem teneri in duplum & quadruplum, id Justiniano Imp. non fuit incognitum, *in §. pœna 5. Instit. de furt.* Cùm igitur jure civili pœna sanguinis furibus non inferatur, cur igitur sine ratione ad graviorem deveniendum esset?

IV. Inter delictum & pœnã debet esse commensuratio & æqualis proportio, *l. sancimus 22. in verbis finalibus*: nec ulterius progrediatur metus, quàm reperiatur delictum, *C. de pœn.* Inter furtum autem & vitam hominis nulla est proportio: Ergo pœna furti ad mortem extendi non debet, *Dom. Doctor meus Anton. Matthæus d. loco. Wilh. Zepper. in tract. de Legib. Mosaic. Nevizan. in sylva nupt. lib. 1. n. 69.*

Pro contraria sententia astruenda, pœnam mortis delictum ingerere, militant sequentia juris fundamenta.

I. Ad diversos casus temporum diversorum & rerum diversæ quoq; actiones & rationes adhibendæ sunt, ait *Cic. in orat. pro L. Manilia*, quod

cumprimis hîc ſpectandum eſt. Quamvis enim olim pecuniaria pœna furibus præſtituta ſit, hodie tamen ex furto plerumque criminaliter agi poteſt, *l. fin. ff. de furt.* Aucto enim genere humano, ſimul etiam hominũ perverſitas & ad delinquendum facilitas nata eſt. Multò igitur jam frequentiora ſunt furta, quàm poſt primam hominum creationem. Nam & pœnæ, præter capitales, prorſus irridentur à furibus. Itaq; levi animadverſione puniri nequeunt: ſed delictis magis magisq; creſcentibus, pœnæ non molliendæ, ſed uſq; ad mortem exacerbandæ ſunt, *l. aut facta 20. §. ult. ff. de pœn. l. 1. pr. ff. de abigeis. l. un. C. de ſuperexact.*

II. Naturalis ratio ſuadet, omnem malum plectendum eſſe, *l. 1. §. hac autem 1. ff. ſi quis teſtam. liber eſſe juſſus fuerit.* Fur autem eſt malus, Ergo puniendus. Modum verò præſcribit lex à magiſtratu data, ut benè docet *Phil. Melanch. in exam. de magiſtr. Polit. Dom. Vult. ad §. furtum 1. Inſtit. de oblig. qua ex del.*

III. Salus populi ſuprema lex eſſe debet, ut ait *Cic.* Cùm igitur ſalutem reipublicæ & communem utilitatem fures lædant, *Weſ. in parat. ff. n. 15. de furt.* & præterea principũ conſtitutiones pro ludibrio habeant, & contemnãt; ideoq; tanquã reip. & pacis violatores, ad deterrendos alios ultimo ſupplicio fures affici poſſe, probatur ex *conſtit. Friderici Imp. quæ extat in lib. 2. conſuetud. feud.*

feud.tit.27.§.si quis quinq; solidos. quæ constitutio propriè accipitur de furto cum fractione pacis publicę commisso, ut testatur *Panorm.in cap. tuanos §.fin. de homic. & Dn.Vult.d.§.furtum t. in fine n.58. Instit.d.t.* Consequens igitur est, pœnam furti ad mortem extendi posse.

IV. Tempore Justiniani furtum pœnâ mortis punitũ esse patet, quòd vestigia pœnæ *l.12.tabb.* juri Digestor. cognata fuerint, ut in *l.cùm servus 15.ff.de condict.causa data causa non sec.* in verbis: summo supplicio eum affecit, quod capitale fuisse perspicitur ex seqq. verbis: quia & ante mortem &c. & in *d.l.interdum 56.§. qui furem. & l. fin.ff. de furt.* Quod etiam hodie constitutione *Caroli V. artic.160. & seqq.* comprobatur: adeò ut pro furto magno quis suspendi possit: quibus astipulantur eximii Theologi, *Phil.Melanchthon d.loco. Martin.Chemnit. in loc.Theolog. parte 2. loco de lege Dei c.5. & in explic.7.precept. Luc.Osiander in pr.cap.22.Exod. Meisner. in philosophia sobria sect.2.qu.2.memb.11. arg.à necessario. Menoch.2. arbitr. cas.295.nu.13. Daniel Moller.1.semestr.cap.37. & alii suprà dicti.*

Quod igitur prioris sententiæ autores adducunt, ultimo loco considerandum est.

Primò, quod ex jure divino adducitur *Exod. cap.22.vers.3. Levit.5.v.23. Deut.19.v.21.* ubi in duplum & quadruplum fur condemnatur, non autem ad ultimum mortis supplicium. Nam ad

hos textus responderi potest, quòd hæc pœna non sit ex lege morali, sed potius forensi, quæ aliquando mutata fuit, lex autem moralis æterna, *Matth. 5. vers. 17.* Quòd autem furti pœna, quæ apud Judæos in usu erat, mutata fuerit, id ex eo relucet, quòd *Proverb. 6. v. 31.* fur deprehensus in furto reddere debeat septuplum & omnem substantiam domus, & *2. Samuel. 12. v. 5.* postea usque ad mortem etiam furti pœna extendebatur, *Exod. 22. v. 1.* ubi privato conceditur furem nocturnum occidere; quanto magis id licebit magistratui, qui pro lege à Deo tradita habetur: huc facit *cap. alma mater. fin. X. de sent. excomm. in 6. & cap. non debet. pen. X. de consanguinit. & affinit.* Ex quibus patet, legem forensem mutari & abrogari, *Martin. Chemnit. d. loco.* Accedit, quòd etiam ante legem *Deut. 19. v. 21.* & suprà dictis in locis, pœna mortis furibus imposita fuerit.

Secundò quod objicitur, nec legibus antiquis Romanorum, nec etiam ex jure civili, petitis comprobari, pœnam furti usque ad mortem extendendam esse. Resp. Legibus *12. tabb.* pœnam mortis furibus inferendam esse, ut *notat post Theoph. in §. 1. de perpet. & temp. act. Ant. Augustin. 4. emend. 4. & jure Pandectarum*, perspicitur *ex l. fin. ff. de furt.* & textibus suprà dictis. Ex quibus constat, jure civili pœnam mortis furibus infligendam esse.

Tertiò, conantur sententiam suam corroborare §.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0392
DFG

rare §. *pœna. 5. Instit. de furt.* ubi eadem pœna furibus imposita videtur, quæ jure divino, *Deuter. cap. 5.* & dictis locis. cui §. *consentit Nov. 134 §. pro furto*, ubi dicitur, pro furto prorsus nolumus aut ullum membrum amputetur, aut mors irrogetur, sed alia ratione castigatio procedat, unde desumpta est, *auth sed novo jure. C. de serv. fugit.* Resp. magnam esse mutationem factam circa hanc pœnam furti, ut ex sacris literis supra evici, eodem modo etiam in jure civili: hodie enim illius delicti mors est, ut demonstrat *constitutio criminalis Caroli V. artic. 157. & 158.*

Dènique nihil movet, inter delictum & pœnam commensurationem & proportionem esse debere. At inter res ablatas & vitam hominis, nullam esse proportionem nec commensurationem. Pœnam igitur usque ad mortem non esse exacerbandam. Resp. Maximam esse proportionem & æqualitatem; cùm enim bona & facultates multis conquirantur sudoribus, *l. 10. C. de arbit. tut.* ut non sine causa alter sanguis hominis dicantur: hęc bona cum fures nobis eripiunt, dominiorum distinctionem tollunt, *l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.* republicæ pacem violant, *Nov. 80. cap. 4. & 5.* Non igitur asserendum est, æqualem proportionem non esse pro erepto sanguine sanguinem effundere, & interdum ense resecare quod corrigi nequit, *l. quoniam 7. C. ad L. Fabiam de plagiar.* exemplumque statuere, ut alii

deterreantur, *l. bona fides 31. in fine princip. ff. depos.*

THEOREMA II.

An raptor mitiori pœnâ teneatur quàm fur?

RIdiculum esse Imp. ait *in fine pr. Instit. tit. de vi bon. rapt.* levioris conditionis eos esse, qui vi rapiunt, quàm qui clam amovent; ideoq; inanis videtur hîc suscipi disquisitio, an raptor mitiori pœnâ teneatur quàm fur? Equidem cùm rationes disentientium dubitationem moveant, operæpretium est, eas æquâ lance expendere.

I. Si datur actio mixta & annalis contra raptorem, tunc sequitur, illum esse melioris farinæ, quàm furem, qui tenetur actione pœnali perpetuâ. Sed antecedens est verum, & probatur *princ. Instit. tit. vi bon. rapt. l. prætor ait 2. §. in hac actione 13. ff. vi bon. rapt.* Ergo.

II. Patet, raptorem melioris esse cohortis, quàm furem, ea de causa, quòd pœna furti manifesti est quadruplum, pœna raptoris verò triplum, *d. princ. Instit. de oblig. quæ ex del. nasc.*

III. Hinc gravis etiam quorundam Dd. concertatio extitit, quænam causa esse debeat, quòd raptor melioris conditionis sit quàm fur, ubi varias adferunt rationes, quas refert *Dn. Vult. ad d. princ.*

d.princ. Instit. de vi bon. rapt. Quòd si non esset melioris conditionis, frustra ratio inquireretur à *Barone, Joh. Fabro* & aliis.

IV. Raptor tenetur furti nec manifesti, *l.1. ff. vi bon.rapt.* Melioris igitur conditionis est, quàm fur manifestus. Plura in hanc rem tenet *Mynsing. in d.princ. Instit. Dom. Anton. Matth. in not. ad d. princ. & Dom. Andr. Dinnerus d.loco.*

Sed magis prægnantibus rationibus suffulta est contraria sententia.

I. Per verba Imp. Ridiculum esse, melioris conditionis illum esse, qui vi rem rapit, quàm qui clam amovet, *d.princ. Instit. l.2. §.cæterum 10. ff. eod.* ubi, qui rapit, fure improbior dicitur: & ratio est, quia rapina publicum crimen est, *l.3. §. eadem. ff. de vi publ. l.3. §. sed si. ff. de vi privat.*

II. Qui manifestum furtum committit, manifestus fur est, & pœnâ quadrupli tenetur, *§. furtorum 3. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. l. si vendidero 30. §. cùm raptor 3. ff. de furt.* At raptor manifestum furtum facit, *d. l. 80. §.3.* Ergo raptor manifestus fur est, & proinde mitiùs quàm fur puniri nequit.

III. Accedit, quòd in *d. princ. Instit. de vi bon. rapt.* & in *d.l. prætor ait 2. §. rerum raptarum 26. ff. eod. l. pen. ff. de furt. l. miles 6. §. qui judicati. ff. de re judic.* generaliter furti mentio fiat. Itaque textus restringendi non sunt, sed generaliter tam de furto manifesto, quàm nec mani-

festo intelligendi. Ea enim quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, habentur quasi neglecta, *l. item omne 15. §. hoc edictum 26. ff. de injur.*

IV. Evincitur, gravius agi cum raptore, quàm cum fure, quòd contra raptorē competant plures actiones de uno delicto ejus, ut actio furti, L. Aquiliæ de damno dato, condictio furtiva, & bonorum raptorum, *l. sive manifestus 10. §. ei quoq; 1. ff. de condict. furt. d. l. prator. 2. §. rerum raptarum 26. ff. vi bon. rapt. d. l. miles 6. §. qui judicati. ff. de re judic. Domin. Vultej. Præceptor meus, Borcholt, Wesenb. in pr. Inst. de vi bon. rapt. Dom. Arum. exerc. 17. th. 10. Forster. part. 1. disp. ult. th. 7. Hœnon. disp. 18. th. 19. & alii.*

Contraria argumenta jam removenda sunt.

Primò prætendi potest, contra raptorem dari actionem mixtam & annalem, *d. l. 2. §. 13.* ideo etiam melioris conditionis esse quàm furem *qui* actione pœnali perpetuâ tenetur. Non enim propterea mitius punitur raptor quàm fur. Quod enim actio vi bonorum raptorum annua sit, id meritò fit. Est enim Prætoria actio, quæ cumprimis contra raptores manifestos datur, *Cujac. lib. 6. obs. 2.* Est igitur annua actio, ut intra annum fur in quadruplum, post annum in simplum teneatur, *princ. Instit. d. tit. vi bon. rapt.*

Secundò nihil officit, raptorem melioris esse conditionis quàm furem, cùm fur manifestus teneatur in quadruplum, raptor verò in triplum.

Sed

Sed convellitur hoc his verbis: & est intra annum quadrupli. *princ. Inst. d. t.* Neq; verò his verbis per subsequentia tantopere detogatur, ubi tantùm de furto nec manifesto agi demõstratur, cùm unius inclusio non statim sit alterius exclusio; atq; adeò quòd etiam furti manifesti actione raptor teneatur, constat ex *l. si vendidero* 80. §. *cum raptor 3. ff. de furt.* idq; propterea, ut vis iniqua coërceatur, & innotescat, Prætorem iniquitatem omnibus modis extirpare, *l. & ita 3. §. 1. ff. naut. caup. stabul.* Raptor itaque fure improbior est, *d. l. 2. §. caterùm 10. ff. vi bon. rapt.*

Tertiò levioris ponderis est, raptorem meliorem esse fure, propterea quia Dd. mirificè inter se concertent, quænam causa sit, cur raptor melioris conditionis sit quàm fur? Resp. Novum non esse, rem variè à Dd. accipi; quæ penitius inspecta à rei veritate longè aliena est. Hinc de Baldo refertur, quòd absurdas & improbabiles sententias defenderit, *l. 1. C. de sacrosanct. Eccl.* quod & impræsentiarum contigit. Quàm perperam enim rationes indagentur, cur raptor fure non improbior, sed melior sit, patet ex iis, quæ à *Dn. Doctore Vultej. in d. princ. Instit. de vi bonorum rapt.* explicantur.

Deniq; non obstat *d. l. 1. ff. vi bon. rapt.* Distinguendum enim est inter raptorem, qui comprehenditur in ipso delicto, cum quo furti manifesti agere possumus, & inter illum, qui non

comprehenditur in ipso delicto, cùm quo nec manifesti agendum est, ut *in d.l.1. Dom. Arum. exerc.17.th.10.*

THEOREMA III.

Provocatus an verbalem injuriam repellere possit?

QUi famam negligit, crudelis est, *cap.nolo 12. quæst.1.* Ea enim inæstimabilis est, & omni commodo pecuniario præferenda: *textus est in l.in servorum 10. §.fin.ff. de pœn. Jason in l. admonendi.n.228.ff.de jurejur.* Est enim, ut Bald. ait in *l. un. C. de confession. nu.22.* thesaurus hominis inæstimabilis & jucundus, & sicut lilium, dat suavitatem odoris. Hinc est, quòd vita & honor à pari procedant, adeò ut non minori curâ & studio honor atque famæ integritas nobis, quàm vita ipsa cordi esse debeat, *l. isti quidem 8.ff. quod met. caus. l. justa causa 9.ff. de manumiss. vind.* Sic contrà intolerabilior est infamia, quàm amissio oculorum, adeò ut nec divitiæ eam abluant. Hinc *Juven.13.satyr.* exclamat. *Quid enim salvis infamia numis?* Quæ cùm ita sint, quæsitum est, an quemadmodum ob tutelam corporis vim vi repellere licet, idem liceat etiam in honore & famæ defensione, adeò ut provocatus ab alio verbis iniquis injuriam repellere possit, adversarium mendacii arguere, vel con-

vel confestim verbalem injuriam verbis propulsare. Sunt qui id penitus negant, propter has rationes:

I. Vim armis illatam armis licitum est repellere, si alia effugiendi periculum non subsit ratio, §. *injuria 2. Instit. ad L. Aquil.* Jam autem etiamsi quis graviter lacessitus sit verbis malignis, alio modo famam recuperare potest, actione injuriarum intentatâ. Ergo non debet verbalem injuriam in calumniantem retorquere.

II. Non debet se quisquam purgare relatione criminum, sed innocentiâ, *l. si quis reus factus 5. ff. de public. judic.* Sed hoc modo non purgaret se quis innocentiâ, sed novam causam injuriam inferendi daret. Ergo id indulgendum ei non est, *Jul. Clar. in §. injuria. vers. quaro etiã. Inst. de injur.*

Tutior tamen via est, affirmantium castra ingredi, verbalem injuriam verbali, si in continenti fiat, repelli posse.

I. Propter supradictam rationem, quòd fama hominis & vita æquiparentur, *d. l. justa causa 9. ff. de manum. vindicta.* Cùm itaq; in vitæ discrimine hoc licitũ sit, *l. ut vim 3. ff. de J. & J.* Ergo etiam in discrimine famæ, quæ etiam post obitum & funera manet, corpore quantumvis extincto.

II. Actione injuriarum non tenetur, qui animum injuriam inferendi non habet, *l. si non convitii 5. C. de injur. l. illud relatum 3. ff. eod.* At qui dicit, Tu mentiris, vel verba maligna repel-

lit in adversarium, non injuriandi animo id facit, sed purgandi, quòd falsum crimen ei objectum sit: quod disertè ostendit *l. quæ omnia 25. §. sed si adversarius, vel ipse Procurator dicat, dominum mentiri &c.* Et paulò pòst, in verbis: *Cæterùm ferendus est pudorem suum purgans. ff. de procur.* Licet itaque verba verbis frangere, ut arma armis repellere.

III. Nihil delinquit, qui id agit, non ut alteri sed ne sibi sit nocitum, *l. in summa 2. §. Idem Labeo 9. ff. de aqua & aquæ pluv. arcend.* At is, qui verbalem injuriam repellit, hoc agit, ne sibi noceatur. Ergo justè, *l. devotus 5. ibi*, nec crimen aliquod pertimescit, cùm sibi arbitrium ultionis suæ sciat esse concessum, C. *de metat. & epidemitic. lib. 12. Menoch. cons. 42. nu. 20. lib. 1. Geil. lib. 2. obser. 100. Arum. exercit. 17. th. 17. Hœnon. disp. 18. th. 25.*

Supersunt argumenta, contra assertionem posteriorem allata, quibus satisfaciendum est.

Primò non impugnat hanc sententiam, non eandem esse rationem, si vim armis reprimamus, & si verba verbis. Nam si vim armis propulsemus, tunc necesse est, non aliam periculi effugiendi rationem adfuisse, *d. §. 2. Instit.* secus verò se rem habere, si verbis quis lacessitus sit. Resp. Plura requiri ad moderamen inculpatæ tutelæ, nimirum tempus, ut propulsatio injuriæ in continenti fiat; deinde ut non ulciscendi animo injuriam propellamus; & tertiò, si nulla sit ra-

sit ratio effugiendi periculi. Nam hoc moderamine inculpatæ tutelæ observato, alium occidens, tam jure soli quàm jure poli liberatur, ut *not. Dd. ad l. ut vim 3. ff. de* J. & J. Jam qui in continenti verbalem injuriam propulsat, eandem videtur tutelam observare, *arg. l. isti quidem 8. ff. quod met. caus. l. justa causa 9. ff. de manum. vind.* Non igitur delinquit: agit enim, non ut alteri, sed ne sibi sit nocitum, *l. 2. §. pen. ff. de aqua pluv. arc.* Nec enim propter justum dolorem injuriam procrastinare debet, & per libellum famæ restitutionem petere, cùm postero die, ob defectum testium, in probatione fortè succumberet. Deinde etiamsi propellat injuriam, eo ipso animum injuriandi non habet, *d. l. quæ omnia 25. §. sed si. ff. de procurator.*

Secundò debile argumentum est, quod desumitur ex *l. si quis 5. in fine princ. ff. de public. judic.* ubi non relatione criminum, sed innocentiâ reus purgari debet. R. Hîc non agi de mutua accusatione, ut *in d. l. 5.* ubi reus non potest accusare adversarium, nisi prius se excusáverit, ob hanc rationem, quòd non relatione criminum, sed innocentiâ reus purgetur, quod hîc locum non habet, si quis malitiosè verbis ab alio provocatus se purgare voluit, *d. l. quæ omnia 25. §. sed si. ff. de procur.* A diversis igitur malè infertur.

THEOREMA IV.

Petitio hereditatis an sit realis vel personalis actio?

INTER actionum divisiones primum locum sibi vindicat divisio actionum in rem & personam, *§. sed ista 3. Instit. de action. l. actionum genera 25. l. actionis 37. ff. de O. & A. l. pecunia verbum 178. § hereditas ff. de V. S.* Actionum in rem ὑποδιαίρεσιν & subdivisionem rursus constitui posse, nonnulli rectè docent, aliam videlicet rei vindicationem esse universalem, aliam vicissim particularem. Universali rei vindicatione comprehendunt querelam inofficiosi testamenti, & petionem hereditatis. Particularem rei vindicationem intelligunt, qua res singulares petuntur, tam corporales quàm incorporales, quo sensu pignoris vindicatio dicitur, *in l. si fundus 16. §. in vindicatione pignoris 3. ff. de pign. & hypoth.* sed minus propriè. In medio relictis singularum rerum vindicationibus, ad universalem hîc transibo, ubi magna quæstio in considerationem venit, An petitio hereditatis rectè ad universalem rei vindicationem referatur? cum potius personalis actio esse videatur, ob has causas.

I. Petitio enim hereditatis admixtas habet præstationes personales, nomina hereditaria, *l. sed et si 25. §. pen. ff. de hered. pet.* Non ergo realis actio est.

II. Pleræq;

II. Pleræque actiones in rem stricti juris judiciis accensentur, quia ex dominio re maximè civili originem sortiantur. Unde Negatoria & Confessoria actiones in rem sunt. At hereditatis petitio non est stricti juris, sed bonæ fidei, *§. actionum autem 28. in fin. Inst. de act. l. ult. §. ult. C. de hered. petit.* Ergo actio realis non esse videtur.

III. Argui etiam potest, hereditatis petitionem personalem actionem esse, quia in ea agatur ut aliquid detur vel fiat, quod in personali obligatione necessarium est, *§. 1. Instit. de action.*

IV. Hinc etiam non realibus, sed mixtis actionibus annumeratur *in l hereditas 7. C. de pet. hered.* Non ergo est realis actio, *Dyn. in §. quædã. n. 9. Inst. de act. Schneid. in §. action. n. 2. Inst. eod.*

Sed hæc nihil ad rhombum. Petitio enim hereditatis realis est, propter sequentes rationes.

I. Per textus ad hanc rem luce meridianâ clariores, *in l. sin autem 27. §. sed & is 3. in verb.* quæ & ipsa in rem est, *ff. de rei vind. l. sed et si 25. §. pet. heredit. et si actio in rem sit, &c. 18. ff. de hered. pet.*

II. Natura omnium actionum in rem est, ut contra possidentem dentur, *§. omnium autẽ 1. & §. aquè. Instit. de actio.* At hereditatis petitio datur contra possessorem, *l. nec ullam 13. & multis seqq. ff. d. tit. de hered. pet.* Ergo est actio in rem.

III. Hinc etiam rei vindicatio dicitur *in l. legitim. 8.* vel hereditas vindicari, ubi Paulus nihil aliud dictum voluit, quàm hereditatẽ peti, *l. non*

tantum 19. §. 1. in verbis, quia heres est petitor, eam vindicare potest, *ff. d. tit. de heredit. petit. l. si scripti heredes 9. Cod. eod.* Actionibus autem realibus rem vindicamus, *§. appellamus 15. Instit. d. tit. de act.* Ergo etiam hereditatis petitione, tanquam rei vindicatione rem petimus.

IV. Innuit hoc verbum Petitionis, quo actiones in rem significari videntur, *l. actionum 25. ff. de O. & A. l. pecuniæ 178. §. actionis 2. ff. de V. S. Wesenb. in parat. ff. de hered. pet. n. 6. Don. 19. comm. 12. & Dom. Andr. Dinnerus in proleg. super explicatione tit. π. de hered. petit.*

Ultimò superest, ut argumentis respondeatur.

Primò videtur dicendũ, hereditatis petitionem realem actionem non esse, cùm prestationes personales admixtas habeat, *d. l. sed et si 25. §. pen. ff. de hered. petit. Bꝛ.* Hereditatis petitionem principaliter quidem esse in rem, quæ ex dominio sortitur suam originem, & soli heredi datur, *§. ult. Instit. de hered. qual. & diff.* Veniunt tamen in hereditatis petitionem, etiam præstationes personales, hoc est, ea quæ actionibus in personam peti possunt, ut sunt nomina & debita, quæ exegit possessor hereditatis, item pretia rerum hereditariarum, *d. l. 25. §. pen. ff. de hered. pet.* Et ratio est, quia hereditas est quædam comprehensio variarum rerum, mixta ex corporibus & juribus, *Dn. Doctor meus Andr. Dinnerus ad d. l. 25. §. fin.*

Secundò

Secundò astruitur prior sententia, quòd hereditatis petitio annumeretur bonæ fidei actionibus, non verò stricti juris, quales sunt actiones in rem, *d.§. actionum 28. Inst. de act.* ℞. Dubitatur *in d. §.* an hereditatis petitio bonæ fidei, an verò stricti juris actionibus annumerari debeat, propterea quòd præstationes personales complectatur, quam etiam ob causam bonæ fidei actionibus accensetur. Nam respectu harũ præstationum personalium quàm proximè ad personales actiones accedit, non tamen prorsus personalis actio est, ut perspicitur ex his, quæ pro posterioti sententia dicta sunt.

Tertiò non probatur, quod asseritur, in petitione hereditatis hoc tantùm principaliter agi, ut quid fiat aut detur, ut ex contractu quis obligetur vel ad dandum vel faciendum. Sed res potius, quæ ab alio possidentur, peti, quæ est natura actionum in rem, *d.l. actionum genera 25. ff. de O. & A.* Datur enim rei vindicatio adversus possidentem, & pro herede sè gerentem. Non igitur nisi ob præstationes personales, personalis actio videtur esse, *d.l. sed et si. §. petitio hereditatis.* etsi actio in rem sit, tamen habet præstationes personales *ff. d. tit.*

Quartò, Itaque eam ipsam ob causam actio mixta dicitur, non tamen statim efficitur, propter expressos textus, illam non esse realem.

THEOREMA V.

An post litem contestatam libellus emendari & mutari possit?

CERTA quædam requisita attendi solent in confectione libelli, inprimis ne sit ambiguus, obscurus, ex quo nihil colligi possit, ac ne causæ status quidem animadverti, quæ requisita hoc disticho comprehenduntur, quod extat apud *Wesenb. in parat. ff. de edendo. n. 7.*

Quis? quid? coram quo? quo jure petatur? & à quo?
Rectè compositus quisq; libellus habet.

Quòd si tamen in rei substantiâ & forma error commissus fuerit, anceps quæstio est, quomodo permitti debeat emendatio vel mutatio, an etiam libellus post litis contestationem mutari possit? Et sanè juris Canonici tenore inspecto, videtur omnino dicendum, non posse libellum mutari. *c. examinata. & cap. terminata 15. de judic.* Videamus quid jure civili statuendum sit? Et primo quidem intuitu videtur dicendum, post litem contestatam libellum mutari posse.

I. Propter perspicuum textum *in §. sin minus 34. Inst. de act.* ubi, si minus intentione suâ complexus est actor, nihilominus judex adversarium eodem judicio condemnat in reliquum. Non enim ante litis contestationem judicium vel lis dicitur, sed controversia duntaxat, *leg. 1. §. 1. ff. de litig.*

litig. l. sed etsi lege 25. §. si ante litem 7. ff. de heredit. petit. Sequitur ergo ex *d. §.* libellum mutari posse post litem contestatam.

II. Evinci potest idipsum ex *l. in delictis servorum 4. §. si detracta noxa 3. ff. de noxal. act.* ubi post litem contestatam actio mutari potest, in tantum, ut ex directa fiat noxalis, & ex noxali directa. Item bene probat *l. cùm fundum 18. §. fin.* ibi, pendente judicio, nihilominus interdicto rectè agere placuit, *ff. de vi & vi arm.*

III. Non difficulter etiam probari potest ex *l. si hereditatem 4.* ubi dicitur, in hereditatis petitione considerari etiam ea, quæ postea possidere quis cœpit, *l. si quo tempore 41.* ubi possessor hereditatis etiam eas res, quas post acceptum judicium acquisiverat, tenetur restituere, *ff. de heredit. petit.*

IV. Facit *l. si rem 9. §. fin.* ibi, *licet non rectè egit*, tamen si offerat *in judicio pecuniam*, debet rem pigneratam, & *quod suâ interest, consequi*, *ff. de pig. act.* Ex quibus locis omnibus evidentissimè constat, post *litis* contestationem libellum mutari posse, *Mynsing. ad d. §. sin minus 34. Instit. de act. Dom. Arum. exercit. 18. th. 5.*

Communior & veritati convenientior eorum est opinio, qui post litem contestatam *libellum* quoad substantiam mutari posse negant, propter rationes non exiguas.

I. Per *l. non potest 23. ff. de judic.* ubi dicitur, non videri in judicium venisse, quod post judicium demum accedit, sed aliâ novâ actione sive interpellatione opus esse: Et hujus rei ratio in propatulo est, quòd res post litem contestatam litigiosæ fiant, *auth. litigiosa res. cum l. seq. Cod. de litigios.* Secus verò est ante litem contestatam. Nam tunc non lis est, sed controversia mota & lis præparata dicitur, *l. posthum. 6. in fine. cum l. seq. ff. de inoffic. testam.* Nam & tunc non agere, sed agere velle videmur, *l. amplius 15. ff. ratam rem hab.*

II. Editam actionem mutare & emendare licet, *l. edita 3. Cod. de edendo.* Edita autem actio censetur ante litem contestatam facta, *l. 1. C. de litis contest.* (quas duas *ll.* bellè inter se convenire, & ex uno rescripto pendere, docet *Don. lib. 23. comm. 5.* quamvis dies earum repugnet) Et sic ante litem contestatam licitum est mutare libellum, & proinde à contrario sensu, post litem contestatam nequaquam, *arg. princip. Instit. de tutel.* Deinde verba *d. l. 3.* ut perpetui edicti monet autoritas, intelligi debent juxta *d. l. non potest 223. ff. de judic.* in quâ hujus edicti sententia continetur, ut monet *Zas. ad d. §. sin minùs 34. Instit. de act. num. 1.*

III. In contractibus nullus est locus pœnitentiæ, *l. sicut 5. C. de O. & A.* Litis contestatione autem quasi contrahimus, *l. licet 3. §. idem scribit 11. ff.*

11. ff. de pecul. Ergo post litis contestationem non licet pœnitere, vel libellum mutare, *Fachin. 11. controv. 100. Gail. lib. 1. obser. 74. n. 4. & seqq. Zas. Schneid. ad d. §. sin minus. Instit. de action. Bronchorst. cent. 1. assert. 28.*

Satisfaciendum nunc argumentis superioribus.

Primum est, quod ex *§. sin minus. Instit. de act.* profertur, posse eum, qui minus petiit intentione suâ, eodem judicio etiam reliquum consequi. Sed dicendum est, textum intelligendum, si actor minus intentione suâ in judicium deduxit, & errore lapsus est, quo casu mutatio & emendatio permittitur, *§. si quis agens 33. versic. sanè. & d. §. si quis aliud. Instit. de action.*

Secundò, non refragantur *l. in delictis servorum 4. §. si detracta. 3. ff. de noxal. actio. & d. l. cum fundus 18. §. fin. ff. de vi & vi arm.* ex quibus nonnulli evincere conantur, post litem contestatam actionem totam mutari posse. Sed respondendum est, *in dd. ll.* mutari quidem sive emendari libellum post litem contestatam, sed non quo ad substantiam. Nam in priori *l. 4. §. 3. ff. de noxal. act.* manet actio de damno, item manet factum principale, sed qualitas tantùm superveniens mutatur: idem etiam dicitur *in dict. l. cum fundum. §. fin.* ibi enim interdicto unde vi quis experiri potest, pendente priore judicio, quod *Don. ad l. 3. C. de interdict.* interpretatur, suspenso judicio.

Tertiò parum stringunt *d. l. si hereditatem 4. & l. si quo tempore 41. ff. de heredit. petit.* ubi dicitur, in hereditatis petitionem etiã venire, quod post judicium possessor hereditatis sibi adquisivit. Respondendum enim est, nihil novi per posteriorem possessionis adeptionem accessisse judicio, quòd semel petitâ hereditate à possessore, omnia petita intelligantur. Petitâ enim hereditate, tanquam universitate, simul omnes res eidem subjectæ petuntur.

Quartò, deniq; levissimum est argumentum, quod desumitur ex *l. si rem 9. §. fin. ff. de pign. act.* Ibi enim ante solutionem quis pigneratitiâ egit, non rectè, sed solutione tamen pecuniæ, rem pigneratam consequitur, ubi tota actio finitur, libellus verò non mutatur, ut ex eo aliquid actor consequatur. Quod enim ab initio nõ consistit, tractu temporis non convalescit, *l. quod initio 29. ff. de reg. jur.*

THEOREMA VI.

An in §. item si quis in fraudem. Inst. de Act. *Pauliana actio proponatur?*

ACtionum in rem fundamentum & causa est dominium, *l. Quintus Mutius 27. §. argento 2. ff. de aur. & arg. l. in rem actio 23. ff. de rei vind.* actionum verò in personam causa est obligatio, quæ procedit ex contractu, *§. fin. Instit. de oblig.*

quoties

quoties in judicio agitur, Titium debere aliquid dare vel facere, vel ex contractu vel quasi contractu, §. *actionum autem* 1. *Inst. de act.* His ita præmonitis, quæri solet, quam actionem Imp. intelligat *in §. item si quis in fraudem. Inst. de act.* An ut plerisq; interpretibus juris visum est, Pauliana, an verò aliam? Posterius nonnulli asserere conantur, sequentibus inducti rationibus.

I. Imperatori Justiniano propositum est, actiones reales exponere, idq; ostendit series §§. *sed ista. §. Item Serviana &c. Inst. de act.* Pauliana verò actio in rem non est, quia non semper datur contra possessorem, *l. is qui à debitore 9. ff. qua in fraudem credit.* cùm tamē realis actio semper contra possidentē detur, *l. actio 25. ff. de O. & A.*

II. Actio Pauliana & Fabiana inter se comparantur, *l. videamus 38. §. in Fabiana quoq; 4. ff. de usur.* At Fabiana actio est personalis: Ergo etiam Pauliana. Consequens ergo est, *in d. §. item si quis. Inst. de act.* actionem Paulianam nō exponi.

III. Datur hæc actio ex dolo & fundatione tam debitoris alienantis, quàm accipientis, *l. ait prætor 10. §. hac actio. pen. ff. qua in fraud. cred. l. is qui à debitore 9. ff. eod. Wesenb. in parat. ff. ibid. n. 6.* Cùm igitur fraus & dolus facti sint, unde in personam agitur, *l. ait prætor 10. l. hac in factum 14. ff. qua in fraud. credit.* Itaque actio Pauliana *in d.* §. proponi non potest.

IV. In actione Pauliana non præcisè requi-

ritur, ut bona sint à creditoribus possessa, *l. omnes 17. ff. d. tit. quæ in fraud. cred.* At in prædicto §. requiritur, ut bona sint possessa à creditoribus. Ergo actio Pauliana non est, *Don. ad dict. §. item si quis. Oldendorp. class. 6. Val. Forster. tract. Justin. part. 2. disp. 3. th. 6. lit. A.*

Posteriori tamen sententiæ calculum adjicio *in d. §.* Paulianam actionem ab Imper. proponi, hisce de causis.

I. *Si* quæ in fraudem creditorum alienata sunt, tunc edicto perpetuo actio permittitur, *l. ult. C. de revoc. his quæ in fraud. credit.* quæ actio nulla alia est quàm Pauliana, *d. l. videamus. §. in Fabiana 4. ff. de usur.* & iisdem propè verbis *in d. §. item si quis. Instit. de act.* proponitur.

II. Hinc rectè inter actiones in rem Prætorias recensetur, *in d. loco. §. item si quis.* Est enim revera realis: primò, quia contra possessorem datur rerum alienatarum, id quod commune est omnium actionum in rem, *§. omnium. Instit. d. tit.* secundò, quia Imp. *in d. §. item si quis.* petendi verbo utitur, quòd videlicet rescissâ traditione res petatur in fraudem creditorum alienata, quo verbo actiones in rem veniunt, *l. pecunia verbum 178. §. actionis. ff. de V. S.*

III. Huc confert *l. 1. & l. ait prætor 10. ff. d. t. quæ in fraud. cred.* quæ si conferatur cum *dict. §. item si quis.* liquidò apparebit, quod intendo. *Cuac. in parat. & tractat. 1. ad Afric. Mynsing. d. §. num. 12.*

num.12. Dn. Vult. & Dn. Andr. Dinnerus Præceptores mei ibid.

Jam ad contraria respondendum, ut rei veritas elucescat.

Primò enim quod moveri solet, *in d.§.* actionem Paulianam non proponi ab Imperat. ea de causa, quòd in illis §§. explicentur actiones reales. Cùm autem actio Pauliana non sit realis, quia non semper detur contra possessorem, *l. is qui à debitore 9. ff. quæ in fraud. credit.* non igitur in prædicto §. actionem Paulianam proponi ℞. In *d.l. is qui à debitore 9. ff. quæ in fraud. cred.* non negatur, hanc actionē dari contra possessorem, qui primò rem malâ fide à debitore emit, eamq́; postea alii rursum vendidit: non verò datur contra bonæ fidei possessorem, neq; enim id æquum est: datur enim hæc actio contra possessores tantùm rerum alienatarum, qui fraudis participes facti sunt, *l.1. in pr. & l. hac in factum 14. ff. quæ in fraud.* Quòd verò hæc actio Pauliana detur contra possessores, liquet ex antè dictis.

Secundò, non probatur *d.l. videamus 38. §. in Fabiana 4. ff. de usurpat.* ex quâ colligunt: Actio Pauliana & Fabiana conferuntur inter se: Jam autem Fabiana actio personalis est, *l. 1. §. hæc actio 26. ff. si quid in fraud. patr.* Respondetur enim, *in d. l. 38. §. 4.* non in omnibus has duas actiones inter se comparari, sed κατὰ respectu alienationum in fraudē creditorum factarum, quæ

revocantur cum fructibus: non verò comparantur inter se, quòd ambæ sint personales. Committitur ergo fallacia secundùm quid ad dictum simpliciter.

Tertiò, non militat; Hæc actio datur ex dolo, quo factum notatur, ideo nec realis esse potest. Sed responderi potest, licet fraus occasionem det huic actioni, verius tamen est, fundamentum ejus esse dominium debitoris, quàm factum ipsius, in quod jus & dominium succedunt creditores fraudati, quod dominium fundamentum est omnium actionum in rem, *l. Quint. Mutius 27. §. 2. ff. de aur. & arg. leg.*

Denique quod adfertur, in actione Pauliana non requiri, ut bona possessa sint à creditoribus, *d. l. omnes 17. §. 1. ff. quæ in fraud. credit.* in prædicto autem §. requiratur ut possessa sint, & proinde non proponi actionem Paulianam. R. Non necesse esse ut bona possideantur à creditoribus naturaliter: id enim duo absoluti ablativi non ostendunt, præsertim si res à debitoribus in fraudem illorum alienentur, *Accurs. in d. §. item quæ in fraudem.* Quòd si tamen bona à creditoribus possessa sint, nihilominus in fraudem alienatum dictâ actione petitur, *l. quod autem 6. §. sciendum 7. Dig. quæ in fraud. credit.*

THEO-

THEOREMA VII.

An petitorium cum possessorio concurrere possit?

NIhil commune habet proprietas cum possessione, inquit *Ulpian. in l. naturaliter 12. §. nihil 1. ff. de adquir. poss. l. 1. §. huius 2.* in verbis, quòd separata debet esse possessio à proprietate, *ff. uti possidetis*, adeò ut permisceri non possint hæc duo, nec eriam debeant, *l. permisceri 52. ff. d. tit. de adquir. vel amitt. poss.* Hinc dubitari posset, an recipiendum esset, quod plerisq; jurisperitis visum fuit, possessorium cum petitorio concurrere posse? Et videtur omnino dicendum, posse concurrere ob has causas.

I. Colligunt ex *d. l. naturaliter 12. §. nihil. ff. de adquir. poss.* quod, quia nihil commune habeat dominium cum possessione, nihil impedimento sit, quo minùs hæc duo judicia inter se concurrant, cùm non videatur renuntiasse possessioni, qui rem vindicare cœpit, quod demonstratur *l. & an eadem 14. §. fin. ff. de except. rei judic.*

II. Adducunt pro fundamento hujus sententiæ *l. cùm fundum 18. §. fin. ff. de vi & vi armata.* ubi Papin. JCtus ait, Is, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo etiam interdicto unde vi experiri posset, pendente judicio rectè agit interdicto. Concurrit igitur petitorium cum possessorio.

III. Per *l. 1. §. quia autem 4. ff. Quod lega-*

torum. ubi petitio hereditatis & interdictum legatorum dantur, si incertum sit, an quis pro legato vel pro possessore aut herede possideat.

IV. Confirmare videtur hanc sententiam. *cap. pastoralis. & cap. dilectus 5. de causs. possess. & propriet.* & huc allegat *judicium Symmachi, Cujac. lib. 7. obs. 38.* Recitata est, inquit, constitutio, quæ judicibus tribuit copiam hęc decernendi, & locum *Quintiliani lib. 7. Instit. cap. 7.* In sponsalibus, inquit, quæ ex interdictis fiunt, etsi non proprietatis est quæstio, sed tantùm possessionis, tamen non solùm possedisse nos, sed nostrum possedisse docere oportet. Et hæc fuit sententia *Martini Petri Bellicani, Pauli Castrensis, Cyni in l. ordinarii. C. de rei vindicat.* ubi ait, hanc sententiam veram esse, sicut Evangelium, & Bartoli falsam, sicut Judæ Iscariotæ, *Cujac. d. loco. Valent. Forster. tract. Justin. parte altera disp. 1. thes. ult. lit. C.*

Verior tamen illa sententia mihi videtur, utrumque judicium de proprietate & possessione simul ab eodem & adversus eundem proponi non posse.

I. Contrarietas diversorum judiciorum repugnat, *d. l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de adquir. possess.* Nam quod uno actor consecutus est, altero repudiat: qui enim in petitorio vicit, possessorium repudiat: nam tunc possessoris commodo fungitur, *l. inter litigantes 62. ff. de judic.*

judic. §. retinendæ. Instit. de interdict. Sic exitus controversiæ possessionis est, ut judex pronuntiet ex judicio possessorio, quis possideat, *l. exitus 35. ff. de adquir. poss.* Si enim possessor declaratus est, ut animo domini possideat, tunc petitorium inutile est. Consequens est, contraria judicia cumulari non posse simul ab eodem & adversus eundem.

II. Nunquam cognosci posset, quis dominus vel possessor esset. Si enim actori concederetur, ut simul judicio petitorio & possessorio ageret, sequeretur, quòd eodem momento in judicando modò actori dominium, modò possessio attribueretur vel contrà: quod tamen admitti non debet, hoc enim non judicare est, sed ludere & nugari, ut ait *Scipio Gentilis infrà d. loco.*

III. Evincitur id ipsum *l. incerti 3.* ibi, possessionis priùs decidi oportere quæstionem, *Cod. de interdict.* Ex quibus manifestò apparet, hæc duo judicia concurrere non posse, *l. ordinarii juris 13.* ibi, priùs exhibitis mancipiis de possessione judicetur, ac tunc demum proprietatis causa decidatur. *C. de rei vind. l. exitus 35. ff. de adquir. poss. l. 1. C. de appell. l. si. quis 3. C. fin. regund. l. colono 14. C. de agric. & censit.* Quod adeò verum est, ut etiam jure Canonico comprobetur, *cap. 1. tit. de caus. poss. & proprietat. Don. ad l. incerti juris 3. C. de interdict. Nob. Scipio Gentilis, in libello de concurrentibus actionibus. cap. 21.*

Illud adhuc superest, ut ad argumenta contraria respondeatur.

Primò non implicat contrarietatem *d. l. & in eadem 14. §. fin. ff. de except. rei judic.* ubi dicitur, ei, qui rem vindicare cœpit, non denegari interdictum uti possidetis. Nam respondetur, petitorium post interdictum de possessione institutum esse, non verò concursu aliquo contra eundem hæc duo judicia competiisse, quod *in dict. l.* non probatur.

Secundò levidense est ex *l. cùm fundus 18. §. fin. ff. de vi & vi arm.* ubi dicitur, eum, qui fundum vindicavit, pendente judicio nihilominus interdicto rectè agere. Eadem enim solutio in promptu est, uno eodemque in judicio petitorium & possessorium simul & semel non proponi *sed pendente, i. e. suspenso petitorio*, (ut explicat bene Don.) possessorium rectè actore intentare posse.

Nihil quidquam probat *l. 1. §. quia autem 4. ff. quod legat.* Nullius enim concursus ibi mentio facta est. Nam quod ibi dicitur, si incertum sit, an quis pro legato, vel pro herede, vel possessore possideat, tunc hereditatis petitionem & interdictum quod legatorum dari, id accipiendum est secundùm distinctionem aliarum legum. Distinguunt autem leges, quando de possessione & proprietate lis suboriatur, priùs de possessione agendum esse, postea de proprietate, *d. l. incerti 3. C. de*

C. de interdict. l. ordinarii juris. Cod. de rei vindic. cum aliis suprà dictis.

Deniq; non est recedendum à posteriori sententia propter *d. cap. pastoralis. & cap. dilectus. de causa poss.* Quantam enim ea *cap.* absurditatem & inutilem sanctionem complectantur, demonstrat *Don.* quòd non solùm pugnantia loquantur, & res nullum effectum sortiatur, si priùs de petitorio judicatum sit; tunc enim possessorium prorsus inutile est. Sic etiam nullum exitum res habere potest, si uno eodemque tempore de petitorio & possessorio judex judicet, ita ut actor pronuntietur possessor, adversarius verò dominus. Hinc sequetur, quòd judex eodem momento & actori possessionem, & reo eandem rem restitui jubeat. Nec etiam Quintiliani locus repugnat: intelligi enim debet eâ ratione, ut Doctores loquuntur, in possessoriis judiciis causam proprietatis vel dominii immisceri, ad colorandum & coadjuvandum duntaxat, ut possessorii causa speciosior appareat, magisque probetur.

THEOREMA VIII.

An, quando de eadem re concurrunt actio rei persecutoria, & mixta pœnalis, si rei persecutoriâ priùs actum sit, mixtâ pœnali agi possit?

ACtionum divisio elegans & illa adfertur, quasdam esse rei persecutorias, quasdam merè pœnales, quasdam verò mixtas, quæ rem & pœnam persequuntur, *l. sequens & illa divisio 16. cum trib. §§§. seqq. Inst. de act.* De duab⁹ prioribus actionibus rei persecutoriis & merè pœnalibus certum est, si rei videlicet persecutoria cum merè pœnali concurrat, quòd tunc neutra actio absorbeatur: & ratio est, eas esse diversas actiones, aliud enim est res, aliud pœna. Quòd si verò rei persecutoria cum mixta pœnali concurrat, tunc dicendum erit, an intentata rei persecutoria actione, mixtæ pœnali locus dabitur? Quod negandum videtur, hisce de causis.

I. Leges id disertè demonstrant, *l. in rebus 18. §. sive autem 1.* in verbis non solùm istæ actiones competunt, verùm etiam L. Aquiliæ, sed si quâ earum actum fuerit, aliæ tolluntur, *ff. commodati. item. l. sed actione 50.* in verbis: alterâ actione contentus esse debet, *ff. pro socio.* Ergo si quis rei persecutoriâ expertus est, non poterit actionem L. Aquiliæ intentare.

II. Satis evidentes textus etiam sunt *in l. sed etsi 19.* ibi: sed alterutrâ contentus esse debebit actor, *l. si servus 27. §. Proculus ait.* ibi: si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum, *Digest. ad leg. Aquilian.* Non igitur debet actor adhuc persequi, quod pœnæ nomine supereſt.

III. Appa-

III. Apparet, unâ actione contentum esse oportere actorem, propterea quia utraque actio ad rei persecutionem tendat, eamque respiciat, nec meram pœnam persequatur, *l. non solùm 13. cum l. seq. ff. de rei vindic.* Ideoq; arbitrio judicis committendum est, ut is rationem habeat rei vitio affectæ, *l. si à domino 36. §. si possessor 2. ff. de heredit. pet.*

IV. Huc facit *l. qui servum 34. in fine. ff. de O. & A.* ubi dicitur, si cui vestimenta commodarim, quæ postea rupta fuerint, me simul commodati actione & L. Aquiliæ experiri posse; post commodati actionem, an L. Aquiliæ actio remaneat, dubitari ait, sed verius esse subjungit, remanere ubi Paulus Castr. negationem addit: Alii tamen secundùm *Ant. August. lib. 1. emend. cap. 3. pag. 29.* in fine pro verbo *remanere* legendum esse censent, *removeri*, quod libros manuscriptos comprobare asserit post prædictum *Ant. Augustinum, Frideric. Hartlad. libello singulari de concursu realis &c.*

Illa tamen nihilominus verior est sententia, post motam actionem rei persecutoriam, adhuc mixtam pœnalem superesse, quatenus in ea amplius est, quàm in priore fuit, respectu pœnæ.

I. Fundamentum firmissimum pono *in d. l. qui servũ 34.* in fine: ubi remanere L. Aquiliæ actionem dicitur. Neque enim correctio aliqua contra evidentem rationem admitti debet: ratio

enim manifestò refragatur, ut infrà ex ultima contrariorum argumentorum responsione liquere potest.

II. Evincitur illud ipsum *l. quotiens 41. §. si eodem 1.* ibi, posteà judicis partes potius esse, ut quod plus sit in reliqua actione, id actor ferat, *ff. de O. & A. l. 1. ff. arbor. furt. cæs.* Si igitur judex attribuere debet actori, quod in altera actione plus fuit, sequitur, illud etiã locũ habere, si quis actione rei persecutoriâ priùs egit, nihilominus illum mixtâ pœnali, quod in ea plus est, experiri posse.

III. Bellè facit *l. unde quæritur 7. in fine.* ibi, nisi fortè quis dixerit, agendo eum ex L. Aquilia, hoc minùs consecuturum, quàm ex causa commodati consecutus est, quod videtur habere rationem, *ff. commodati.* Itaq; deducto simplo actor adhuc consequi potest, quod pœnæ nomine supereſt, *d. l. quotiens 41. §. 1. ff. de O. & A. l. sed si ex causa 47. ff. pro socio.*

IV. Ad stabiliendam hanc sententiam non parum roboris habent ea, quæ scripta sunt *in l. non solùm autem rem restitui, verùm etsi deterior res sit facta, rationem habere judex debebit. ff. de rei vindic.* Unde electio actoris est, ut duplum consequatur, *l. quod si 14. ff. d. tit. Don. lib. 2. com. cap. 3. & Scipio Gentilis in libello de concurrentibus actionibus. cap. 9.*

Nunc supereſt, ut argumenta in contrarium adducta dissolvantur.

Primò

Primò non adeò repugnant *d. l. in rebus* 18. §. *sive autem* 1. *ff. commod. & d. sed actione* 50. *ff. pro soc.* Nam quod in fine *d. l.* 18. §. 1. dicitur, si quâ earum actum est, aliæ tolluntur, & *in dict. l.* 50. *ff. pro soc.* alterâ actione contentus esse debet, *cum similibus ll.* ita accipiendum est, si alterâ actione non plus comprehendatur, vel quatenus nihil amplius in ea est: Ut L. Aquiliæ actione priùs expertus sum, non possum actionem commodati rei persecutoriam intentare, cùm in ea non plus contineatur. Vel responderi potest, *dd. ll.* interpretandas esse per alias, tunc videlicet tolli actionem L. Aquiliæ, quatenus eâ rem persequamur, non verò pœnam, hoc est, id quod amplius est in repetitione triginta dierum, unde mixta actio dicitur, *l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *Digest. ad l. Aquil.* §. *his autem* 9. *Institut. eodem.*

Secundò eadem responsio locum habet.

Tertiò non probatur, utramque actionem esse tantùm rei persecutoriam. Nam ad *d. l. non solum* 13. *cum leg. seqq. ff. de rei vindicat.* respondendum est, in actoris esse arbitrio, id quod in altera plus est, remittere, deducto eo, quod priore actione consecutus est: aliâs ex judicis officio, quod pœnæ nomine ipsius interest actoris, peti potest, *l. quotiens* 41. §. *si eodem* 1. *ff. de O. & A. d. l. si à domino* 36. §. *si possessor* 2. *ff. de hered. petit.*

Quartò, & *in d. l. qui servum* 34. *in fine*, nega-

tionem nonnulli introducere volunt, reponentes pro verbo remanere, non remanere, vel verbum removeri, illud facilè concedi posset, nisi verborum sequentium ratio manifesta refragaretur, ibi, & simplo subducto locum non habet, quasi dicat Paulus locum non habere, si L. Aquiliæ actio ratione pœnæ & damni duntaxat, quod in ea plus est, intentaretur, remanet tamen L. Aquiliæ actio, si non pro parte, sed tota proponitur, qua commodator tantum consequitur, ut judex condemnet reum in reliquam accessionem deducto simplo, quod actor priore actione consequebatur.

THEOREMA IX.

An ex pacto nudo nascatur actio?

UNdiq; decantata est juris regula, ex pacto exceptionem, non verò actionem nasci, *l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. de pact.* Videndum tamen est, si rem penitiùs expendamus, an non dari etiam possit actio? Non posse dari actionem, demonstratur sequentibus de causis.

I. Propter *d. l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. de pact.* ubi dicitur, quòd nullam obligationem pariat pactum, sed exceptionem, quia nulla causa ad obligandum efficax est. Ergo actio nasci non potest.

II. Ratio hæc redditur, quia lex non assistat pactis nudis & conventionibus innominatis, ubi autem

autem lex non assistit conventioni, ibi non nasci potest obligatio efficax jure civili, & ad agendum utilis; cùm actiones omnes sint juris civilis, *l. 1. §. his legibus. ff. de O. J. §. 1. Instit. de action.* ubi Justin. ait, peti secundùm Romanę civitatis jura, hoc est, secundùm legum dispositionem & tenorem, ne facilè quis verbis ex incogitantia prolatis obstringatur.

III. Nullum intercedit συνάλλαγμα in nudis pactis, quod causam esse dicit *Connan. lib. 5.* quòd obligatio nulla nascatur.

Et quamvis certis quibusdam in casibus Dd. largiantur ex pacto actionem nasci, quos proponit *Gigh an. in disputatione de pactis, Altorphii habita thes. 182.* ubi ex nudo pacto in usuris obligationem naturalem & civilem nasci ostendit, cum *thesibus seqq.* Imò verò jure Canonico ex quovis pacto oritur actio, *cap. 1. & 3. ubi Canonistæ X. eodem.* tamen ex pacto naturalem obligationem nasci non ambigo, ex qua detur actio, quæ naturalis vel ex jure gentium vel civilis non est, sed de more & forma agendi sine ulla solennitate apud veteres observata, tam ad agendum, quàm ad excipiendum, *Panorm. in cap. dilecti, de judic.* & hujus sententiæ hæc adducit fundamenta *Wes. in parat. ff. de pact. n. 9.*

I. In *l. 7. ff. de pact.* conventiones juris gentium dicuntur, necesse ergo est eas esse efficaces, & aliquam naturalem in se complecti obligatio-

nem, *arg. l. 1. §. 3.* in verbis: nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non in se habeat conventionem, *ff. d. t.* Non malè igitur Cic. pactum conventum ita justum putari asserit, ut juri præstare dicatur, *lib. 2. vet. rhetor. & Herenn. scriptor lib. 2. Rhet.*

II. Pacta consensu & conventione constant, *d. l. 7. §. hodie tamen. fin. ff. d. t.* Unde sequitur, etiam jure gentium obligationem nasci, *l. 1. §. fin. ff. de contrah. emt.* quemadmodum & naturaliter res deberi dicitur, *l. in jus 5. §. Imperator. ff. de solut.* quod est jure gentium, *l. cùm amplius 84. ff. de reg. jur.* Itaque etiam agendi facultas datur: est enim obligatio mater actionis, *l. licet 42. §. ea 2. ff. de procurator.*

III. Quod ex pacto solvitur, ut indebitum repeti nequit, *l. cùm proponas 21. C. de pact. l. debitor 59. §. fin. ff. ad SC. Trebell. l. inter socerum §. filia 4. ff. de pact. dot.* Igitur necesse est, naturaliter deberi: si enim naturalis non adesset obligatio, tunc id quod solutum est, repeteretur, *l. 41. ff. eod. l. quod sortem 26. §. indebitum 4. ff. de condict. indeb. l. cùm amplius 84. Digest. de reg. jur.*

IV. Nihil magis naturali æquitati congruit, quàm eo genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil 35. ff. de reg. jur.* At pacto tollitur obligatio naturalis, quæ consensu constabat, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. ff. de solut. & liberat.*

& *liberat.* cum aliis multis. Quare pactum etiam obligationem introducit, & ex ea datur actio, *Matth. Wesembec. dicto loco.* Quæ igitur pro priori sententia dicta sunt, his nihil obloquuntur, si de obligatione civili, non verò de ea intelligamus, de qua hîc sermo est, quæ naturalis est. Nam primò *d. l. juris gentium 7. §. sed cùm 4. Digest. de pact.* perspicuè relucet, de civili obligatione, quæ actionem producit, Ulpianum loqui, cùm opponat eam exceptioni: idque etiam demonstrant verba præcedentia *in §. sed & in alium. ibi,* & hinc nasci civilem obligationem. Quo sensu accipi debet & secundum argumentum, & hinc tertio loco etiam ratio Connani, quòd in pactis nullum συνάλλαγμα interveniat vel mutua obligatio, pro civili obligatione militat. Perperam autem interpretes συνάλλαγμα pro mutua obligatione accipiunt, cùm sit potius mutua rerum traditio & permutatio, *l. 1. in fine. ff. de permutatione.*

THEOREMA X.

An minor viginti quinq; annis possit esse Procurator ad lites?

QUæstio hæc anceps est, ad quam affirmando nonnulli respondent propter sequentes rationes.

I. Adducit *Cujac. cap. 29. de diverſ. & temp. præſcript. l. ſi collactaneus 13. ff. de manum. vindicta*, ubi minor Procurator eſſe poteſt, dummodo non minor ſit annis decem & octo, *§. juſta. Inſtit. quib. ex cauſ. manum. &c.*

II. Minor decem & octo annorum poteſt eſſe judex, *l. quidam 57. ff. de rei vindic.* imò etiam Conſul, *l. 1. ff. de offic. Conſul. & in aurea bulla Caroli IV. Imp.* Electoris munus ſuſtinere. Ergo poterit etiam eſſe Procurator. Qui enim poteſt id, quod majus eſt, poterit etiam id quod minus eſt, *l. in eo 110. ff. de reg. jur.*

III. Aſtipulatur *l. 1. §. initium 3. ff. de poſtulando*, ubi major 17. annis poſtulare poteſt. Ergo multò magis poterit eſſe Procurator, cùm facilius hoc permittatur quàm illud, idque exinde cognoſci poteſt, quòd infames perſonæ poſſint procuratores eſſe, *§. fin. Inſtit. de except.* poſtulare verò non item, *d. l. 1. §. ſecundo loco. ff. de poſtul.*

IV. Minor in cauſis, in quibus habet reſtitutionem in integrum, Procurator idoneus eſſe nequit. Ergo à contrario ſenſu, quod argumentum fortiſſimum eſſe dicitur, in quibus cauſis non habet reſtitutionem in integrum, in iis Procurator eſſe poterit, *Don. lib. 8. com. 11.*

Probabilior & receptior eſt ſententia, Minorem Procuratorem ad lites idoneum eſſe non poſſe,

posse, quod sequentibus rationibus demonstrari potest.

I. Minor idoneus defensor esse nequit, quia ei competit beneficium restitutionis in integrum, *l. deniq; 3. §. sed utrum 4. ff. de minor. l. minor 51. in fine princ. ff. de procurat.* Idoneus igitur defensor cùm non sit, per consequens nec Procurator erit: quemadmodum enim sepius cavere debet defensor, sic Procurator etiam sepius satisdare cogitur, *§. si verò reus 5. Instit. de satisd.*

II. Non habet personam legitimam standi in judicio, *l. 2. & 3. C. qui legitim. person. standi &c.* neque etiam ipse se idoneè defendere potest, nisi curatore consentiente id faciat, *dd. ll.*

III. Non habet justam ætatem minor viginti quinque annis, ne patrem quidem defendendi, *l. exigendi 12.* in verbis: sanè quòd nec dum legitimam ætatem idem filius tuus compleverit, *C. de procurator.* Cùm igitur defensor idoneus non sit: ergo nec Procurator esse poterit. Valet enim argumentum ductum à defensore ad Procuratorem, *cap. generaliter, de procurat. in 6.*

IV. Absurdum aliàs videretur esse, ut is alterius causam agere possit, qui seipsum non potest defendere (minores enim in propriis causis per curatorem litigare coguntur, *§. item inviti 2. Instit. de curator.*) in aliorum causis Procurator esse possit, *arg. §. item major 4. Instit. de excus. tut.*

l. fin. C. de legitim. tut. Wes. in parat. ff. de procuratoribus. nu. 4.

Ultimum in hac decade supereſt, ut argumentis contrariis ſatisfaciamus.

Primò itaque nihil movent dicti textus, *d. l. ſi collactaneus 13. ff. de manum. vindict. & §. juſta. Inſt. quibus ex cauſ. manum. non lic.* Exaudiri enim debent non de procuratore ad lites, ſed de procuratore negotiorum. Nullum enim verbum eſt de procuratore litis. Nec obeſt, ſi quis dicat, in extrajudicialibus ſervum abſq; manumiſſione domini negotia geſſiſſe, nec eam fuiſſe neceſſariam. Nam parum utilis eſt ſervus domino minor 17. annis, ut procurator domini negotia gerat: cùm lubentiùs & faciliùs cives Romani cum liberis hominibus, quàm cum ſervis contrahant, quemadmodum major familiaritas nobis intercedit cum legitimis quàm cum ſpuriis, *l. generaliter 3. §. ſpurios 2. ff. de decur.*

Secundò parum operatur, minorem viginti quinque annis eſſe judicem, conſulem, & imò ad Electoris dignitatem aſpirare poſſe. Reſpondetur enim, quòd minor annis decem & octo poſſit eſſe judex, Elector, *dd. ll.* id fit ex neceſſitate, quæ non habet legem, & jus ſingulare eſt, quod ad conſequentiam non facilè trahendum eſt, *l. quod verò 14. ff. de ll.* Nam multa autoritatibus permittuntur, quæ aliàs jure deficerent, *l. Barbarius 3. ff. de offic. Prator.*

Tertiò

Tertiò, neque illud militat quod dicitur in *d. l.x.§.initium.3.ff. postul.* majorem annis septendecim postulare posse, quod officium tam vile non est, quàm Procuratoris. Sed dicendum est, diversam esse rationem in postulatore, id est, advocato, qui damnum non timet, nec litis dominus constituitur, *l.1.C. de errore advocat.* nec etiam obligat. Procurator verò litis dominus est, & lite contestatâ in ipsum fertur sententia. Jam si malè esset judicatum, tunc Procurator peteret restitutionem in integrum, & sic judicium fieret elusorium. Plures differentias de hac re exponit *Don.lib.18.com.3.*

Denique nihil obstat argumentum à contrario sensu desumptum: In iis causis, in quibus minori succurritur restitutione in integrum, Procurator esse nequit. Ergo à contrario sensu, in quibus causis non habet restitutionem in integrum, in iis Procurator esse poterit. Sed hoc argumentum efficax non est, cùm evidens ratio repugnet, quia *minor viginti quinque annis* personam standi *in judicio non habet*, & rem semper *malè gesturus* sit, ut restitutione in *integrum* postea ei succurratur.

DECAS X. ET ULT.

Cujus theoremata sunt hæc.

I. *An exceptiones peremptoriæ sive perpetuæ post litem contestatam usq; ad sententiam proponantur, & non necesse sit, ut eas initio contestemur?*

II. *Utrum duo eandem rem possint in solidum possidere?*

III. *An pactum, ut quis fundum alterius propriâ autoritate ingrediatur, sit validum?*

IV. *An judex secundùm acta & probata, an verò secundùm conscientiam suam judicare debeat?*

V. *An in sponsam alterius committatur adulterium?*

VI. *An filii patris, perduellionis rei, morte puniendi sint?*

VII. *An cædere volens Titium, si Mævium forte perimat, L. Corneliâ de sicar. teneatur?*

VIII. *An*

VIII. *An, qui occidendi animo quendam vulneraverit, non autem interfecerit, jure civili pœnâ* L. Corneliæ *teneatur?*

IX. *An in cadavera eorum, qui ob conscientiam sceleris seipsos ante executionem interficiunt, vel aliâs naturali fato mortui reperiuntur, animadverti possit?*

X. *An delinquens, in quocunq; loco repertus, etiamsi domicilium ibi non habeat, conveniri possit?*

THEOREMA I.

An exceptiones peremptoriæ sive perpetuæ post litem contestatam usq; ad sententiam proponantur, & non necesse sit, eas initio contestari?

QUemadmodum actorum tela sunt actiones, sic reorum clypeus & munimentum adversus antagonistas sunt exceptiones. His duobus enim armaturæ generibus omnis judiciorum panoplia instruitur. Inter alias autem exceptionum divisiones affertur inprimis utilis

illa divisio *in §. appellantur. Instit. de except.* alias exceptiones esse peremptorias sive perpetuas, alias esse dilatorias & temporales, *l. 3. ff. eod. l. 2. C. de precibus Imper. offer.* Non autem quemadmodum actiones perpetuæ illæ dicuntur, quę ad triginta vel quadraginta annos durant, eodem modo exceptiones perpetuæ nominantur, sed sine ulla certi tēporis determinatione perpetuæ sunt, *l. si pactum 6. C. de except.* Et hujus differentiæ ratio adfertur *in l. pure mihi. § fin. ff. de dol. mal. & met. except.* quia in actoris arbitrio & voluntate positum sit, quando agere velit, ideoq; certi fines præscripti sunt, intra quos judiciū admittitur: in arbitrio verò rei non est positum, quando conveniri debeat, ideoque is certo tempore exclusus non est. Hinc non immeritò quæri potest, An exceptiones perpetuæ, post litem contestatam, usque ad sententiam proponi possint, & non necesse sit, ut eas initio contestemur: quod negant nonnulli propter sequentes rationes:

I. Ostendit idipsum *l. emtor 9.* in verbis: in cujus præscriptione initio contestationem haberi sufficit &c. *C. de præscript. long. temp. l. præscriptionem 8. l. si quidem 9. C. de except.*

II. Judex pronuntiare non potest de eo, quod non est in judicium deductum, *l. ut fundus 18. ff. com. divid.* Sed id duntaxat in judicium deducitur, quod litis contestatæ tempore accidit, *l. un. C. de litis contest.* Ergo judex cognoscere non

re non potest de exceptione post litem contestatam demum oppositâ.

III. Constat etiam *ex l.inter eos 51.§.fin.* ubi dicitur, non defendi eum, qui post litem contestatam exceptionem opponere voluit *ff.de fidejuss.Don.lib.22.com.cap.8. Duar.ad tit.Cod.de probat.Obrecht disput.4.de probat.th.8.& seqq. Cl. Dom. Helfricus-Ulricus Hunnius Praeceptor meus disput.21.th.14.Instit.*

Hanc tamen sententiam sequi omnino displicet: veriorem illam esse judico, exceptiones peremptorias sive perpetuas post litem contestatam opponi posse, nec necesse esse, ut eas initio contestemur.

I. Quia hæ exceptiones perpetuò competant, non ergo, nisi priùs litem contestemur. qua ratione etiam separationē recipiunt ab actionib. *l.pure mihi 5.§.nō sicut 6 ff.de dol.mal.& met.exc.*

II. Propter textus ad hanc rem manifestos *in l.cùm nondum 4.C.de except.* ubi dicitur, nondum finitâ sed dilatâ sententiâ omnes integras adhuc defensiones esse, ubi per verbum defensiones exceptiones intelligi dilucidè apparet ex *l.is qui 5.ff.eod.de except.facit etiam l.præscriptionem 8.C.d.tit.de except.*

III. Demonstratur etiam hoc ipsum ex differentiæ ratione exceptionum dilatoriarum & perpetuarum: quòd dilatoriæ ante litem contestatam opponi debeant, eam ob causam, quia

eæ ad judicium pertineant,& de constituendo judicio sint,cùm quæritur,an justæ sint personæ litigatorum;necesse igitur est eas ante judicium proponi,& tempore litis contestatæ,*l.pen. C.de except.* Peremptoriæ verò exceptiones cùm non sint de constitutione judicii,ideo rem ipsam feriunt, reumq; relevant quovis tempore,*Cujac. 28. observ.31. Dn. Doctor meus Antonius Matthæus in not.ad §.10.Instit.de except.Wes.in parat. ff.de except. n.7. Dom. Aruma. exercit.19. thes.6. Hieron.Treut l.vol.2.select.disput.26.th.ult.*

Ultimo loco removenda sunt, quæ suprà in medium sunt adducta.

Primò antagonistæ inducunt *l.emtor 9.C.de præscript.long.temp.*quę tamen prorsus nihil probat,sed posteriorem sententiã hanc magis confirmat,in verbis:in cujus initio contestationem haberi sufficit. Nam non in *d. l.* habetur,quòd necesse sit ante litis contestationem exceptiones peremptorias opponi:quod si tamen opponantur, non revocantur in judicio, *l.peremptorias 2.C.sent.rescindi.* Deinde in *d.l.præscriptionem 8. Cod.d.t. de except.* verbum *quandoq;* accipi debet pro *semper*, prout accipitur in *l. neq; 10.ff.de ll.*

Secundum est tale: Judex pronuntiare non potest de eo, quod non est in judicium deductum, *d.l.ut fundus. & arg.l. non potest 23.ff.de judic.* Sed id duntaxat in judicium deduci,quod litis

litis contestatæ tempore accidit, *d.l.un. C. de lit. contest.* Ergo de illo judex pronuntiare nequit, quod post litem contestatam in judicium defertur. Sed respondetur ad propositionem, eam locum habere, si post litem contestatam ex parte actoris aliquid post litem contestatã proponatur & mutetur. Actor enim non potest libellum vel actionem mutare, post litis contestationem, *d.l. non potest 23. l. non quemadmodum 35. ff. de judic.* Reus tamen exceptione non excluditur, sed eidem à judice conceditur ut se defendat, adeò ut is de ejus jure quod post litem contestatam supervenit, cognoscere & pronuntiare possit.

Deniq; *d.l. inter eos 51. §. fin. ff. de fidejuss.* penitus ad rem non pertinet: neq; ibi de exceptione peremptoria quidquam affertur, sed de actione divisa inter fidejussores, quorum aliqui facultatibus lapsi sunt.

THEOREMA II.

Utrum duo eandem rem possint in solidum possidere?

DIstinguunt communiter Dd. inter possessionem naturalem & civilem. Naturalem eam intelligunt, quæ in corpore consistit, sed citra jus & affectionem dominii. Civilem verò, quæ jure nititur & affectionem dominii tribuit, *l. nemo ambigit 10. C. de adquir. & retin. poss. l. 1. §. dejici-*

tur.ff.unde vi.l.legatorum 2.§.1.ff.pro herede. Naturalis itaq; possessio potissimũ in corpore consistit, quod detinetur, quæ verè propriéq; possessio dicitur. Civilis verò etiam solo animo retineri potest, & extincto animo & voluntate extincta prorsus possessio censeri debet, *l.furtum.§.si fundi.ff.de usuc.l.licet C.de adquir.poss.* Neque verò existimandum est, quòd possessio significationis verborũ intuitu duntaxat hoc modo distinguat, distinctio verò rei ipsi & sententiæ autorũ minimè conveniat, vel has possessiones à se invicẽ diversas non esse, sed unam & eandem, quod *Hugoni Donello placuit lib.5.com.7.* quam vis videatur sibiipsi contradicere in eodem cap.

His ita præmissis hinc quæri potest, an duo eandem rem in solidum possidere possint? Quod negandum esse videtur sequentibus de causis:

I. Est ad hanc rem elegans textus in *l.possidere 3.§.ex contrario 5.ff.de adquir.vel amitt. poss.* ubi dicitur, plures eandem rem in solidum possidere non posse: & contra naturam esse, ut quod ego teneam, alter etiam tenere videatur, *l.si ut certo 5.§.si duobus 15.ff.commod.*

II. Si enim duo ejusdem rei in solidum possessores darentur, tunc fieret id fictè & imaginariè, vel verè. At verè fieri hoc non posse, jam ostensum est. Ergo nec fictione, quæ naturam imitatur, *§.minorem.Instit.de adopt.*

III. Qui possidet, animo domini possidet,

d.l.ne-

d.l.nemo ambigit 10.C. de adquir. vel retin.poss. cum similibus suprà dictis. Dominium autem penes duos in solidum esse nequit, *d.l.si ut certo 5.§.15.ff.commodat.* Ergo nec possessio.

IV. Comprobatur idipsum perspicuo exemplo creditoris, quòd ille tantùm pignus possideat, *l.cùm & sortis 35.in fine. ibi:* pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem, *ff.de pignerat.act. l.servi 16.ff. de usucap.l. per servum 37. ff. de adquir. rer. dom.l.1.§. per servum 15. ff. de adquir. vel amitt. poss.* Nullibi autem in universo juris Oceano leges debitori possessionem attribuunt, excepta tamen causâ usucapionis, cujus consideratione debitor adhuc videtur possidere per creditorem: nam tunc pro alieno possidet, *l. pignori rem 13. ff. de usucap.l.pignoris 36.ff. de adquir.poss.*

Utut hæc sententia prior suos defensores habeat, præsertim *Cuja.lib.9.obs.32. & lib.17.obs.2. Borcholt in tract.de adquir.poss.cap.6.nu.8. Dom. Arum.exerc.19.th.17.* rationibus tamen eorum nõ obstantibus, verisimilior mihi videtur eorum sententia, qui unius rei duos possessores dari posse asserunt, ita ut unus naturaliter, corporis videlicet apprehensione; alter civiliter animo possideat, & quidem non sine causâ id profertur.

I. Evidentissimum exemplum est in eo, qui peregrè profectus est, cujus domum alius vi in-

gressus ejus bona occupavit, atq; omnes ejus res possedit, quamvis injustè (de eo enim controversia non est, nec qualitas hæc diversitatem constituit possessionis, *d. l. 3. §. ex contrario. ff. de adquir. vel amitt. poss.* nisi accedat diversitas possessionis in specie) dominus tamen nihilominus possidet, animoque possessionem retinet, *l. clam 6. §. 1. ff. de adquir. vel amitt. poss.* Ex quo evincitur, duos possessores ejusdem rei in solidum dari posse.

II. Textus luce meridianâ clarior *in l. & habet 15. §. eum qui 4. ff. de precario.* ubi Pompon. quærit, cùm is qui precario rogavit, ut sibi possidere liceret, nanciscetur possessionem, an etiam is possideat qui precario servum dedit? Respondet, placet penes utrumque eum esse hominem, qui precario datus est, penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore: penes dominum, quia non discesserit animo possessione. Et hoc est quod intendo.

III. Illustrat & confirmat hanc sententiam *l. si duo 3. in princ. ff. uti possidetis*, ubi Ulp. ait, duos eandem rem in solidum possidere posse, unum civiliter justè, & alium naturaliter injustè, contra quem is qui civiliter justè possidet, interdicto retinendæ possessionis experiri potest. Facit pro eadem sententia *l. si id quod. §. quoniam 2. ff. d. t. de adquir. vel amitt. poss.*

IV. Manifestè etiam hoc ostendit Paulus à compa-

comparatis, in *d. l. possideri 3.§. ex contrario 5.in fine,hisce verbis:* non magis enim eadem possessio apud duos esse potest,quàm ut tu stare videaris in eo loco,quo ego sto,vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris;quod non tantùm de naturali possessione intelligendum esse,sed etiam de civili,docet *Dn.Vult.Praceptor meus ad princ.Instit. de interdict. nu.13. & hanc sententiam sequitur etiam Cl.Dn.Doctor Helfricus-Ulricus Hunnius disput.Instit.21.th.25.*

Considerandа supersunt argumenta suprà allata.

Primò,quod dicitur,duos in solidum eandem rem possidere non posse,cùm contra naturā sit, alium tenere posse,quod ego teneo,*d.l. possideri 3.§ ex contrario.* Resp.Hoc accipiendum esse de merè possessione naturali,ut duo eandem rem tenere nequeant: diversum verò est,ut patet ex ipsâ lege,si alius naturaliter possideat,& alius civiliter possessionem retineat animo.

Secundum eâdem ratione convellitur,quod dicitur duos verè non possidere. Verè enim possident eo modo,de quo in posteriori hac sententia jam satis superq; dictum est.

Tertiò quod objicitur: qui possidet, animo domini possidet:illud non est perpetuum. Certum enim est,creditorem pignus possidere,cùm tamen ejus dominus non sit:manet enim pignus in bonis debitoris,*l.pignus 9.C. de pigner.act.* quo

sublato sequela non procedit, cùm nihil commune habeat dominium cum possessione, *l. naturaliter 12. §. 1. Digest. de adquir. vel amitt. possess.*

Quartò, nihil confirmat hanc sententiam exemplum de creditore adductum, quòd is solùm possidere dicatur, nunquam verò debitor: hoc enim assertionem priorem potiùs corroborat & adjuvat. Non enim cognoscendum est, quid ex verbis, sed quid ex mente potius legum dicatur, *l. scire. ff. de ll.* Quamvis enim creditor possessionem habeat & in possessione sit, videlicet naturali, tamen verus possessor non est, id quod ostendit *l. sciendum 15. §. possessor 1. ff. qui satisdare cog.* & quamvis justè possideat, non tamen opinione domini possidet, *l. si servus 22. §. 1. ff. de noxal. act.* Deinde dicendum est, ex *d. l. cùm sortis 35. in fine. ff. de pignerat. act.* ubi dicitur, quòd possessio transferatur in creditorem, naturalis videlicet, civilis enim manet penes debitorem, quod patet ex verbis finalibus, Potest tamen & precario re suâ uti, qui possidere dicitur civiliter, *d. l. & habet 15. §. 4. ff. de precario.* Duos igitur unius rei possessores esse posse, non ambigendum est.

THEO-

THEOREMA III.

An pactum, ut quis fundum alterius ingrediatur propriâ autoritate, sit validum?

NEmo sibi in propria causa jus dicere debet, sed omnia ordine & decenter per legitimum magistratum, juris & æqui custodem, expediri debent, ut omnis contentionis & tumultus ansa amputetur, & nemo propriâ autoritate quodvis factum ulciscatur, *l. nullus tanquam 14. C. de Judæis. l. un. C. ne quis in suæ causa judic.* Si enim ne testis quidem in propria causa admittitur, *l. nullus 10. ff. de testibus. cum aliis multis*, nec judex admitti debet, cùm plus sit, judicis officio fungi, quàm de re propria testimonium perhibere. Quod si igitur pactum factum fuerit inter creditorem & debitorem, ut, si certo tempore debitor non solverit, creditor propriâ suâ autoritate ejus bona occupare, ejusque fundum ingredi possit, quæritur, an possit? Quòd non possit, his rationibus nonnulli probare nituntur:

1. In judicio actionibus quisq; experiri debet, ut suum consequatur: aliâs enim vim facit, qui id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit, ut dicitur in *l. extat 13. ff. quod met. causa.* Propterea etiam judicii vigor, ju-

risque publici defensio data est, ne quilibet privatus ultionem sibi tribuat, *d. l. nullus 14. C. de Judæis. l. non est 176. ff. de reg. jur. & Hæ-non. ibidem.*

II. Executio & missio in possessionem, sunt actus meri & mixti imperii, qui non nisi judicis officio perficiuntur, *l. 1. & l. jubere 4. ff. de jurisdict.* neque privatis competunt, *l. privatorum 3. C. de jurisdict. omn. judic.*

III. Sic dominus emphyteutam expellere non potest propriâ autoritate, ob non solutum canonem, sed judicium expectare tenetur, *arg. l. lex vectigali 31.* in verbis: item quæsivit, si in exsolutione vectigalis tam debitor quàm creditor cessassent, & propterea pronuntiatum esset, fundum secundùm legem domini esse &c. *ff. de pignor. & hypothec.* Cur igitur non idem recipiendum esset in creditore, nec illum propriâ autoritate fundum ingredi posse?

IV. Tenetur de vi illata creditor, si aliena bona propriâ autoritate occupavit, & tertiâ etiam parte bonorum plectitur, & infamis fit, *l. pen. & l. ult. ff. ad L. Jul. de vi privata. facit l. si quis 7. C. unde vi. Donel. ad d. l. 3. C. de pign. Hackelman disput. 12. thes. 3. lit. D. Paul. Berens. disput. 9. them. 4. quæst. 3.*

Sed derelictâ hac sententiâ, verior & receptior est eorum, qui omnino creditorem in fundum debitoris ingredi permittunt, si is pacto con-

cto convenit cum creditore, ut is certo tempore elapso, quo non solverit, ejus bona occupare deberet, quod his demonstratur rationibus:

I. Id ostendi potest per *l. creditores 3. C. de pignoribus.* ubi dicitur, quòd creditores vim non faciant, qui ex lege conventionis, non solventis debitoris possessionem ingressi sunt; attamen (subjungit) autoritate præsidis possessionem adipisci debent, quæ verba postrema *de temperamento urbanitatis* accipiuntur. Quod explicat *l. pignoris 11. C. de pignerat. act.* in qua dicitur, quòd creditor citra conventionem & præsidialem jussionem, debiti causâ res debitoris arbitrio suo conferre non possit; ubi à contrario sensu rectè colligitur, quòd præcedente conventione creditor bona debitoris occupare possit. Rectiùs quidem in *d. l. 3.* autoritate præsidis possessio petitur, verùm cùm creditores diutius rebus suis carere non possint, nullam pœnam merentur, si ex pacto bona possideant, *d. l. pignoris 11. C. de pignerat. act.* Sæpius enim in judicio lis suspenditur, ut creditores tamdiu moram ferre nequeant. Quod igitur jure pacti factum est, jure factum æstimari debet, *l. 1. & 2. C. si serv. export.*

II. Qui sibi satis prospexit, & specialiter sibi cavit de re aliqua, is non indiget remediis juris, *l. & habet 15. §. cùm quis 3. ff. de precario. l. 1. §. si*

convenit 6.ff. depoſit. Non igitur creditori opus eſt, judicis auxilium implorare, cùm æquum ſit & naturali rationi conſentaneum, pacta conventa ſervare, *l.1.ff. de pact.* nec etiam debitor inde damnum percipit *l.quod quis 203. ff. de reg.jur. cap.ſcienti, eod.in 6.*

III. Conventio partium præſidiali juſſioni comparatur, *l.1.* in verbis: nam in vicem juſtæ obligationis ſuccedit ex cauſa contractus autoritas jubentis, *C. ſi in cauſa judic.pignus capt.* Si igitur is, qui decreto Prætoris poſſeſſionem ingreſſus eſt, juſtè poſſidet, *l.juſtè 11.ff. de adqui.vel amitt.poſſ.l.non eſt 176.ff. de reg.jur.* Ergo etiam is juſtè poſſidebit, ſi creditor ex pacto & legitima conventione cum debitore egit, ut, ſi is non ſolvat certo tempore, tunc bona ejus occupare poſſet. Volenti enim non fit injuria, *l.vetuſtiſſimum 3.§.ſancimus.C.de jure dom.impetr.* ubi diſertè hæc ſententia confirmatur, ut majore indice non indigeat. *Val.Forſter.lib.2.diſp.4.th.4. ſub H.Gothofr.ad d.l.3. C.de pignor. Hier.Treutler.vol.1. diſp.11. th.5. lit.E. Hœnon.diſp.11. ad d. l.non eſt 176.ff.de reg.jur.*

Reſidua ſunt argumenta ſuperiùs adducta contrariæ ſententiæ.

Primò enim, quòd objiciunt, cauſam in judicium deducendam eſſe, & tamdiu moram ferendam, donec judex unicuique quod ſuum eſt decernat: reſponderi poteſt, hoc verum eſſe, niſi res in-

res inter privatos componi possint, & debitoris voluntate fiat, ut creditor bona ipsius propriâ autoritate occupet: tunc enim volenti & consentienti non fit injuria.

Secundum quoq; parum roboris habet, missionem in possessionem esse meri & mixti imperii, & non nisi officio judicis eam perfici, *l.1. l. jubere 4. ff. de jurisd.* nec per privatos expediti posse. Nã in promptu est responsio, hoc tunc demũ procedere, quando executio sequatur lites in judicium deductas, & per sententiam judicatas. Longè aliud verò dicendũ est in conventionum executione, cùm pacta contrahentium certam legem addant, *l.1.§. si convenit 6. ff. depos.*

Tertium est desumptum ab emphyteuta, quem dominus ob non solutum canonem expellere nequit, *arg. l. lex vectigali 31. in verbis: item quæsiit. ff. de pign. & hypoth.* Ergo idem in creditore dicendũ erit. Sed diversa est hîc ratio. Nam dominus cum emphyteuta non ita convenit, ut eum expelleret, cùm solutio canonis sit de substantia contractus emphyteutici, eâque potissimum discernitur à locatione: quod observavit *Ant. Fab. error. pragm. decade 63. errore 10.* Si igitur canon non solvatur, tunc emphyteusis non ampliùs subsistit, sed ager vectigalis ad dominũ redit, *d.l. lex vectigali 31. l. 2. C. de jure emphyt.* Aliud verò dicendum de pacto inter creditorem & debitorem facto, ut ex jam dictis constat.

Deniq; non resistunt quicquam adductæ leges, quæ generaliter loquuntur, quibus derogatur per *l. vetustissimam 3. §. sancimus. C. de jur. dom. impetr.* ubi specialiter distinguitur, an creditor cum debitore pactus sit nec ne: si enim non pactus sit, tunc post biennium ex sententia judiciali creditori permittitur pignus vendere; si verò aliud conventum sit, tunc pacto standum esse. Jure igitur generi per speciem derogatur, *l. in toto 80. ff. de reg. jur.*

THEOREMA IV.

An judex secundùm acta & probata, an verò secundùm conscientiam suam judicare debeat?

MAgna semper autoritas judicum fuit: nam & consules judicis officio fungebantur, ut legitur apud *Cic. lib. 3. de ll.* qui ait: Regio imperio duo sunto ipsos præcundo, judicando, consulendo, prætores, judices, consules appellantor: & populi Romani majestas in personis magistratuum violari dicitur, in *l. 3. ff. ad L. Jul. Majest.* atque adeò, quæ laus major cuiq; tribui potest, quàm si divino nomine salutetur? Judices autem à summa Majestate nominantur Dii, *Psal. 81.* exercent enim judicium legesq; Domini, quorum officium in cognoscenda & definienda lite

da lite consistit. Unde etiam judices à jure dicendo dicuntur. *Isidor. in cap. forus, extr. de verb. sig.* Si igitur judices loco DEI sint, diligenter iis prospiciendum est, ut unicuique suum attribuant, ne conscientiæ pœnas luant aliquando execrandas, si plus aliorum dictis, quàm propriis notitiis reique veritati tribuerint. Quæstio enim hîc est, an judex secundùm acta & gestorum probationes, an verò juxta conscientiam suam judicare debeat? Prius nonnulli affirmant hisce de causis.

I. In eadem causa nemo simul testis & judex esse potest, *arg. l. ult. Cod. de fideicom.* At si judici permitteretur secundùm propriam conscientiam judicare, tunc simul & testis & judicis officio fungeretur: Non igitur secundùm conscientiam suam judex judicare debet.

II. Judex judicando secundùm propriam conscientiam litem suam faceret, *l. argentarius 10. §. cùm autem 3. ff. de edendo*, quæ ratio efficit, ut judex, sive ejus opinio vera sit sive falsa, à probatis recedat, *Paul. Bus. in lib. sing. de offic. judic. cap. 4. num. 40.*

III. Idipsum probare volunt ex *l. illicitis 6. §. veritas.* in verbis, & ideo judex id sequatur, & convenit eum ex fide eorum quæ probabuntur, *ff. de offic. præsid.* & non probante petitore, alterum absolvat, *l. negantes 9. C. de O. & A. l. properandum 13. C. de judic.*

IV. Huc etiam facit quod *Genes. 18. cap.* ipse

DEUS Sodomæ peccata judicare noluerit, nisi priùs manifestò cognovisset, ea vera esse quæ prædicantur: unde ait, Descendam de cœlo, & videbo &c. Et hoc etiam patet ex jure Canonico, *cap. pastoralis 28. §. quia verò. extr. de offic. deleg.* ubi dicitur, quòd executor sententiã suam exequi debeat, etiamsi sciat iniquam esse. Et *Ambros. in cap. judicet 3. quæst. 7.* ubi inquit, Bonus judex juxta leges juraque pronuntiat, & nihil paratum sive meditatum domum fert, sed sicut audit, ita judicat, &, sicut se habet natura negotii, decernit, *Covarruv. 1. resol. 1. n. 6. Cujac. lib. 12. obs. 19. Enucl. Don. lib. 26. com. cap. 3.*

Benignior & verior est sententia, judicem secundùm conscientiam judicare debere, idq; sequentibus de causis.

I. Ea opinio amplectenda est, quæ animarum saluti tutior est, *l. sunt personæ 43. in fine. ff. de relig. & sumpt. funer.* Tutior autem est hæc sententia animarum saluti. *Vasq. illustr. controv. 14.* Ergo etiam amplectenda.

II. Judicium etiam ferret judex contra officium boni viri, si secundùm probationes & acta in judicium deducta pronuntiaret, cùm concionatores nonnulli causarum, ut Cujac. in observationibus verbo utar, malam etiam causam vario colore exornent, plurimisq; pharmacis, quibus ea indiget, *cap. veritatis. extr. de jurejur.* speciem veri faciant, ut judex contra propriam conscientiam,

tiam, & mille testes, corde aliud sciens, aliud tamen ore pronuntiet.

III. Sequetur, jus mendaciis patrocinari. Si enim judex secundùm acta & probata judicaret, & tamen aliud conscientiâ teste factum esse sciret, sanè mendaciis indulgeret. Quam ob causam Scipio Minor, cùm Licinium prætereuntem vidisset, Hunc, inquit, scio pejerasse; sed quia nemo illum detulit, non possum simul accusator & judex esse. Noluit videlicet mendaciis connivere. Sed hoc etiam contra eos notandum est, qui dicunt, Si judex secundùm conscientiā judicaret, tunc quemvis, nullo etiam existente accusatore, judicare posset, quod tamen à veritate alienum. Unde germanicum illud, **Wo kein kläger ist/da ist auch kein richter.**

IV. Patent ad hanc rem diserti textus, ubi judicium aliquod ad propriam judicis conscientiā, h. e. ut bene interpretatur *Coras.* ad oculos refertur, *l. si irruptione 7. §. fin. ff. fin. regund. l. eadem 2. §. fin. ff. de feriis.* Hinc judices ex animi sententia æstimare debent, quantum cuique testi credendum sit, *l. testium 3. §. 1. & §. 2. in fine l. quæsitum 13. in verbis, quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium. ff. de test. Hotom. illustr. quæst. 27. Coras. lib. 4. miscell. 20. Dn. Doctor meus Ant. Matthæus in Collegio Instit. disp. 20. thes. 17. Dom. Arum. exerc. 6. in parergo, & exerc. 20. th. 3.*

Nunc superesse videtur, ut argumenta superiora removeantur.

Primum est, quòd nemo simul judex & testis esse possit, *d.l.ult. Cod. de fideicommiss.* Judicem autem secundùm suam conscientiam simul judicare & probare: Ergo id fieri non posse. Ad quod argumentum non respondeo, *primò* cum *Agellio lib. 14. noct. Attic. Alciato, in l. inter 179. ff. de verb. sign. Corasio d. loco. Borcholt de jurejur. cap. 8. n. 9.* judicem à judicandi officio penitus abstinere debere, & prætendere, sibi non liquere: si enim manifestò eidem de rei veritate constat, eccur diceret contra propriam suam conscientiam, mendacium sibi non liquere? *arg. l. ult. ff. de rei vindic.* Secundò, non placet ex omni parte & illa responsio, judicem judicandi munus deponere, & testis personam assumere debere, propter illam rationem, quòd unius testimonium non admittatur, *l. juris jurand. 9. §. 1. C. de testibus. l. maritus. ff. de quæstion.* Nam tunc non privatæ personæ testimonium auditur, sed publicę, cujus maxima est autoritas; est enim vir bonus, qui consulta patrum, qui leges juraq́, servat, & cujus arbitrio leges committuntur, *l. 1. ff. de jure delib. l. hodie 13. ff. de pœn.* Ejus igitur testimonium cùm sit aliis majus, utique præferendum erit, *argum. l. 2. ff. de testib.* neque etiam simplex testimonium perhibet, sed conscientię suæ sensa depromit. Accipi igitur debet *d.l. ult. C. de fideicom.* si aliunde quis testimonium adferre velit, nec conscientiâ convictus judicet, vel si cui hæc responsio displiceat

ceat, negari omnino potest, judicem testis officio fungi, sed ex suo officio facere, *Dom. Arum. exercit. 20. th. 3.*

Secundum ex asse nullum est, quod affertur ex *d. l. argentarius 10. §. cùm autem 3. ff. de edend.* judicem secundùm suam conscientiam judicantem litem suam facere. Illud enim *d. l.* non probatur: loquitur enim de eo judice qui notitiam non habet alicujus causæ in judicium deductæ, sed contumaciâ, quòd res semel sit judicata, probantem non curet, tunc enim actor de judice rectè queri potest. Aliud verò dicendum est, si judex ex conscientia, & certa rei gestæ notitia judicarit.

Tertiò, quod affertur ex *d. l. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de officio præsid.* illud confirmat hanc sententiam. Nam quod ibi dicitur, præsidem provinciæ sequi fidem eorum quæ probabuntur, ne dolo vitietur veritas: quandocunq; igitur veritas obumbratur, tunc probationes sequi non oportet, quod fit, si judex habeat scientiam, rem aliter gestam esse quàm probatur: tunc enim potius conscientiam suam sequi debet, repudiatis probationibus.

Quartò, quod ex jure divino & Canonico profertur, parùm militat. Nam quod *Genes. 18.* DEUS Sodomæ flagitia non judicare voluerit, antequam cognosceret ea vera esse, quæ jactantur; ad hoc bene respondet *Coras. dict. loco*, quòd

Deus prædicto exemplo commonefacere voluerit, non ut mendacia actorũ potiùs quàm rei veritatem sectaremur, sed nobis exemplum reliquerit, ne omnib⁹ iis facilè fides adhiberetur, quę probantur, ut fusiùs explicat *cap. Deus omnipotens 2. quæst. 1.* Nec obstat *c. pastoralis 28. §. quia verò. extr. de offic. deleg.* Non enim loquitur de judice, sed de illo, qui judicis sententiam exequitur. Is enim sententiæ iniquitatem tanquam judex intueri nequit, sed ejus munus est, sententiam latam exequi, *l. pen. ff. de J. & J.* Itaque parum huc facit *cap. judicet 3. quæst. 7.* Inhibentur enim ibi affectus, & favor, plus quàm par est, aliis tribuendi.

THEOREMA V.

An in sponsam alterius committatur adulterium?

Quam grave & nefarium crimen sit adulterium, quod ipsum corpus contaminat, cùm alia extra corpus committantur, ex eo patet, quòd tantopere illud Athenienſibus invisum fuerit, ut nihil acerbius illis, quos Vatiniano odio persequebantur, imprecari se posse existimarent, quàm ut cum uxoribus adulteris viverent. Quod crimen cùm proprie in nuptam committatur, *l. inter stuprum 101. ff. de verb. sign. l. inter liberas 6. §. 1. l. stuprum 34. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult. & ibidem*

& *ibidem Wesenb. in paratit. num.* 8. meritò dubitari potest, quid sentiendum sit de sponsa alterius, an etiam in illam committatur adulterium? Quod negandum esse quibusdam videtur.

I. Est enim adulterium alieni tori, videlicet lecti genialis sive genitalis, violatio. Jam si cum sponsa alterius quis concumbit, alienum torum non violat. Nondum enim sponsus eam carnaliter agnovisse censetur ante consummatas nuptias. Adulterium igitur in alterius sponsam nemo committit.

II. *Si in* virginem viduámve committitur stuprum duntaxat, adulterium verò in nuptam, *dict. leg. inter liberas 6. §. lex stuprum 1. ff. ad l. Jul. de adult.* sequetur, in alterius sponsam adulterium non committi, quia nupta non est, ut patet ex *dict. §. 1.* sed vel virgo vel vidua: in dubio enim quælibet persona præsumitur bona & idonea, *l. cùm pater 77. §. rogo 25. Digest. de leg. 2. cap. dudum. extr. de præsumpt.* Sed prius verum. Ergo &c.

III. Accedit, quòd expressè sponsa separetur ab uxore *in l. sed sciendum 3. ff. de parricid.* Nam ibi dicitur, non teneri illum L. Pompejâ de parricidio, qui sponsam interemerit, cùm tamen *in l. 1. Digest. eod.* maritus teneatur de parricidio, si uxorem, aut uxor virum occiderit. Cùm igitur non eadem sit ratio sponsæ & uxoris, nec etiam

adulterium in sponsam committetur ut committitur in alterius uxorem.

IV. Textus ad hanc rem evidentes id testantur *in l. miles 11. §. quærebatur 7. ff. ad l. Jul. de adult. l. si uxor 13. §. si minor 8. ff. eod. Covarruv. epit. sponsal. cap. 1. Hieron. Treutl. vol. 2. disput. 6. th. 1. lit. C.* Sed his non obstantibus, verior est illa sententia, adulterium etiam in alterius sponsam committi, quod non solùm jure civili, sed etiam divino, diserte constitutum est.

I. Jure divino, *Deut. cap. 22.* ubi cum primò de adulterio conjugatorum DEUS pœnam mortis sancivit, statim subjicit, *Si puellam virginem* desponderit vir, & invenerit eam aliquis *in civitate*, & concubuerit cum ea, educes utrumq; ad portam civitatis illius, & lapidibus ambo obruentur. Ubi ex connexione antecedentium patet, quòd DEUS præpotens adulterium cum alterius sponsa commissum morte punire voluerit.

II. Jure civili probatur hæc sententia, *l. si uxor 13. §. Divi 3.* ubi idem constitutum est, quod *in §.* superiore, ubi marito conceditur vindicare adulterium in ea uxore, quæ vulgaris fuit: in sequenti igitur *§. 3.* dicitur, Severum & Antoninum rescripsisse, ut idem in sponsa adulterium vindicaretur, additâ hac eleganti ratione, quòd nec matrimonium, nec spem matrimonii violare concedatur.

III. Confirmari etiam potest hæc sententia *l. pro-*

l. propter 7. C. ad l. Jul. de adult. ubi Imp. Alexander Herulano rescribit, jure mariti accusatorem justum non esse, qui virginis adultæ postea maritus esse cœpit, nisi puella violata ejus sponsa fuerit. Unde satis liquet, adulterium esse commissum.

IV. Accedit, quòd sponsa pro uxore habeatur, *l. si sponsa 74. ff. de jure dot.* At in uxorem alterius committitur adulterium, *d. l. si uxor. §. planè 1. ff. ad l. Jul. de adult. l. fugitivus 225. ff. de V. S.* Ergo etiam in alterius sponsam, *Cujac. 6. obs. 16. Wesenb. in paratit. ff. ad l. Jul. de adult. n. 7. Dom. Arum. disput. Digest. 25. th. 7. Bronchorst. cent. 4. συνοψ. assert. 81.*

Quæ igitur suprà in medium adducta sunt, ultimò expendenda sunt.

Primò enim, quod opponitur, definitionem adulterii non competere sponsæ, itaque in eam propriè non committi: ad hoc dicendũ est, definitionem adulterii ibi non solùm accipiendã esse de eo toro sive lecto genitali violato, quem conjuges ingressi sunt, sed etiam de futuro, quem sponsus cum sponsa initurus est. Quamvis enim verè matrimonium contractum non sit, tamen spes matrimonii in considerationem venire debet, & quòd sponsa pro nupta habeatur. Quod igitur parum distat, non videtur distare, sed potentia actui propinqua pro ipso actu habetur, *l. qui pœnæ 8. §. Divus 2. ff. de manumission.* & cin-

gendus pro cincto habetur, *l. pen. ff. de milit. test.* & res destinata in locum aliquem, perinde habetur, ac si esset in loco, *l. fundi 17. §. ea quæ. pen. cum l. seq. ff. de act. emti vendit.*

Secundò parum & illud operatur: Adulterium propriè in nuptam committitur. Sed sponsa nupta nō est. Ergo in eam adulterium non committitur. Ad hoc dependet ex parte responsio ex superiori allata, q̄ quamvis sponsa verè nupta non sit, pro nupta tamen habeatur, *d. l. si uxor 13. § Div. Severus 3. ff. d. tit.* item pro uxore, *l. si sponsa 74. ff. de jure dot. l. lex Julia 4. ff. de fundo dot.* Non igitur mirum videri debet, etiam in eam committi adulterium.

Tertiò quod ex *d. l. sed sciendum 3. ff. ad l. Pompejam de parricid.* colligitur, separatam esse sponsam ab uxore, id perperam adducitur. Non enim ex particula legis nos arguere decet, *l. scire 17. l. incivile 24. ff. de ll.* ne jus civile calumniari videamur, *l. ad exhibendum 19. ff. ad exhibendum*, sed totam legem intueri debemus. Nam *in d. l. sed sciendum 3. ff. ad l. Pomp. de parricid.* etiamsi novercæ & sponsæ nomen non expressum sit, sententia tamen legis continetur, quod etiam ostendit sequens *l. cùm pater 4. ff. eod.*

Quartò nihil resistunt dicti textus, si dextrè capiantur. Nam *d. l. miles 11. §. quarebatur*, non loquitur de alterius sponsa violata, sed de ea quæ cuidam desponsata fuit, postea tamen alii à patre in

tre in matrimonium tradita, quo casu nudum adulterium committitur. Nam cùm prioti desponsata erat, videbatur repugnare consensus patris, propterea quòd alii postea in matrimonium tradiderit: cùm igitur priore modo consensus patris repugnabat, nuptiæ ipso jure consistere non potuerunt, *princ. Instit. de nupt.* & proinde nec adulterium in sponsam commissum est. Denique non repugnat *d. l. si uxor 13. §. si minor 8. ff. d. tit.* ubi minor duodecim annis uxor esse cœpit, adulterium commisit, quæ tamen jure mariti accusari nequit de eo adulterio, sed quasi sponsa. Nam distinguendum est cum *Cujacio lib. 6. observ. 16.* aut nondum viripotentem uxorem quis duxit domum, factis sponsalibus aut nõ factis. Priore casu accusatio jure mariti conceditur, posteriori, ut *in d. l. si uxor. §. 8.* non factis sponsalibus accusatio jure extranei datur.

THEOREMA VI.

An filii patris, perduellionis rei, morte plectantur?

QUamvis differentia constitui possit evidentissima inter crimen læsæ Majestatis & Perduellionis, ea videlicet, quòd illud ad partem duntaxat Reipubl. pertineat, & committatur, quoties quis de Majestate vel dignitate populi Romani quid detrahit, ut *in tertia Verrina* Cicero Verrem Majestatis crimen commisisse

accusat, quòd hostium duces acceptâ pecuniâ liberasset: crimen verò perduellionis ad universum statum Reipub. spectet, si quis hostili animo adversus Principem aliquid tentat, vel eundem interficit, *l. fin. Dig. ad l. Jul. Majestat.* quale est factum Caji Rabirii. Sed tamen hęc differentia horum criminum non ubiq; attenditur, cùm crimina hæc valde affinia sint, & in jure confundantur, ut *in l. fin. ff. ad l. Jul. Majest.* ubi quod de perduellionis crimine statuitur, idipsum *in §. 3. Instit. de public. judic.* refertur de crimine læsæ majestatis. Cùm itaque promiscuè capiantur, hîc quæri potest, an crimine perduellionis commisso etiam filii nocentis patris pœnâ mortis teneantur? Id quod affirmandum videtur hisce de causis.

I. A testimonio Cicer. qui ait: Illud videtur crudele, quòd ad liberos, qui nihil meruerunt, pœna pervenit, sed id antiquum & omnium civitatum. Quod si antiquum est & omnium civitatum, proximum erit juri gentium, *argum. l. 1. ff. de adquir. rer. dom. Aristot. 2. Rhet.* τὸ δὲ δίκαιον ἐγγὺς ἢ φαίνεται τῇ φύσει, & parum videtur distare à jure naturali.

II. Ostendit idipsum disertè *l. quando quis 10.* in fine verborũ, exceptâ solâ majestatis quæstione, quam si quis sacrilego animo assumpserit, justè pœnam ad suos etiam posteros transmittit, *Cod. de bon. proscript.* Ergo ut reus principalis

palis gladio punitur, eâdem etiam ejus filii pœnâ plectendi sunt.

III. Filius progenitus est à patre, à quo corpus provenit: ipsius corporis autem temperaturam animi mores sequuntur: *Gal. q. m. a. s. c. t.* imò & anima filii ex traduce à patre descendit, *Aug. ep. 7. 28. & 1. retr. 1. & lib. 2. c. 42. 56.* quę malum ingenerat patris. Sępe enim res mundissima per contactum rei immundæ momento polluitur. Nam si res candida in lutum projicitur, eademq; postea recipitur, sordibus non caret. Unde etiam satis liquet ex plurimis exemplis, quòd etiam filii ejusdem criminis paterni propagatores extiterint. Id quod patet ex Bruti progenie, & Cassii posteris, quorum primus hoc crimine damnatus pœnas luit: secundus in principib⁹ conjurationis Catilinæ: tertius autor conjurationis in Cæsarem: quartus princeps manum injecit Caligulę: quintus in Marcum. Idem & de trium Corneliorum progenie patet, & ex aliis exemplis. Cùm igitur hoc crimen sit hereditarium, utique etiam in filiis puniendum erit.

IV. Omne magnum exemplum, licet ex iniquo aliquid habeat, utilitate tamen publicâ rependitur. Nã & in SCto Silaniano de totâ familiâ supplicium sumitur, si paterfamiliâs occisus sit, *t. tit. ff. & Cod. de SCto Silan.* & de exercitus totius fugientis decimatione, cùm pereant etiam innocentes, & strenui etiã in sortem cadunt.

Tacit. annal. 3. 14. Utique igitur filii parentum perduellionis reorum capite plectendi sunt.

Sed relictâ hac sententiâ, veriorem illam esse existimo, filios non eâdem pœnâ capitali afficiendos esse.

I. Mandatum Dei id requirit, Nec filius portet iniquitatem patris, & ne morte afficiantur patres pro filiis, sed unusquisq; propter peccatum suum morte puniatur, *2. Reg. 14. 2. Chron. 25.*

II. Contra naturalem rationem pugnat, ut is puniatur, qui nihil admisit. Nec puto hoc infringi posse exemplis, quæ de bello & usucapione afferri solent, quæ duo, licet contra naturam sint, justè tamē admittuntur. Bellum enim, si justè suscipiatur, ex jure gentiū descendit, *l. ex hoc jure. ff. de J. & J.* & proinde contra naturam non est, *§. jus autem. versic. quod verò. Instit. de J. N. G. & C.* Usucapio autē quin jure civili nitatur, non est dubium, *l. 1. & 1. tit. de usucap.* q; jus, à naturali nō omnino deflectit, *l. jus civile 6. ff. de J. & J.*

III. Refragatur etiam jus civile, *l. 2. in fine. C. de his qui latrones &c.* Satius enim est, impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare, *l. absentem 5. ff. de pœn.* Nihil igitur indignius est, quàm eum qui culpâ caret, supplicio non carere, ut ait *Cic. lib. 2. de invent.*

IV. Deniq; omnium firmissimum illud est, q; ex *l. quisquis 5. §. filii verò ejus, quibus vitam Imperatoriâ speciali lenitate concedimus &c. C. ad l. Jul.*

ad l. Jul. Majestat. quæ lex licet sub rubro contineatur criminis læsæ majestatis, &, ut quibusdam placet, tantùm de illo locum habeat, rectiùs tamen etiam ad crimen perduellionis trahitur, quia sine discrimine capiantur, ut in principio hujus theorematis commonefeci.

Jam argumenta antagonistarum diluenda supersunt: videndum igitur, quomodo illis satisfaciendum sit.

Primum igitur: quod à Cic. autoritate dependet: sciendum est, ejus testimonium fuisse de inimico suo, qui odio ductus hæc referebat adversùs filios Lepidi, hostis sui infensissimi, quòd cũ mortalissimo hoste suo Antonio arma conjunxerat. Jam autem certò constat, inimici testimonium invalidum esse, *l. si inimicitiæ 9. ff. de his, quibus ut indignis.*

Secundum locum non meretur, quod desumitur ex *l. quando quis 10.* in verbis, exceptâ solâ majestatis quæstione, quam si quis sacrilego animo assumpserit, justè pœnam ad suos etiam posteros transmittet, *C. de bonis proscrip.* Sed dicendũ est, *primò* q̃ hæc pœna civilis in filios nunquã observata sit, ut notat *Alciat. 7. cons. 19. Secundò*, lex per legẽ explicanda & declaranda est. Sic præsens *d. l. 10.* generaliter loquens, restringenda est per specialẽ. Nam in toto jure generi per speciem derogatur, *l. in toto 80. ff. de R. J.* Debet igit̃ intelligi juxta *d. l. quisquis 5. §. 1.* ibi, Filii verò ej°, qui-

bus vitam Imperatoriâ ſpeciali lenitate concedimus &c.

Tertiò, probatur hæc ſententia ex eo, quòd filius ejusdem cohortis ſit, cujus ipſius pater fuit, quia corporis temperaturam animi mores ſequantur, filioque anima patris ingenerata ſit, & multis etiã exemplis comprobetur, filios in his criminibus imitatos eſſe parentes. Sed reſponderi poteſt, videri quidem tales filios à patribus progenitos eſſe, at ex quibusdam malis ſeminibus etiam bonæ arbores proveniunt, & bruta ex originali pravitate traducuntur ad bonitatem. Teſtis eſt *Virgil. 2. Georg.*

Exuerint ſylveſtrem animũ, cultuq; frequenti,
In quascunq; voces artes haud tarda ſequẽtur.

Si igitur plantæ & bruta corrigi, & induſtriâ hominum ad bonitatem reduci poſſunt, cccur non etiam homo? Deinde quòd dicitur, animam eſſe ex traduce, illam quæſtionem hîc ventilare propoſiti non eſt: contraria tamen ſententia verior eſt, & *in cap. 9. 32. quæſt. 2.* fixam ſedem habet, ubi animarũ origo de cœlo promanare dicitur. Nam licet dicatur, animarum originem ex traduce eſſe, adhuc tamen verum illud non eſt, q animus artibus & moribus excultior reddi non poſſit, ut à ſceleribus paternis immunis ſit: ſed pulchè *Prudent.* inquit:

Vitandus tamen eſt error, ne traduce carnis
Transfundi in ſobolẽ credatur fons animarũ:

Non

Non anima pariunt animas &c.

Nihil etiã juvatur hæc ſententia prædictis exemplis: plures enim eorum, patres imitati non ſunt. Si igitur filii punitorum quieſcant, tunc pœnâ nullâ tenebuntur, niſi moveantur, & exerceant injuſta opera, *l. fugitivus 225. ff. de V. S.*

Deniq; nihil operatur quod de *SCto Silaniano* affertur, ubi de totâ familiâ ſupplicium ſumitur, ſi patrifam. occiſo non ſuppetias tulerit, nec quod de totius exercitus fugientis decimatione dicitur. Nam ibi delinquentium culpa verſatur. Itaque *Seneca 9. contro v. 3.* ait, meam culpam eſſe oportet, ut mea pœna ſit. Nam quod exempli loco de Senatusconſulto Silaniano profertur, illud rationem habet in perſonis, qui occiſo non ſubvenerunt. Eadem cauſa eſt in militibus qui vallum deſeruerunt, & vitâ ſuâ ſeditioni ſe non oppoſuerunt, *l. deſertorem 3. ff. de re milit.* Pœnæ igitur ſuos autores manere debent, quod in filiis patris perduellionis rei locum non habet, qui nihil deliquerunt.

THEOREMA VII.

An cadere volens Ttium, ſi Mævium fortè perimat, lege Corneliâ de ſicariis teneatur?

REmpublicam membro privat, qui civem interimit, *l. cùm ratio 7. §. ſi plures 3. Dig. de bon.*

dam. Nemo enim magis parenti suo, quàm Reipub. nascitur, cujus esse dicitur, *l.1.§.& generaliter 15.ff.de ventre in poss. mitt.* & imaginem DEI destruit homicida, ad quam homo conditus est, *Genes. 9. cap. 2.extr. de homicid.* Non tamen omnes tanquam homicidæ L. Corneliâ de sicariis tenentur, sed ii tantùm, qui dolo hominem, non verò casu interimunt, *l.in lege 7.ff.ad l.Cornel.de sicar.* Quare hîc quæstio exsurgit, An occidere volens Titium, si Mævium forte interficiat, L. Corneliâ de sicar. teneatur? Quod negant nonnulli, sequentes propter rationes.

I. Illi pœna mitigatur, qui moderamen inculpatæ tutelæ excessit, *Dd.in l.1.C.unde vi*, aut provocatus alterum interfecit, *l.1. §. cum arietes.& ibi Dd.ff.si quadrup.pauper. fecisse. dic. l. is qui aggressorem 2. C. ad l. Cornel. de sicar.* Idem etiam videtur recipiendum, si quis alium pro alio interfecerit, *Schneid.d.§.item lex.5. Instit.de public. judic.*

II. Is qui alium occidit, quàm eum, quem volebat, non dolo, sed latâ tantùm culpa delinquit. Lata verò culpa, in capitali crimine, non comparatur dolo, *d.l. in lege 7. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Impetus igitur excusat aliquando in hoc delicto, *Cl. Andr. Dinnerus ad §.item lex 5. Inst. de public. judic.*

III. Per textum *in l.si cum 4. ff. de injur.* ubi dicitur, si quis, cùm in servũ pugnũ duceret, proximum

ximum vicinum percusserit, illum actione injuriarum non teneri. Idem ergo obtinebit, si quis alium pro alio interfecerit: tunc enim non ordinariâ pœnâ L. Corneliæ, sed aliâ mitiore tenetur.

IV. Accedit, quòd fortuitus casus & error liberent aliquem in criminalibus à pœna capitali, *l. eum autem 23. §. excipitur. ff. de ædilit. edicto.* Sic in præsenti negotio, casu quis Titium pro Mævio interfecit: Ergo non debet ordinariâ pœnâ puniri, *Wesenb. in d. §. Instit. de public. judic. Philipp. Matthæus in l. semper 56 ff. de regul. jur. num. 24. & seqq.*

Verius tamen est, ordinariâ pœnâ L. Corneliæ teneri illum, qui alium pro alio occidit, sequentibus de causis.

I. Hac pœnâ L. Corneliæ tenetur is, qui cum telo obambulat, etiamsi nullum hominem occiderit, *l. is qui 7. C. ad l. Cornel. de sic.* Multo magis tenebitur hac pœnâ, qui non tantùm occidendi animo obambulat, sed etiam eum, qui ne verbis quidem reum læsit, iniquè trucidarit, etiamsi alium gladio petebat.

II. Nec absque dolo factum videtur, si quis occidendi animo obambulat: hic dolus igitur causam præbet, ut pœnæ L. Corneliæ locus sit, *l. 1. §. Div. Hadr. 3. l. in hac lege 7. l. Divus 14. ff. ad l. Corn. de sic.* & sufficit dolus in genere, licet error sit in persona, *l. eum qui nocentem 18. §. si injuria 3. ff. de injur.*

Huc facit *l. scientiam 45. §. qui cum aliter 4. vers. sed si defendendi. ff. ad l. Aquil. arg. l. si quis servo 20. C. de furt. & d. l. eum qui 18. §. si injuria 3. ff. de injur. Fachin. 1. controv. 37. Treutl. vol. 2. disput. 32. thes. 6. lit. A. Dom. Arum. exercit. 20. thes. 13.*

Supersunt argumenta superiora, quibus satisfaciendum est.

Primò, argumentum desumitur ab eo, qui moderamen inculpatæ tutelæ excessit, aut qui provocatus alterum occidit, ad eum qui alium pro alio interfecit, quòd is eodē modo, quo ille, non ordinariâ pœnâ puniendus sit, sed mitiori pecuniariâ. Sed respondetur, diversissimam esse rationem. Nam naturali jure permittitur vim vi repellere, præsertim cum moderamine inculpatæ tutelæ, *l. ut vim 3. ff. de* J. & J. Secus verò est: si quis occidendi animo domo suâ egressus est, licet enim in homine erravit, dolus tamen in genere commissus est: quamobrem ordinariâ pœnâ puniendus est, *l. 1. §. Divus Hadrianus 3. cum multis aliis. ff. ad l. Cornel. de sic.*

Secundò non juvat hanc sententiam, quod prætenditur, hîc latam culpam occisoris intervenire, quæ in criminalibus dolo proxima non sit, *d. l. in lege 7. ff. ad l. Cornel. de sic.* Nam dicendum est, culpam duntaxat hîc non versari, sed etiam dolū in eo quòd animum occidendi habueritis, licet in personâ erraverit.

Tertiò

Tertiò adducunt *l. si cum 4. Dig. de injur.* ubi cùm servum quis verberaturus proximum percuteret, non injuriarum actione, sed aliâ pœnâ L. Aquiliæ tenetur. Nam dicendum est, quòd dominus impunè servum suum verberare, imò etiam occidere possit, *l. 22. ff. ad l. Aquil.* Quòd verò postea vicinum percussit, quia dolo non fecit, injuriarum actione non tenetur, *Gothofr. ad d. l. si cum 4.* Secus verò est, quando quis certam habet προαίρεσιν, hominem interficiendi, & postea alium pro alio occidit, tunc enim pœnam *l. Corneliæ de sic.* non effugiet.

Quarrò *nihil* operatur, quod affertur, fortuitos casus liberare aliquem in criminalibus à pœna ordinaria, *l. cùm autem 23. §. excipitur. ff. de ædilit. edicto.* R. Distinguendum est principium ab ipso eventu. Nam in proposita specie principium fortuitò factum non est, cùm quis occidendi animo hinc inde vagatur, & ex errore alium interficit: tunc enim ordinariâ pœnâ L. Corneliæ non teneretur, si fortuito casu illatam injuriam vindicaturus, alium pro alio interficeret. Nam tale homicidium mitiùs punitur, *l. 1. & l. eum qui 5. Cod. ad l. Cornel. de sic.*

THEOREMA VIII.

An, qui occidendi animo quendam vulneraverit, non autem interfecerit, jure civili pœnâ L. Corn. de sic. teneatur?

UT homicidium casu admissum, ubi quid præter facientis intentionẽ sive ejus culpam intervenerit, non ordinariâ pœnâ L. Corneliæ de sicar. punitur, *l. in lege 7. ff. ad l. Cornel. de sic.* sic contrà, si consilio occidendi se quis cum telo munivererit, dicendum est, illum omnino teneri. Sed dubitari potest, si vulneraverit duntaxat, non autem occiderit, an eâdem teneatur pœnâ? Quòd non teneatur, his rationibus quidam probare nituntur.

I. Conantur hoc demonstrare ex *l. aut facto 16. § eventus 8. ff. de pœn.* ubi inter casus voluntarios referunt, si quis vulneraverit eum, quem occidere volebat, & proinde nõ ordinariâ pœnâ L. Cornel. de sicar. punitur, sed exilio voluntario.

II. Ex simili ratione judex judicare potest, *l. non possunt 12. ff. de ll.* Nam *in l. 1. §. qui puero 2. ff. de extraordin. crim.* is qui alicui stuprum persuasit, si illud perfectum sit, ultimo supplicio afficitur, si imperfectũ, in insulam deportatur. Idem ergo in proposito obtinere debet, ubi reus non ordinariâ pœnâ L. Corneliæ, sed mitiori extraordinariâ puniri debet, *Tiraquell. tract. de pœn. causa 38. num. 1.*

III. Com-

III. Comprobat etiam *Constitutio Criminalis Caroli V. cap. 178.* in effectu pœnam extraordinariam his casibus infligendam esse, si quis obambulet occidendi causâ, relegatione, aut ad summum manus amputatione plectatur, *Clar. lib. 5. sentent. §. fin. quæst. 92.* In contrariam sententiam veriorem descendere, animus est.

I. Nihil interest, an occidat quis, an causam mortis præbeat, *l. nihil 15. ff. ad l. Corn. de sic.* Is autem, qui occidendi animo cum telo obambulat, & quem petebat, vulnerat, non solùm causam mortis præbuit, sed dolum insuper occidendi, etiamsi non illico pereat vulneratus.

II. Ostendit idipsum evidentissimè *l. is qui cum 7. C. ad l. Corn. de sic.* ubi dicitur, is qui cum telo obambulaverit hominis necādi causâ, sicut is qui hominem occiderit, pœnâ L. Cornel. coërcetur, ubi is, qui tantùm obambulavit occidendi hominis causâ, hac pœnâ L. Corn. tenetur, licet hominē non interfecerit aut vulneraverit, quanto magis igitur is tenebitur, qui hominem vulneravit, vel occidit?

III. In maleficiis non exitus semper, sed voluntas consideratur, *l. 1. §. D. Hadr. 14. ff. d. tit. ad l. Corn. de sic.* At rei, in præsenti theoremate, voluntas non fuit vulnerandi, sed occidendi: Ergo ordinariâ pœnâ affici debet.

IV. Confirmatur hæc sententia *l. 1. §. Divus Hadrianus 3. ff. d. tit. ad l. Corn. de sic.* ubi dicitur,

quòd is absolvendus sit, qui non animo occidendi hominem occidit: illum verò pro homicidâ damnandum, qui vulneravit hominem, quem interficere volebat, *Facit. l. ejusdem 3. l. circumcidere 11. in princip. cum similib. ff. eod. Cl. Dom. Dinnerus in §. item lex Corn. 5. Inst. de publ. judic.*

Nunc argumenta superiùs adducta consideranda sunt.

Primò perperam adfertur *l. aut facta 16. §. eventus 8. ff. de pœn.* non enim de casu fortuito accipi debet. Nam in ea dicitur, non minùs illum puniri, qui cum telo fuerit hominis occidendi causâ, quàm qui occidit. Ergo si quis occidendi animo hominem vulnerarit, pœnâ L. Corneliæ tenebitur, *l. is qui cum 7. C. ad l. Cornel. de sic.*

Secundò quod ex *d. l. 1. §. qui puero 2. ff. de extraordin. crim.* proponitur, mitiùs puniri illum, qui crimen stupri cuidam persuasit, quod tamen perfectum non est, quàm si perfectum esset: sic eodem modo cum reo in præsenti theoremate procedendum esse. Sed simile hoc in loco nō attendi debet, quando disertè *ll.* contrarium suadeāt, ut in hoc casu, *d. l. is qui 7. C. ad l. Corn. de sic. l. D. Hadr. 14. ff. ad l. Corn. de sic.* quæ disertè & perspicuè de hac re, quid sentiendum sit, explicant, adeò ut simili huic à re alieno locus non sit.

Deniq; nihil cōtrarii importat *ordinatio criminalis Carol. V.* q̄ extraordinariam pœnā reo huic inferendam esse suadet. Quamvis equidē negari non

non possit, aliud rescriptum esse *Constitutione Caroli V.* illa tamen à plerisq; repudiatur, cùm non tam juri divino *Exod. cap. 21. Levit. cap. 24.* in verbis: qui percusserit & occiderit hominem, morte moriatur: sed etiam juri civili resistat.

THEOREMA IX.

An in cadavera eorum, qui ob conscientiam sceleris se ipsos ante executionem interficiunt, vel aliàs naturali fato in carcere mortui reperiuntur, animadverti possit?

CErtum est, carcerem ad continendos homines, non verò ad puniendos haberi, *l. aut damnum 8. §. solent 9. ff. de pœn.* Si quis igitur in carcere se ipsum interfecerit, ut gravius supplicium anteverteret, & morte seipsum puniverit; quæsitum est, an adhuc in demortui cadaver animadverti possit? Et quibusdam generaliter negativa sententia verissima videtur, nullo modo animadvertendum esse in demortui cadaver ob has rationes:

I. Reus seipsum punivit, & mortis pœnam sustinuit, *arg. l. si is 2. in fine C. qui testam. fac. poss.* Jam autem plurimis pœnis nemo potest

puniri, *cap. at si clerici. de judic.* Ergo nec is qui seipsum interfecit.

II. Si crimen morte extinguitur, tunc in demortui cadaver animadverti non debet. Sed prius patet *ex l. defuncto. ff. de public. judic. l. 1. 2. 3. 4. & 5. Cod. si reus vel accus. & ibi Azo.* Ergo in demortui cadaver animadvertendum non est, *Jul. Clar. pr. crim. quæst. 51. num. 15. qui Assessores injuriarum actione teneri ait, si aliter judicent.*

III. Accedit, quòd cadaver sit omnis sensus expers, & pœna nec quicquam rei inanimatæ officiat, *Wes. in parat. de cadaver. punit. Treutl. vol. 1. disp. 3. th. 5. lit. B.*

Hanc sententiam verissimam quidem amplecti non detrecto, si ea accipiatur de regula. Contrarium tamen verius est, in exceptione criminis læsæ majestatis & repetundarum.

I. Evincit hoc ipsum satis luculenter *l. ex judiciorum 20.* in verbis: excepto repetundarum & majestatis judicio, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, *ff. de accusat.* Ex quibus relucet, etiam in defuncti cadaver animadverti posse.

II. Non sunt morte extincta duo illa crimina, cùm post mortem rei moveri possint, *d. l. ex judiciorum.* Ergo adhuc in demortuorum cadavera animadverti potest. Ubi enim crimen est, ibi

est,ibi etiam pœna,*l. ita vulneratus 51.in fine ff.ad L. Aquil.*

III. Propter certos fines: nam in cadavera defunctorum animadvertitur, ut crimen coërceatur,& alii à tam nefando facinore deterreantur;quin etiam,ut supplicium facinorosi solatio sit cognatis,*l.capitalium 28.§.ult.ff.de pœn.*

Ultimum hîc superest,ut ostendatur,superiora argumenta locum non habere in prædictis duobus criminibus,in crimine læsæ majestatis & crimine repetundarum.

Primò enim, quòd dicitur,nocentes seipsos puniisse. Resp. In his duobus criminibus veram pœnam non esse, cùm crimina adhuc supersint,& post mortem etiam de iis agi possit, *l. majestatis 6. C. ad L. Jul. majestat.* Non ergo mirum est,ob gravitatem flagitiorum nocentes etiam mortuos puniri.

Secundò non obest, quod dicitur, crimen morte extingui *dd. ll.* Regularitèr enim id verum est:patitur verò hoc exceptionem in reo criminis læsæ majestatis & repetundarum: illa enim crimina extincta non sunt,sed atrocitas eorum post mortem manet, *d.l.quisquis 6.C.ad L.Jul. majest.l.20.ff.de accusat.*

Tertiò non obstat,cadaver esse omnis sensus expers.Nam illud negari potest cum Menochio & Aristotele, qui in libris Ethicis etiam mortuis bona & mala accidere docet,exemplo ejus,

qui peregrè abest à domo sua, cui omnia bona & mala, clades & res prosperæ eveniunt, quæ videlicet uxori, liberis, totique ejus familiæ accidunt. Eodem modo infamia tam mortuum, quàm ejus familiam sequitur. Deinde etiam propter prædictos fines illos in demortuum cadaver animadvertere licet, de quibus paulò antè.

THEOREMA X.

An delinquens, in quocunq; loco repertus, etiamsi domicilium ibi non habeat, conveniri possit?

IN civilibus causis notum est, quòd actor forum rei sequi debeat, *l. juris ordinem 2. C. de jurisdict. omn. judic.* nisi quis ultrò se subjecerit jurisdictioni alterius, *l. 1 ff. de judic.* quod etiam in maleficiis verum est, si civiliter cum reo quis agere velit, ut tunc locum domicilii ejus sequatur. Quod si verò criminaliter accusator reo litem movere velit; quæsitum est, an in quocunque loco reus conveniri possit? etiam extra domicilii locum, ubi deliquit, vel ubi moratur? quod negare videntur *Accursius & Bartolus & sequaces.*

I. Ostendunt per *leg. in criminali negotio rei forum accusator sequatur. Cod. de jurisdict. omn. judic.*

judic. ubi, per vocabulum *forum*, nihil aliud intellectum volunt, quàm rei domicilium; atque ita reum, non ubi deliquerit, sed ubi domicilium habeat, conveniendum esse coram magistratu.

II. Deinde nihil refragari docent *l. 1. C. ubi de crim. agi oport.* ubi Impp. rescribunt, quæstiones eorum criminum, quæ legibus aut extra ordinem coërcentur, ubi commissa vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur, perfici debere: ubi verba, *ubi reperiuntur*, interpretantur, *ubi reperiuntur domicilium habere*.

Verius tamen est accusatorem reum, quocunq; in loco morantem, convenire posse, hisce de causis:

I. Per *ante d. l. 1.* in verbis, vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis &c. *C. ubi de crim. agi op.*

II. Evincitur ex eo, quòd reus conveniri possit, ubi deliquit, etiamsi in eo loco non sit, ubi reus domicilium habeat, *l. alterius. fin. ff. de accusat.* Hinc etiam in gravioribus delictis magistratus ejus loci, in quo crimen admissum est, petit ab alio, ubi reus domicilium habet, ut ad se remittat reum. Non igitur necessarium est, accusatorem rei domicilium sequi, *l. solent 7. ff. de custod. & exhibit. reor. l. si cui 7. §. idem Imperator 4. ff. de accusat. Nov. 134. cap. 5.*

III. Ar-

III. Argumento & illud esse potest, quòd miles desertor, si quid in provincia criminis commisit, ibi puniri debeat, ubi deliquit, *l. desertorem 3. ff. de re milit.* Non igitur domicilium rei sequi cogitur accusator, sed ubi delictum est, quocunque in loco commissum sit; vel, quo in loco reus reperiri potest, ibi etiam pœna est, *Donel. lib. 17. comm. cap. 16. Wesenbec. in parat. C. d. tit. & ad eandem l. 1. nu. 45. Dn. Herman. Vult. ad d. l. 1. C. ubi de crim.*

Contrariis argumentis sic respondendum est.

Primò, huic sententiæ non adversatur *d. l. in criminali 5. C. de jurisdict. omn. judic.* quòd accusator rei forum sequi debeat. Sed responsio patet ex *Donel. d. loco.* rei forum in criminalibus esse, non ubi domicilium quis habeat, sed ubi conveniri possit. Nec est si regeras, forum rei esse, ubi domicilium habeat, *l. 2. C. d. t. de jurisdict.* quod non negatur. Potest enim & in eo loco accusari, *l. ult. Cod. ubi de crim. ag. oport.* sed non in eo solùm, verùm etiam in aliis, ubi reperiri potest.

Secundò, perperam *l. 1. Cod. ubi de crim. agi oport.* in siniſtrum sensum trahitur, in quâ verba, *ubi reperiuntur* quidam interpretantur, *ubi reperiuntur domicilium* habere: eam enim restrictionem lex non admittit. Aliud enim est, ut lex loquitur, nullâ distinctionis mentione

facta,

facta, *ubi rei reperiuntur*, & aliud contra mentem legis, *ubi reperiuntur domicilium habere*. Possunt enim domicilium habere rei, & tamen in eo non reperiri, cùm tamen ubi reperiuntur, puniri debeant. Ergo verba generaliter concepta sine restitutione accipienda sunt, cùm limitationem lex non admittat.

Soli prapotenti Deo laus & gloria.



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0480
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0481
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn768664918/phys_0482
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn768664918/phys_0483
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0485
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn768664918/phys_0486
DFG

Huc pertinent p
curatoris, rei, defe

DE PE

IN eo quod vel is quo
petitur, lucri fact usa
est petitoris (a). n cro a l.33.h.t.
certantibus deterio ius
actoris.

2. Quotiens utr ra-
tio vertitur, is præfe lu-
cro causa tempore p est: b l.98.h.t.
prior tempore in caus

DE A

PLanè qui agit, c ùm
sit in potestate e ex-
periri: & antè debe ex-
plorare, & tunc ac de-
re (c). c l.43.in fin. h.t.

2. Non debet ac reo
non permittitur (a reo d l.42.h.t.
easdem dilationes seu an-
dum dandas esse, qu edi-
mus: quamvis aliàs

3. Favorabiliores ùm
actores haberi (e). eci- e l.125.h.t.
sione, non tamen in cio-
rum.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn768664918/phys_0487
DFG